UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

“Hacia la consolidación de una nueva generación de investigadores”

INVESTIGACIÓN FORMATIVA JURÍDICA Y SOCIOJURÍDICA

Facultad de Derecho
Centro de Investigaciones Jurídicas Políticas y Sociales
Líderes/as Semilleros de Investigación

2022

Hacia la consolidación de una nueva generación de investigadores

©Andrés González Serrano

Primera edición: abril 2022

Depósito legal:

ISBN:

Diseño y maquetación: Giovanna Moreno Quintero

Edita: Andrés González Serrano
andres.gonzalez@unimilitar.edu.co

Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Hecho en Bogotá D.C., Colombia

Contenido

Capítulos Pág.

Capítulo 1: Derecho de la responsabilidad y de seguros 4

Capítulo 2: Derecho económico y de los negocios 76

Capítulo 3: Derecho Historia y Filosofía 186

Capítulo 4: Derecho Internacional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario 236

Capítulo 5: Derecho Penal y Justicia Militar 532

Capítulo 6: Derecho Público, Constitución y Estado 598

Capítulo 7: Derecho, Educación y Sociedad 708

Capítulo 1

Derecho de la responsabilidad y de seguros

ANÁLISIS DEL ARBITRAMENTO COMO ESTRATEGIA DE UNIFICACIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO MERCANTÍL INTERNACIONAL [1]

Laura Camila Morón Herrera[2]

RESUMEN

A través de la presente investigación se propone identificar y analizar la tarea de unificación jurídica de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, a través de la ley modelo y la propuesta de arbitramento como estrategia de solución de conflictos, partiendo de los retos que supone para la jurisdicción local y considerando los beneficios de la unificación jurídica internacional en materia mercantil, reconociendo la existencia de una nueva realidad negocial y la interdependencia económica internacional que crea la necesidad de generar nuevos canales económicos y jurídicos que faciliten la efectividad de las relaciones negociales y respondan a las condiciones propias de un mercado globalizado.

PALABRAS CLAVE: derecho mercantil, globalización, arbitramento, ley modelo, derecho internacional, interdependencia.

ANALYSIS OF THE ARBITRAMENT AS A STRATEGY OF LEGAL UNIFICATION IN INTERNATIONAL COMMERCE LAW

ABSTRACT

Through this research, it is proposed to identify and analyze the task of legal unification of the United Nations Commission for International Trade Law - UNCITRAL, through the model law and the arbitration proposal as a conflict resolution strategy, based on of the challenges it poses for local jurisdiction and considering the benefits of international legal unification in commercial matters, recognizing the existence of a new business reality and international economic interdependence that creates the need to generate new economic and legal channels that facilitate effectiveness of business relationships and respond to the conditions of a globalized market.

---

1 Producto de la investigación desarrollada en el Semillero "Aspectos Contemporáneos del Derecho Contractual – ACDC" adscrito al Grupo de Derecho Privado, línea de investigación "Derecho de la responsabilidad y de los seguros" bajo el liderazgo de la Dra. Andrea Carolina Pérez Forero – Facultad de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada.

2 Estudiante activo en IV semestre del programa de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, miembro activo del semillero de investigación de "Aspectos Contemporáneos del derecho Contractual –ACDC". Correo: est.laura.moron@unimilitar.edu.co

KEY WORDS: Commercial law, Globalization, Arbitration, Model law, International law, Interdependence.

INTRODUCCIÓN

La globalización de la mano con la revolución tecnológica representa desafíos y oportunidades para el mundo comercial, entre otros, la extensión del comercio electrónico que rompe las fronteras de cualquier Estado y las nuevas relaciones transnacionales que han presupuesto un reto para los sistemas jurídicos locales y a el marco legal internacional, lo que genero la necesidad de regulación por parte de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI.

Al respecto dicho Comité creo una estrategia de aplicación internacional a través de procesos arbitrales que tienen como principios el respeto a la libertad contractual, a la jurisdicción local y la armonización del sistema internacional en un marco de solución de conflictos, en el campo de las relaciones mercantiles internacionales, usando una ley modelo de negociación o arbitramento que responde a las necesidades de la globalización y el comercio.

Por otro lado, si bien es cierto que la globalización comercial y los nuevos canales de mercado retan a la jurisdicción local, estas pueden hallar solución a través de la cooperación internacional que genera estrategias efectivas que permiten regular el mercado respetando los principios liberales propios de la actividad contractual privada, siendo entonces el arbitramento una medida eficaz de solución de conflictos que no requiere a la jurisdicción ordinaria, con el fin de evitar las limitaciones que esta presentare por cuenta de los principios de competencia y soberanía, según sea el caso de los países en conflicto.

Este texto busca identificar y analizar la tarea de unificación de la CNUDMI a través de la ley modelo y su propuesta de arbitramento, como estrategia de justicia alternativa, entendiendo a su vez los retos que supone a la jurisdicción local y los beneficios de la unificación jurídica internacional en materia mercantil, reconociendo la existencia de una nueva realidad negocial y de la interdependencia económica internacional que crea la necesidad de forjar nuevos canales efectivos que faciliten y respondan a las condiciones de un mercado globalizado.

Para tales efectos se implementará una metodología hermenéutica cualitativa, que propone tener en cuenta los análisis, normatividad y en general los soportes de investigación propios del tema, analizando la aplicación de estas medidas alternativas de justicia en los países firmantes más influyentes, empleando algunos referentes de derecho comparado, teniendo en cuenta también las posturas que asumen los organismos internacionales sobre la materia.

Con lo anterior, se espera brindar un análisis útil en la consolidación de estrategias que abogan por la unificación jurídica del comercio transnacional, propendiendo por asegurar la protección de los derechos de los comerciantes y sus buenas relaciones; además de proponer

al arbitramento internacional, como un posible escenario regulador, que sea denominador común, garantice la igualdad de condiciones y funja como máxima autoridad.

LA GLOBALIZACIÓN COMO RETO JURÍDICO LOCAL E INTERNACIONAL

Es claro que la globalización ha traído consigo una nueva realidad negocial, la cual no es ajena a al ordenamiento jurídico local lo que tiene como resultado una injerencia de carácter normativo, a saber:

> […] Se puede afirmar hoy, sin temor a equivocarse que el proceso de la llamada globalización está acompañado de una trasformación gradual no sólo de la estructura y organización política, sino también de los aparatos y mecanismos de producción normativa. En efecto, los espacios de tiempo presente parecen ser los espacios abiertos del mercado, del comercio, de la economía y las finanzas libres, del intercambio y circulación de cosas y personas, espacios que proponen un derecho nuevo, sin barreras, sin fronteras o por fuera de ellas, y que ha hecho pensar en un sistema jurídico que no tenga ya, en el territorio, su centro propio de existencia […] (Gonzalo E. Ramírez Cleves, 2007).

El sistema jurídico se basa en las relaciones existentes fruto de las relaciones económicas, sociales y políticas que mueven cada sociedad. Asi la globalización que permea y dirige las relaciones comerciales de la esfera social, con fenómenos como la virtualidad y la influencia de los países de primer mundo, sucintan la necesidad de un nuevo campo normativo con las libertades necesarias para darle curso y eficacia al mercado, creando nuevos medios de justicia que equilibren la balanza entre comerciantes y compradores, con el fin de proteger sus derechos y mantener la legalidad y control sobre el mercado internacional.

Ahora bien, de acuerdo con el maestro Taruffo la globalización propone uniformidad, el comercio y la economía se orientan en pro de satisfacer las demandas de un mercado que está en constante cambio y que aumenta a favor de sus influencias políticas, sociales y culturales, de acuerdo con esto entonces es menester crear estrategias jurídicas que respondan a un campo económico cambiante y en constante movimiento, a lo que aparece como respuesta la ley modelo de CNUDMI.

Es importante resaltar, que este modelo de unificación jurídica para los países firmantes de la ONU tiene una influencia clara del derecho anglosajón Common Law y de las directrices establecidas por UNIDROIT organización que busca unificar y preservar las tradiciones y directrices del derecho privado en pro de armonizar las relaciones jurídicas y de intereses geopolíticos internacionales.

LA LEY MODELO Y EL ARBITRAMENTO COMO ESTRATEGIA EFICAZ DE UNIFICACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

De acuerdo con el Dr. Fernando Mora Rojas profesor de derecho comercial en la Universidad de Costa rica, esta estrategia de arbitramento materializada a través de la ley modelo es una respuesta a las relaciones transaccionales que demandan velocidad y legalidad, es decir, el mundo mercantil se rige por el intercambio de bienes y servicios que debe ser integralmente eficaces, a lo que el ordenamiento jurídico domestico no está listo para afrontar, asi las cosas esta iniciativa de la ley modelo busca solucionar las más modernas demandas del comercio internacional en pro de mejorar el mercado y garantizar su legalidad.

La estrategia de la CDNUMI es una jugada jurídica a través de la ley modelo que ofrece amplia facultad a los actores de la controversia para que escojan dentro de sus jurisdicciones locales las normas aplicables y consecuentes en el marco internacional para la solución de conflictos, lo que refleja el respeto por la soberanía local y la armonización del sistema internacional por medio de los aportes hechos por el ordenamiento jurídico de cada nación. De esto versa el capítulo VIII de la Ley Modelo. A saber, esta permite que:

- Establecimiento de un término de duración del proceso.
- Determinación de la forma de escoger los árbitros.
- La fijación de las condiciones o calidades que se esperan de los árbitros como sujetos cualificados
- El procedimiento a seguir • La naturaleza o tipo de pronunciamiento.
- La imposibilidad jurídica de la existencia de recursos ordinarios en el desarrollo o trámite del proceso. (Peláez H, 2018)

Aunado a ello, la armonización del sistema jurídico internacional respecto al arbitramento comercial se perfecciona a través del respeto y admisión con fuerza de cosa juzgada domestica a la ejecución de laudos arbitrales o su denegación según sea el caso. Siendo finalmente este reconocimiento, el éxito de la cooperación internacional y de la misión de la ley modelo de la CDNUMI (Mora R, S.F).

Por otro lado, es importante resaltar que en la norma no solo se propone el arbitramento y el laudo como sentencia final a la solución de conflicto, en el camino del proceso arbitral se reconocen mecanismos como la transacción (Articulo 30) y la conciliación como medidas existentes para dar pronta solución al litigio, resaltando que estas actuaciones judiciales surtirán los mismos efectos jurídicos para las partes que el laudo arbitral.

Este acuerdo de arbitraje es definido por el artículo 7 de la Ley Modelo, como un acuerdo voluntario en el que las partes deciden someter un conflicto al proceso de arbitramento, emanada de una posible clausula compromisoria que asi lo estipulara la cual se determina la obligatoriedad de este en dicha relación jurídica y esta puede ser contractual o extracontractual, sin embargo, se resalta que este arbitramento no depende únicamente de dicha cláusula,

también puede ser de libre disposición de las partes quienes de común acuerdo podrán acudir a este en un momento posterior al pacto contractual.

Ahora bien, se establecen en las condiciones formales del laudo arbitral que dicho acuerdo debe constar por escrito, con el fin de que quede constancia sobre lo acordado con fines probatorios o resolutivos de la controversia.

El éxito de estos procesos arbitrales radica en la eficacia de estos, entonces ¿Cuál es su tiempo de duración? siendo esta la apuesta más grande de este proceso buscando romper con los paradigmas de la maduración de un proceso ordinario de justicia local, no ha sido la ley modelo muy clara al respecto, sin embargo, resalta en su artículo 19 que las partes gozan de la libertad de convenir el procedimiento que ha de seguir el tribunal de arbitramento con sujeción a sus disposiciones imperativas y del mismo modo el tribunal está facultado, a falta de acuerdo de las partes, para dirigir de la forma más apropiada, eficaz y eficiente en el proceso.

Siendo la libre disposición de la forma del proceso y su especial injerencia en acuerdos internacionales nutridos de normatividad local lo que determina la velocidad y eficacia de la que se revisten estos procesos arbitrales; esto, por cuanto no se ven ceñidos a seguir protocolos estrictos y robustos que desgastan el aparato judicial como es el caso de los ordenamientos jurídicos locales, lo que permite flexibilidad, celeridad y eficiencia de mano con la legalidad que acompaña todo el proceso.

Asi las cosas se obtiene el laudo arbitral que de acuerdo con el artículo 31 de la Ley Modelo tiene como naturaleza:

Forma y contenido del laudo

1. El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.
2. El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.
3. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar.
4. Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros.

REALIDADES Y EFICACIA DEL ARBITRAMENTO COMO ESTRATEGIA DE UNIFICACIÓN JURÍDICA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Para comenzar es importante reconocer que en la actualidad el arbitraje ha sido galardonado como el método más usado por la comunidad internacional para la solución de conflictos privados, esto gracias a la audacia de sus procesos y su capacidad de abarcar la complejidad jurídica que implican los negocios transnacionales que, al aumentar en volumen, hace que aumente también la demanda de este mecanismo alternativo para dirimir controversias.

Es importante resaltar que estos procesos arbitrales han hallado progreso no solo en su agilidad procesal sino también en el reconocimiento de ser herramientas que brindan, neutralidad, flexibilidad, confidencialidad, eficacia y, se reitera, la prontitud en la resolución de las controversias. (Herrera Bonilla, S.F)

Sin embargo, la CDNUMI ha querido dar una nueva mirada al arbitraje con una nueva estrategia de prevención de controversias con el fin de crear un mercado más seguro que proporcione a los estados estabilidad económica y comercial y a su vez aumente las inversiones a largo plazo, extranjeras y locales, esto se logró en 2019 a través de la reforma ISDS que busca implementar en los Estados miembro, instituciones de arbitramento que den solución con prontitud a los problemas entre comerciantes locales y extranjeros, a través de una etapa de intervención temprana que evite que se lleguen a instancias de arbitramento internacional propiamente dicho como se ha ilustrado en este texto.

Por ejemplo, existe un modelo de acuerdos ACFI de Brasil, tomado como referencia en el ISDS de 2019, que tiene como enfoque la intervención temprana de los estados en controversia como paso previo al arbitraje internacional. Este modelo político es claro al no entrometerse con asuntos propios del arbitraje, en cambio se propone como modelo de justicia alternativa para pequeños y medianos conflictos aclarando como excepciones en el proceso de intervención que se dan por razones de seguridad; observancia de la legislación nacional por parte de los inversionistas; responsabilidad social de las empresas; medidas de inversión orientadas a combatir la corrupción y la ilegalidad; y disposiciones sobre inversiones y medio ambiente, asuntos laborales y salud (Kelsey J, 2019).

Ahora bien, existe en la jurisdicción local ciertas leyes que protegen a sus inversores, pero limitan la actividad arbitral internacional y por ende su nivel de alcance como estrategia de unificación jurídica eficaz, no obstante, este es positivo, en cuanto busca solucionar y enmarcar aspectos jurídicos en controversia abordando inquietudes por inconsistencia, coherencia o forma del negocio jurídico.

De acuerdo con Jane Kelsey Profesora, Facultad de Derecho Universidad de Auckland, Nueva Zelanda, la combinación entre el agotamiento de los recursos judiciales locales y los temas de estricta solución local respetando la soberanía, limita la competencia de los tribunales internacionales, ya que, dificultad su accionar por que se procura que la mayoría de la contro-

versia sea resuelta a través de tribunales domésticos. Pero si el arbitraje entonces procede este se enfoca siempre en la reducción de tiempo, costos y tramites procesales, sin embargo, en el futuro inmediato las inquietudes sobre certeza, previsibilidad y financiación de terceros o Estados, seguirá existiendo.

Por otro lado, es importante reconocer que el avance normativo para responder con prontitud a las necesidades negociales que demanda la globalización ha hecho que se reconozcan las actuaciones arbitrales y por ende se respete su aplicación en el ordenamiento jurídico doméstico y sus efectos, buscando incluso dar financiación a terceros aceptando esta como legitima vía de justicia alternativa.

Aunado a lo anterior, es esencial reconocer que se deben crear escenarios de confianza para los inversores. Puesto que la situación social o política de algunos Estados puede generar en ellos desconfianza; asi las cosas los tribunales de arbitramento internacional son un modelo de garantías para la transparencia del proceso jurídico en las controversias que puedan surgir entre las partes, a fin de eliminar la desconfianza al litigio, puesto que garantiza la estabilidad de la inversión y el mercado, además de prever imparcialidad en el actuar del tribunal para las partes.

Considerando algunos referentes de derecho comparado, se ha encontrado que las actuaciones de arbitramento encuentran su sello distintivo en las organizaciones regionales más importantes, que cumplen a cabalidad el objetivo de este modelo de justicia alternativa como estrategia de unificación jurídica. Por ejemplo, la Organización de Estados Americanos define el arbitraje como:

> "El Arbitraje Comercial Internacional es un tema de particular relevancia para comerciantes que prefieren invertir en países con mayor estabilidad política, marcos legales claros y mercados consolidados. La presencia de estas condiciones son clave para asegurar que sus disputas se resolverán en concordancia con las disposiciones contenidas en las cláusulas arbitrales que han suscrito y que las sentencias que de ellas se deriven se ejecuten en los tribunales nacionales conforme con los principios y las normas aceptados a nivel internacional. "

Con lo anterior la OEA dejó en claro que, reconociendo los desafíos de la aplicación del modelo arbitral, materializó la ley modelo a través de la convención de Panamá de 1975 aprobada por la CIDIP (Opperati B, 2013, OEA). Que propone crear nuevos mecanismos de legalidad interestatal, que proporcionen garantías judiciales y de derecho al proceso de arbitramento estas solo para controversias de carácter privado.

Por otro lado, se resalta que en lo que respecta al arbitraje en los países americanos su éxito ha radicado en los avances y reformas jurídicas locales que han dado más libertad a las partes, seguridad y eficacia a los procesos arbitrales (Briceño Berrú, 2011). Lo que permite el desarrollo de arbitramento por parte de las organizaciones internacionales y garantiza su eficacia en el territorio.

IDONEIDAD DEL ARBITRAJE

Ahora bien, en lo que respecta a la labor del árbitro consultada desde el derecho comparado latino americano, Bruno Oppetit lo ilustra en los siguientes términos:

> En diversas hipótesis, la misión conferida al árbitro va más allá del marco de la función jurisdiccional clásica, que le es ordinariamente otorgada. El árbitro tiende a convertirse en una especie de regulador de un contrato en proceso de formación o de ejecución, respecto del cual se le encomienda, según el caso, completarlo, adaptarlo a las nuevas situaciones o ajustarlo para que supere las divergencias que existen entre las partes. Esto nos conduce a preguntarnos sobre el verdadero título, en virtud del cual interviene: ¿lo hace en calidad de árbitro, es decir, como un juez investido de poder jurisdiccional? O ¿simplemente en calidad de tercero que actúa en nombre de las partes, como un mandatario común o un experto? (Rey Vallejo, 2013).

El arbitraje visto desde una perspectiva procesal se reviste de algunas características que lo distinguen de los procesos de jurisdicción doméstica. Inicialmente al estudiar la naturaleza de este proceso se debe tomar como punto de referencia las relaciones contractuales en controversia y su conexión con el proceso arbitral enfocado en la tarea que estos realizan buscando una solución para el problema jurídico -no económico-.

De la misma forma que lo hace el juez en la sentencia asi mismo lo harán los árbitros y tribunales reconocidos por el Estado que los recubre de soberanía al reconocer la obligatoriedad de sus decisiones. En segundo lugar observamos que los árbitros poseen autoridad pero no potestad, atributo exclusivo del Estado, esta es la razón por la cual se necesita en el proceso el reconocimiento y el apoyo judicial para incluir este atributo en aquellos laudos que para su ejecución lo requieran (Rey Vallejo, 2013).

Por otro lado, también podemos ver como en el derecho suizo se identifica esta figura como un método netamente privado que se caracteriza por nacer de un acuerdo de voluntades que somete la voluntad a esta alternativa de solución de controversias; concluyen los autores que esta perspectiva también cobija el ámbito del arbitraje local, de acuerdo con a René David y a Philippe Fouchard en la obra Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration en Rey Vallejo 2013.

Dentro de estas clasificaciones privatistas también está la visión de Gil Echeverry quien clasifica en esta tendencia al tratadista italiano Alfredo Rocco, quien a la par entiende el arbitraje como una “Transacción Anticipada”, de la misma forma que Chiovenda y Betti, quienes afirman que los árbitros a través de un laudo arbitral no tienen jurisdicción suficiente para clasificar este como sentencia, aunque reconocen que tiene los mismos efectos.

CRITERIOS DE UNIFICACIÓN JURÍDICA DE REGULACIONES ARBITRALES

Los autores Redfern y Hunter señalan que el arbitraje es de una jurisdicción eminentemente privada, pero que aún asi, existen en ella diferencias económicas y jurídicas entre las decisiones locales privadas en contraposición a las decisiones internacionales, entendiendo que aún no se ha logrado una consonancia jurídica en su estrategia de dirimir conflictos a través del arbitraje frente a lo que se espera en el ámbito local, tesis apoyada por el Doctor Juan Pablo Cárdenas quien actualmente funge como arbitro en Colombia; ahora bien, estas diferencias se derivan de la evidente distinción de los entornos en los que se desarrollan las decisiones, partiendo de las diferencias entre la libertad, la autoridad y los controles de los procesos arbitrales que hacen distinto su trámite; sin embargo, existen modelos de unificación jurídica que pueden aterrizar estas decisiones a la armonización con los sistemas locales y estas son:

1. Monismo: Asegura Rey Vallejo, que existen ordenamientos que aplican un cuerpo normativo unificado para regular las actividades del arbitraje internacional, sobre bases como la Ley Modelo, lo anterior permite que los tramites de arbitraje omitan las limitantes de la nacionalidad del trámite, ya que todas estas se rigen por un mismo cuerpo normativo que permite flexibilidad al momento de adaptarlos a las legislaciones locales, dando libertad los tribunales de flexibilizar y aplicar efectivamente el proceso. En el escenario iberoamericano, este es el caso de Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, España, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana y Venezuela. (Rey vallejo, 2013).
2. Dualismo: Para comenzar es menester aclarar que las normativas que regulan los asuntos arbitrales en cada Estado pueden ser divergentes, el sentido que dan diferentes tratos a los casos llevados por los tribunales de arbitramento en la nación. En buscan de enmarcar su ley a los estándares internacionales de acuerdo con lo que esta prevé, a las legislaciones que consagran en otras leyes la conjunción de ambos tipos de arbitraje se les denomina dualistas. En el entorno latinoamericano, esta estructura legislativa se encuentra vigente en el caso de Chile, Colombia, Cuba, Ecuador y Uruguay. (Rey Vallejo,2013).

De acuerdo con lo anterior se puede pensar en el arbitramento como una estrategia eficaz de solución de conflictos que, si bien tiene discrepancias con la jurisdicción local, encuentra distintas estrategias en el ordenamiento jurídico interno que le permiten tener eficacia en la aplicación de laudos arbitrales en la jurisdicción internacional.

Aunado a lo anterior, la idea de unificación permite pensar en la implementación de la constitucionalización del arbitraje como una medida legal integral e imperativa que le da la fuerza que requiere el arbitraje para su aplicación, en palabras de Rey Vallejo, la constitucionalización de leyes, sentencias y laudos arbitrales, le dan la fuerza y obligatoriedad a la providencia en cuestión, pues permiten que su aplicación sea jurídicamente valida y eficaz dándole exequibilidad a sus efectos y armonizando el sistema jurídico nacional con decisiones internacionales.

CONCLUSIÓN

Es posible concluir que la estrategia propuesta por organizaciones internacionales del arbitramento como respuesta a la necesidad de solución de conflictos en asuntos transnacionales, es efectiva en cuanto responde ágilmente a la necesidades del comercio internacional y da fluidez al mercado, reconociendo que si bien es cierto que presenta limitaciones en su acceso por sus costos y discrepancias con el ordenamiento interno de cada país, definitivamente se presenta como una respuesta oportuna a las demandas del mercado internacional en el que conviene exista una unificación jurídica que omita las limitaciones internas del aparato judicial y proporcione decisiones claras, justas, equilibradas y eficaces, que protejan al comerciante, al consumidor y el dinamismo propio de las prácticas mercantiles, salvaguardando con ello, la economía y el mercado internacional.

Sin embargo, se evidencia que no solamente el arbitramento es la única alternativa, pues existen otras medidas como la transacción, que emana de acuerdos de voluntades que buscan darle con prontitud respuesta a un problema jurídico de carácter trasnacional y no requieren del trámite de un Tribunal, configurando incluso, medidas mucho mas agiles y que no requieren de un tercero en la controversia para darle pronta solución al conflicto.

Finalmente sirve resaltar que las estrategias mencionadas de unificación jurídica pueden incluso ser respuesta a los problemas jurídicos que se puedan presentar respecto a la solución de conflictos de carácter trasnacional dentro de la jurisdicción local, invitando a reconocer e implementar los beneficios y ventajas del arbitraje y otros en la jurisdicción doméstica, armonizando y unificando el sistema jurídico internacional, generando en el ordenamiento jurídico interno nuevas alternativas jurídicas que permitan que exista consonancia entre el arbitraje y otras medidas internacionales frente a la justicia local.

REFERENCIAS

Abad Gómez, 2020, *arbitraje internacional: características de funcionamiento, ventajas y desventajas, ed. Revista económica BBVA.* Artículo de análisis económico.

Alan Redfern & Martin Hunter, 1999, *Law and practice of international commercial arbitration*, 3a ed., Sweet and Maxwell, Londres.

Arbitraje Nacional y Arbitraje internacional, Ley 1563 de 2012, Republica de Colombia.

Briceño Berru, 2011, "*Teoría y praxis del arbitraje comercial internacional en América Latina*", Agenda internacional, Dialnet, P.P 299-343.

CNUDMI, S.F, *Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.

Conejero Roos, *Influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: Un Análisis Comparativo, Revista Chilena de Derecho* Vol. 32 Nº 1, pp. 89-130.

Donoso Bustamante,2011, *"análisis de derecho comparado, las reglas de arbitraje de la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional (cnudmi)"*, ed. Ius Humani. Revista de Derecho. Vol. 2, PP. 147-176.

Fernández rozas, 2005, *el arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización, revista española de derecho internacional*, vol. 57, no. 2 (), pp. 605-637, recuperado de JSTOR.

García, P., Luis, J. 2006, *Instrumentos para facilitar la labor de los operadores jurídicos en materia de cooperación jurídica internacional, Práctica De Tribunales*. Revista De Derecho Procesal Civil Y Mercantil, (28), pp. 48-57.

Gerardo José Ravassa Moreno, 2005, *Derecho Mercantil Internacional*, Revista Iusta, Universidad Santo Tomás.

Gonzalo E. Ramírez Cleves, 2007, ed., *El derecho en el contexto de la globalización.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, P.P 161.

Gondra Romero, J.M. (1973) *La moderna "lex mercatoria" y la unificación del derecho del comercio internacional* Revista de Derecho Mercantil, 127, pp. 7-38.

Herrera Bonilla, S.F, *"Aspectos actuales del arbitraje comercial internacional"*, Cuadernos de maestría en Derecho N° 6, ed. Universidad Sergio Arboleda, P.P 265-328.

Kelsey J, 2019, *"Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: Promoción de alternativas al arbitraje entre inversionistas y Estados como reforma de la ISDS"*, Facultad de Derecho, Universidad de Auckland, Nueva Zelanda.

Lagunes Ramírez, 2017, *el arbitraje comercial internacional como una alternativa a la solución de un conflicto comercial*, repositorio institucional UAEM.

León Robayo, 2014, *perspectiva y arbitrabilidad de la convención interamericana de arbitraje internacional,* ed. Opinión jurídica revista científica, Vol. 11 No. 22

Mereminskaya E, S.F, *"Apuntes de arbitraje internacional"*, recuperado de: http://www.camsantiago.cl/minisites/articulos_online/56_Apuntes_arbitraje.pdf

Mora Rojas F, (S.F), *La Ley Modelo el Arbitraje Comercial Internacional de La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Facultad de Derecho, Derecho Comercial, Universidad de Costa Rica. P.P 117-151

Muñoz Castillo, 2017, *Arbitramento Comercial internacional*, ed. Universidad libre, P.P. 1-32

OEA, S.F, Departamento de Derecho Internacional, *"proyecto de ejecución de laudos"*.

Pascual Garcia, 2021, *el arbitraje internacional: herramienta eficaz en el comercio exterior*, ed. UNIR

Rey Vallejo, 2013, *"EL Arbitraje y los Ordenamientos Jurídicos en Latino América: un estudio sobre la formalización y la judicialización"*, ed. Vniversitas Bogotá Colombia, P.P 199-237

Sánchez Lorenzo, 2009, *Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional, Revista española de Derecho internacional*, Vol. 61 No.1, P.P 39-74, recuperado de JSTOR

Woolcott-Oyague, O., Monje-Mayorca, D. F., Comandé, G., Peláez Hernández, R. A. & Alarcón-Peña, A. (2018). *Estudios contemporáneos de derecho privado.* Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia. Cap. 7.

CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICO-ECONÓMICA DE LAS CRIPTOMONEDAS. LOS PRINCIPIOS QUE EL LEGISLADOR COLOMBIANO DEBE TENER EN CUENTA PARA REGULAR EL BITCOIN

Andrés Camilo Ardila González[2]
Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C. – Colombia
Mayo 31 de 2021

RESUMEN

La Reserva Federal de los Estados Unidos y el Banco Central Europeo han expresado con claridad que el bitcoin es un activo volátil que sirve para la especulación, el financiamiento de ilícitos y que no tienen respaldo en un medio de intercambio real. Por su parte, economistas de la Escuela Austriaca, tales como Juan Ramón Rallo y Daniel Lacalle señalan que la criptomoneda es un activo real intangible, independiente de los bancos centrales y un medio de intercambio libre que permite realizar transacciones a bajo costo. En cualquier caso, las criptomonedas siguen teniendo acogida en el mercado mundial. Es en este contexto que el legislador colombiano tiene la enorme responsabilidad de profundizar en aspectos de teoría económica, que le permita enriquecer su criterio respecto de los desarrollos tecnológicos actuales, para regular esta realidad virtual, desde una perspectiva que estimule el crecimiento económico de nuestro país.

PALABRAS CLAVE: Bitcoin, Criptomoneda, intercambio, dinero

WHAT IS THE LEGAL-ECONOMIC NATURE OF CRYPTOCURRENCIES. THE PRINCIPLES THAT THE COLOMBIAN LEGISLATOR MUST TAKE INTO ACCOUNT TO REGULATE BITCOIN

ABSTRACT

The United States Federal Reserve and the European Central Bank have clearly stated that bitcoin is a volatile asset that is used for speculation, illicit financing and that it has no support in a real medium of exchange. For their part, economists from the Austrian School, such as Juan Ramón Rallo and Daniel Lacalle point out that cryptocurrency is a real intangible asset, independent of central banks and a free exchange medium that allows low-cost transactions.

2 Integrante del Semillero de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

In any case, cryptocurrencies continue to be welcomed in the world market. It is in this context that the Colombian legislator has the enormous responsibility to deepen in aspects of economic theory, which allows him to enrich his criteria regarding current technological developments, to regulate this virtual reality, from a perspective that stimulates the economic growth of our country.

KEY WORDS: Bitcoin, Cryptocurrency, exchange, money

INTRODUCCIÓN

El presente documento aborda los diferentes conceptos alrededor del uso de la moneda desde el componente histórico hasta el filosófico en relación con el individuo, sin dejar de lado los distintos enfoques doctrinales ya sea desde la concepción tradicional, hasta la visión más liberal de la escuela austriaca. Además de tener en cuenta las diferentes apreciaciones de los bancos centrales acerca del surgimiento y masificación de las Criptomonedas, pasando por los conceptos y críticas de algunos autores afines de la Escuela Austriaca con respecto al monopolio central del control del dinero por parte de los bancos emisores.

Esta investigación también aborda la relación entre la costumbre como fuente de derecho y los argumentos que debería tener en cuenta el legislador Colombiano para regular el uso del bitcoin en el país, partiendo desde el respeto del derecho a la libertad individual para poder escoger el medio de pago y de intercambio preferido por los consumidores.

¿QUÉ ES LA MONEDA PARA UNA VISIÓN DISTINTA A LA DE LA ESCUELA AUSTRIACA?

En este capítulo se hará un análisis de los diferentes conceptos que hacen referencia a la evolución de la moneda como medio de intercambio usado por la humanidad en la historia, así como su evolución desde usos rudimentarios hasta un uso más sofisticado uso en la actualidad, además teniendo en cuenta las diferentes visiones con respecto a la moneda desde un punto de vista distinto al de la escuela austriaca.

El filósofo griego Aristóteles hace referencia a los usos del dinero estableciendo una diferenciación entre la función de medida del dinero y la necesidad, haciendo énfasis en que la moneda es una representación de la necesidad como lo cita Hernán Gabriel Borisonik, "Es menester por tanto, que todo se mida en una sola cosa, como se dijo antes. En realidad, esta cosa es la necesidad que todo lo mantiene unido; porque si los hombres no necesitaran nada o no lo necesitaran por igual, no habría cambio o no tal cambio. Pero la moneda ha venido a ser como una especie de sustituto de la necesidad en virtud de una convención, y por eso se llama así, porque no es por naturaleza, sino por ley, y está en nuestras manos cambiarla o utilizarla. (Borisonik, 2008)

Desde la antigüedad la humanidad se ha visto en la necesidad de realizar intercambio de bienes y servicios para satisfacer sus necesidades básicas, para ello ha creado mecanismos que le permitan a los individuos hacer más fácil este proceso , desde el trueque, luego, con la aparición de la moneda, aproximadamente en el siglo VIII a.C., surge una economía de dinero, junto con el aumento de complejidad a nivel de intercambio comercial, por último, la economía de crédito o el pago postergado, atributo del dinero moderno como lo establece (Fernández, 2000)

En la actualidad el dinero es de gran importancia para las economías, no solo por la practicidad del intercambio sino porque según la aceptación y credibilidad de una divisa, también depende la estabilidad macroeconómica de un país. Desde el punto de vista jurídico y regulatorio los estados en su gran mayoría, han creado normas que le permiten a los entes reguladores controlar el uso del dinero, ya sea con el argumento de mantener una estabilidad en los precios, es decir, mantener controlada la inflación, hasta las políticas monetarias que le permiten a las entidades financieras irrigar dinero en la economía a través del crédito para crear las condiciones para el crecimiento económico, en el caso colombiano la Constitución Política de 1991 la da esa responsabilidad al Banco de la República como lo establece el artículo 371:

> …Serán funciones básicas del Banco de la República: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del gobierno… (Constitucion Política, 1991)

El dinero tiene tres funciones principales que para Joan González son:

> **Unidad de cuenta:** El dinero dispone una medida o patrón homogéneo en el cual expresar las deudas, los precios y el poder general de compra al establecer unas equivalencias entre el numerario y los bienes.
>
> **Medio de cambio:** El dinero puede ser intercambiado por otras mercancías.
>
> **Medio de pago:** El dinero sirve para cancelar obligaciones o deudas contraídas con personas físicas o instituciones.
>
> **Depósito de riqueza:** El dinero permite conservar poder adquisitivo del presente al futuro. (González, 2011)

Según Cole La unidad de cuenta como una de las funciones del dinero es sirve para expresar los valores de los bienes y servicios, así como unidad para medir y comparar la riqueza.

> La unidad monetaria generalmente sirve como la unidad en términos de la cual se expresan los valores de los demás bienes y servicios, y también es la unidad usada para medir y comparar la riqueza. El dinero, en otras palabras, es el "común denominador" que se utiliza para comparar los valores relativos de la heterogénea gama de bienes y servicios que componen el mercado. La existencia de una unidad de cuenta hace posible el cálculo económico y la determinación de pérdidas y ganancias, permitien-

> do así determinar cambios en la situación patrimonial, o sea, cambios en la riqueza. (Cole, 2014)

La gran diversidad de usos del dinero convencional ha permitido que esos bienes y servicios que le dan respaldo al mismo, puedan ser transados de manera ágil sin la necesidad de métodos rudimentarios como lo afirma Cole que explica que en "el caso del truque que resulta ser cada vez más inconveniente, engorroso en términos de tiempo y esfuerzo en la medida que los grupos sociales fueron creciendo y aumentando el grado de especialización y división del trabajo". Gracias al uso del dinero se han potenciado las actividades económicas, además de permitir ser un medio de depósito y de pago practico que permite a través del lucro ser un incentivo para el desarrollo económico. (Cole, 2014)

En la actualidad la responsabilidad de controlar el uso razonable del dinero para evitar desequilibrios macroeconómicos está a cargo de los bancos centrales en el caso colombiano el Banco de la republica que tiene la función de:

> …preservar la capacidad adquisitiva de la moneda, en coordinación con la política económica general, entendida como aquella que propende por estabilizar el producto y el empleo en sus niveles sostenibles de largo plazo. En ejercicio de esta función adopta las medidas de política que considere necesarias para regular la liquidez de la economía y facilitar el normal funcionamiento del sistema de pagos, velando por la estabilidad del valor de la moneda… (Banco de la Republica, s.f.)

Como se puede apreciar, el dinero puede ser entendido como una creación del ser humano ante la necesidad material de un medio efectivo de intercambio, que a lo largo de la historia ha evolucionado hasta el punto de ser en la actualidad una herramienta indispensable para la adquisición de Bienes y Servicios que por el mandato de los estados está regulado por los ordenamiento jurídicos para controlar su uso en el mercado.

¿QUÉ ES EL DINERO PARA UNA VISIÓN DE LA ESCUELA AUSTRIACA?

Después de un análisis sobre la evolución de la moneda y los conceptos tradicionales predominantes es necesario abordar el enfoque dado por la Escuela Austriaca partiendo desde la relación con el individuo y no necesariamente desde la óptica colectivista y material.

La Escuela Austriaca ha tenido una visión diferente acerca del uso del dinero y las finalidades del mismo, como lo explica Leonidas Zelmanovitz sobre Carl Menger y valor del dinero, para Menger el valor de las mercancías monetarias está intrínsecamente vinculado a su capacidad de realizar lo que se percibe como la finalidad del dinero en la sociedad, o sea, facilitar, a través de intercambios indirectos, la división del trabajo. (Zelmanovitz, 2015)

Otros autores como Mises expresan sus propias teorías sobre el uso del dinero, como es el caso de "la teoría del valor del dinero" en la que Mises describe el uso del dinero a partir del

individuo, tomando lo anterior Zelmanovitz hace referencia a lo dicho por Mises basado en lo dicho por Simmel

> El proceso de evaluación sigue fundamentalmente el mismo, aunque la cuestión sea convertir el trabajo y la harina en pan en la panadería doméstica u obtener el intercambio de mano de obra y de harina por ropas en el mercado. —Por esa razón, se ha dicho que se puede definir todo acto económico como una especie de intercambio (Zelmanovitz, 2015)

En síntesis para Mises el dinero es importante no solo por facilitar el intercambio de bienes y servicios, sino también, por permitir a través de su uso ser un medidor importante del índice de los precios como lo cita Zelmanovitz sobre lo dicho por Mises

> Teniendo en cuenta que el mercado permite que cualquier mercancía se convierta en dinero y el dinero en cualquier mercancía, el valor de intercambio objetivo se expresa en dinero. Así, el dinero se convierte en un índice de precios, en palabras de (Zelmanovitz, 2015)

Para la Escuela Austriaca es más importante las decisiones del individuo con respecto al intercambio como algo psicológico que le da el valor intrínseco al dinero como lo argumenta Mises

> [Para él] la existencia de dinero depende, primero, de la capacidad cognoscitiva del agente: el individuo comprende que hay un estado de cosas más favorable que el que vive. Segundo, de la función empresarial: el agente se apercibe de una solución aparente para su orden mental peculiar. Y, tercero, de la adopción de pautas de comportamiento: el uso de un cierto tipo de bien para adquirir, indirectamente, aquello que se desea no pasa inadvertido para otros agentes que, a su vez, adoptan unos usos parecidos. (VARA, 2004)

A diferencia de las teorías convencionales que le dan un valor importante a la función extrínseca del dinero con enfoque desde lo colectivo, los libertarios como Mises le dan una gran importancia a las decisiones de los individuos y su impacto en el valor y credibilidad de una moneda.

Otro Autor importante Juan Ramón Rallo hace un análisis sobre el dinero y su función, al igual que los otros autores libertarios coincide en que el dinero no necesariamente aparece como respuesta a la rigidez del trueque al no permitir hacer transacciones como lo expresa a continuación:

> "el dinero no surge como un medio de intercambio aceptado de forma general que minimice los costes de transacción del trueque, sino como una unidad de cuenta para registrar las deudas, especialmente las tributarias" (Rallo, Contra La teoría Monetaria Moderna, 2017)

Con el uso generalizado del dinero también se evidenciaron los posibles riesgos del uso irresponsable de las autoridades monetarias de algunos países, la perdida de independencia de algunos bancos centrales ha derivado en la impresión de billetes sin el respaldo de los bienes y servicios producidos, es decir, un aumento de la oferta monetaria principalmente para financiar gasto público sin tener en cuenta la producción real, como lo establece Javier León.

> "Las principales causas de la hiperinflación se dan cuando se origina un rápido aumento del PBI nominal, es decir la oferta monetaria multiplicada por la velocidad del gasto dinero sin el incremento de la producción real. Esto es causado por decisiones por parte del Banco Central de aumentar la oferta monetaria mucho más de los que los mercados habían previsto, provocado por la impresión de dinero para financiar el gasto público." (León, 2016)

La Escuela Austriaca siempre ha sido crítica del rol de los bancos centrales, ya que argumentan que éstos permiten que los gobiernos se aprovechen de la centralidad de la emisión del dinero para financiar gasto público, así lo manifiesta el economista austriaco Friedrich Hayek citado por Oshiel Martínez Chapa:

> La desnacionalización del dinero cuestiona el rol de los Estados como impulsores de tasas elevadas de inflación. Señala que las facultades de emisión y regulación de dinero no han contribuido a proporcionar monedas estables, sino que se han convertido en un instrumento de las políticas de fuerte impulso al gasto público con las consecuencias de un gobierno grande e ineficiente. (Martínez, 2020)

Con el surgimiento de las Criptomonedas se cumple uno de los principales propósitos de la Escuela Austriaca con respecto a la descentralización del dinero, ya que éstas no están influenciadas por entidades gubernamentales, ya sea por decisiones de política monetaria como lo mencionado anteriormente en relación al aumento de la oferta monetaria, sino también a otros decisiones vinculadas al aumento de tasas de interés, que pueden generar distorsiones como, por ejemplo, la inflación que deriva en la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

PRONUNCIAMIENTOS DE LOS BANCOS CENTRALES CON RESPECTO AL BITCOIN Y DEMÁS CRIPTOMONEDAS

La aparición de la tecnología Blockchain han permitido el surgimiento de las populares monedas digitales como es el caso de Bitcoin, Ethereum, Dogecoin, Litecoin, entre otras. Ha sido todo una revolución para el mundo de las transacciones monetarias digitales, ya sea por su practicidad y por estar descentralizadas, sin intermediarios y no reguladas por los entes que dirigen la política monetaria de los países, es decir los bancos centrales. (Torres, 2015)

A propósito de los bancos centrales, estos se han manifestado en contra del uso de estas monedas digitales, argumentando varios problemas que han surgido por el uso de las mismas.

El banco central más importante del mundo, La Reserva Federal es uno de los principales críticos de las criptomonedas al considerar que son especulativas y que además no se pueden considerar como reserva de valor, en diferentes ruedas de prensa Jerome Powell Presidente de la FED se ha manifestado escéptico con respecto al uso de estos mecanismos de pago, ya que los considera como criptoactivos y no como criptomonedas, además de manifestar que no son una amenaza para la divisa más importante del mundo como lo es el Dólar Estadounidense que es una moneda de reserva mundial. Powell también ha reiterado que las criptomonedas al ser altamente especulativas tienen más similitudes con el oro que es un commoditie que con una moneda como el dólar. (Eleconomista.es, 2021)

El Banco Central Europeo BCE en la misma línea de la FED también se ha manifestado en contra del uso del Bitcoin, expone que no se puede considerar como una moneda porque no tiene respaldo y no es un medio de pago generalmente aceptado, además de resaltar que los usuarios de lo que ellos llaman criptoactivos no están protegidos cuando usan estos activos porque corren el riesgo de los piratas informáticos roben los Bitcoin.

> …Si el Bitcóin fuera una moneda, tendría que poder usarse en cualquier parte… Una moneda debe ser un depósito de valor fiable, es decir, los ciudadanos deben tener la certeza de que con el dinero que tienen hoy podrán comprar aproximadamente las mismas cosas mañana o dentro de un año.
>
> (Banco Central Europeo, 2018)

En el caso colombiano el Banco de la República también se ha pronunciado sobre el uso de las criptomonedas, en un comunicado expone que la única moneda de curso legal en territorio colombiano es el peso, no lo considera un medio de pago con poder liberatorio ilimitado, además expone que no puede ser considerado como una divisa porque no tiene el respaldo de ningún banco central del mundo.

> 1. La única unidad monetaria y de cuenta en Colombia es el peso…
> 2. El bitcoin no es una moneda en Colombia y, por lo tanto, no constituye un medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado…
> 3. El bitcoin tampoco es un activo que pueda ser considerado una divisa debido a que no cuenta con el respaldo de los bancos centrales de otros países... (Banco de la República, 2014)

Con el anterior concepto del Banco de Republica deja claro que la única moneda de curso legal en Colombia es el Peso, además hace énfasis en que el bitcoin no es una moneda de curso legal con poder liberatorio ilimitado, sin embargo, también es cierto que de facto el bitcoin se ha convertido un medio de intercambio que permite realizar transacción, además de que se está masificando, se está convirtiendo en un medio de pago aceptado cada vez más por la sociedad lo que lo hace similar al Peso o a cualquier otra moneda con la diferencia de que no se depende de las políticas monetarias de un Banco central como lo establece Yasmina Asensio:

> La descentralización, naturaleza de Bitcoin y demás monedas virtuales, es lo que la hace especial ya que su valor no está sujeto a ninguna decisión política con interés gubernamental, esta característica es lo que llama la atención del usuario para empezar a utilizar monedas virtuales. (Asensio, 2014)

Al igual que el Peso colombiano o cualquier otra moneda tradicional el Bitcoin también sirve para la compra y venta lo que le da poder liberatorio ilimitado como lo establece Yasmina Asensio haciendo referencia a que el Bitcoin como cualquier otra moneda virtual, se utiliza para comprar y vender online, también se puede realizar cambio de moneda con otras divisas como Dolares, Euros, o Yens. (Asensio, 2014)

Retomando lo dicho es importante que tanto los bancos centrales y los órganos legislativos de cada país tengan en cuenta que los individuos y las personas en la práctica van más rápido que la regulación, con lo anterior también se establece que el Bitcoin cumple con las características de una moneda y que su descentralización la hace más atractiva para quienes usan estas criptomonedas.

AUTORES DE LA ESCUELA AUSTRIACA QUE DEFIENDEN EL USO DEL BITCOIN COMO UNA MONEDA.

Diferentes Autores que tienen afinidad con la Escuela Austriaca coinciden en las ventajas que tiene el bitcoin por ser una moneda descentralizada, que no se expone a los riesgos derivado de las políticas de los bancos centrales.

Juan Ramón Rallo hace énfasis en la reducción del costo de las transacciones, además de la ventaja de estar descentralizada con respecto a las monedas tradicionales, teniendo en cuenta que proviene de la actividad privada y no de entes públicos.

> Primero, Bitcoin es un activo monetario… …Segundo, Bitcoin es un activo real, entendiendo por ello que no es el pasivo financiero de ningún otro agente. Tercero, Bitcoin no es un activo real tangible, sino intangible… …Cuarto, Bitcoin es un activo monetario de carácter descentralizado… …Y quinto, Bitcoin es un activo monetario privado (Rallo, Cotizalia, 2019)

Por su parte Daniel Lacalle hace un análisis sobre la importancia de la descentralización del bitcoin con respecto a los bancos centrales, ya que según él, esto permite que no exista un exceso monetario que suele generar destrucción del poder adquisitivo del dinero perjudicando a los consumidores

> … Las criptomonedas son una respuesta al enorme exceso monetario implementado por los bancos centrales desde hace años. De hecho, el avance de estas criptomonedas está totalmente correlacionado con el aumento sin control de los balances de los bancos centrales… Una moneda que no está sujeta al proceso de destrucción de po-

> der adquisitivo que llevan a cabo las autoridades monetarias ligadas a los gobiernos y que buscan generar inflación por decreto… (Lacalle, 2021)

Con lo anterior Lacalle también argumenta que a diferencia de los efectos negativos de la expansión monetaria por parte de los bancos centrales al afectar el poder adquisitivo mediante la inflación, en el bitcoin solo se vería afectado quien hace la inversión derivado de la volatilidad:

> La enorme diferencia entre el Bitcoin y la expansión monetaria de los bancos centrales es que si Bitcoin cae o sube mucho solo le afecta a aquellos que invierten (Lacalle, 2021)

Axel Kaiser en línea con Rallo y Lacalle es muy crítico de las monedas tradicionales haciendo énfasis en las políticas inflacionarias de los bancos centrales, considerando al bitcoin como un bien refugio similar al oro

> En pocas palabras, el Bitcoin tiene todas las características del oro, pero digital. Como tal, y en un ambiente inflacionario como el que llevan incubando los bancos centrales del mundo hace tiempo, este se ha convertido crecientemente en un bien de refugio y no sería raro ver su precio cercano a 1 millones de dólares en unos años más si la espiral de gasto, impresión y deuda continúa, lo que es probable. (Kaiser, 2021)

Se puede concluir que los Autores de la Escuela Austriaca resaltan la no participación de la Banca Central en las Criptomonedas como un plus, ya que permite que sea la autonomía de la voluntad la que fije el precio del bitcoin y no decisiones de política monetaria

LA COSTUMBRE, LA JURISPRUDENCIA Y EL LEGISLADOR CON RESPECTO AL BITCOIN.

El uso del bitcoin se podría considerar como el surgimiento de una costumbre que no necesariamente está regulada, pero por el uso masivo de la comunidad se convierte en obligatorio, la Corte Constitucional la importancia de reconocer el valor de la ley consuetudinaria como importante al igual que la ley promulgada por las autoridades como lo expresa en la sentencia C-224 de 1994 “No tendría sentido a la luz de la democracia reconocerle valor a la ley hecha por los representantes del pueblo, y negársela a la hecha por el pueblo mismo, que es la costumbre”. (Corte Constitucional, 1994)

Cada vez es más masivo el uso del Bitcoin en Colombia, los establecimientos de comercio en distinto lugares del país ya hacen transacciones con esta Criptomoneda hasta el punto de tener las características de una costumbre. Como lo informa La República en distintas ciudades del país como Bogotá, Cali y Medellín ya aceptan el bitcoin como medio de pago, el teatro Matacandelas, Origami+art, BitMarket Sudamérica son algunos de los establecimientos que lo aceptan. (Cigüenza, 2017)

Se puede concluir que a pesar de la oposición de los Bancos Centrales, el Bitcoin y las demás Criptomonedas se están imponiendo como una costumbre que tarde o temprano tendrá que ser aceptada por el legislador.

La costumbre entendida como una práctica generalizada y aceptada, a lo largo de la historia ha sido tenido en cuenta por los legisladores hasta el punto que en muchas ocasiones se ha convertido en ley escrita, como lo establece la Corte Constitucional en la sentencia C-486 de 1993.

> La costumbre, como objetivación de una determinada práctica social, muchas veces ha sido incorporada por la ley. De hecho, la legislación comercial, en buena parte responde a la codificación de la costumbre mercantil que, así, ha ganado más estabilidad y generalidad. (Corte Constitucional, 1993)

El concepto de la Corte Constitucional es muy importante ya que deja la puerta abierta a que una práctica social, en este caso el uso del bitcoin, tenga la posibilidad de ser adoptada por el legislador, además dándole estabilidad jurídica a los agentes económicos que en la práctica harían estas transacciones con una mayor estabilidad jurídica, sin corta con la posibilidad de una mayor masificación al no tener barreras legales.

El bitcoin no es la excepción, es una costumbre que cada vez toma más fuerza y que junto a las otras criptomonedas están cambiando los hábitos de los consumidores, ante lo anterior los bancos centrales y los órganos legislativos aunque no las reconozcan aun como una moneda en la práctica se evidencia que si cumple con los requisitos para realizar el intercambio de bienes y servicios.

La costumbre es algo que está inmerso en la condición humana desde tiempos antiguos, es por eso que es una de las principales fuentes de derecho que el legislador no puede omitir, sino por el contrario tener en cuenta para regular un medio de pago como el bitcoin como lo expone Hernández con respecto a la historia de la costumbre:

> La costumbre jurídica es conocida como la fuente más antigua del derecho, sus referentes datan de su utilización en Roma como única forma de creación del derecho hasta antes de las Doce Tablas, elaborada durante la segunda mitad del siglo IV a de C. En Europa fue generalizada su utilización como fuente primordial del derecho durante la Edad Media y el renacimiento, prolongándose hasta finales del siglo XVIII, época en la cual se comenzaron a expedir las grandes codificaciones. (HERNÁNDEZ DÍAZ, 2010)

En conclusión el legislador colombiano tiene todas las herramientas y argumentos para regular el bitcoin en el corto plazo, respetando así la fuente de derecho mas antigua del mundo como lo es la costumbre, la autonomía de la voluntad de los individuos para usar el medio de pago que deseen y cumpliendo así con un derecho fundamental como lo es el de la libertad.

CONCLUSIONES

La historia ratifica que el ser humano transforma los usos que le da al dinero con el fin de establecer mecanismos de pago más flexibles, económicos y duraderos que le permitan optimizar el intercambio de bienes y servicios, desde Aristóteles se ha establecido que el intercambio es una necesidad humana, enfocada en el individuo quien es el llamado a través de la practica a transformar los usos de la moneda.

El bitcoin cumple con todos los requisitos para ser considerado con una moneda ya que entre sus funciones esta ser un medio de pago, una unidad de cuenta y un depósito de valor. Lo anterior ratifica las características de bitcoin son las mismas que las del dinero salvo que no está regulado por un Banco central sino por los usuarios.

Con el paso del tiempo, es probable que los banco centrales opten por empezar crear mecanismos para convivir con las criptomonedas, ya que aunque éstos no las pueden controlar, también es cierto que su uso no es ilegal a pesar de no estar propiamente reguladas por el legislador.

Los aportes de los autores afines a la Escuela Austriaca reafirman la necesidad de permitir que sea la autonomía de la voluntad de los individuos la que permita el intercambio de los bienes y servicios a través de los medios que el individuo desee, sin estar sometido a las decisiones no siempre acertadas de los bancos centrales o de las autoridades económicas de los gobiernos.

La costumbre como fuente de derecho es de suma importancia, el legislador debe tenerla en cuenta, no solo por ser la fuente más antigua sino porque como lo ha ratificado la Corte Constitucional, no tiene sentido que dentro de un marco democrático se permita que los representantes del pueblo debidamente elegidos por el voto puedan crear leyes y que las leyes creadas por la costumbre de los ciudadanos no sea aceptada. En el caso respectivo del bitcoin es evidente que es una costumbre y que parte del uso reiterado de la ciudadanía, es por eso que el legislador no debería aplazar más su aprobación sino a través del argumento de la costumbre aprobar el uso de esta criptomoneda.

REFERENCIAS

Asensio, Y. (2014). *La nueva moneda virtual que está revolucionando el mundo de las divisas digitales*. Repositorio. Obtenido de http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/112560/TFM_2014_AsensioGrauY.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Banco Central Europeo. (13 de 02 de 2018). Banco Central Europeo. Obtenido de Banco Central Europeo: https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me/html/what-is-bitcoin.es.html

Banco de la República. (01 de 04 de 2014). Banco de la República. Obtenido de Banco de la República: https://www.banrep.gov.co/en/node/35058

Banco de la Republica. (s.f.). Banco de la Republica. Recuperado el 18 de 05 de 2021, de Banco de la Republica: https://www.banrep.gov.co/es/el-banco/que-hacemos#:~:text=Las%20funciones%20especiales%20asignadas%20al,como%20agente%20fiscal%20del%20Gobierno.

Borisonik, H. G. (2008). *Aristóteles y los usos del dinero.* Universidad de Belgrano. Obtenido de http://repositorio.ub.edu.ar/bitstream/handle/123456789/242/179_borisonik.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Cigüenza, N. (25 de 03 de 2017). *El bitcoin ya se recibe como medio de pago en 15 establecimientos del país*. La República. Obtenido de https://www.larepublica.co/finanzas/el-bitcoin-ya-se-recibe-como-medio-de-pago-en-15-establecimientos-del-pais-2488316#:~:text=Finanzas-,El%20bitcoin%20ya%20se%20recibe%20como%20medio,en%2015%20establecimientos%20del%20pa%C3%ADs&text=El%20valor%20del%20bi

Cole, J. H. (2014). *Dinero y Banca.* Guatemala: 1.

Constitucion Política. (1991). Constitución Politica de Colombia. Bogotá.

Corte Constitucional. (28 de 10 de 1993). Corte Constitucional. Obtenido de Corte Constitucioanl: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-486-93.htm#:~:text=La%20costumbre%20mercantil%3A&text=Esta%20norma%20se%C3%B1ala%20a%20los,su%20funci%C3%B3n%20de%20administrar%20justicia.

Corte Constitucional. (28 de 05 de 1994). Corte Constitucional. Obtenido de Corte Constitucional: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-224-94.htm

Corte Constitucional. (05 de 05 de 1994). Corte Constitucional. Obtenido de Corte Constitucional: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-224-94.htm

Eleconomista.es. (23 de 03 de 2021). Eleconomista.es. Obtenido de Eleconomista.es: https://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/11119386/03/21/El-bitcoin-cae-con-fuerza-tras-el-aviso-de-la-Fed-Es-un-activo-especulativo-que-no-esta-respaldado-por-nada.html

Fernández, G. G. (2000). *¿Qué es el dinero? Un abordaje desde la psicología económica.* Psicología desde el Caribe, 75-92.

González, J. (2011). *Ontología y funciones del dinero. Una aproximación fenomenológica.* Investigaciones Fenomenológicas, 14.

HERNÁNDEZ DÍAZ, C. A. (2010). *La costumbre como fuente del Derecho.* Criterio jurídico garantista, 6. Obtenido de http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridico-garantista/article/view/321/304

Kaiser, A. (06 de 03 de 2021). *Fundación Para el Progreso.* Obtenido de Fundación Para el Progreso: https://fppchile.org/es/blog/hayek-y-la-revolucion-crypto/

Lacalle, D. (08 de 02 de 2021). *Daniel Lacalle.* Obtenido de Daniel Lacalle: https://www.dlacalle.com/bitcoin-el-aviso-a-los-bancos-centrales/

León, J. (2016). *Hiperinflación.* Universidad Para el Desarrollo Andino, 2. Obtenido de http://65.181.120.59/bitstream/123456789/50/1/Investigaci%c3%b3n%20Hiperinlfaci%c3%b3n%20del%20Per%c3%ba%20Decada%2080%20-%20Javier%20Le%c3%b3n.pdf

Martínez, O. (2020). *LA INFLACIÓN EN LA PERSPECTIVA DE LA ESCUELA AUSTRIACA.* Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7383217

Portero Lameiro, J. D., & Pereira, E. T. (2020). *La relevancia del bitcoin en las economías.* ATLANTIC REVIEW OF ECONOMICS- AROEC, 7. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7407249

Rallo, J. R. (2017). *Contra La teoría Monetaria Moderna.* Barcelona: Grupo Planeta. Obtenido de https://pladlibroscl0.cdnstatics.com/libros_contenido_extra/35/34803_Contra_la_teoria_monetaria_moderna.pdf

Rallo, J. R. (26 de 08 de 2019). *Cotizalia.* Obtenido de Cotizalia: https://blogs.elconfidencial.com/economia/laissez-faire/2019-08-26/bitcoin-alternativa-dolar_2191991/

Torres, E. M. (06 de 02 de 2015). *Reflexiones respecto a las ventajas y desventajas del uso del Bitcoin.* Repositorio Universidad Piloto de Colombia, 8. Obtenido de http://repository.unipiloto.edu.co/bitstream/handle/20.500.12277/3750/Reflexiones%20respecto%20a%20las%20ventajas%20y%20desventajas%20del%20uso%20del%20Bitcoin.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Vara, O. (2004). *La fundamental homogeneidad de las teorías monetarias de Georg Simmel y Ludwig Von Mises.* Procesos de Mercado, 223 a 247. Obtenido de https://www.procesosdemercado.com/wp-content/uploads/2017/11/Procesos-de-Mercado-2004_1.pdf#page=223

Zelmanovitz, L. (2015). *La Teoría del Valor del Dinero y la Evolución Monetaria para Simmel y Mises*. ACADEMIA. Obtenido de https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/55671234/Teoria_del_valor_del_dinero-with-cover-page.pdf?Expires=1621444673&Signature=YoBI6CPXHMFh8g9hEtQttIhXfvxbsd3WCZq3yOivE5U4TeDBAcAzay2O3irYw5e-TJnK8OUuYcxJ8NqYATqTiGMQKoT-Cqf~ZW3o4WMbOI62C9m9~U4-UKvY-d0kNPh67UbTd

DESPROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR INMOBILIARIO: LEASING HABITACIONAL

Vega Alvarez Carol Steffany[3]

RESUMEN

El contrato de Leasing Habitacional es una de las figuras más novedosas implementadas para la adquisición de vivienda en Colombia, en su modalidad de vivienda familiar presupone normas para la implementación de la misma, pero mediante este investigación se evidencio que, aunque las leyes que regulan la figura en cuestión son claras y precisas con las formas que se deben cumplir al celebra el contrato, algunas entidades autorizadas no cumplen con dichos preceptos legales y esto fue palpable a la hora de revisar algunas generalidades del ismo en su puesta en práctica. En la etapa precontractual se encuentra que las entidades autorizadas no cumplen con las exigencias legales con respecto a la información y la publicidad que proveen al consumidor inmobiliario, en este caso financiero; por su parte en la etapa contractual también se evidencian irregularidades en temas de cláusulas abusivas, garantías y responsabilidad por producto defectuoso.

PALABRAS: Leasing habitacional, vivienda, consumidor inmobiliario, etapa contractual, etapa precontractual, Superintendencia Financiera.

LACK OF FINANCIAL CONSUMER PROTECTION: ANALYSIS OF HOUSING LEASING FOR FAMILY HOUSING

ABSTRACT

The Housing Leasing contract is one of the newest figures implemented for the acquisition of housing in Colombia, in its modality of family housing it presupposes rules for its implementation, but through this investigation it was evidenced that, although the laws that regulate the figure in question are clear and precise with the forms that must be fulfilled when entering into the contract, some authorized entities do not comply with said legal precepts and this was palpable when reviewing some generalities of the ism in its implementation. In the pre-contractual stage, it is found that the authorized entities do not comply with the legal requirements regarding the information and advertising that they provide to the real estate consumer, in this case financial; for its part, in the contractual stage, irregularities are also evidenced in terms of abusive clauses, guarantees and liability for defective products.

---

3 Estudiante de sexto semestre de la Universidad Militar Nueva Granada. Semillero de investigación: Derecho del Consumo.

KEY WORDS: Housing leasing, housing, real estate consumer, contractual stage, pre-contractual stage, financial supervision.

INTRODUCCIÓN

La compraventa de vivienda es un acto jurídico con un gran significado para quien lo lleva acabo, es tan importante que a lo largo de los años se han creado figuras para facilitar la adquisición de estas a la ciudadanía en general. La figura del leasing habitacional destinada a vivienda familiar ha sido de hecho diseñada para facilitar la misma actividad, por la naturaleza de esta se ha logrado configurar una protección de especial sujeción como lo es la del consumidor que si bien se reconoce en este caso como un consumidor inmobiliario la figura presta merito para que este sea reconocido de igual manera como financiero como también por el régimen general de consumidor.

Al establecer la relación de consumo del consumidor inmobiliario es claro que este cuenta con la protección de la ley 1328 del 2009 y la del Estatuto del consumidor, ley 1480 del 2011, como consumidor financiero cuenta la con la vigilancia, control y supervisión de la Superintendencia Financiera quien como sus funciones lo indican habrían de cumplir con unas funciones de supervisión desde las cuales se procure al consumidor, pero como la realidad supera la ficción otra situación es la que se ve en la práctica pues tanto en la etapa precontractual como en la contractual se encuentran elementos que indicarían una falta de control y vigilancia sobre la misma praxis.

En análisis se basará en la verdadera aplicación de dichas normas, así mismo como estas plantean un solo problema encamino a la ausencia y necesidad desbordada que nace desde estas sobre las medidas y garantías certeras que se les puede procurar a los consumidores financieros-inmobiliarios de vivienda, frente a dicha relación de consumo que se celebre.

RELACIÓN DE CONSUMO: LEY 1328 DEL 2009 Y LEY 1480 DEL 2011

El contrato de Leasing Habitacional para Vivienda Familiar es un claro ejemplo de un producto que se ofrece y cumple con las características para la configuración de una relación de consumo, las cuales se encuentran amparadas por el estatuto del consumidor, ley 1480 del 2011, pero este es claro al aclarar que su aplicación se efectuará de manera suplementaría en aquellos casos en los que no exista una legislación puntal para la situación en concreto.

En el caso del contrato de leasing si existe una normatividad especial, la cual se encarga de regular las relaciones de consumo financiero, y así mismo se encarga de salvaguardas los intereses del consumidor financiero; esta fue expedida con anterioridad a la expedición de dicho estatuto ya se había realizado una regulación que serviría a todo aquel que ostentará una relación de consumo con el sector financiero, como es preciso en el caso de la figura del

Leasing habitacional, la Ley 1328 del 2009 se encarga de exponer principios, conceptos y derechos a los que se hacen acreedores todos aquellos que encajen en la precisiones que allí se hacen; es desde esta ley que se llega a los conceptos que establecen o no la existencia de una relación de consumo en el sector financiero.

La ley 1328 del 2009 no es clara al establecer una definición exacta sobre lo que se entiende por relación de consumo en el sector financiero, pero ofrece ciertas nociones que facilitan su conceptualización, como lo son a quienes se les podrá denominar consumidores financieros, es así como el artículo 2 de la norma ya señalada menciona que el concepto puede corresponder a tres diferentes términos.

Tales términos como usuario, siendo este quien sin tener relación contractual establecida con el establecimiento utiliza los servicios que este ofrece; potencial cliente, quien por su parte es quien manifiesta un interés en los servicios/productos que ofrece la entidad; y por último el cliente quien es aquel que mantiene una relación contractual con la entidad vigilada para el uso y goce de los servicios/productos que esta ofrece.

A diferencia de lo señalado por el Estatuto del Consumidor, mediante los conceptos compartidos por la Ley 1328 del 2009 se puede establecer una relación del consumo, en el ámbito financiero, en relación los con conceptos ya señalados. Aquí no es base el interés o expectativa que se tenga sobre el producto sobre el que se tenga la intención de adquirir, sino que por el contrario solo basta con la existencia de una relación contractual o la mera expectativa de esta frente a los servicios/productos que ofrece la entidad autorizada.

Al establecer la relación de consumo también es menester contextualizar sobre la calidad que ostenta el contrato de Leasing Habitacional para Vivienda Familiar, tanto para conceptualizar la naturaleza de este como para establecer su implementación. Al ser una figura que cuenta con tres etapas importantes como lo son el mandato, contrato de arrendamiento y por ultimo su famosa opción de compra lo cual como menciona el artículo segundo de la ley de protección al consumidor financiero menciona que “se entiende por productos las operaciones legalmente autorizadas que se instrumentan en un contrato celebrado con el cliente o que tienen origen en la ley” (Ley 1328, 2009), lo que conllevaría a la conclusión que desde el mismo momento en el que se celebra el contrato de mandato el consumidor estaría adquiriendo un producto de parte de la entidad vigilada.

COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA Y SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO AL CONSUMIDOR FINANCIERO-INMOBILIARIO

El Leasing habitacional como figura que es manejada por el sector bancario cuenta con el respaldo y la vigilancia de la Superintendencia Financiera, pero al retomar la figura desde un punto más específico, como lo es su modalidad de vivienda familiar, entendemos que también

es aplicable al caso en concreto algunos términos del régimen general de protección al consumidor, sin que exista en verdad una competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, es decir de manera paralela le es aplicable el régimen de la Ley 1328 del 2009, Ley de Protección al Consumidor Financiero, y la Ley 1480 del 2011, el del Estatuto del Consumidor.

El artículo 57 del Estatuto del Consumidor nos indica la jurisdicción que se le reconocería a la Superintendencia Financiera y expresa que esta "podrá conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera"(Ley 1480, 2009), es decir, que le reconoce facultades para que este cumpla con las actividades de supervisión y vigilancia que le tocan, esto se ven posteriormente ampliado con el decreto 710 del 2012 en el cual es claro desde su introducción haciendo alusión que desde ahí se plantearían las bases para confirma la independencia y autonomía desde la misma desde la parte jurisdiccional.

Lo cierto frente a esto es que la Superintendencia Financiera tiene una responsabilidad importante frente a la relación contractual que surja entre las entidades autorizadas y el consumidor financiero; ya en concordancia con sus funciones de control y vigilancia que deben ser de manera oficiosa por parte de la entidad jurisdiccional, en relación con el cumplimiento e implementación de la normativa en protección del consumidor, se requiere evidencia de un verdadero cumplimiento de estas.

Por su parte la ley 1328 de 2009 menciona en sus principios, del artículo 3, que "las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros"(Ley 1328, 2009), tal como lo indica la norma las entidades de vigilancia cuentan con una obligación de emisión de pliegos con los que se indique en términos generales sobre la calidad de los servicios y por su parte la entidad vigilada tiene el deber de poner el practicas estas.

La protección al consumidor es de vital importancia y para que esta tenga un cumplimiento a cabalidad se necesita que existan y sean certeras las medidas tanto de carácter jurisdiccional como las de carácter administrativo que se necesitarían en dado caso de que se corrobore una desatención de las normas que rigen y amparan al consumidor financiero.

Cuando se habla de aquellas medidas de carácter jurisdiccional no se hace alusión a un concepto diferente al ya citado en relación al artículo 57 de Estatuto del consumidor, pues en aquellos casos en donde exista un incumplimiento por parte de las entidades bancarias autorizadas para la actividad de leasing habitacional con los consumidores que hayan adquirido cualquier servicios o producto debe existir la debida sanción, sin desconocer que se "considera que existe competencia jurisdiccional también cuando se rompen los deberes de la etapa precontractual, aun no existiendo un contrato perfeccionado" (Betancourt Cardona, G. 2014. Pág. 157).

En cuanto a las atribuciones que competente tanto a la Superintendencia de industria y Comercio como se amplían a la Superintendencia Financiera se encuentra que las contempladas en el artículo 56 del estatuto en donde se mencionan acciones que pueden ser presentadas ante entidades con funciones de carácter jurisdiccional ordinario como a entes administrativos a los que se les ha otorgado función jurisdiccional que van desde acciones populares como acciones de protección al consumidor.

La superintendencia financiera al ser una entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha de cumplir con las obligaciones inspección, vigilancia y control no solo es posee las funciones jurisdicciones ya mencionadas, sino que cumple con las funciones que caracterizan a las mismas entidades como de resolver mediante conceptos derechos de información sobre temas relacionados a su esencia y si bien el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo menciona que las respuestas dadas no tendrán un carácter de obligatorio cumplimiento no deja de ser verdadera que los conceptos que se emitan tendrán algún tipo de peso en la manera de proceder de las mismas entidades.

Las medidas que existen tienen el cometido de proteger de manera integral al consumidor, pero que una entidad encarga de inspeccionar, vigilar y controlar a las entidades autorizadas emite este tipo de conceptos presupone un riesgo para el consumidor financiero pues lo deja expuesto a una situación de vulnerabilidad manifiesta ya que quien debe velar por unas garantías mínimas no expone que deban se acatadas y respetadas con la certeza necesaria.

Claramente la norma existe, pero si las entidades llamadas con el cumplimiento de esta consideran que estas deberían ser amparadas por la autonomía de la voluntad se abre la posibilidad de hablar de una verdadera inseguridad jurídica con respecto al Leasing Habitacional para Vivienda Familiar.

Por su parte la Superintendencia de Industria y Comercio no tendría cavidad en la sanción pues no es la entidad por excelencia que debe atender caso de protección al consumidor financiero, pero con respecto a las normas que tienen amplia aplicación previstas en el Estatuto del Consumidor si es imperativo tenerla a la vista a la hora de ser rigurosos con la protección.

ETAPA PRE-CONTRACTUAL

Por su parte el contrato de Leasing cuenta como cualquier adquisición de bienes y servicios con una etapa previa en la cual el consumidor toma importantes decisiones pues en el mercado existe una amplia gama de opciones ya que las entidades verificadas para prestar los servicios son varias.

Es el momento jurídico en el cual quien tiene intenciones de iniciar el proceso decide cual es la promoción que más se acopla a sus necesidades y posibilidades por lo tanto esta ocupa un puesto de gran relevancia pues las opciones y portafolios que ofrezcan a este serán los medios por los cuales se persuadirá a este es por esto por lo que se necesita que la informa-

ción y publicidad, pilares de esta etapa cumplan con unos mínimos de buen fe, transparencia y claridad.

El consumidor financiero en este caso sería concebido desde que este fija su interés en el producto que ofrece la entidad autorizada, es decir desde que este ostenta la calidad de cliente potencial; este desde este momento en donde empezarán a pesar las acciones que la entidad emprenda pues este se considera el momento en el que la información y publicidad de la que sea receptor el consumidor influirá en la decisión que tome al momento se contratar con la entidad.

En esta etapa existe un primer momento el cual consta en que el consumidor financiero en el cual allega un escrito a la entidad autorizada compartiendo su intención de contratar bajo la modalidad de leasing habitacional para vivienda familiar para la adquisición de vivienda, pero en tanto esta manifestación es claro que "esta solicitud no es una oferta estrictamente hablando ni tampoco tiene ninguna fuerza vinculante para la sociedad "leasing"; es simplemente poner en marcha un trato precontractual que posiblemente podrá terminar con la contratación "leasing"." (Jaime Arrubla Paucar. 1990. Pág. 252).

a. INFORMACIÓN

Según se establece en la ley de protección al consumidor financiero este tiene derecho a que se le respete su derecho a recibir por parte de las entidades prestadoras del producto/servicio información trasparente sobre el objeto sobre el que verse dicha relación de consumo como lo indicia la lay 1328 del 2009 en su artículo 3 al señalar los principios de la misma.

Así mismo también esta deberá ser hecha llegar a este de la manera más comprensible y simple para que el consumidor entienda la esencia de la misma y logre establecer comparaciones sobre otros servicios que integran el mercado. Así mismo es imperativo que se le informen al consumidor todas las generalidades de las que se integra el producto como el precio y tarifas de este, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato, las obligaciones que se derivan del mismo, y en general toda aquella información que sea conveniente suministrar al consumidor para que entienda el manejo y la esencia de la relación contractual a la que se somete.

Dicho deber tiene su fundamento en dos grandes ítems, uno que tiene que ver con un asunto jurídico y otro con uno meramente económico, el primero haciendo referencia la buena fe que se consagra en el artículo 83 de la constitución política, y el segundo "que consiste en tomar las decisiones más adecuadas para una correcta utilización de los recursos" (Saavedra Muñoz, C. 2012. Pág. 150).

Ahora, los deberes de información frente a los que utilizan la figura de leasing habitacional son amplios y esto queda demostrado en la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996) de la Superintendencia Financiera en la cual se establece de manera más general cuales son los conceptos que deben ampliársele al usuario en los que se encuentra, y que

esta debe cumplir tres categorías: "completa, cierta y comprensible" (Superintendencia Financiera. Circular Externa 007 de 1996), para el interesado que del primer acercamiento, como cliente potencial debe informársele cosas como: cuales son las garantías que ofrece la entidad bancaria su ministrante del servicio, cuáles son los requisitos que este debe cumplir para ser acreedor del producto, cuáles son las generalidades de este, modalidades, plazos, etc.; y ya en calidad de locatario también decreta que se le debe entregar informes anules junto con extractos los cuales cumplirán la función de informar al usuario el proceder que ha tenido el contrato celebrado con la entidad en cuestión.

Teniendo en cuenta lo anterior, se podría decir que las entidades autorizadas habrían de cumplir con las precisiones que se exigen tanto en la ley que protege al consumidor financiero como en las circulares expedidas por la Superintendencia Financiera.

Al dirigirse a las paginas oficiales de cada una de estas hay información que a la hora de analizar las propuestas de productos se considerarían imprecisas como los es la declaración de beneficios tributarios por la contratación del negocio de leasing habitacional, Bancos como Scotiabank Colpatria utilizan en su página web "Beneficios… beneficios tributarios – Cuenta AFC" (Scotiabank Colpatria. https://www.scotiabankcolpatria.com/personas/hipotecario/leasing/leasing-habitacional). Lo anterior deja de manera tan impersonal que podría tener interpretaciones erróneas a la hora de tomar la decesión, lo cual se constituye como una como una afrenta a los mínimos legales que existen para evitar dichos problemas.

b. PUBLICIDAD

Dentro de los derechos de los que se hace acreedor el consumidor financiero se puede apreciar la publicidad como uno de estos, y este no es un derecho con relación a la promoción de productos y servicios sino por el contrario su trasfondo traspasa con términos como "clara, oportuna y verificable"(Ley 1328, 2009), es decir, que si bien es importante que se haga una promoción de lo que se ofrece es imperativo que las entidades proveedoras ofrezcan con toda claridad en que consta el servicio/producto que están promocionando y así mismo de que constaría la relación contractual en dado caso de que este sea tomado, entendiendo así que deberá integrarse cuales son los derechos y obligaciones a los que se vería sometido el consumidor.

Es importante hacer la anotación de que si bien existe la ley 1328 del 2009 que es la encargada de regular las relaciones de consumo financiero, no pueden desconocerse preceptos que se anexan desde la ley 1480 del 2011, la cual en términos de publicidad, indica en su artículo 5, que esta será "toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo" (Ley 1480, 2011), es decir, que es mediante esta es el instrumento por el cual cautivar y entablar de primera medida un contacto con el consumidor financiero, es desde este que se genera interés sobre el servicio/producto que se ofrece.

Llama la atención la obligación que se ve prevista en la ley 1328 del 2009 en el artículo 9 parágrafo 2 en donde habla sobre la publicidad que debe existir en relación con los modelos de los contratos que manejan, y que si bien al buscar internet aparecen algunas entidades que llevan a cabo dicho requerimiento la verdad es que específicamente los contratos de leasing habitacional para vivienda familiar no se encuentra gran variedad como lo es en el caso del BBVA, el cual al hacer el ejercicio de búsqueda lo se encuentran modelos de su antagonista denominado para vivienda no familiar, situación que también sucede con el Banco del Occidente.

La verdad es que esto puede convertirse en un desacierto por parte de las entidades ya que para el consumidor financiero podría ser confuso, si bien los dos actos jurídicos son modalidades del contrato de Leasing Habitacional sus características difieren en la práctica como ya se mencionó anteriormente.

ETAPA CONTRACTUAL

Una vez firmado el contrato sobre el financiamiento del bien inmueble en donde la entidad financiera se compromete a adquirir este y así mismo arrendárselo al consumidor financiero, e inmobiliario en este caso, quien ostentará la calidad de locatario.

Si bien es un contrato del cual se debate su naturaleza, pues hay tratadistas que lo mencionan como un contrato típico y otros que por el contrario lo conciben como atípico lo certero frente a este es que "se evidencia que el locatario se adhiere a todas las cláusulas establecidas previamente dentro del contrato marco impuesto por la entidad financiera" (Arrieta, M. C.2015. Pág. 106), es decir que al momento de la celebración del contrato del leasing habitacional se presenta un nuevo panorama para el consumidor inmobiliario, pues esta calidad desde un principio presupone que se encuentra en una desventaja frente a la entidad con la que contrata.

Los contratos de adhesión corresponden a figuras en las cuales existe una figura con una posición de superioridad frente a este, esta misma se encarga de:

> "establecer las reglas por medio de las cuales se regirán todas las relaciones jurídicas nacidas de los contratos de adhesión que celebre individual o masivamente en el mercado, para realizar todas las operaciones y transacciones en desarrollo de su actividad económica" (Corte Suprema de justicia, Sentencia del 14 de diciembre de 2014)

Por otro lado, se encuentra con que, quien será quien adquiera dichos bienes o servicios y simplemente toma una posición en donde se limita a aceptar e incorporarse a esas normas y cláusulas que se le proponen, imponen en términos reales. Esta es la importancia que viene a cobrar el Estatuto del consumidor pues desde los parámetros que éste fija, y que cumplimiento con los lineamientos que allí se señalan, se logra una protección más ampliar al consumidor de estos bienes de servicios que por el régimen general no cuenta con la misma especialidad.

Ahora es claro que desde la posesión que ostenta dicha entidad autorizada pueden verse en la cotidianidad algunas formas en las que la ejerce y hasta se aprovecha de la misma, es desde esta que se genera problemas con las cláusulas del contrato y se empiezan a evidenciar supuestos que la ley abstrae como una desventaja para el consumidor y sitúa en una situación de vulnerabilidad manifiesta.

a. CLÁUSULAS ABUSIVAS.

La ley 1328 del 2009 comprende en su artículo 11 algunas cláusulas que se prohíben de manera certera en los contratos de adhesión y enuncia algunas de ellas en las que entran estipulaciones como aquellas en las que se pacte que el consumidor financiero renuncia a los de derechos a los que él es beneficiario por dicha calidad; la prohibición de estas dos radica en la relación de consumo que se consolida, si bien aquel que ostente la calidad de consumidor financiero pueda tener conocimiento del sector no por eso la entidad contratada deja de estar en una posición dominante en la que el desequilibrio reina, en virtud de esta presunción es imperativo establecer cuales procederes estarán prohibidos para no permitir ni mucho menos fomentar la deslealtad por parte de quienes ofrecen y venden productos o servicios dentro del ámbito financiero; estas no son más que una respuesta a los principios que amparan la ley en cuestión de "buena fe, la confianza legítima, el interés público, las posibilidades de negociación, la atención de la asimetría y la superación de las desigualdades" (Corte Constitucional. Sentencia C-909/2012)

Una cláusula que se ve de manera reiterativa y que ejemplifica de manera apropiada lo abusivo de algunas prácticas es aquella en la que al locatario, quien se reconocer como un simple tenedor del bien, en el contrato se le establece como obligación el pago de impuestos y gravámenes en los que se constituye la tenencia, ya que este se obliga a:

> "h) Pagar, obtener y mantener vigentes todos los permisos, licencias, impuestos, etc., exigidos por las autoridades nacionales, departamentales y municipales para el uso de los inmuebles entregados en Leasing Habitacional, así como todos los costos relacionados con el consumo de todos los servicios de que goza el inmueble, tales como acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telecomunicaciones, gas, la conexión o reconexión de los mismos y cualquier otro cargo que llegue a generarse, así como las cuotas ordinarias y extraordinarias que cobre la administración a la que pertenece la copropiedad, si es el caso. Presentar anualmente ante EL ARRENDADOR o en la oportunidad que esta lo requiera el último de cada uno de los recibos por estos conceptos debidamente cancelados" (Scotiabank Colpatria https://scotiabankfiles.azureedge.net/scotiabank-colombia/Colpatria/pdf/herramientas/legales-banco/reglamentos-productos-servicios/leasing/31.-contrato-leasing-habitacional-familiar.pdf)

La verdad es que en la ley 44 de 1990 indica es que quienes están llamados a cubrir dicha deuda publica son quienes ostentan la calidad de propietarios o poseedores del predio en cuestión.

Por su parte el artículo 3 del Decreto 777 del 2003 establece que en la modalidad de leasing la entidad bancaria será quien hará de propietario del bien si bien uno de los fundamentos en el derecho privado corresponde a la libertad contractual conocida por ser aquella en que las partes contratan y pactan según sea la voluntad de estos, ya se ha dejado atrás ese dicho de Fouillé que señala que "quien dice contractual dice justo" (Fernández Cruz. G. 1997. Pág. 125)

Gracias a la constitucionalización del derecho puede verse que, aunque se respeta la voluntad de estos el Estado ha de intervenir de manera proporcionada con relación a una protección patrimonial, pues "el interés público o social impone la necesidad de restablecer el equilibrio contractual, sancionando con ineficacia aquellas cláusulas del contrato llamadas por la doctrina "abusivas", en clara aplicación del principio constitucional" (Arrubla, J. A. 2010.Pág. 50).

Es importante resaltar que "la función social del ordenamiento no impone, en estricto rigor, un sentido de reglamentación privada, sino que aduras penas hace las veces de filtro o marco dentro del cual deben ajustarse éstas para poder tener existencia y plena eficacia" (Pájaro, N. 2006. Pág.49), es decir debido a la constitucionalización debería mantener un mínimo de respetos por los derechos y la ineficiencia que consagrada la normativa jurídica.

Si bien la Superfinanciera se ha pronunciado sobre esto, por su parte la ley 44 de 1990 es clara al estipular que "Cuando el respectivo municipio adopte la decisión de establecer la declaración del Impuesto Predial Unificado, los propietarios o poseedores de predios deberán presentar anualmente dicha declaración en los formularios" (Ley 44, 1990), es decir que en este caso quien es meramente tenedor del bien no tiene el deber ni la obligación de cumplir con dicho requerimiento tributario.

b. RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

Por su parte la responsabilidad por producto defectuosos hace referencia a "una subespecie de responsabilidad que busca la reparación de los perjuicios ocasionados a las personas con ocasión de la utilización de productos" (Villalba, J.C. 2017.Pág. 309), y es mediante la regulación de esta en el estatuto del consumidor que se puede hablar de una solidaridad de quienes se hicieron participes de la venta del inmueble.

Lo primero establecer los detalles alrededor de concepto de producto defectuoso, los cuales se posesionan como "aquel bien mueble o inmueble que, debido a un error en el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho" (Ley 1480, 2011)", y en el caso de consumidor se entenderá todo aquel que sufra daños causados por dichos vicios

Por su parte compartirán responsabilidad, en virtud del artículo 20 del Estatuto del consumidor los productores y proveedores del inmueble; en este orden de ideas pueden darse dos circunstancias, la primera relacionada con una vivienda que es entregada por una enti-

dad jurídica como una constructora, y la segunda en donde la vivienda ya se encontraba en el mercado sin relación alguna con alguna constructora.

La responsabilidad objetiva estaría entendida desde la perspectiva en que aquellos involucrados en la construcción y venta del inmueble se verán envueltos, frente a la figura del leasing habitacional el comprador inicial es la entidad autorizada, pero esta desplaza responsabilidad bajo el supuesto de que es el locatario el encargado de realizar la debía revisión del inmueble al cual piensa acceder, como si esta no tuviera el deber inicial de prever vicios ocultos del inmueble, pues se funda en que está bajo su calidad de "guarda material y jurídico" del bien es quien debe responder por los daños que este pueda causarle a un tercero, y que en dado caso de que sea la entidad la que pague por los daños causados esta estará autorizada a repetir en contra del locatario.

Esto desde un imaginario en el cual la norma es seguida según esta decreta, pero esta presenta una dicotomía con la realidad pues lo que se ve reflejado en los contratos de leasing habitacional es que existe un desplazamiento de esta en donde en único que tendría que responder por vicios con el inmueble sería el consumidor bajo su calidad de locatario:

> "además los parámetros deben colocarse en el contexto de un contrato celebrado por un profesional de intermediación financiera y de una diligencia perito que comprende todas las conductas necesarias para asegurarse de que el inmueble objeto de leasing habitacional corresponda a un lugar que ofrezca seguridad a los usuarios y si núcleo familiar" (Baena Cárdenas, L.G. 2006. Pág. 328).

Uno de los elementos del contrato de leasing es la entrega del uso y goce del bien, si bien es cierto que es este quien se encuentra en una posesión material del mismo no podría establecer toda la carga contractual sobre él, el comprador inicial que en este caso es la entidad autorizada y que posteriormente será el proveedor del bien quien posteriormente será el vendedor de este tiene la obligación hacer un análisis del producto el cual pondrá a servicio del consumidor.

La ley de protección de consumidor financiero también prevé dichas situaciones en su artículo 11 establece situaciones, este señala que "cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades"(Ley 1328, 2009), es claro que la entidad autorizada en estos casos establece dicha cláusula y carga al consumidor de manera en que se pierde el equilibrio contractual que la ley contempla para los contratos de Leasing Habitacional para vivienda familiar.

CONCLUSIÓN

La Superintendencia Financiera como entidad con facultades de supervisión, control y vigilancia, tiene el deber de asegurarse de que las entidades autorizadas cumplan con las mínimas

legales para la protección del consumidor financiero tanto de manera administrativa como jurisdiccional, claro, en la práctica las entidades autorizadas para llevar a cabo contratos de leasing habitacional para vivienda familiar no se adhieren a los presupuestos mínimos.

Si bien existen unos presupuestos normativos desde los cuales la protección al consumidor financiero- inmobiliario cumpliría su cometido lo cierto es que las entidades autorizadas en la práctica no se someten a estas en cuanto a temas de publicidad, información, cláusulas abusivas y responsabilidad frente a terceros.

Por su parte los conceptos emitidos, en este caso por la Superintendencia Financiera, tienen ciertas parcialidades al momento de hablar de principios como el de la autonomía contractual, lo que representa un desde diferentes ángulos un riesgo para el consumidor ya que en este tipo de relaciones contractuales pueden verse desprovistas del principio de la buena fe y de equidad.

Los deberes impuestos a dichas entidades vigiladas frente a normas en relación a la información y la publicidad no cumplen con unos mínimos de información y claridad exigidos por la ley lo que conlleva a que el consumidor financiero, el que como cualquier otro consumidor no tiene un comportamiento racional, se pueda ver confundido y sesgado a la hora de tomar la decisión de contratar con la entidad que le ofrece el producto lo cual representa todo lo contrario al fin de las normas de protección al consumidor.

Al tratarse de la etapa contractual también evidencian otros episodios dignos de verificación por parte de las entidades de vigilancia, ya que se presentan actos abusivos por parte de quien posee la posición dominante que solo podrían ser apaciguados por el ente de control, pero la realidad actualmente es una desprotección al consumidor financiero/inmobiliario; al dejar a un lado las facultades jurisdiccionales a las que solo se puede acceder a petición de parte, las superintendencias en cuestión de oficio deberían ser clara y concisas frente al cumplimiento de las normas que se encuentran consignadas tanto en la ley 1328 del 2009 y la ley 1480 del 2011, podría existir un punto medio, de ahí la importancia de la constitucionalización del derecho privado en la actualidad, no se trata de una intervención arbitraria del Estado en las relaciones contractuales privadas sino que por el contrario es importante establecer una protección patrimonial de quienes se encuentran en una posición vulnerable.

REFERENCIAS

Arriet Blanquicett, M. (2015). "*Obligaciones a cargo del locatario en el contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar, que no guardan relación con su calidad de tenedor*". Revista E-Mercatoria, 14 (1), 93-111. https://doi.org/10.18601/16923960.v14n1.04

Arrubla Paucar, J. A. (1990). *Contrato de "leasing"*. Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas, (87-88), 202-252. https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4603

Arrubla Paucar, J. A. (2010). *La constitucionalización del derecho privado.* Nuevo Derecho, 5(7), 44-76. https://doi.org/10.25057/2500672X.271

Baena Cárdenas, L.C. (2014). *Leasing habitacional: instrumento para financiar la adquisición de vivienda.* Universidad Externado de Colombia.

Betancourt Cardona, G. (2014). *Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia: análisis desde la regulación de protección al consumidor.* Revista Digital De Derecho Administrativo, (12), 141-166. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3997

Congreso de la República de Colombia. (1990, 18 de diciembre). *Ley 44 de 1990.* Por la cual se dictan normas sobre catastro e impuestos sobre la propiedad raíz, se dictan otras disposiciones de carácter tributario, y se conceden unas facultades extraordinarias.

Congreso de la República de Colombia. (2009. 15 de Julio) *Ley 1328 del 2009.* Por la que se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia. (2011. 12 de octubre). *Ley 1428 del 2011.* Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-909/2012.*

Corte Suprema De Justicia. (2011. 14 de diciembre) *Sentencia ref. c-1100131030142001-01489-01.*

Fernández Cruz. G.1997. *Derecho Civil Patrimonial.* Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pájaro, N. 2006. *La autonomía privada y la constitucionalización del derecho.* Editorial Universidad Externado de Colombia.

Saavedra Muñoz, C. (2012). *El deber de información al consumidor financiero: Caso De los deudores de créditos hipotecarios en la crisis del 2008*. Revista E-Mercatoria, 11(2), 146-178. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3335

Scotiabank Colpatria. *¿Qué es el Leasing Habitacional?*. https://www.scotiabankcolpatria.com/personas/hipotecario/leasing/leasing-habitacional

Scotiabank Colpatria. *Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar*. https://scotiabankfiles.azureedge.net/scotiabank-colombia/Colpatria/pdf/herramientas/legales-banco/reglamentos-productos-servicios/leasing/31.-contrato-leasing-habitacional-familiar.pdf

Superintendencia Financiera. (1996). Circular Externa 007 de 1996.

Villalba Cuéllar, J. (2017). *La protección al consumidor inmobiliario. Aspectos generales en el derecho colombiano*. Revista de Derecho Privado. 32 (1), 279-313. https://doi.org/10.18601/01234366.n32.10.

LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA MÉDICA Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR EN SERVICIO EN SALUD

Henry Leonardo Díaz Granados[4]

RESUMEN

El presente trabajo de investigación desarrollado al interior del Semillero de Derecho Corporativo: Aspectos contemporáneos del derecho de daños y los seguros de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, sede Villa Académica – Bogotá, pretende demostrar la influencia de los principios de la bioética médica en los procesos por responsabilidad del presentador de servicios de salud en Colombia. los principios de la bioética médica son cuatro: la autonomía del paciente, la beneficencia, la no maleficencia ligada al no hacer daño al usuario del servicio médico y la justicia, es decir, la equidad para todos en la prestación el servicio sanitario. El principio de no maleficencia es el principio más relevante: ***primun non nocere***, lo primero es no causar daño al paciente, considerado un ser humano en estado de vulnerabilidad. Para lo anterior, esta investigación se apoyó en el enfoque cualitativo de investigación que es propio de las ciencias sociales. Este enfoque tiene íntima relación con la protección de los derechos humanos del más vulnerable, en este caso el usuario del servicio médico. La investigación, además, tuvo un alcance exploratorio de investigación, por lo novedoso del tema investigado. Los métodos utilizados fueron el hermenéutico crítico y el holístico. La investigación holística involucra diferentes áreas del conocimiento: la medicina y el derecho, por ejemplo. Las técnicas de investigación utilizadas fueron la conversación con expertos y la búsqueda documental de doctrina y jurisprudencia nacional y foránea. Las herramientas de investigación a las que se recurrió se fundamentaron en las bases de datos como Scopus, Scielo, entre otras.

PALABRAS CLAVES: Bioética médica, responsabilidad médica, autonomía, beneficencia, no maleficencia, justicia.

ABSTRACT

This document has been developed within the Research Seedbed of Corporate Law: Contemporary aspects of the Law of damages and Insurance from Law School of the Universidad Militar Nueva Granada- Villa Académica headquartes- Bogotá. Aims to demonstrate

4 Estudiante de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, Sede Villa Académica – Bogotá D.C. Miembro activo del Semillero de Investigación: Derecho corporativo: aspectos contemporáneos del derecho de daños y seguros.

the influence of the medical bioethic principles in the processes of responsabilty of the health presenter in Colombia. There are four principles of medical bioethics: 1) Autonomy of the patient, 2) Benificience, 3) Non malificience linked to not harming the final user of the medical service and 4) Justince meaning equity for everyone in the provision of medical services. The principle of non malifience is the most important: primun non nocere, the first thing is not to cause harm to the patient considering under vulnerability that is linked with the protection of the human rights. Therefore, the research was based on the qualitative approach typical from the Social Sciences and under the exploratory scope. The methos used were the critical hermeneutic and the Holistic involving different knowledge áreas: medicine, law and bioethics for example. The technique used were interviews with experts and documentary research of national and foreign doctrine and jurisprudence. Main tools were based on databases.

KEY WORDS: Medical bioethics, medical responsibility, autonomy, beneficence, non-maleficence, justice.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación fue desarrollado al interior del Semillero de Derecho Corporativo: Aspectos contemporáneos de la responsabilidad y los seguros de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, sede Villa Académica –

Bogotá. En este semillero de investigación liderado por el profesor José López Oliva, son tratados diferentes temas relacionados con el derecho corporativo, entre ellos, el derecho de la responsabilidad civil y estatal médica.

Además, las discusiones y capacitaciones llevadas a cabo en el semillero se centran en el análisis de la protección de los derechos humanos del más débil, por ejemplo, el paciente cuando es víctima de un hecho dañoso. En este caso, se hace una referencia especial a la aplicación de los principios de la bioética médica en los recurrentes procesos judiciales presentados en la jurisdicción ordinaria civil o en la jurisdicción de lo contenciosa administrativa.

Así las cosas, se reitera, se pretende demostrar la influencia de los principios de la bioética médica en los procesos por responsabilidad del presentador de servicios de salud en Colombia. Los principios de la bioética médica son cuatro: la autonomía del paciente, la beneficencia, la no maleficencia ligada al no hacer daño al usuario del servicio médico y la justicia, es decir, la equidad para todos en la prestación el servicio sanitario.

El principio de no maleficencia es el principio más relevante: primun non nocere, lo primero es no causar daño al paciente, considerado un ser humano en estado de vulnerabilidad. Para lo anterior, esta investigación se apoyó en el enfoque cualitativo de investigación que es propio de las ciencias sociales.

Este enfoque tiene íntima relación con la protección de los derechos humanos del más vulnerable, en este caso el usuario del servicio médico. La investigación, además, tuvo un alcance exploratorio de investigación, por lo novedoso del tema investigado. Los métodos utilizados fueron el hermenéutico crítico y el holístico.

La investigación holística involucra diferentes áreas del conocimiento: la medicina y el derecho, por ejemplo. Las técnicas de investigación utilizadas fueron la conversación con expertos y la búsqueda documental de doctrina y jurisprudencia nacional y foránea. Las herramientas de investigación a las que se recurrió se fundamentaron en las bases de datos como Scopus, Scielo, entre otras.

1. Los principios de la bioética médica

Los principios de la bioética médica deben ser utilizados por el prestador del servicio médico en su práctica clínica, con el propósito de evitar los daños causados al paciente. Asimismo, el juez administrativo y el ordinario civil está llamado a interpretar los principios de la bioética médica, con el propósito de salvaguardar los derechos del paciente cuando es víctima de un daño antijurídico, es decir, aquel daño que lesiona un bien jurídico tutelado por el Estado: la vida e integridad física del paciente e, inclusive, de los familiares del mismo.

> Hace pocos años, términos tales como ética médica, bioética o comité de ética eran ajenos al contexto del ejercicio de la medicina clínica y más aún al de la ciencia experimental. La irrupción de la tecnología como una expresión de progreso, el advenimiento de la computación, que facilitó en gran medida el acceso al conocimiento, así como cambios en el comportamiento de la sociedad, hicieron evidentes algunos procesos adaptativos en la medicina. Merece destacarse, entre otros, una evolución en la relación médico paciente, que pasó de un paternalismo clásico a una relación gobernada por la autonomía del enfermo y la omnipresencia del denominado consentimiento informado. No puede negarse en este sentido el impacto que produjeron los informes de la Comisión Belmont en 19781 y un año más tarde, la publicación del trabajo de los bioeticistas T. L. Beauchamp y J. F. Childress, que influyeron radicalmente en el ejercicio de la medicina con la aplicación de los postulados acerca de los cuatro principios bioéticos: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia, situación que está plenamente vigente hasta nuestros días[2] (Rojas y Lara, 2014; Beauchamp y Childress, 2006).

La responsabilidad del prestador de servicios de salud puede ser de naturaleza civil, administrativa o, inclusive, de naturaleza penal. La responsabilidad civil establece que el daño es causado por un particular de la medicina, mientras que la responsabilidad del estado es aplicada cuando el daño antijurídico es ocasionado por el Estado. Un hecho jurídico ilícito genera también la responsabilidad penal, ante todo, por los delitos de homicidio culposo o la falsedad de la historia clínica o el consentimiento informado del paciente.

2. El principio de autonomía y la responsabilidad del prestador en salud

El principio de autonomía propende por proteger los derechos de las personas, tales como, pacientes, de decidir acerca de los procedimientos médicos y los medicamentos que le puedan llegar a ser utilizados con ocasión a sus procesos paliativos donde se les debe respetar su deseo de tomar un tratamiento, así como discernir a cerca de los procedimientos a loa cuales podría ser sometido. Todo dentro de la relación médico-paciente en la que se pueda llegar a generar un daño antijurídico al usuario del servicio de Salud

El principio de autonomía del paciente está ligado al principio de autodeterminación, el cual puede ser vulnerado por el prestador del servicio médico en la prestación del servicio. Es decir, el paciente tiene el derecho, a partir de un razonamiento individual, a decir acerca de procedimientos médicos, entre otros, de acuerdo a sus intereses, deseos y creencias (Castillo, 1999).

> Principio de Autonomía: tiene en cuenta la libertad y la responsabilidad del paciente que, bien informado, decide lo que es bueno para él. Cuanto más aguda es la enfermedad y más eficaz es su tratamiento, menos interviene en la práctica el principio de autonomía y más el de beneficencia, y cuanto más crónica es la enfermedad o más cuestionado esté su tratamiento, como ocurre en la situación de enfermedad terminal, más veces se reclama la autonomía. En líneas generales, los grandes problemas surgen cuando se plantean conflictos entre los principios de un mismo nivel. El conflicto más frecuente es el que surge entre los principios de Autonomía y Beneficencia, al rechazar el paciente o su representante legal un determinado tratamiento o prueba diagnóstica. Cuando surge un conflicto entre principios de distinto nivel, en principio, deberá prevalecer el del nivel superior (Azulay, 2001).

El principio de autonomía está ligado al principio de autodeterminación. La autodeterminación le otorga al paciente la facultad de decidir acerca de lo que el usuario del servicio desea en cuanto la recuperación de su salud se refiere. La autonomía de la voluntad del paciente es transgredida cuando el médico desconoce la voluntad de este. Este principio tiene valor cuando el juez de conocimiento sanciona al prestador del servicio médico por la transgresión de este derecho (Ferro, Molina, Luzcarín, & Rodríguez, 2009).

3. El principio de beneficencia y la generación de un daño médico

En cuanto al principio de beneficencia, está íntimamente relacionada con hacer el bien, es decir, el prestador de servicios en salud debe poner a disposición del paciente todos sus conocimientos, experticia, idoneidad, en aras de la protección de las garantías constitucionales y legales del servicio en salud

Además, el principio de beneficencia está ligado al hecho de prevenir el daño antijurídico

ocasionado por el prestador del servicio médico o aliviar el dolor producido por la enfermedad. Se debe entonces ayudar al prójimo, inclusive, sobreponiéndose a intereses particulares del médico, de la entidad promotora del servicio médico o de la Institución prestadora del mismo. (Rodríguez, 2004).

La función de obrar en favor de los intereses del paciente debe ser valorada por el juez, al investigar y juzgar acerca de una probable mala praxis médica. Los elementos que integran el principio de la bioética médica de beneficencia son los siguientes:

a) La acción o beneficio en dirección a beneficiar la integridad física y mental del paciente.

b) Prevenir causar mal al paciente, que pueda ocasionar un daño antijurídico generador de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales.

c) Contrarrestar el mal o daño antijurídico de bienes amparados por el Estado: la vida e integridad física del paciente.

d) Evitar actos que ocasionen daños al paciente (Rodriguez, 2004; Ferro et al, 2009).

Así las cosas, el hacer el bien al paciente representa una conducta que debe ser observada tanto por el prestador del servicio médico como por el juez en el evento de juzgar un proceso por responsabilidad médico-sanitaria.

4. El principio de no maleficencia: *primum non ladere*

La no maleficencia es uno de los principios fundamentales para esta investigación. Este principio está ligado al principio "lo primero es no causar daño". Así las cosas, en materia de los servicios de salud, se establece que en principio los médicos ejercen su profesión principalmente con la intención de generar bienestar y una mejor calidad de vida para los pacientes y sus familias. En la relación médico paciente se pueden generar tensiones que pueden, a su vez, dar pie a una afectación al paciente a causa del servicio médico, en este caso, se puede dar lugar a una acción de responsabilidad en contra del prestador del servicio médico o quien haga sus veces.

El principio de no maleficencia es tal vez el más representativo cuando se trata de evaluar el comportamiento de un médico o institución promotora o prestadora del servicio en salud. El paciente cuando acude a una consulta médica espera que el facilitador del servicio en salud solucione o trate de dar solución a sus inconvenientes médicos. Es decir, el paciente busca protección y la ausencia de un procedimiento que le ocasione daños o lesiones.

> El principio de protección está en el fundamento del Estado mínimo que reconoce su obligación de tutelar la integridad física y patrimonial de sus ciudadanos a partir del siglo XVIII, de igual manera, es el fundamento moral del Estado de bienestar contemporáneo. Como es sabido, la salud pública nace en el siglo XVIII con el propósito de

> dar protección sanitaria a la fuerza laboral. Siendo así, que el principio de protección subyace, desde hace por lo menos tres siglos, a las acciones públicas, tanto políticas como sanitarias, por lo que es sorprendente que la bioética no haya explícitamente incorporado este principio en su agenda (Schramm y Kottow, 2001).

El daño antijurídico se puede presentar por acción o por omisión de un prestador del servicio en salud. El daño puede ocasionarse por la negligencia, por acción u omisión de un profesional liberal o de una institución prestadora o promotora del servicio. Además, el daño puede provenir de la impericia, inobservancia de los protocolos en salud o de la imprudencia del profesional. Estas situaciones deben ser valoradas por el juez ordinario o contencioso administrativo con el propósito de establecer la verdad de los hechos y sancionar conductas contrarias a la adecuada praxis médica.

5. El principio de justicia y equidad en la relación EPS y paciente

El principio de justicia es el último principio de la bioética médica. Cuando es causado un daño antijurídico al paciente el juez colombiano, por ejemplo, debe imponer una sanción de acuerdo a los parámetros legales y jurisprudenciales. La sanción es impuesta una vez sea evaluada la conducta del presentador en salud, de acuerdo con los hechos, los fundamentos de derecho y a las pruebas solicitadas, practicadas e incorporadas al proceso.

> Las decisiones que a diario pronuncian los jueces en Colombia han impuesto una permanente revisión de los parámetros sobre los que se evalúa la conducta de quienes, siendo expertos en una materia, prestan sus servicios y, por tanto, pueden ser objeto de reclamos derivados justamente de la intervención del profesional. Dentro de las diversas actividades profesionales, la médica genera sin duda un alto grado de sensibilidad social, no solo porque ningún miembro de la comunidad está exento de requerir estos servicios, sino porque los errores o imprecisiones en la prestación de la asistencia médica ponen de inmediato en riesgo la existencia del del ser humano, pues la salud, de acuerdo con la Organización Mundial de la salud (OMS), "es el estado de completo bienestar a nivel físico, social y psicológico general", de manera que es un recurso al que el persona humana aspira constantemente, cuya ausencia implica la alteración de la órbita cotidiana del actuar del paciente.

Así las cosas, es relevante garantizar los derechos del paciente a la justicia de la reparación integral de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual o el daño extracontractual. En suma, la justicia está ligada a la equidad a la prestación de servicios a los usuarios que tienen comprometida su salud física y mental.

REFLEXIONES FINALES

En la investigación realizada se logró establecer que en la prestación del servicio en salud se pueden ocasionar daños antijurídicos. Estos daños pueden ser generados por servidores públicos o particulares quienes desconocen, por ejemplo, los principios de la bioética médica.

Se identificó, igualmente, que para prevenir daños al paciente debe existir una clara influencia de los principios de la bioética médica. Estos principios deben ser aplicados en los procesos por responsabilidad del presentador de salud en Colombia.

Se logró establecer que los principios de la bioética médica son cuatro: la autonomía del paciente, la beneficencia, la no maleficencia ligada al no hacer daño al usuario del servicio médico y la justicia, es decir, la equidad para todos en la prestación el servicio sanitario.

Uno de los hallazgos más relevantes fue que los principios de no maleficencia y justicia deben ser aplicados en dos ámbitos específicos: en la práctica médica y por parte del juez al juzgar un hecho dañoso. Esto, con el propósito de amparar los derechos del paciente.

REFERENCIAS

Azulay Tapiero, A.. (2001). *Los principios bioéticos: ¿se aplican en la situación de enfermedad terminal?*. Anales de Medicina Interna, 18(12), 650-654.

Beauchamp T L, Childress J F. *Principles of Biomedical Ethics.* 6ª ed. New York: Oxford University Press, 2009.

Castillo, A. (1999). *Principios, Normas y Obligaciones del médico.* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Medicina, Comisión de Estudios de posgrado, Centro Nacional de bioética. Ética en Medicina, Fundamentación. Modulo N° 1, Caracas. Pp.235-245.

Ferro, María, Molina Rodríguez, Luzcarín, & Rodríguez G, William A. (2009). *La bioetica y sus principios.* Acta Odontológica Venezolana, 47(2), 481-487.

Principios y guías éticos para la protección de los sujetos humanos de investigación. Comisión Nacional para la protección de los sujetos humanos de investigación biomédica y del comportamiento. Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos de Norteamérica. 18 de abril de 1979. Disponible en: www medicina. uc.cl/ docman/358/doc Consultado: 17 de mayo de 2014.

Rodríguez, W. (2004). *Apuntes Bioéticos desde el campo de la salud-Odontología-* Caracas.

Rojas, a., & Lara, L. (2014). *¿Ética, bioética o ética médica?*. Revista chilena de enfermedades respiratorias, 30(2), 91-94.

Schramm, F. R., & Kottow, M. (2001). *Principios bioéticos en salud pública: limitaciones y propuestas.* Cadernos de Saúde Pública, 17, 949-956.

Fortich, A. A. (2013). *La responsabilidad médica como actividad peligrosa: análisis de caso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.* Vniversitas, (126), 15-37.

RESPONSABILIDAD POR PRODUCTO MÉDICO DEFECTUOSO Y MEDICAMENTOS DEFECTUOSOS[5]

Sara María Guevara Núñez[6]

RESUMEN:

Dentro de las múltiples problemáticas que existentes entorno al derecho del consumo resaltan aquellas relacionadas con el área de la salud, probablemente uno de los ámbitos más concurridos por las personas; Desde el momento en que nacemos adoptamos un papel de consumidores expuestos a los riesgos derivados por el uso de los productos médicos.

Cada día con el desarrollo tecnológico y científico acrecienta la necesidad de regular nuevos productos, como medicamentos o dispositivos médicos, en esos casos debemos plantearnos la pregunta ¿Cuáles son las herramientas jurídicas para la prevención y reparación de los daños causados por medicamentos y dispositivos médicos defectuosos en Colombia y el derecho comparado? Así mismo identificar las brechas en el derecho comparado y las dificultades presentes en el ordenamiento jurídico colombiano, para así establecer el alcance normativo en Colombia.

Existe una amplia gama de vacíos legales frente a la identificación de productos médicos y asimismo el régimen de responsabilidad civil aplicable. Con la aplicación del método de investigación jurídica de tipo dogmática, mediante la metodología de estudio de jurisprudencia, el análisis normativo aplicable y la doctrina vigente se busca resolver la problemática identificada en el tema en concreto, como cuales son los niveles de riesgo que puede conllevar la utilización de estos, dado su alto potencial de causar daño en la utilización de ellos, frente al cuestionamiento de cómo se debe calcular la responsabilidad y sus limites.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad, medicamento, producto médico, daño, alcance normativo.

5 Artículo de investigación desarrollado en el semillero de derecho del consumo con la tutorial doctor Juan Carlos Villalba Cuéllar docente investigador de la Universidad militar nueva Granada

6 Estudiante de 8tavo semtesre de derecho de la Universidad militar nueva Granada sede Villa académica. Adscrita al Semillero derecho del consumo en la línea de investigación:derecho económico y de los negocios.

LIABILITY FOR DEFECTIVE MEDICAL PRODUCTS AND DEFECTIVE MEDICINES

ABSTRACT

Among the multiple problems that exist around consumer law, those related to the area of health stand out, probably one of the areas most frequented by people; from the moment we are born we adopt the role of consumers exposed to the risks derived from the use of medical products.

Every day with the technological and scientific development increases the need to regulate new products, such as medicines or medical devices, in these cases we must ask ourselves the question: What are the legal tools for the prevention and repair of damage caused by defective medicines and medical devices in Colombia and comparative law? We must also identify the gaps in comparative law and the difficulties present in the Colombian legal system, in order to establish the regulatory scope in Colombia.

There is a wide range of legal gaps regarding the identification of medical products and the applicable civil liability regime. With the application of the legal research method of dogmatic type, through the methodology of jurisprudence study, the applicable normative analysis and the current doctrine, it is sought to solve the problems identified in the specific topic, such as which are the levels of risk that the use of these products may entail, given their high potential to cause damage in the use of them, facing the questioning of how the liability and its limits should be calculated.

KEY WORDS: liability, medicine, medical product, damage, normative scope.

INTRODUCCIÓN

Desde el mismo momento en que nacemos adoptamos un papel de consumidores, con la utilización de los implementos quirúrgicos que se requieren ya sea para una cesárea, unos simples guantes, una Pinza Rochester y el caucho utilizado para la ligadura del cordón, son productos que influyen en este proceso los cuales tienen un nivel de peligrosidad en caso de no funcionar correctamente, alto.

Pero ¿qué sucede si alguno de estos elementos es defectuoso? se podría decir que pone en riesgo la vida del paciente, es decir, en una relación de consumo dónde una persona hace uso del producto; con este trabajo se pretende identificar en primera medida cuáles son los elementos que se identifican como producto médico, se observarán antecedentes legales a nivel nacional e internacional y se realizará una evaluación de casos para la identificación y ejemplificación de estos sucesos.

Es muy común que se hable de la responsabilidad civil por el ejercicio de la carrera de medicina puesto que no hay perfección en la acción que realice un ser humano, sin embargo nunca se ha visto con la misma profundidad la responsabilidad por el producto utilizado en ciertos procedimientos o cuestiones de salud, por lo cual se investigará cuáles son considerados productos médicos y medicamentos de acuerdo con la legislación colombiana, se ondeará en naciones de información, seguridad y daño, para tener en cuenta cuál es la responsabilidad en el régimen normativo colombiano, también identificando las autoridades que ejercen los controles previos y posteriores y cuáles son los mecanismos de protección a los consumidores de estos productos y el tratamiento de las cargas probatorias.

Un breve análisis en el derecho comparado en miras de identificar algunas brechas o coincidencias entre los mismos y el derecho colombiano, para así plantear tal vez la necesidad de fortalecer el ordenamiento jurídico colombiano en esta materia.

DESARROLLO

Con el avance y desarrollo de los últimos dos siglos en el campo de la medicina, paralelamente ha surgido la necesidad del avance en derecho frente a estos temas como la responsabilidad por defecto del mismo; es la responsabilidad por un producto defectuoso médico un tema relativamente novedoso y a su vez complejo, para lo cual se requiere establecer criterios de búsqueda de información muy estrictos.

La ley colombiana cuenta con la ley 1480 del 2011, la cual establece el estatuto del consumidor, dicho ha sido uno de los avances más grandes en temas de la responsabilidad del productor o vendedor con el consumidor, sin embargo no podemos limitar la visión a esta ley, por ejemplo el Instituto nacional de vigilancia de medicamentos y alimentos es uno de los entes del gobierno más importantes los cuales también funcionan como un control previo para determinar la seguridad para los consumidores.

Por lo tanto cabe mencionar el alcance normativo del régimen de responsabilidad en Colombia, teniendo en cuenta las nociones fundamentales que mencionan las normativas de información, seguridad y daño.

PRODUCTOS MÉDICOS Y MEDICAMENTOS

En Colombia el Instituto nacional de vigilancia de medicamentos y alimentos, y regula los productos vigilados, para nuestro interés concretamente los dispositivos médicos y equipos biomédicos, de la misma forma los medicamentos que puedan implicar algún riesgo para el consumidor final.

Es más que lógica la razón por la cual debe ser reglamentada por un instituto estos productos, si bien hablamos del avance de la tecnología, también debemos entender que el capitalismo

y la necesidad por hacer dinero ha generado que muchas empresas a lo largo del la historia crearon productos supuestamente mágicos para las personas y sus necesidades, muchas veces sin medir las consecuencias reales que implica la fabricación de ciertos productos y la venta en el mercado.

Por lo tanto cualquier producto de estos, debe contar con un registro sanitario precisamente expedido por el Instituto nacional de vigilancia de medicamentos y alimentos esto en su abreviatura el registro INVIMA, el cual permitirá la comercialización de ciertos productos de los cuales ya sea evaluado de acuerdo con los estándares actuales de seguridad, eficacia y desempeño.

Por supuesto esta actividad no sólo se limita a la fabricación, y de tener en cuenta que la manipulación de algunos productos puesto que como lo establece el estatuto del consumidor no se limita sólo al productor sino también al vendedor, el desarrollar actividades como vender, importar, entre otras requieren también solicitud al imprima para desarrollar cierto tipo de actividades, todo esto en pro a la búsqueda de protección del consumidor final.

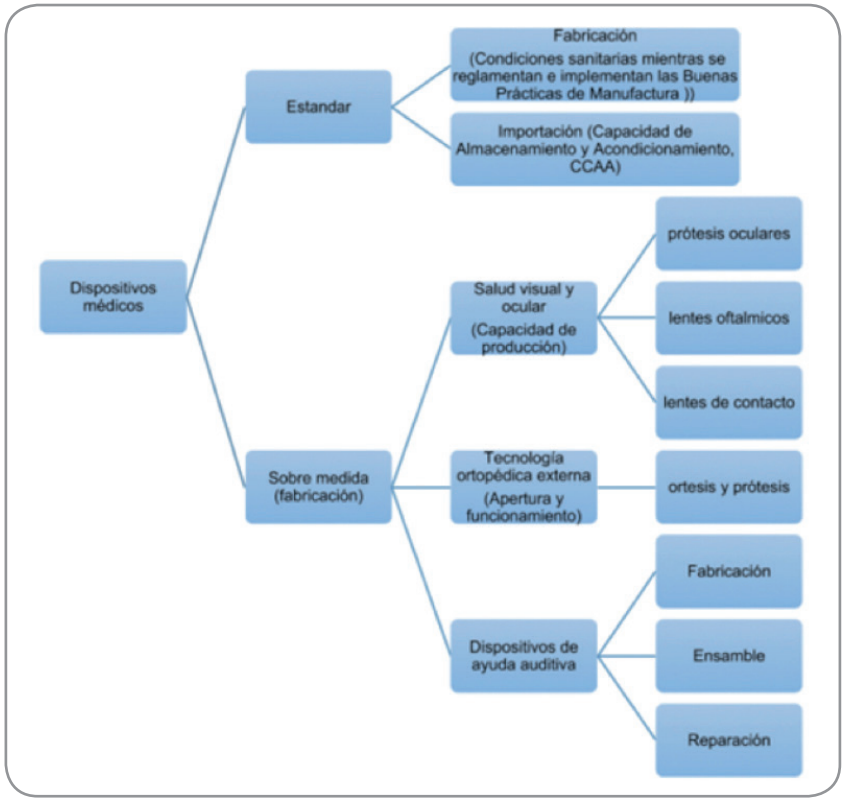
El Instituto Nacional de vigilancia de medicamentos y alimentos, establece que se debe cumplir con ciertos requisitos para la solicitud de la evaluación del medicamento o dispositivo médico, en el caso de los dispositivos médicos, el Invima tiene el deber de evaluar la capacidad técnica del fabricante, se observa las características en concreto y de calidad del producto teniendo en cuenta la seguridad y la protección para la salud de la persona; posterior a esa evaluación técnica también debe tener una valuación legal, en la cual el producto deberá estar conforme a la normatividad colombiana, conteniendo la suficiente información del producto como lo establecen los derechos y deberes de los consumidores y usuarios contenidos en la ley 1480 del 2011[7].

Los dispositivos médicos, autorizados por la Instituto nacional de vigilancia de medicamentos y alimentos son clasificados principalmente en 1. Dispositivos médicos y equipos biomédicos 2. Reactivos de diagnóstico Invitro y reactivos Invitro 3. Componentes anatómicos y otros, los cuales están sujetos a una vigilancia para su comercialización.

Los medicamentos y productos biológicos, que regula el Instituto nacional de vigilancia de medicamentos y alimentos, realiza una clasificación de los productos, 1. Biológicos y de síntesis química 2. Medicamentos homeopáticos, Fito terapéuticos y suplementos dietarios 3. Sangres y hemoderivados 4. Canabis. Los anteriores productos son considerados medicamentos en razón a la autorización para la comercialización otorgada por el Invima, el cual realizando un control de vigilancia pre y pos introduce al mercado para su utilización.

7 LEY 1480 DE 2011 Articulo 3 : 1.3. Derecho a recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.

Aquellas auditorías realizadas, se establecerán mediante los requisitos que debe cumplir los fabricantes y los importadores, para el caso de los dispositivos médicos el Invima clasifica los productos de acuerdo con la certificación que requieren



(Tabla 1. Instituto nacional de vigilancia de medicamentos y alimentos)

Cómo se observó con anterioridad, el Invima, realiza una clasificación de los dispositivos médicos, para los dispositivos médicos estándar existen múltiples normas y reglamentaciones las cuales serán mencionadas con posterioridad, pero debemos entender que todo este requerimiento se constituye a partir de tres naciones que nos introduce la ley 1480 del 2011 en cuanto a la protección del consumidor, y la necesidad de tener en cuenta la información, seguridad y el daño.

INFORMACIÓN, SEGURIDAD Y DAÑO

Establecer la calidad de consumidor en especial de medicamentos y productos médicos es de gran importancia, el estatuto del consumidor en términos generales establece que el consumidor es una persona natural o jurídica quién es el destinatario final de la adquisición ya sea el que disfrute o utilice el producto, siendo para satisfacción de una necesidad propia o familiar y también en los casos empresariales cuando no estás ligada con la actividad económica

principal, es decir para establecer quién es o no consumidor de medicamentos y productos médicos, se deberá identificar las múltiples características de la persona.

Es muy común hoy en día observar masivamente publicidad de los productos, esta noción entendida y explicada también por el estatuto del consumidor como cualquier forma y contenido de comunicación que tenga como objetivo influir en la decisión de consumo, por supuesto que muchas personas no le importará valerse de otorgar poca información o información poco clara para aprovecharse del consumidor, es por eso que se entiende el estatuto del consumidor como una ley con el objetivo de proteger el ejercicio de los consumidores quiénes son la parte más vulnerable en las relaciones de consumo.

Lo anterior resalta la importancia entonces de haber reglamentado las condiciones en las cuales se oferta el producto, es decir intrínsecamente observamos las nociones de información y seguridad, condiciones las cuales son probablemente la piedra angular de la decisión que toma el consumidor en la relación del consumo. Información no sólo es una nación, es un principio general del estatuto del consumidor.

La noción de información establecida en el estatuto del consumidor, establece la necesidad de qué el contenido de la misma sea completa, claramente dependiendo del producto que se ofrezca cambiará la información necesaria, entendiendo producto como todo bien o servicio ofertado por el productor o proveedor; aquella información será relacionada no sólo con el ámbito económico, sino también con los componentes, origen, naturaleza, peso y demás dimensiones y características que de forma clara le otorgan al consumidor una visión más clara del producto para así tener la capacidad de hacer la mejor elección; Aquella información debe ser otorgada al consumidor de acuerdo con la noción que nos otorga el estatuto de forma expresa, clara y verás.

Múltiples tratadistas se han referido al requisito de información como la base esencial del derecho de consumo, puesto que quien está en una posición vulnerable es el consumidor al no tener el conocimiento técnico y científico del producto o dispositivo médico, por lo tanto es deber del productor establecer la información suficiente clara y del producto.

El deber de información en cuanto a la responsabilidad daños por productos defectuosos se encuentra regulado por el artículo 19 del estatuto del consumidor, concretamente menciona que es deber de el productor o distribuidor cuándo tengas conocimiento de qué su producto o el producto atenta contra la Car salud tomar las medidas necesarias para que los productos no sean puestos en circulación dentro de los tres días calendario siguientes a la determinación de la autoridad del gobierno nacional.

La información como se mencionó con anterioridad se desarrolla en torno a otras naciones como por ejemplo la noción de seguridad, en el documento realizado por la autora Marta González Soto en el trabajo “Responsabilidad por productos defectuosos en el ámbito sanitario. Especial referencia a los medicamentos” de la Universidad de Salamanca nos explica qué Estamos frente a un producto defectuoso cuando aquél no ofrezca la seguridad que legalmente

se está esperando, así lo manifiesta el artículo 137 de la ley española, otorgando tres tipos de defectos en los productos, 1. siendo el de fabricación, 2. diseño e 3. información, esto manejado de una forma muy similar en Colombia[8].

Ahí radica la importancia de la noción de seguridad, pues existe una amplia trazabilidad entre la información y seguridad del producto, no es de obviar que un producto cuenta con los estándares de seguridad porque así lo dice su publicidad, es por eso que con el tiempo no solamente en Colombia sino en el mundo se han creado la vigilancia para estas situaciones, en Colombia la superintendencia industria comercio es quien está cargo de ejercer estas funciones con el fin de la protección de los consumidores, pero delimitando un poco más al tema de medicamentos y productos médicos defectuosos es necesario mencionar que el Instituto nacional de vigilancia de medicamentos y alimentos es quien tiene la responsabilidad de ejercer aún mayor vigilancia y control frente a estos productos.

En el tema de seguridad como ya se había explicado con anterioridad, el Instituto nacional de vigilancia de medicamentos y alimentos establece una clasificación de los dispositivos médicos según su riesgo y de los medicamentos, si bien realiza una evaluación técnica del dispositivo y una evaluación legal del mismo, muchos de los dispositivos médicos cuentan con un riesgo que podríamos llamar tolerable, el cuál si se informa debidamente en el producto, podríamos estar en un caso de eximente de responsabilidad.

El decreto 4725/2005 establece cuatro clases de dispositivos médicos según su riesgo. 1. Clase I: Los de bajo riesgo, los cuales se le realiza control general, no son productos destinados para proteger o mantener la vida o para un uso especial de prevención en cuanto a el deterioro de la salud humana por lo tanto no representará un riesgo potencial de enfermedad o lesión 2. Clase II A: Los de riesgo moderado los cuales tienen controles especiales al momento de su fabricación en el cual se evalúa la seguridad y efectividad del producto 3. II B: son aquellos que corresponden a un riesgo alto, en este se observará y controlará la fabricación y el diseño demostrando asimismo su seguridad y efectividad. 4 III: los de riesgo muy alto, los cuales están destinados para proteger o salvaguardar la vida, también para uso esencial para la prevención del deterioro en la salud humana, también si su uso se implementa en casos de una posible lesión o enfermedad[9].

Es de tener en cuenta que siempre habrá un riesgo, así se evidencia con anterioridad, por lo tanto se debe también tener en cuenta la noción general daño[10], intrínsecamente relacionada con el derecho a la seguridad en la cual el estatuto del consumidor establece que el producto

8 En este documento de la Universidad de Salamanca se resalta la importancia de los medicamentos en la actualidad, y determinar los criterios bajo los cuales pueden ser indemnizado en los daños según los efectos derivados a los mismos. (Soto, 2015)

9 Decreto 4725 2005 artículo séptimo

10 Ley 1480 del 2011 artículo tercero

debe garantizar no causar daño en las condiciones normales de uso, en principio nos hace pensar que el riesgo debe ser casi nulo, sin embargo como se mencionó con anterioridad en especial en los productos como medicamentos o dispositivos médicos existen clases de riesgo, por lo tanto se entendería que se debe buscar la menor consecuencia no se iba para la salud y la integridad del consumidor, estableciendo unos límites y otorgando la información suficiente al consumidor de aquellos daños que pueda ocasionar.

Cómo en todo medicamento existe un riesgo, la autora OLENKA WOOLCOTT menciona que es un tema muy polémico a nivel mundial, trae a colación el caso de Estados Unidos, donde fue llamado Genetic products Risks o riesgos genéricos, Uno entendido como design risk o riesgos que pueden ser eliminados o reducidos sólo cambiando el diseño del producto y El otro tipo de riesgos genéricos está constituido por los productos tóxicos, como es el caso del DES (WOOLCOTT, 2016)

La autora nos plantea el caso de las mujeres que consumieron el fármaco durante el embarazo como forma de prevención del aborto, con anterioridad, viéndose las consecuencias aproximadamente 20 años después a las hijas de estas consumidoras, un caso el cual evidencia la variabilidad del concepto de riesgo y daño y como se debe abordar en materia judicial[11].

En Colombia el estatuto del consumidor establece que los productos deben contar con requisitos mínimos de calidad, idoneidad y seguridad del producto, y que el incumplimiento de aquellas obligaciones derivará una responsabilidad por daño por producto defectuoso, por supuesto haciendo una evaluación exhaustiva de la causa del daño, es decir se tendrá que evaluar tres aspectos el primero la pre relación de consumo, donde se ve otorgada toda la información de forma clara y expresa, Durante la relación de consumo es decir cuando se adquiere el producto y como el productor proveedor garantiza los niveles de seguridad del mismo, finalmente una etapa final en la cual puede o no existir un daño por un producto defectuoso.

RESPONSABILIDAD

Podemos hacer referencia a el daño como una carga, la cual surge a partir de la noción y obligación de seguridad otorgada el productor o proveedor del producto, donde debió proteger y prever aquel daño al consumidor, por lo tanto el incumplimiento de aquel derivado al daño como una responsabilidad; es de tener en cuenta que el daño no siempre se limita a lo material, en temas de salud como lo son medicamentos y productos médicos defectuosos es muy común evidenciar daños físicos como pérdida de extremidades, capacidades entre otras, también daños psicológicos y emocionales, entre otros.

11 Uso de Medicamentos prenatales con consecuencias futuras a los bebés.

La sentencia C 973 del 2002, hace referencia a la responsabilidad del productor proveedor del producto, menciona que la obligación de responder por los daños ocasionados a los consumidores está establecida desde la Constitución política de Colombia de 1991 y por ende es una responsabilidad especial, esto mencionando el artículo 78 de la Constitución donde se establece que la ley debe regular el control de calidad de bienes y servicios que se ofrezca y el Estado era garantizar la protección a los consumidores[12]. Es necesario dejar en claro que el daño al que hace referencia este artículo incluye todo efecto contrario producido por el producto, el artículo 20 del estatuto del consumidor menciona que la responsabilidad por daño por producto defectuoso se desarrollará solidariamente, y se debe entender como daño el que pueda ocasionar muerte o lesión corporal, si bien no menciona taxativamente un daño psicológico, es decir limitamos aquella a lo sensible y palpable, como se logra observar en el caso anterior mente estudiado por la autora Olenka Wolcott el juez reconoció no sólo los daños físicos sino también Morales, es decir jurisprudencial mente en el derecho comparado si se observa la consideración del daño más allá de lo físico o económico.

Bajo esa teoría del riesgo es de tener en cuenta que no se debe confundir el producto defectuoso con un producto peligroso, se tener en cuenta el daño y el nexo causal dentro del producto defectuoso para así derivar a un régimen de responsabilidad.

Los regímenes de responsabilidad jurídica en Colombia son múltiples, y su regulación también se puede observar en diferentes normativas, podemos encontrar la responsabilidad civil, penal, estatal como principales tipos de responsabilidad en los cuales derivan otros; ese tener en cuenta el artículo 1887 del código civil y el artículo 1971 del código de Comercio, sin embargo para medicamentos y productos defectuosos la ley del estatuto del consumidor establece en su título IV lo relacionado con la responsabilidad por daños por productos defectuosos, primero menciona el deber de información que fue explicado con anterioridad, en segunda medida la responsabilidad por daño por producto el cual manifiesta que será de forma solidaria y como se determina.

En cuanto a regímenes de responsabilidad observamos de tipo objetivo y subjetivo en los cuales, subjetivamente se deberá evaluar el comportamiento en el caso en concreto del productor y si hubo hechos generadores de daño como en la negligencia, impericia, imprudencia o inobservancia a la hora de desarrollar el producto o medicamento, brindar la información u

12 ARTICULO 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.
Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.
El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

otros momentos en las etapas de la relación de consumo ; Mientras que la responsabilidad objetiva deriva de una actividad de riesgo en la cual no hay una culpa como tal.

No se debe confundir la garantía con la responsabilidad, la garantía data a la finalidad del producto mientras que la responsabilidad entra al ámbito de la indemnización económica por diferentes tipos de daños existentes, el artículo 22 del estatuto del consumidor establece la exoneración de la responsabilidad por daños por productos defectuosos, menciona que deberá ser demostrada alguna de las causales como la fuerza mayor o caso fortuito o, daños que ocurran por culpa exclusiva del afectado, hecho de un tercero, cuando no ha sido puesto en circulación el producto, defecto directo de la elaboración, rotulación o empacamiento del producto el cual no pudo ser evitado y que aquel producto puesto en circulación y con los conocimientos científicos y técnicos al momento no pudiese saber o descubrir el defecto.

Menciona la superintendencia de Industria y Comercio que a la hora de hablar de eximentes de la responsabilidad, con antelación advierten que deben ir al dedicarse los elementos esenciales de la responsabilidad, primero la existencia de la relación de consumo, segundo la existencia del daño y tercero la inexistencia de un eximente de responsabilidad que mencione la ley.

"Sea la primera señalar que los eximente de responsabilidad en materia de consumo, encontrar a su origen en el artículo 26 del decreto 3466 de 1982, donde reposaban las causales taxativas de exoneración de la responsabilidad, con la precisión de qué en todo caso debía probarse el nexo de causalidad dentro del motivo de exoneración invocado a falta de correspondencia entre la calidad de idoneidad alegada excluyendo desde aquel entonces el elemento de culpa por parte del sujeto sobre el que recaía la responsabilidad" (comercio, 2017)

Teniendo en cuenta lo mencionado con anterioridad debemos enfocarlo a la responsabilidad en medicamentos defectuosos, si viene generar la clasificación que nos otorga el Invima desde en su mayoría medicamentos peligrosos, se debe relacionar con los medicamentos defectuosos, es decir que aquel riesgo supere lo mencionado como medicamento de peligroso para que así pueda constituirse como defectuoso, por colocar en riesgo la vida o la integridad del consumidor más allá de lo esperado.

A la hora de determinar la responsabilidad por daños por producto defectuoso se ha identificar cuáles son las condiciones de normalidad y naturalidad del producto, así identificando la existencia del daño causal, un ejemplo es el de el medicamento DOLOLED, un caso muy sonado en Colombia en el 2020 en razón a que si viene producto era efectivo, en el acápite de información no mencionaba el contenido completo del medicamento, muchos de sus lotes con el contenido de diclofenaco y como consecuencia de ello muchas personas presentaron alergias y otras situaciones de gravedad afectando su salud, por lo tanto el daño y el nexo de causalidad se desarrollan en torno a la información que se otorgó el medicamento.

En cuánto a los productos médicos defectuosos, debemos tener en cuenta la clasificación otorgada por el Invima la cual en el cumplimiento de sus funciones la creación de políticas sanitarias, explica de forma clara cuáles son los dispositivos médicos Y su clasificación de los

riesgos cómo se evidenció con anterioridad[13] Para determinar la responsabilidad y evidenciar los niveles de seguridad, riesgo e incumplimiento en los deberes esenciales del productor o proveedor del servicio y con ello la de privación del daño causado. (INVIMA)

RÉGIMEN NORMATIVO COLOMBIANO

Como ya se mencionó con anterioridad la piedra angular del régimen normativo colombiano es la Constitución política de Colombia, partiendo del artículo 78 de la Constitución nacional el deber de información surge como una obligación y un deber para con el consumidor, establece una responsabilidad solidaria de quienes incumplan o atenten contra los derechos del consumidor su salud, seguridad y derechos fundamentales y asimismo establece que el Estado debe garantizar la protección de los consumidores mediante mecanismos, leyes y otros.

Obligación anterior mencionada por parte del Estado deriva la creación de la ley 1480 del 2011 la cual consolida el estatuto del consumidor como la ley de protección para la parte vulnerable en la relación del consumo, algunos tratadistas lo mencionan como una ley ejemplar para otros países los cuales aún no cuentan con leyes exclusivas al tratamiento de la protección del consumidor, es una ley la cual está en constante avance. Si bien todos sus artículos funcionan de forma articulada con la Constitución política de Colombia el artículo tercero de los derechos y deberes de los consumidores y usuarios nos brindan opciones más claras junto con el artículo quinto de cómo entender de forma puntual y general el derecho del consumo.

Responsabilidad por producto de daños por producto defectuoso se relaciona en esta ley en los artículos 19 al 22 concretamente, otorgándonos una visión más clara de la que se tenía con anterioridad a esta ley frente a la responsabilidad por productos defectuosos, sin embargo observando una comparativa con el derecho comparado Colombia se queda atrás con estos 4 artículos, falta ser mayor profundidad en ciertos aspectos necesarios como la determinación del daño, y ampliar la exoneración de la responsabilidad.

---

13 Son cualquier instrumento, aparato, máquina, software, equipo biomédico u otro artículo similar o relacionado, utilizado solo o en combinación, incluyendo sus componentes, partes, accesorios y programas informáticos que intervengan en su correcta aplicación, destinado por el fabricante para el uso en seres humanos en los siguientes casos: Diagnóstico, prevención, supervisión o alivio de una enfermedad (por ejemplo, un ecocardiógrafo, endoscopio, laringoscopio, etc.); Diagnóstico, prevención, supervisión, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia (Por ejemplo un desfibrilador, espéculo, suturas, laparoscopio, etc.); Investigación, sustitución, modificación o soporte de la estructura anatómica o de un proceso fisiológico (Por ejemplo marcapasos, válvulas cardíacas, Prótesis de Cadera, etc.); Diagnóstico del embarazo y control de la concepción (Por ejemplo los preservativos); Cuidado durante el embarazo, nacimiento o después del mismo, incluyendo el cuidado del recién nacido (Por ejemplo fórceps, incubadoras pediátricas, ecógrafos, etc.); Productos para la desinfección y/o esterilización de dispositivos médicos (desinfectantes (Ver figura 1);Los dispositivos médicos NO desarrollan una acción terapéutica, como sí lo hacen los medicamentos, los cuales ejercen su acción principal por medios farmacológicos, inmunológicos o metabólicos; sin embargo, muchas veces el dispositivo es utilizado para administrar productos farmacéuticos, por ejemplo una jeringa; También existen Dispositivos Médicos Combinados, es decir cuando forman con un fármaco un sólo producto destinado a ser utilizado exclusivamente en esta combinación. Si la función principal del producto tiene una acción farmacológica, se considera como un medicamento. Por el contrario, si la función principal es la de ser dispositivo y la del fármaco es accesoria, se cataloga como dispositivo médico.

CONTROL PREVIO Y POSTERIOR – AUTORIDADES ROL

La importancia de establecer autoridades de control para la protección de los consumidores se observa en la Constitución política de Colombia como se mencionó con anterioridad, pero se va entender con mayor rigurosidad cuando se trata del control de los medicamentos y productos médicos, hablamos que puede verse afectado los derechos fundamentales más importantes consagrados por la Constitución política de Colombia a la hora de realizar una ponderación, por lo tanto cabe exaltar la importancia de aquellas autoridades.

Partiendo de la superintendencia industria comercio, el Invima, a nivel internacional también se han establecido organizaciones para la protección y regulación de medicamentos y equipos o dispositivos médicos, la organización Panamericana de la salud y organización mundial de la salud es un ejemplo de ellos, en el Consejo directivo número 42, establece el objetivo fundamental de la O P.S.

"El objetivo de la OPS es colaborar con los Estados Miembros en la creación y el fortalecimiento de los sistemas de regulación de equipos y dispositivos médicos a fin de garantizar la seguridad y la eficacia de los productos que usa la población. En 1995, la Oficina de Equipos y dispositivos médicos de Canadá presentó a la Organización un resumen del nuevo enfoque propuesto para la regulación en este país. Desde entonces, la regulación canadiense se ha hecho ley. Se preparó usando las regulaciones de Estados Unidos y Europa como modelo."[14] (ORGANIZACIÓN)

En colombia la superintendencia de industria y comercio probablemente es la autoridad con mayor control en términos de protección del consumidor, sin embargo el estatuto del consumidor en sus artículos 56 prevé una competencia de la jurisdicción ordinaria, sin embargo esto no exime a la superintendencia de responderle las consultas realizadas a los consumidores frente a que procede en estos casos, emitir conceptos y otros, un ejemplo es el Radicado No. 16-424467 del 1 de enero de 2017 donde menciona:

"La Superindustria carece de competencia para conocer de la acción que un consumidor quiera iniciar por la responsabilidad por daños por productos defectuosos, pues para tales efectos es competente la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo previsto en el numeral 2 del artículo 56 de la Ley 1480 de 2011. De igual forma, en el artículo 21 del mencionado Estatuto del Consumidor en principio se excluyen el dolo y la culpa como elementos de la responsabilidad del productor y/o proveedor, correspondiendo al consumidor la prueba del defecto del bien, el daño que este produjo y el nexo causal, de lo que resulta que el productor no se libera de su responsabilidad aduciendo diligencia en la elaboración del producto, pues el artículo 22 del citado Estatuto establece circunstancias y causales específicas para exonerarlo de su responsabilidad." (Radicado No. 16-424467 del 1 de enero de 2017)

---

14 Organización panamericana de la salud y organización mundial de la salud 42.o consejo directivo 52.a sesión del comité regional washington, d.c., del 25 al 29 de septiembre de 2000.

Por lo anterior es importante entender que el INVIMA es quien ejerce El control y la vigilancia sobre los medicamentos en Colombia y asimismo los dispositivos médicos, es quien se encarga la autorización sanitaria del uso de los mismos en especial en situaciones de emergencia como la actual del Covid 19, sus funciones también están encaminadas a emitir alerta sanitarias informes de seguridad en los cuales el productor o proveedor del producto debe encargarse de limitar su circulación y buscar la protección del consumidor como dé lugar.

CONCLUSIONES

En la exploración realizada frente a la responsabilidad de productos médicos defectuosos y medicamentos defectuosos se logra evidenciar la importancia del tema, tenemos aspectos claros como la protección General del consumidor, pero hablamos de una mayor vulnerabilidad en la situación del consumidor de productos en salud, en razón a que hay mayor probabilidad al daño del bien jurídico probablemente más importante el cual es la vida, por lo tanto no podemos detener el estudio a este punto, hace falta un estudiar la parte probatoria del mismo, como se puede observar desde la jurisdicción ordinaria y comparativamente con otros países como se han resuelto los conflictos.

Es un punto clave identificar los mecanismos de protección con los que cuentan los consumidores de productos médicos defectuosos y medicamentos para dejar un poco más en claro la aplicabilidad de la normatividad colombiana para así identificar la efectividad de la misma.

REFERENCIAS

Soto, M. G. (Julio de 2015). Universidad de Salamanca. *Responsabilidad por productos defectuosos en el ámbito sanitario.* Especial referencia a los medicamentos. Salamanca, España: Universidad de Salamanca.

WOOLCOTT, O. (julio de 2016). *Causalidad y daño por productos defectuosos a propósito de los casos DES en los Estados Unidos.*

Comercio, S. i. (2017). *Protección al consumidor en Colombia.*

INVIMA. (s.f.). *A B C Para los dispositivos médicos.*

Castro, R. P. (s.f.). *Un caso de responsabilidad el producto defectuoso: los marcapasos y desfibriladores automáticos.*

ORGANIZACIÓN, O. P. (s.f.). COMITÉ REGIONAL WASHINGTON.

2017, R. N.-4. (s.f.).

(s.f.). Radicado No. 16-424467 del 1 de enero de 2017.

Resolución No. 2020043163 del 10 de diciembre de 2020, "Por la cual se aprueban las

fechas para la realización de las sesiones ordinarias de las Salas Especializadas de la Comisión Revisora para el año 2021"

Resolución No. 2017030958 del 31 de julio de 2017 - Por la cual se expide el reglamento interno de las Salas Especializadas de la Comisión Revisora y se derogan las resoluciones número 2014033531 del 15 de octubre de 2014 y 2016034601 del 06 de septiembre de 2006.

Acuerdo No. 003 de 2017 - Por el cual se establece la composición y funciones de la Comisión Revisora del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima.

https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/127336/TG_GonzalezSoto_Responsabilidad.pdf?sequence=1

https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3060

https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf

https://www.invima.gov.co/documents/20143/442916/abc_dispositivos-medicos.pdf/d32f6922-0c50-bcaa-6b53-066edfb98274

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZLu-xhMlz0UJ:https://www.paho.org/es/file/88771/download%3Ftoken%3DdJYwWM44+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=safari

https://www.sic.gov.co/boletin-juridico-abril-2017/responsabilidad-por-danios-por-producto-defectuoso

https://www.invima.gov.co

https://www.invima.gov.co/documents/20143/442916/ResoluciOn-No-2020043163-del-10-de-Diciembre-2020-Cronograma-2021-003.pdf

https://www.invima.gov.co/documents/20143/453029/Resolucion-No-2017030958-del-31-de-julio-de-2017.pdf/f0879a98-a548-99c1-f57d-6746ce04ec43

https://www.invima.gov.co/documents/20143/1382801/Normas+farmacologicas+AGOSTO2020_PDFM+%281%29.pdf

ROBOTS Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Tatiana Malaver Moreno[15]

"Si tengo razón, significa que la Máquina está conduciendo nuestro futuro no única y simplemente como una respuesta directa a nuestras preguntas directas, sino como respuesta general a la situación del mundo y a la psicología humana como un todo. Y sabe que nos puede hacer desgraciados y herir nuestro amor propio. La Máquina no puede, no debe, hacernos desgraciados." Isaac Asimov[16]

RESUMEN

La humanidad ha venido presenciando cambios en los desarrollos tecnológicos, estos han permeado nuestra cotidianidad y la forma en cómo percibimos el mundo, dentro de este progreso encontramos la Inteligencia Artificial (IA), integrada a la creación y perfeccionamiento de los robots, que paulatinamente se han integrado a la sociedad, como consecuencia de ello, nace la necesidad de crear límites legales que enmarcan situaciones de responsabilidad civil a estas máquinas que poseen IA, que bien sea por acción u omisión puedan causar daño, por esta razón se hace imperioso determinar el status legal que el Estado les imponga, el cual debe estar directamente relacionada a la interacción que tengan con los seres humanos. El objetivo del presente escrito es realizar una aproximación al status legal y el nivel de responsabilidad civil, que pueden tener los robots en la legislación europea. El escrito parte de la pregunta ¿Cómo se puede definir el status legal de un robot respecto de su responsabilidad civil? Para el desarrollo se utilizó una metodología exploratoria, analizando la normatividad y doctrina europea, sobre el desarrollo de la responsabilidad civil y el uso responsable de los robots, obteniendo como resultado el nacimiento de una nueva figura jurídica llamada: Persona electrónica, que es la combinación entre cosa más persona, en esta categoría encajan los robots perfectamente ya que responden a aspectos como son: la capacidad de adquirir autonomía, autoaprendizaje, adaptación al entorno e inexistencia de vida en sentido biológico, en segundo lugar, el grado de autonomía del robot determina el nivel de responsabilidad civil.

PALABRAS CLAVES: IA, robots, responsabilidad civil, persona electrónica, autonomía.

15 Estudiante de Derecho, sexto semestre, Universidad Nueva Granada, integrante del semillero Artificial Intellegence and Human Right.

16 Leonard, A. (1998) Bots, meras cadenas de código

ROBOTS AND CIVIL LIABILITY

ABSTRACT

Humanity has been witnessing changes in technological developments, these have permeated our daily lives and the way we perceive the world, within this progress we find Artificial Intelligence (AI), integrated into the creation and improvement of robots, which gradually have integrated society, as a consequence of this, the need arises to create legal limits that frame situations of civil liability to these machines that have AI, which either by action or omission that can cause damage, for this reason it is imperative to determine The legal status that the State imposes on them must be directly related to the interaction they have with human beings. The objective of this writing is to make an approximation to the legal status and the level of civil responsibility that robots can have in European legislation. The writing starts with the question How can the legal status of a robot be defined with respect to its civil liability? For the development, an exploratory methodology was used, analyzing the European regulations and doctrine, on the development of civil liability and the responsible use of robots, resulting in the birth of a new legal figure called: Electronic person, which is the combination Between something and a person, robots fit perfectly in this category since they respond to aspects such as: the ability to acquire autonomy, self-learning, adaptation to the environment and non-existence of life in a biological sense, secondly, the degree of autonomy of the robot determines the level of liability.

KEYWORDS: IA, robots, civil liability, electronic person, autonomy.

INTRODUCCIÓN

Nada mejor que la literatura de ciencia ficción para darnos una aproximación a los casos que en antaño, no fueron más que el fruto de la imaginación, hoy nos servimos de ella para pensar el presente, el futuro de la humanidad y su interacción con la tecnología. Isaac Asimov 1950 estableció tres leyes de la robótica:

1. Un robot no debe dañar a un ser humano o, por su inacción, dejar que un ser humano sufra daño.
2. Un robot debe obedecer las órdenes que le son dadas por un ser humano, excepto cuando estas órdenes se oponen a la primera ley.
3. Un robot debe proteger su propia existencia, hasta donde esta protección no entre en conflicto con la primera o segunda leyes. (Asimov 1950 p.4)

Estas leyes que fueron formuladas en 1950, en la actualidad no son ajenas a la realidad que hoy se vive, la sociedad convive con el desarrollo que brinda la IA, desarrollada en robots,

bots[17], chatbot[18], androides[19] y humanoides[20]. En esta interacción entre humanos y robots, estos adquieren un papel importante en nuestra sociedad, su integración e interacción con la humanidad está dada por el objetivo de realizar tareas específicas que el ser humanos también puede realizar, entre ellas tenemos: actividades de selección o clasificación, operaciones contables y quehaceres del día a día.

El actuar de los robots dotados con IA difiere al ser humano, porque carecen de inteligencia emocional e intuición para la toma de decisiones, mientras en los sistemas de IA están basadas en el desarrollo de algoritmos que van madurando a mayor experiencia. Por otra parte, los seres humanos crean normas de conducta social, que están enmarcadas en la aceptación o rechazo, esta última tiene una consecuencia que se materializa en sanción, convirtiéndose en una forma política para garantizar la vida en sociedad (González 2017 pág. 40). Otra diferencia radica en que los robots no siguen el modelo de castigo y sanción, esta medida es incompatible con su sistema de comportamiento artificial, ya que su actuar básicamente responde a experiencias adquiridas mediante algoritmos de aprendizaje.

Complementando lo anterior, es necesario acotar que estos sistemas de aprendizaje es autónomamente, al nutrirse de la información que recibe día tras día, como se deduce, es de esta forma como se hacen más independientes de su creador, lo que genera una ruptura entre el creador de la máquina y el robot, ocasionado una elevada autonomía, que se materializa en la necesidad de determinar su estado jurídico, lo que se ha denominado persona electrónica o también persona artificial, esta categoría le da cierta capacidad al robot de celebrar contratos sin intervención humana, pagar impuestos, demandar y ser demandado entre otras tareas que puede desarrollar con autonomía.

Siguiendo a Valente (2019) Al dotar al robot con la palabra “persona” no significa que se esté igualando a un nivel humano (persona en sentido meramente genérico) sino que el robot puede ser sujeto de derechos y obligaciones, un segundo elemento que es consecuencia de lo anterior es la responsabilidad civil, esta dependerá del nivel mismo de autonomía del sistema, clasificándose el nivel de responsabilidad en dos momentos: la etapa inicial y la segunda etapa de experiencia.

---

17 Leonard, A. (1998) Bots, meras cadenas de código

18 González, R. (2007). Chatbot: un “juego de imitación” (posteriormente conocido como Test de Turing) para comprobarlo.

19 Nilsson, N. J. (1991) Describe a estos androides como máquinas de estado finito cuyos estados son conjuntos de enunciados.

20 Revista de Robots (2020) humanoide como un sistema robotizado desarrollado para simular la silueta y la forma de moverse de los humanos. Son máquinas artificiales que se identifican por su capacidad de interacción con las personas.

DESARROLLO

El desarrollo de los robots ha pasado por transformaciones no solamente desde lo técnico, también desde lo semántico, Inicialmente se consideraban máquinas netamente mecánicas donde la intervención humana era total, ahora podemos decir que los robots ya no son simples máquinas mecánicas, Barrio Andrés (2018) señala "el término "robot" alude a toda una serie de ingenios que van desde androides y otras formas de inteligencia artificial con aspecto humanoide cada vez más sofisticados hasta meras máquinas que realizan tareas domésticas" (p.8). Complementando los anterior Rosittier (2016) afirma que "se ha señalado que robot puede ser definido por sus capacidades: es una máquina que puede efectuar series complejas de acciones, y en especial, que se puede programar como operador" (citado en Vide, 2018 p. 9).

Teniendo en cuenta lo anterior Porcelli, A. M. (2020) hace una clara distinción de los robots simples, que sencillamente son máquinas mecánicas y los robots que tienen el componente de IA, cuyo sistema es mucho más complejo, ya que estos utilizan sistemas de lógica avanzada que les permite la interacción con el entorno, mediante el *Machine learning*, que podemos armonizar como "aprendizaje autónomo", en este sentido la máquina recibe instrucciones previas del programador y, de experiencias acumuladas por la IA generará un nivel de autonomía cada vez mayor, es decir a medida que tiene interacción con las personas adquiere experiencias de las cuales aprende, este aprendizaje provoca el distanciamiento entre programador - robot.

Adviértase que, a pesar de la particularidad diferencial de un robot común y un robot inteligente, es la autonomía que este último adquiere mediante el aprendizaje, por tal razón no podemos determinar el estatus legal de un robot, sin determinar esta característica de la cual está dotado. Comprobamos de este modo que la autonomía en los sistemas de IA se refiere a la capacidad de toma decisiones y, aplicarlas en el mundo exterior con independencia, esta autonomía como se deduce de González (2017) es puramente tecnológica, y que se da en dos niveles.

El primer nivel de autonomía es bajo, se da cuando el robot en la realización de sus tareas específicas depende totalmente de la intervención humana. Un segundo nivel de autonomía es alto, aquí el robot no necesita ningún tipo de intervención humana, ya que es un sistema completamente maduro y debido a este nivel de inteligencia, cada vez se hace más difusa la línea entre programador y robot (González 2017). Aquí en este último nivel la responsabilidad civil entra a determinar quién es el sujeto que causó el daño, pero debido al nivel elevado de autonomía de algunos sistemas identificar el sujeto responsable es mucho más difícil.

Con esta comprobación llegamos a entender que para poder determinar el sujeto responsable, en sistemas de IA de elevada madurez y autonomía, es preciso hablar de un estatus legal en el ordenamiento jurídico, podemos citar como ejemplo que el Parlamento Europeo, que en su Resolución del 16 de Febrero del 2017, insiste en la creación de nueva categoría de "persona electrónica", debido al rápido desarrollo de la tecnología, la legislación se debe responder a esta nueva necesidad, por esto la categoría prematura llamada persona electrónica, basada

en la unión de persona - cosa, que se asimila a la figura de persona jurídica que también es una ficción (González 2017).

Así las cosas, se coincide con el planteamiento de González (2017), al hablar de "persona electrónica" se hace necesario aclarar que no podemos inferir que al utilizar el término "persona", le estamos nivelando al robot a la categoría de humano, sino que con este término dotamos al robot de una ficción jurídica que le otorga ciertas obligaciones y derechos, es decir, en un futuro los robots podrán realizar tareas más complejas que hoy desarrolla el ser humano.

Ahora nos referimos al segundo término expone González (2017) "electrónica", es necesario establecer la diferencias entre un sistema electrónico y la IA, en el entendido que el primero no son inteligentes, para el segundo es mejor adoptar la categoría de persona artificial, cuando se refiere a está, no significa que se le esté dando una amplia apertura de derechos y obligaciones a los robots, es en este tipo de categoría donde el sistema jurídico debe entrar a regular el alcance de los derechos que se les otorgan y las obligaciones a las cuales queda sometido la IA.

Siguiendo el hilo conductor entonces cabe preguntar, ¿qué hace que un robot se considere persona artificial? para dar la solución a la pregunta el Parlamento Europeo en su (Resolución UE,2017/0051 del 16 de febrero de 2017) plantea:

Principios generales relativos al desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial para uso civil

1. Pide a la Comisión que proponga definiciones europeas comunes de sistema ciberfísico, sistema autónomo, robot autónomo inteligente y sus distintas subcategorías, tomando en consideración las siguientes características de un robot inteligente:
   - capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el intercambio y análisis de dichos datos;
   - capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción (criterio facultativo);
   - un soporte físico mínimo;
   - capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno;
   - inexistencia de vida en sentido biológico; (p. 6)

Aunque se puede alegar que es muy prematuro plantear esta nueva categoría, si es necesario pensarla, por el avance tecnológico en la IA en los robots, ya que se puede establecer para estos, hacer parte del régimen de responsabilidad civil, en este sentido podemos inferir de (González 2017) que establecer la figura de producto defectuoso, que se podría ver evidenciado en dos escenarios:

- Problemas en el diseño: Cuando el daño se pudo haber evitado o reducido, mediante diseños alternativos.
- Problemas en las instrucciones: El programador pudo haber manejado inadecuadamente las instrucciones del robot. En este evento se dará siempre y cuando la responsabilidad se pueda remontar hasta un agente humano, es decir, el nivel de autonomía del robot es bajo.

Los eventos anteriores son relativamente predecibles, ya que en los dos casos la responsabilidad puede ser determinada en encabezada por el programador encargado de la IA.

Ahora se comprende por qué el verdadero problema se complejiza cuando los robots llegan a un nivel de autonomía e inteligencia, producto de su aprendizaje autónomo, es decir, el robot ya no falla a causa del factor humano, sino que incurre en una falla debido a su sistema autónomo que adopta una decisión que no es correcta, generando con ello un daño que se traduce en una responsabilidad civil (González 2017). Esto nos hace replantear que el robot en la sociedad ya no es una simple cosa o máquina, inevitablemente debido a su autonomía lo convierte en una persona electrónica, susceptible que se le otorgue por medio de la ficción jurídica derechos y obligaciones. Acorde a lo anterior surge la pregunta ¿qué solución se plantea ante la inminente autonomía elevada de los robots y la incidencia en la responsabilidad civil?

La respuesta la encontramos en lo planteado por el Parlamento Europeo en la en su (Resolución P8_TA (2017)0051 del 16 de febrero de 2017) donde se plantean las siguientes soluciones "Establecer un régimen de seguro obligatorio, La posibilidad y/o necesidad de crear un fondo de compensación Crear un número de identificación" (pp.16-17). Casadesus (2020) complementa esta propuesta en la primera los fabricantes o los propietarios de robots estarían obligados a suscribir un contrato de seguro por posibles daños y perjuicios causados por los robots. Aunque en esta alternativa la resolución no es muy específica por ejemplo en quien recae la obligación de adquirir este seguro, para la segunda se deduce que pueda devenir de las tasas impuestas a los empresarios del trabajo que realiza el robot. Permitir que el fabricante, el programador, el propietario o el usuario puedan beneficiarse de un régimen de responsabilidad limitada si contribuyen a este fondo. Aquí la resolución se plantea la cuestión, de si solo basta con un fondo de compensación que cubra a toda clase de robots inteligentes o crear varios fondos de compensación dependiendo de los diferentes tipos de robots, y finalmente se extrae que una cédula robótica donde se especifique las siguientes características del robot: tipo de robot, sector de actividad, función del robot y nivel de autonomía del mismo.

Lo aquí planteado es una forma de protección a los usuarios, para Casadesus (2020) la exigencia de tener una póliza de seguro, la identificación de los robots dotados de IA bajo un registro de identificación precisa, que asocia al fabricante y programador, permite una seguridad de que los robots con mayor desarrollo estén plenamente reseñados en la cadena de producción y manejo, brindando a las autoridades el control y el acceso a la información de estas máquinas inteligentes.

En concordancia con lo anterior, según lo plantea González (2017), el Documento de identificación de robot inteligente artificialmente DNI, será emitido por la Unión Europea. Este registro será vital ya que sin este los robots no podrán realizar sus tareas específicas y mucho menos interactuar con humanos, este registro tiene los siguientes propósitos:

- Control humano sobre los robots inteligentes
- Evitar el uso ilegal de estos robots
- Protección de los datos

- Monitorear todas las actividades del robot
- Control del sistema ante decisiones éticas

Podemos deducir que la finalidad del registro es brindar protección, seguridad a cada uno de los usuarios, al mismo tiempo tener el control y monitoreo de cada robot que esté en el mercado. Pero las condiciones que se plantean por la UE para esta IA, "ha sido criticada por la *European Robotics Association* por implicar excesivos trámites burocráticos en relación con los beneficios que dicho registro comportaría" (Casadesus Ripoll, 2020 p. 372).

Paralelamente en el marco jurídico colombiano no hay una regulación específica sobre la IA, pero el gobierno nacional puso en discusión el documento Marco Ético para la IA (2020), teniendo como propósito estipular marcos transversales, es decir, que sean aplicables al campo público y privado. Este Marco Ético para la IA (2020) plantea que la construcción responde a dos necesidades, la primera es la implementación continua de nuevos sistemas inteligentes en sectores tanto públicos como privados. Un segundo eje plantea la creación de un marco ético que permita marcar una frontera social entre las personas y este tipo de tecnologías, ya que la ética permitirá consensos sociales con estos nuevos sujetos pero que no serán restrictivos.

Para este marco ético, no solo basta la enunciación de principios generales que puedan ser aplicables a cualquier situación donde intervenga la IA, también se busca un análisis amplio de todo el espectro que genera la ética de los datos que es definida, como el análisis y el uso debido de los datos que obtienen sistemas inteligentes (big data). En este sentido el Marco Ético para la IA (2020) describe que "los datos estudiaran tres campos de acción de la IA, como son datos su protección, tratamiento y divulgación, algoritmos *machine learning y deep learning*, practicas Programación responsable, hacking saludable" (p.14).

En 2016, Floridi & Taddeo proponen esta ética que es valiosa dado que permite desarrollar buenas prácticas y conductas consideradas como moralmente buenas, para abordar los dilemas éticos planteados por la colección y análisis de grandes bases de datos y sobre dilemas que van desde el uso de *big data* en investigación biomédica y en las ciencias sociales, al perfilamiento, publicidad y filantropía de datos, así como open data.

El Marco Ético para la IA (2020) desarrolla situaciones donde se es preciso limitar el ejercicio de la IA, en los siguientes casos:

- Sistemas de Inteligencia Artificial en el sistema penal para determinar nivel de riesgo de un individuo y grado de reincidencia: conforme al estudio estos tienen un impacto negativo en el derecho a una audiencia pública justa, el derecho a ser considerado inocente hasta que se pruebe lo contrario y la libertad de interferencias con la privacidad, la familia, la vivienda y la correspondencia.
- Sistemas de Inteligencia Artificial en el sistema financiero para determinar el riesgo crediticio de un individuo: conforme al estudio estos tienen un impacto negativo en la libertad de interferencias con la privacidad, la familia, la vivienda y la correspondencia,

en la libertad de opinión e información, en el derecho a la libertad de asociación y en el derecho al trabajo deseado y de sindicato.

- Sistemas de Inteligencia Artificial en el sistema de salud para realizar diagnósticos médicos: tienen un impacto negativo en la libertad de interferencias con la privacidad, la familia, la vivienda y la correspondencia.
- Sistemas de Inteligencia Artificial en los departamentos de recursos humanos para el reclutamiento y selección de candidatos: conforme al estudio estos tienen un impacto negativo en la libertad de interferencias con la privacidad, la familia, la vivienda y la correspondencia, en la libertad de opinión e información y en el derecho a la libertad de asociación.
- Sistemas de Inteligencia Artificial para moderar contenido online e implementar los estándares de participación propuestos: tienen un impacto negativo en la libertad de interferencias con la privacidad, la familia, la vivienda y la correspondencia y en la libertad de opinión e información (p.18-19).

Las situaciones anteriormente mencionadas, no significa que toda actuación de un sistema de IA sea perjudicial para los seres humanos, como lo expresa el Marco Ético IA 2020

Muchos de los resultados obtenidos están relacionados con la forma como los sistemas fueron implementados en cada uno de estos sectores y la manera como se interpretó la información proporcionada por esta tecnología. Este estudio provee evidencia relevante sobre los potenciales riesgos que existen, pero no deben llevar a una generalización ni a considerar juicios absolutos, tales como que el uso de esta innovación de esta tecnología siempre tendrá efectos negativos en el sector de la salud o el sistema criminal. Es claro que pueden existir sectores y prácticas en los que la tecnología puede conllevar mayores riesgos, pero este debe ser evaluado caso a caso y bajo contextos particulares. El estado de la evidencia actual no permite generalizaciones al respecto. (p. 20)

Por tanto, se hace imprescindible que en nuestro sistema jurídico se empiece a construir lineamientos éticos, que respondan a estas nuevas necesidades que han venido surgiendo por los avances técnico-científico que se han ido integrando a nuestra sociedad.

CONCLUSIONES

Cuanto mayor sea el nivel de inteligencia en los robots IA, consecuentemente su autonomía será mayor, adquiriendo independencia, por tanto, desligándose de sus creadores, programadores, fabricante e incluso usuario. La regulación de los robots IA, responde a una necesidad para la sociedad que está más integrada con este tipo de tecnología, creando alternativas de protección de posibles ciberataques o sustracción de información sensible.

El resultado al planteamiento de la pregunta problema corresponde al nacimiento de una nueva figura jurídica llamada: Persona electrónica, que es la combinación entre cosa más persona, en esta categoría encajan los robots perfectamente ya que responden a aspectos como: la capacidad de adquirir autonomía, autoaprendizaje, adaptación al entorno e inexistencia de

vida en sentido biológico, en segundo lugar, el grado de autonomía del robot determina el nivel de responsabilidad civil.

Por ende, es necesario que el ordenamiento jurídico plantee la posibilidad de otorgar un estatus legal para los robots IA, igualmente determinar cómo se realizará el control de estos, debido a su inteligencia y autonomía. Desde lo jurídico se debe definir principios y normas, que permitan no solo resolver conflictos de seguridad o de responsabilidad civil, sino también para resolver dilemas éticos derivados de los robots inteligentes. Por esta razón, es necesario que el Congreso de la República de Colombia, inicie un estudio sobre los robots dotados con IA, con el fin de ir construyendo marcos legales para fabricantes, programadores y usuarios, con el propósito de proteger a los ciudadanos y a las personas de cualquier daño que pueda ocasionar esta tecnología dotada de IA.

REFERENCIAS

Asimov, I. (2004). *I, robot.* Spectra.

Casadesus Ripoll, P. (2020). *Inteligencia artificial y responsabilidad civil: perspectivas jurídicas y retos legislativos.* Revista de la Facultad de Derecho de México, 70(278-1), 353-374.

Español, A. G. (2020). *Marco ético para la inteligencia artificial en Colombia.*

Floridi, L. (2016). *Faultless responsibility: On the nature and allocation of moral responsibility for distributed moral actions. Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences, 374*(2083), 20160112.

González, M. J. S. (2017). *Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro= Legal regulation of robotics and artificial intelligence: future challenges.* Revista Jurídica de la Universidad de León, (4), 25-50.

González, R. (2007). *El Test de Turing: Dos mitos, un dogma.* Revista de filosofía, 63, 37-53.

Leonard, A. (1998). *Bots: The origin of new species.* Penguin Books Limited.

Nilsson, N. J. (1991). *Logic and artificial intelligence.* Artificial intelligence, 47(1-3), 31-56.

Porcelli, A. M. (2020). *La Inteligencia Artificial y la Robótica: sus dilemas sociales, éticos y jurídicos. Derecho global.* Estudios sobre derecho y justicia, 6(16), 49-105.

Qué es un robot humanoide. Significado y ejemplos. (2020). Recuperado 28 de mayo de 2021, de revista de robots website: https://revistaderobots.com/robots-y-robotica/robots-

Unión Europea. *Resolución (UE) 2017/0051* de la resolución, de 16 de Febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica.Procedimiento 2015/2103(INL).

Valente, L. A. (2019). *La persona electrónica.* Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, (49), 001-001.

Capítulo 2

Derecho económico y de los negocios

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA DOCTRINA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO[1]

Maira Alejandra Amézquita Duque[2]
Juliana Katalina Ardila Díaz[3]

RESUMEN

En el desarrollo del presente proyecto de investigación -en curso-, se pretende analizar de manera exploratoria y descriptiva, las actuaciones que han sido sancionadas en materia de carteles entendidas como acuerdos celebrados entre agentes del mercado o competidores y las acciones realizadas por agentes que puedan generar una afectación en un mercado. Esta investigación desde una perspectiva deductiva y con el uso de una técnica de investigación documental aborda el problema de investigación con la pretensión apunta a establecer qué tipo de conducta se les ha endilgado por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio como ente competente para la investigación y sanción. Con el fin de lograr este cometido, la primera parte del documento consigna una aproximación al sistema constitucional económico colombiano y el papel de la libre competencia económica como derecho, principio y garantía institucional. En la segunda parte se describe el marco normativo de protección de la competencia y las autoridades administrativas encargadas de la promoción y protección de conductas calificadas como prácticas restrictivas de la competencia. En la tercera y última parte de esta investigación se analizan algunas sanciones y se identifican los elementos que estructuran el comportamiento sancionado. La conclusión a la que arriba esta investigación acredita la importancia de la SIC como entidad encargada de la promoción y protección de la competencia, en segundo lugar se advierte que la cláusula general del artículo 1 de la ley

---

1 El presente capítulo está vinculada a los proyectos de investigación con código INV DER-3158 "Retos de la legislación colombiana en materia de competencia

Frente a la inteligencia artificial aplicada en el Mercado" y INV-DER- 3161 que se titula "Limitaciones al principio - derecho a la libre competencia en los sectores de servicios públicos domiciliarios, espectro electromagnético y sistema de general de seguridad social en salud en Colombia". 1 titulado financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada; y al Semillero Derecho Societario y Concursal del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Derecho- Sede Bogotá (Villa Académica). El Semillero es liderado por los profesores de Planta (Asociados) Andrea Alarcón Peña y Javier Francisco Franco Mongua Contacto: javier.franco@unimilitar.edu.co y andrea.alarcon@unimilitar.edu.co del cual las autoras son integrantes.

2 Estudiante de 10 semestre, integrante del semillero de Derecho Societario y Concursal de la Universidad Militar Nueva Granada.

Datos:correo electrónico u0305312@unimilitar.edu.co y teléfono de contacto 3222413929

3 Estudiante de 10 semestre, integrante del semillero de Derecho Societario y Concursal de la Universidad Militar Nueva Granada. Datos de contacto: correo electrónico est.juliana.ardila@unimilitar.edu.co y teléfono de contacto 3177143803

155 permite englobar múltiples comportamientos y, finalmente, es claro reconocer que las conductas sancionadas exigen la revisión de varias circunstancias que han sido enriquecidas por la doctrina de la SIC.

PALABRAS CLAVES: Acuerdos, mercado, competencia, libre desarrollo económico, Superintendencia de Industria y Comercio.

AGREEMENTS CONTRARY TO FREE COMPETITION: AN ANALYSIS BASED ON THE DOCTRINE OF THE SUPERINTENDENCY OF INDUSTRY AND COMMERCE

ABSTRACT

In the development of this research project -in progress-, it is intended to analyze in an exploratory and descriptive way, the actions that have been sanctioned in the matter of cartels understood as agreements concluded between market agents or competitors and the actions carried out by agents that may generate an impact on a market. This investigation from a deductive perspective and with the use of a documentary investigation technique addresses the investigation problem with the aim of establishing what type of conduct has been entrusted to them by the Superintendency of Industry and Commerce as the competent entity for the investigation and sanction. In order to achieve this task, the first part of the document provides an approach to the Colombian economic constitutional system and the role of free economic competition as a right, principle and institutional guarantee. The second part describes the regulatory framework for the protection of competition and the administrative authorities in charge of promoting and protecting behaviors classified as restrictive practices of competition. In the third and last part of this research, some sanctions are analyzed and the elements that structure the sanctioned behavior are identified. The conclusion to which this research above confirms the importance of the SIC as an entity in charge of the promotion and protection of competition, secondly, it is noted that the general clause of article 1 of Law 155 allows encompassing multiple behaviors and, finally, it is clear to recognize that the sanctioned conducts require the review of various circumstances that have been enriched by the doctrine of the SIC.

KEYWORDS: Agreements, market, competition, free economic development, Superintendency of Industry and Commerce

INTRODUCCIÓN

En el marco del derecho de la competencia, se han establecido una serie de conductas que a la luz de nuestro ordenamiento jurídico generan consecuencias nocivas en el mercado, afectan los derechos de los consumidores y competidores y generan pérdidas de eficiencia que se

traducen en mayor intervención y regulación. Por lo tanto, cada una de las conductas enunciadas, ha encontrado un desarrollo en los precedentes administrativos de la Superintendencia de Industria y Comercio debido al carácter general de la conducta descrita en la norma. Las condiciones que deben concurrir, los elementos a considerar y los criterios probatorios han evolucionado desde posturas tradicionales que se ajustan a la "regla per se" hasta la recepción de instituciones foráneas como la "regla de la razón" que admite valoraciones diversas, un poco más conformes a la dinámica del mercado (Cartilla sobre acuerdos de colaboración entre competidores, SIC, 2015).

1. Libre competencia económica e importancia en el mercado.

La promulgación de la Constitución de 1991 generó cambios sustanciales en la ordenación del proceso económico y la relación entre el Estado y el mercado. El reconocimiento material de un sistema de Economía Social de Mercado por la jurisprudencia constitucional, reconoció la importancia de la libre competencia como un principio, derecho y garantía institucional que precisa un robusto marco normativo e institucional que garantice su promoción y protección.

El artículo 333 superior enfatiza este postulado y constituye punto de partida para la interpretación del marco normativo en cuestión. Este, aunque limitado en número, pero fortalecido en principios y disposiciones, se encuentra integrado por la Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009 y otras disposiciones que las desarrollan.

La comprensión del mercado como una institución -conjunto de reglas- (North, 1995) parte del reconocimiento del mismo como escenario idóneo para la concurrencia de oferentes y demandantes que, ejerciendo pluralidad de libertades de contenido económico, satisfacen sus necesidades y ejercen derechos varios como el libre desarrollo de la personalidad.

El mercado entonces surge como la institución más acertada para que se produzca el juego de la oferta y la demanda. Pero, para que este proceso pueda cumplirse en condiciones de eficiencia y equidad se requiere de la libre competencia económica. Este derecho –en principio permite a los agentes económicos interesados concurrir en pie de igualdad a ofertar bienes y servicios. Cuando se despliegan comportamientos orientados a falsear o restringir las condiciones de competencia, esas conductas deben ser reprimidas y sancionadas (C-263 de 2011). Confiar en la capacidad del mercado para autorregularse sin la intervención o injerencia externa del Estado responde a los ideales del liberalismo clásico. Postura que no corresponde a la teleología del Estado Social de Derecho y por ello esta función se asigna al Estado como director general de la economía (art. 334 C.P.) (C-186 de 2011).

Pero la protección del mercado y las condiciones de su funcionamiento no son un asunto que corresponde exclusivamente al Estado. Los ciudadanos, como titulares del derecho colectivo a la libre competencia, también tienen responsabilidad en este asunto (C-620 de 2016).

Las libertades económicas reconocidas constitucionalmente, y ejercidas en el mercado son: el derecho a la propiedad (art. 58), libertad de empresa (art. 333), derecho al trabajo (art. 53), libertad sindical, (art. 39) y libre competencia (art. 333). Pero su libre y eficiente ejercicio está condicionado por la inexistencia de comportamientos desplegados por agentes económicos que restrinjan el libre acceso o distorsionen de manera artificial las condiciones del mercado.

El interés de algún agente por impedir el acceso de competidores al mercado, acordar condiciones de mercado con otros concurrentes, impulsar conductas que propicien la salida de competidores afectan de manera sustancial la libre competencia económica, perturbando de manera significativa los derechos de los consumidores que encuentran limitadas opciones y pierden capacidad de elección.

2. Acuerdos entre competidores económicos y su régimen sancionatorio

Una de las conductas recurrentes en el mercado, se encuentra constituida por la celebración de acuerdos entre agentes económicos llamados, originalmente, a competir, para distorsionar la libre competencia. Estos acuerdos se encuentran expresamente prohibidos por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 -cláusula general- que restringe cualquier acto, acuerdo o conducta que tenga como objeto o por efecto la limitación de la libre competencia y la fijación de precios inequitativos. Esta disposición es amplia y abarca multiplicidad de conductas que permiten englobar cualquier tipo de comportamiento.

En el artículo 45 numeral 1 del Decreto 2153 de 1992, se contemplan los acuerdos entendidos como *"todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas"*, por lo tanto, se ha dispuesto que esas conductas pueden generar una modificación en el ejercicio económico y en consecuencia, poner en riesgo o vulnerar el derecho a la libre competencia.

La valoración de las conductas anticompetitivas en Colombia, se ha visto influenciada, en gran medida, por la normativa estadounidense y europea. Se ha considerado que en materia de violación al régimen de la libre competencia los denominados "acuerdos", merecen especial atención por parte del legislador, pues dentro de sus efectos se encuentra su capacidad para limitar, restringir o distorsionar la libre competencia.

Los acuerdos se caracterizan por la pluralidad de agentes competidores y la persecución de un aumento en las utilidades a través del *"comportamiento cooperativo de los agentes involucrados, los cuales, en un escenario competitivo, deberían tomar decisiones económicas de manera independiente"* (Superintendencia de Industria y Comercio, pp. 60, 2015). A través de ellos los agentes se coluden para acordar precios, cuotas o segmentos de mercado, condiciones limitantes de venta o de imposición de ventas, condiciones de producción o distribución, condiciones discriminatorias, limitaciones a la oferta, cláusulas contractuales,

limitación de desarrollos técnicos, ventas subordinadas, colusión de licitaciones, barreras a los canales de comercialización, afectación a las fuentes de producción. A ellas se suma la cláusula general de prohibición.

Estos acuerdos, dependiendo de la postura en el mercado que puedan tener los agentes, pueden ser de carácter vertical u horizontal.

Los acuerdos de carácter horizontal se presentan *"cuando las empresas que participan en ellos compiten en el mismo nivel del proceso productivo"* (Ceballos, 2019 pág 12). Es decir que el acuerdo se celebra de manera consensual entre distribuidores o vendedores del bien o servicio dentro de un mercado; al respecto la SIC ha manifestado que *"un acuerdo de colaboración entre competidores es aquel en virtud del cual dos o más firmas que se encuentran en un mismo eslabón de la cadena productiva, y que están compitiendo efectivamente en el mercado, combinan sus recursos o unen parte de sus operaciones con el fin de alcanzar determinadas metas comerciales"* (Resolución No. 4851 del 15 de febrero de 2013).

Los acuerdos de carácter vertical, son aquellos celebrados entre agentes pertenecientes a diversos eslabones de una cadena de producción (por ejemplo entre proveedores, productores, comercializadores y distribuidores). La SIC al respecto los define como *"(…) las prácticas comerciales entre agentes que se encuentran en eslabones diferentes de la cadena de producción de un producto y/o servicio. En el marco de dichas relaciones se pueden presentar ciertas prácticas en las que se restringe la libertad de acción de una o de ambas partes en la cadena de producción" (Resolución No. 76724 de 16 de diciembre de 2014)*[4].

Dicho esto, la Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud de la Ley 1340 de 2009, está en la facultad de iniciar la respectiva investigación -de oficio o por solicitud- y en razón a esta, establecer si hay lugar a una conducta anticompetitiva y en consecuencia sancionarla.

3. Carteles: Análisis de algunas conductas contrarias a la libre competencia.

La generación de cartelas, cuyo vehículo conductor puede ser un contrato, convenio, concertación, práctica concertada y conscientemente paralela (Velandia, 2011) genera graves consecuencias para el mercado. El principal desarrollo dogmático de estas figuras ha tenido su fuente en la doctrina y la jurisprudencia de la SIC que en el marco de diversas investigaciones ha fijado los elementos a considerar debido a la falta de desarrollo en la norma formal.

En el art 47 del Decreto 2153 de 1992, se instauran una serie de conductas, contrarias a la competencia que pretenden generar un cambio en el mercado y el ejercicio económico, de manera artificial, en beneficio de un sector específico. Para esta investigación, se definirán

4 Por medio de la cual se impone una sanción a Concesión Aeropuerto De San Andrés y Providencia S.A., por contravención al artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Superintendencia de Industria y Comercio)

las conductas de fijación directa o indirecta de precios, Repartición de mercado entre productores o distribuidores y Determinación de condiciones de venta o comercialización, las cuales son conductas frecuentes en fenómenos como los carteles.

1. **Fijación directa o indirecta de precios.**

Esta se encuentra regulada en el art 47 numeral 1 del decreto 2153 de 1992 y es una conducta que se puede cometer tanto en línea horizontal como vertical.

En este punto particular, ha señalado el Consejo de Estado que

> La fijación de precios iguales o idénticos para un mismo producto en un mismo tiempo y valor, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, por parte de dos o más empresas diferentes, son coincidencias que constituyen prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo por efecto la fijación indirecta de precios del producto. Dichas coincidencias o simetrías presentadas en un período determinado de tiempo, por dos o más empresas, no pueden ser resultado de la casualidad o del azar, teniendo en cuenta que un producto, como el combustible en este caso, 42 depende de factores variables, como son: los costos de producción, de transporte, de operación de cada estación de servicio, del nivel de eficiencia, las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, los cuales varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trate de un mismo producto (Consejo de Estado, 2014, p. 53- 54).

A partir de esta decisión, es posible inferir que esta conducta exige la acreditación de dos condiciones:

a. Pluralidad de agentes económicos

b. Incrementos o variaciones coincidenciales y armónicas en el precio de un producto o servicio

Frente a esta última ha señalado la SIC que no se trata de una coordinación exacta en el precio, cuando las condiciones deriven armonía es posible probar la existencia de la conducta violatoria de la competencia (Resolución 81391 de 2017). Además, se ha indicado que no es obligatoria la existencia de un acuerdo o de una concertación, como se advirtió previamente, el ejercicio de tracking de precios (monitoreo de precios de la competencia) configura per se la conducta pues podría aludirse a una práctica conscientemente paralela. Aunque, en este punto vale la pena indicar que la SIC, ha acogido en algunos casos la aplicación de la regla de la razón cuando advierte que el comportamiento anticompetitivo, genera mayores beneficios para el mercado, la competencia o los consumidores (aplicación de la regla de la razón)

Ante esta conducta, la Superintendencia de Industria y Comercio, dice:

"en Colombia erróneamente se ha dado el mismo alcance prohibitivo a escenarios económicamente disímiles. La eficiencia económica impone no realizar una normativa idéntica para las relaciones verticales y para las relaciones horizontales, dada su naturaleza diversa y teniendo en cuenta que el principal requisito para que una conducta sea susceptible de sanción, es que esta sea anticompetitiva. Por esta razón el acuerdo de fijación del precio de reventa debe ser observado caso a caso teniendo en cuenta el tipo de restricción a la competencia que la conducta podría estar generando."

Así las cosas, le corresponderá a la SIC hacer uso de sus facultades jurisdiccionales y dar apertura a la investigación por lo tanto, deberá corroborar la existencia del acuerdo sin importar que este haya tenido un impacto positivo o negativo en el mercado.

Cuando hay una fijación de precios en acuerdos verticales se debe identificar en primera instancia si las conductas desplegadas por los agentes concurren sobre la fijación de precios de manera que se pueda llegar a generar una restricción. La SIC en Resolución 28350 del 2004 estableció *"el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 aplica en los acuerdos verticales de precios de manera "per se", ya que por el solo hecho de que se elimine la variedad de precios supone por sí un menoscabo al consumidor" (Ceballos,2019 pág. 17).*

Otra situación donde se ha presentado la fijación de precios son en los acuerdos de carácter horizontal. Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio determinó en Resolución 29302 de 2000 *"con la simple realización de la conducta de fijación de precios se incurriría en la infracción señalada en el artículo 47 numeral 1 del Decreto 2153 de 1992, sin que sea pertinente entrar a un análisis de la intención de los agentes del mercado, con la única posibilidad de los investigados de probar que efectivamente no se cometió la conducta de la cual se le acusa"*. Una reiteración de la aplicación de la *regla* per se que no indaga por los efectos de la conducta sino que considera suficiente para sancionar la acreditación de la conducta.

En ambos casos tanto en los acuerdos horizontales como verticales es evidente que no hay una distinción respecto de a qué tipo de acuerdo recae esta sanción, por lo tanto, la SIC haciendo uso de sus facultades, podrá dar apertura a una investigación y en consecuencia sancionar por ilegalidad en los casos en que sea necesario.

2. Repartición de mercado entre productores o distribuidores

Otra de las conductas reguladas por el decreto 2153 de 1992 es la repartición de mercado entre productores o distribuidores en el art 47 numeral 2. Al igual que la fijación de precios, la repartición de mercados surge por un acuerdo entre agentes, donde se establecen cuotas o se determina a quién corresponderá un cliente o una población de consumidores en específico. En este caso ha entendido la SIC que "los acuerdos de asignación de cuotas de producción o suministro son aquellos en los cuales dos o más agentes económicos acuer-

dan asignar la cantidad de bienes y/o servicios que se producen o se ofrecen en el mercado correspondiente, con la finalidad de obtener un beneficio de tal asignación" (Resolución No. 80847 de 7 de octubre de 2015).

Uno de los factores a tener en cuenta en esta conducta, es que dentro del acuerdo se pacte la repartición del mercado, "(…)*el reparto del mismo puede recaer sobre clientes, zonas geográficas o productos. Así mismo, puede darse en diferentes etapas y, de esta forma, se habla de acuerdos entre productores o entre distribuidores."* (Resolución 8233 de 2001). Así las cosas, es menester resaltar la importancia de establecer de qué tipo de mercado se está afectando y con ello, evaluar quienes participan de ese mercado y de qué manera lo hace. En este punto en particular la SIC ha desarrollado los puntos fundamentales de esta conducta a través de la revisión del mercado producto y el mercado geográfico.

Para que esta conducta sea investigada será relevante tener en cuenta que se divide en dos posibles situaciones que deberán ser objeto de estudio por el ente investigador en materia de competencia. Uno de los factores a determinar será si el acuerdo surge con el objeto de establecer condiciones de venta o comercialización discriminatoria. Por lo tanto, *"para la autoridad de competencia no es necesario que las condiciones de venta sean discriminatorias para que el primer supuesto de la norma se configure; es suficiente con que tales condiciones hayan sido acordadas para que dicho acuerdo sea restrictivo per se."* (Bernal, L.; Botero, C. Botero, M.P, 2011 pág. 32).

Por lo tanto, la SIC en la Resolución 34397 de 2001 ha determinado que "por objeto debe entenderse "la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado, sin que sea menester que el resultado anticompetitivo se produzca" . Por lo tanto, a pesar de haberse celebrado el consenso entre los agentes y este no haber tenido efecto alguno en el mercado por ejemplo, solo bastará con demostrar la intención de los agentes y en consecuencia, habrá lugar a una sanción por ilegalidad per se.

3. Determinación de condiciones de venta o comercialización

En lo que respecta a la determinación de condiciones de venta o comercialización, se encuentra en el numeral 3 del art 47 del decreto 2153 de 1992. En este caso, es posible precisar que en el ámbito de la libre competencia *"no solamente se basa en el precio, sino también en la gama de posibilidades, ventajas y facilidades que otorgue una empresa para que los consumidores adquieran sus productos."* (Velandia, M. 2011, pág 135-136). Bajo esta premisa, se tiene en cuenta al consumidor toda vez que este pueda fijar de una manera u otra unas condiciones para la compra de determinado servicio o producto.

En la Resolución 8233 de 2001 la SIC establece que:

> *"los sancionados fueron los que incurrieron en el acuerdo.Lo que merece rechazo de parte de este Despacho, no es el acto de producción de cebolla larga(junca), todo lo contrario, lo que se pretende es protegerla y garantizar su libre comercialización. Por*

tal motivo, no es de recibo para este Despacho lo aducido por el apoderado al afirmar que se ha investigado a menos del 10% de los productores que no ejercen monopolio. Tampoco importa que los terceros interesados representen el 1% de la producción, pues como tantas veces se ha dicho, se está protegiendo el mercado en general y en esa medida, basta con que se dé el objeto previsto en la norma para que tenga lugar la restricción por tanto la aplicación de una sanción pecuniaria"

Para el caso en concreto se logró demostrar que efectivamente había una repartición de mercados la cual era de carácter vertical, toda vez que existía una cláusula de no hacer referente a la distribución y comercialización de cebolla larga junca a lo que el ente investigador por medio de la delegatura de la competencia da apertura a la investigación y posteriormente sanciona por ilegalidad per se, regla mediante la cual se considera un acuerdo realizado como violatorio de la normatividad vigente, sin entrar a evaluar sus posibles efectos, los beneficios a los consumidores, e incidencia en el mercado.

CONCLUSIONES

En el desarrollo de la presente investigación, se evidenció como la normatividad colombiana, contempla diversas disposiciones con el fin de proteger el libre desarrollo de la competencia, y con ello asegurar que los consumidores puedan acceder a productos variados, de alta calidad y a precios justos. Si bien, a lo largo de la historia la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio ha valorado de manera variada estas conductas ya sea a por medio de la regla de la razón o la regla per se, lo cierto es que Colombia es un país que protege el mercado y sus agentes participantes, para lo cual se tiene un amplio catálogo de acuerdos considerados contrarios a la libre competencia.

Conductas como la fijación de precios, repartición de mercados y determinación de condiciones de venta, representan un alto riesgo para la sana competencia, e igualdad de condiciones para los competidores, con lo cual se hace de vital importancia el papel de la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad frente a este tipo de situaciones. A lo largo de este ejercicio investigativo, se acreditó que el papel de la Superintendencia en la promoción y protección de la libre competencia ha resultado esencial para incentivar, negativamente, el comportamiento lesivo de los agentes económicos que, en búsqueda de la satisfacción de sus intereses, lesionan la libre competencia y generan perjuicios a los consumidores y al mercado en general.

REFERENCIAS

Bernal, L., Botero, C., & Botero, M. P. (2011). *Análisis de las prácticas restrictivas de la competencia relacionada con la discriminación: Artículo 47 numeral 2 y artículo 50 numerales 2 y 4 del decreto 2153 de 1992.*

Ceballos Escobar, L. M (2019). *El acuerdo de fijación de precios como conducta per se ilegal bajo el ordenamiento juridíco colombiano.*

Corte Constitucional, Sala plena (16 de mar 2011) *Sentencia C-186/2011*. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional, Sala plena (06 de abril de 2011) *Sentencia C-264/2011.* [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional, Sala plena (10 de noviembre de 2016) *Sentencia C-620/2016.* [MP María Victoria Calle Correa]

De Colombia, C. P. (1991). *Constitución política de Colombia.* Bogotá, Colombia: Leyer, 1.

Colombia, L. 155 de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, 30.138 Diario Oficial, 22 de enero de 1960.

Colombia, L. 1340 DE 2009, Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, 47.420 Diario Oficial, 24 de julio de 2009.

Consejo de Estado, Sección Primera (21 de agosto de 2014) [MP María Elizabeth García González]

Iregui Tarquino, N. (2020) *El paralelismo consciente como práctica anticompetitiva en Colombia y la ponderación de sus efectos a partir de la regla de la razón*. (Tesis de maestría) Universidad Nacional de Colombia.

Ceballos Escobar, L. M. *El acuerdo de fijación de precios como conducta per se ilegal bajo el ordenamiento jurídico colombiano.*(Tesis de pregrado) Universidad Javeriana.

North, D. (1995). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico.* México: Fondo de Cultura Económica

Resolución No. 76724 [Superintendencia de Industria y Comercio] https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Resolucion_76724_2014.pdf . 16 de diciembre de 2014

Resolución No. 4851 [Superintendencia de Industria y Comercio] http://normograma.info/sic/docs/r_siyc_4851_2013.htm. 15 de febrero de 2013

Resolución No. 81391 [Superintendencia de Industria y Comercio] http://normograma.info/sic/docs/r_siyc_81391_2017.htm. 11 de diciembre de 2017

Resolución No. 28350 [Superintendencia de Industria y Comercio] https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/052017/RESOLUCION_28350_DE_22_DE_NO-

VIEMBRE_DE_2004.pdf . 22 de noviembre de 2004

Resolución No. 29302 [Superintendencia de Industria y Comercio] https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sic-decisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2000/RESOLUCION_29302_DE_02_DE_NOVIEMBRE_DE_2000.pdf. 02 de noviembre de 2000

Resolución No. 80847 [Superintendencia de Industria y Comercio] http://normograma.info/sic/docs/r_siyc_80847_2015.htm 01 de octubre de 2015

Resolución No. 8233 [Superintendencia de Industria y Comercio] http://normograma.info/sic/docs/pdf/r_siyc_8233_2001.pdf 21 de marzo de 2001

Resolución No. 834397 [Superintendencia de Industria y Comercio] http://normograma.info/sic/docs/pdf/r_siyc_8233_2001.pdf 25 de octubre de 2001

Superintendencia de Industria y Comercio (2015) *Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores*.

Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo: competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN COMO FACTOR DE EQUILIBRIO PRESTACIONAL EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE MANDATO COMERCIAL FRENTE A LA DECLARATORIA DEL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA EN COLOMBIA

Freddy Alejandro Moreno Jiménez[5]
Diana Marcelo Mendoza Villamizar[6]

RESUMEN

El trabajo de investigación en curso pretende analizar la aplicación de la teoría de la imprevisión como factor de equilibrio prestacional en la ejecución del contrato de mandato comercial para la administración de bienes inmuebles en arrendamiento, frente a la declaratoria del estado de emergencia sanitaria en Colombia que trajo como efecto colateral el incumplimiento de las prestaciones de dar y hacer derivadas del contrato de mandato y de arrendamiento por el incumplimiento del pago de los emolumentos por la administración entre el mandatario hacia el mandante y del arrendatario para con el arrendador. la metodología que se empleará para el desarrollo del proyecto es de carácter cualitativo fundado en el paradigma histórico - hermenéutico, en tanto que, para responder al primer objetivo específico se aplicará como instrumentos la matriz de análisis documental al sistema normativo y jurisprudencial de carácter nacional e internacional que regula la teoría de la Imprevisión. Como resultado de la ejecución del primero objetivo se logró evidenciar que tanto el Código Civil, comercial y las jurisprudencias de la Altas Cortes regulan y protegen y desarrollan la teoría de la impresión como instrumento idóneo para resolver las diferencias prestacionales de los contratos por motivos del surgimiento de hechos imperdibles.

PALABRAS CLAVES: Emergencia sanitaria, Contrato de mandato, Contrato de arrendamiento, Teoría de la Imprevisión. Desequilibrio contractual.

5 Estudiante Freddy Alejandro Moreno Jimenez, quinto semestre del programa de derecho, universidad simón Bolivar

6 Estudiante Diana Marcela Mendoza Villamizar quinto semestre del programa de derecho, universidad simón Bolivar

ANALYSIS OF THE APPLICATION OF THE THEORY OF UNPREDICTABILITY AS A FACTOR OF BALANCE OF BENEFITS IN THE EXECUTION OF THE COMMERCIAL MANDATE CONTRACT IN THE FACE OF THE DECLARATION OF THE STATE OF SANITARY EMERGENCY IN COLOMBIA

ABSTRACT

The current research work aims to analyze the application of the theory of unforeseen as a factor of balance of benefits in the execution of the commercial mandate contract for the management of real estate for lease, in light of the declaration of the state of health emergency in Colombia The collateral effect was the non-compliance of the benefits to give and do derived from the mandate and lease contract due to the non-compliance of the payment of the emoluments by the administration between the agent and the principal and the lessee with the lessor. The methodology that will be used for the development of the project is of a qualitative nature based on the historical-hermeneutical paradigm, while, to respond to the first specific objective, the matrix of documentary analysis will be applied as instruments to the normative and jurisprudential system of a national and regulation that regulates the theory of Unpredictability. As a result of the execution of the first objective, it was possible to show that both the Civil and Commercial Code and the jurisprudence of the High Court's regulate and protect and develop the theory of printing as an ideal instrument to resolve the performance differences of contracts due to the emergence of unmissable facts.

KEYWORDS: Health emergency, Mandate contract, Lease contract, Theory of Unpredictability. Contractual imbalance.

INTRODUCCIÓN

Respecto a los acontecimientos consecuentes del covid-19 el estado colombiano se vio inmerso en una declaratoria de la emergencia sanitaria, por la cual adopto medidas para conjurar la crisis, decretando la cuarentena obligatoria que produjo como consecuencia el cese de las actividades económicas en el territorio nacional. Aquella emergencia sanitaria trajo como efecto colateral la alteración prestacional en la celebración del contrato de mandato comercial de administración de bienes inmuebles destinados al arrendamiento de vivienda urbana y comercial, que se reflejó con el incumplimiento del pago de los emolumentos por la administración entre el mandatario hacia el mandante, justamente por el incumplimiento del pago del canon por el arrendatario hacia el arrendador por motivos ajenos a la voluntad de las partes contratantes.

Del sistema jurídico nacional e internacional surge en la disciplina del derecho civil la teoría de la imprevisión, como instrumento legal que tiene como función específica la de servir como instrumento de regulación frente al desequilibrio prestacional que produce el surgimiento de

hechos imprevistos muy alejados de la voluntad contractual. Esta Institución jurídica tiene como efecto jurídico en la praxis llevar las cargas prestaciones que acordaron los contratantes en términos normales y que fueron alteradas por el hecho nuevo mediante un ejercicio de ponderación del perjuicio recibido por una de las partes frente al derecho del otro logrando la nivelación prestacional o la resolución del contrato.

La ejecución del proyecto de investigación y del primer objeto especifico se desarrolla utilizando la metodología con enfoque cualitativo fundado en el paradigma histórico - hermenéutico, en tanto que, para responder al primer objetivo específico se aplicó como instrumentos la matriz de análisis documental al sistema normativo y jurisprudencial de carácter nacional e internacional que regula la teoría de la Imprevisión. Como resultado de la ejecución del primero objetivo se logró evidenciar que tanto el Código Civil, comercial y las jurisprudencias de la Altas Cortes regulan y protegen y desarrollan la teoría de la impresión como instrumento idóneo para resolver las diferencias prestacionales de los contratos por motivos del surgimiento de hechos imperdibles.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El presente estudio de investigación gira en torno a siguiente planteamiento polémico: ¿De qué manera la aplicación de la teoría de la imprevisión actúa como factor de equilibrio prestacional en la ejecución del contrato de mandato comercial para la administración de bien inmueble arrendado frente a la declaratoria del estado de emergencia sanitaria en Colombia?

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

En este orden de ideas se plantea en el proyecto de investigación como objetivo general el siguiente: ANALIZAR la aplicación de la teoría de la imprevisión como factor de equilibrio prestacional en la ejecución del contrato de mandato comercial para la administración de bien inmueble arrendado frente a la declaratoria del estado de emergencia sanitaria en Colombia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Identificar el sistema jurídico nacional e internacional desde la normatividad y las decisiones jurisprudenciales que regulan el contrato de mandato comercial
2. Describir las consecuencias jurídicas contractuales en el orden que acarrea la declaratoria del estado de emergencia sanitaria en Colombia.
3. Indagar el marco epistemológico jurídico nacional e internacional que fundamenta la teoría de la imprevisión.

4. **Proponer** una guía de aplicación de la teoría de la imprevisión al desequilibrio prestacional en el contrato de mandato comercial generado a partir de la declaratoria de emergencia sanitaria en Colombia.

MARCO TEÓRICO

En el último año el mundo entero se encuentra afectado por una pandemia llamada la Covid-19, que altero legrado las relaciones sociales y, por ende, todas las actividades económicas y con ello las obligaciones adquiridas por las personas a través de los contratos o convenciones.

Como efecto de la grave situación pandémica el Estado Colombiano declaró el estado de emergencia Sanitaria mediante el decreto 417 de 17 mayor de 2020, que trajo como consecuencia la cuarentena obligatoria produciendo de inmediato una parálisis en la economía del país, alterando las prestaciones acordadas por las personas en los negocios jurídicos, entre ellos el contrato de mandato comercial para el arrendamiento de bien inmueble y así mismo el contrato de arrendamiento.

La declaratoria de emergencia sanitaria y del estado de cuarentana produjo un impacto fuerte en relación al cumplimiento de las obligaciones relacionadas con aquellos contratos, en tanto que las partes, unas se quedaron sin actividad laborar y las otras comerciales, toda vez, que el cierre de las empresas, la parálisis de la economía informal y el cierre de aquellos establecimientos comerciales impidieron el ingreso de los emolumentos necesarios para el pago de las obligaciones. Por la ocurrencia de un hecho improvisto llamado la pandemia sanitaria, los arrendatarios al quedarse sin ingresos se colocaron en una situación de incumplimiento del pago de canon de arrendamiento, y lo propio ocurrió con el mandatario administrador del inmueble frente a su mandante, situación que origino de inmediato la reclamación o exigibilidad de las obligaciones por parte de los acreedores hoy incluso de manera judicial.

Aparece entonces la teoría de la imprevisión comprendida en el sistema jurídico colombiano, actúa en estos casos los cuales se da un desequilibrio prestacional por un hecho exógeno imprevisto que altera dichas obligaciones, como resultado de este mismo un reajuste o una terminación del contrato, por cual se debe identificar en el sistema jurídico nacional le regulación del contrato de mandato comercial para la administración de bien inmueble.

METODOLOGÍA

Mediante el enfoque cualitativo y la técnica de análisis documental, los instrumentos utilizados para la recolección de información fueron la matriz de análisis documental, fundamentalmente para analizar el contenido de los textos de la doctrina, la jurisprudencia, y en general todo tipo de documentos que hacen parte del marco conceptual en el que se basa la investigación, las proposiciones, los juicios y los razonamientos jurídicos, fueron interpretados

conforme al contenido literal del documento original, erigiendo de esta manera el respectivo estudio de la información recolectada.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Con la aplicación de los instrumentos diseñados para el efecto, se evidencio, que el contrato de mandato tiene un papel fundamental en la sociedad actual, dado que es uno de los más usados, en la mayoría de los ámbitos del derecho, siendo éste indispensable para la realización de la representación jurídica, acciones a nombre del mandante, o cualquier mandato que este designe. Este contrato aparece en el derecho romano, donde era gratuito, pero con el paso del tiempo su onerosidad ha cambiado un poco, lo cual veremos en nuestra legislación colombiana, dicha onerosidad que ha acarreado con ellas obligaciones y responsabilidades, a causa del cumplimiento o incumplimiento de lo pactado.

Así mismo el código civil colombiano en su artículo 2142 define el contrato de mandato de la siguiente manera:

> "El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario."

Definición explícita, dados los elementos de esta misma definición, donde una parte confía a otra uno o más de sus negocios, entregando la administración o manejo de estos a otra, para que esa otra persona actúe a nombre de la primera con el riesgo de esta misma, así definimos a la primer persona, quien concede el encargo, como el mandante, persona la cual posee el o los negocios y necesita el servicio de la segunda persona, quien definimos como mandatario, quien acepta el encargo para el perfeccionamiento del contrato tal como lo menciona el artículo 2150 del código civil colombiano:

> "El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato. Aceptado el mandato no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes."

En todo caso esta aceptación como bien lo menciona el código, puede ser expresa por el mandatario para ejercer dicho encargo o tácita, la cual no es expresa, pero se entiende aceptada por el desarrollo de alguna acción encaminada a la ejecución del mandato.

Sin embargo, hay otro concepto de este tipo de contrato el cual lo encontramos en el código de comercio en el artículo 1262 el cual plantea que "el mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. El mandato puede conllevar o no la representación del mandante." En otras palabras, el

contrato comercial hace referencia a aquella persona la cual está obligada a celebrar actos específicos que se encaminan a la actividad comercial, por medio de quien actúe en calidad de mandante.

Por consiguiente, es evidente que en este actúan dos partes en donde el mandante es una persona ya sea natural o jurídica, el cual es el que pone y entrega su confianza de la gestión tal sea de uno o más de sus negocios, a aquel a quien este encargo para ser su mandatario, así que una vez este acepte a serlo, se es obligado a ejecutar uno o más actos los cuales le sean determinados por la parte mandante. De esta forma se derivan de las dos partes ciertas obligaciones las cuales deben cumplir o de lo contrario pueden contraer la sanción respectiva. Por tal razón, la Corte Constitucional, se ha pronunciado expresando que: "el contrato de mandato es uno entre los diversos negocios jurídicos de gestión y consiste en que el mandatario se encarga de adelantar negocios jurídicos o actos de comercio, por cuenta del mandante, con representación o sin ella…" (Sentencia C-1178, 2011, p. 1).

Acorde con lo anteriormente expuesto, este contrato de mandato es de tipo consensual, bilateral imperfecto, rige bajo la buena fe y es esencialmente gratuito, de tal manera que cada una des engloba su propia justificación para así entender porque hacen parte de este contrato. A su vez de estas características se generan unas clases las cuales son: *Procuratio In Rem Suam* (Cesión de Créditos), Mandato Gratuito y Mandato Oneroso.

A partir de allí un requisito esencial del contrato es su objeto, en este sentido el contrato de mandato según su definición, es la realización de actos encomendados o determinados por el mandante, donde se ve inmersa la prestación de hacer, como lo consagra el artículo 2142 de la norma civilista "(...)la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos(…)" llevar a cabo una acción encomendada por el mandante, para hacerse cargo de sus negocios, al igual en otros artículos del código de comercio y código civil encontramos nociones del objeto del contrato, artículo 2158 C.C "El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración...." cuando establece que tiene poder para efectuar los actos, hablamos de esa actividad principal que tiene entendida el contrato.

Otra generalidad también podemos encontrarla en el ámbito comercial, como lo es el artículo 1263 donde habla que: "el mandato comprenderá los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento."

Así mismo el ámbito comercial también establece el objeto, no distinto al civil, solo se es diferente en el ámbito de su aplicación, el objeto es la ejecución de actos, tal como se observaba anteriormente, o se puede apreciar más específicamente en el artículo 2149 C.C "el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada" este artículo expresa el encargo, que es la acción encomendada y así mismo afirma que el objeto del contrato es este encargo, acción a realizar, por la cual el mandatario deberá responder en caso de incumplimiento, es decir la expresión negativa de la obligación el no hacer, o dejar de hacer, la cual acarrea consecuencias jurídicas para el mandatario, que debe responder ante el mandante.

"Primero debía ejercer al pie de la letra el mandato que había aceptado, y se originaria culpabilidad cuando no hiciera lo que tenía obligación de hacer" (rosero Jesús, 2019)

Así que teniendo claro lo anterior, este tipo de contrato se puede celebrar con diferentes condiciones de acuerdo a las necesidades del negocio jurídico contempladas en las cláusulas del mandato, entre estas mismas está el contrato de mandato con representación y contrato de mandato sin representación, parece algo simple, pero es bastante complejo dado que este termina en cierta forma el grado de responsabilidad del mandatario, a su vez la persona sobre quien recae la responsabilidad respecto al incumplimiento del contrato, por ende es trascendental esclarecerlas y lo que acarrea celebrar un contrato de mandato con representación y un contrato de mandato sin representación.

Acorde a esto, es factible plantear brevemente en qué consiste la representación y un concepto breve de esta misma, en el ordenamiento jurídico colombiano no hay un concepto de representación individual, si no aparece una noción de representación voluntaria en el código de comercio en el Artículo 832: habla sobre la representación voluntaria y expresas que existe cuando una persona faculta a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos. En la definición del código de comercio se deduce que la representación consiste en otorgar la facultad a otra persona para que celebre negocios en nombre de la primera persona, donde se desarrollan uno o varios negocios jurídicos, por consiguiente, dice que este acto se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídico

De tal manera que, surgen los efectos jurídicos de manera directa o indirectamente sobre la esfera jurídica del representado parte importante dado que esto da parte a hablar sobre el contrato de mandato con representación y el efecto de este mismo. El contrato de mandato con representación partimos del elemento de los efectos jurídicos del negocio, la representación es independiente al mandato, así mismo uno puede existir sin necesidad del otro, el mandato podría existir sin representación y la representación sin el mandato, en el contrato de mandato con representación, se entrega la facultad de representar a nombre del mandante, los efectos jurídicos del encargo recaen sobre el mandante, así lo menciona el código civil y el código comercial de la siguiente manera "ARTÍCULO 833 C.c. Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste (...)" la norma es clara al momento de decir que los efectos producidos fuera de la extralimitación recaen directamente al representado, el mandatario.

Además de las obligaciones ya mencionadas el mandatario debe rendir cuentas al mandante de su administración, así mismo de lo recibido y dejado recibir por parte de terceros, mencionado anteriormente y consagrado en el artículo 2183 del código civil colombiano "El mandatario es responsable tanto de lo que ha recibido de terceros, en razón del mandato (aun cuando no se deba al mandante), como de lo que ha dejado de recibir por su culpa."

Para todos los actos que salgan de estos límites, se necesitará de un poder especial, según lo expresa el Artículo 2158, código civil colombiano. en circunstancias de imposibilidad de ejercer el encargo, de acuerdo a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, el mandante deberá argumentar y probar dicha fuerza mayor o caso fortuito que lo llevó a la no realización del mandato como estaba estipulado, Artículo 2176 del código civil colombiano.

Del mismo modo, los medios de ejecución del contrato deben ceñirse a como se haya acordado, el mandatario no podrá implementar medios distintos así la sustancia o el fin sea el mismo, podrá utilizar medios homogéneos al establecido, de acuerdo a si la necesidad lo amerite, tal como lo menciona el artículo 2160 del código Civil de Colombia.

Es importante acotar la responsabilidad de la remuneración y la culpa en este contrato de mandato, el mandatario debe responder hasta de la culpa leve, por la ejecución del mandato, de acuerdo a lo que se ha recibido o dejado de recibir en el mandato por culpa del mandatario o por el incumplimiento del mandato, la culpa será más estricta a aquellos mandatarios que sea remunerados por la ejecución del mandato, a excepción de que el mandatario haya repugnado el encargo y demuestre haber sido forzado a la aceptación y realización del encargo, será menos estricta la culpa que sobre él recaiga, tal como lo menciona el código civil colombiano en el artículo 2155.

La responsabilidad civil del mandatario la vemos explícitamente en el artículo 2155 C.C:

> "El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Está responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado. Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga."

Una vez aceptado el encargo el mandatario debe responder por este mismo, y su responsabilidad es hasta de la culpa leve,

> "La culpa leve, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, como versa en el artículo 63 del Código Civil, si la ley señala que se incurrirá en culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve." (Rosero Jesús, 2019)

No obstante, el contrato de mandato requiere de una remuneración la cual sea acorde al objeto y obligaciones, siendo esto determinado bajo la proporcionalidad que en la medida tenga que ejecutar a la hora del mandato y en tal caso que llegue a ocurrir una desigualdad o controversia, se es necesario recurrir a un peritaje como ayuda para resolverlo. A su vez es preciso citar el inciso del artículo 1264 del Código de Comercio que dice: "La reducción no podrá pedirse cuando la remuneración sea pactada o voluntariamente pagada después de la ejecución del mandato" para tener presente siempre a la hora de llevar a cabo el contrato.

Consecuentemente, con la ayuda de la matriz de análisis documental pudimos darle la solución a nuestro primer objetivo siendo este uno de nuestras principales bases, la cual está compuesta por textos normativos tomando algunos artículos específicos del contrato de mandato, como lo fue el código civil colombiano, código comercial colombiano y la jurisprudencia. permitiendo esclarecer y conocer un poco más sobre el contrato de mandato y todo lo que de este se deriva, a su vez de elementos esencial los cuales enmarcan la responsabilidad el mandatario.

CONCLUSIÓN

Finalmente , en base a lo anterior se obtuvo que en el contrato de mandato de administración, el mandatario debe responder por el incumplimiento de su encargo, en el caso concreto, del pago del canon de administración, en cuanto a los aspectos generales, como lo es la representación en el mandato y así viéndose involucrado el mandate, puesto que se actúa a su nombre, a su vez como lo enmarca la norma, el mandatario responde hasta de la culpa leve, incluso de lo que se ha dejado de recibir por su culpa, teniendo en cuenta el artículo 1602 C.C, el contrato es ley para la partes, dicho esto, ambas partes deben cumplir con su obligación, en el caso de salvedad, la norma habla del caso fortuito o fuerza mayor, pero poniendo de presente que en la fuerza mayor o caso fortuito solo aplica cuando el incumplimiento de la obligación es absoluta, en el caso concreto no es absoluta, es un incumplimiento de excesiva dificultad pero no absoluta, por ende el mandatario debe responder ante el mandato según lo establece la norma.

REFERENCIAS

Código Civil Colombiano [CCC]. (1873). Ley 57 de 1887. Arts. 2341 y ss. 15 de abril de 1887 (Colombia). Recuperado de: Http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Código de comercio (CCo]. (1971) Decreto 410 de 1971. Arts. 2038 y ss. 16 de junio de 1971 (Colombia). Recuperado de: Http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

Corte Constitucional, Sala Plena. (08 de noviembre de 2001) *Sentencia C-1178/01*. [MP Álvaro Tafur Galvis]. Recuperado de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1178-01.htm

Duran, S. *Imprevisión En Contratos Aleatorios: Una Revisión Analítica A La Teoría De La Imprevisión Bajo El Artículo 868 Del Código De Comercio, Revista de Derecho Privado*, Volumen núm. 55. Recuperado de: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=597:imprevision-en-contratos-aleatorios-una-revision-analitica-a-la-teoria-de-la-imprevision-bajo-el-articulo-868-del-codigo-de-comercio&catid=57:55&itemid=167&lang=en

Gil, J. (2020). *La Pandemia Y El Contrato En Curso, vlex, Boletín del centro de estudios de derecho comparado núm. 4 2020. 1 - 17.* Recuperado de: http://app.vlex.com/source/boletin-del-centro-de-estudios-de-derecho-comparado-30644#

Hernández, R. Fernández, C. Baptista, P. (2017). *Metodología de la investigación Capítulo III*. Planteamiento cuantitativo del problema. Editorial., Mcgraw-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V. - sexta edición. (pp.40-41). Recuperado de: Https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf

Rosera Bacca, J. D. (2019). *Responsabilidad del Mandatario en el Contrato de Administración de Inmuebles.* [DIPLOMADO, Universidad Santiago de Cali]. Recuperado de: https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/3536/responsabilidad%20del%20mandatario.pdf;jsessionid=1f2380104a533025f18cd646e4bc114a?sequence=1

Ruiz Morato, N. (2006). *Teoría de la imprevisión y su desarrollo internacional,* Revista UPTC Derecho y Realidad, volumen núm. 7, 153-164. Recuperado de: Https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/5183/4216/#:~:text=La%20teor%C3%ada%20de%20Voirin%20afirma,y%20afectan%20el%20equilibrio%20prestacional

EL ESTÁNDAR ÉTICO DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO EN LA EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS MINORITARIOS: PROCESO DE FUSIÓN ABREVIADA.

Diana Catalina Betancourt Marulanda[7]
Juan Sebastian Rodriguez Duque[8]

RESUMEN

La legislación colombiana, en específico la Ley 222 de 1995, le impone al administrador de las sociedades una serie de deberes fiduciarios que tienen que guiar su actuar en el desarrollo de sus funciones; entre estos, el deber de actuar de buena fe, con lealtad y de obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios. No obstante, a la luz de la Ley 1258 del 2012, los administradores de una Sociedad por Acciones Simplificadas, están facultados para llevar a cabo un proceso de fusión abreviada, en donde resulta viable, legal y legítimo la exclusión de los accionistas minoritarios. Sin embargo, para poder llevar a cabo dicha exclusión, el administrador, o quien detente sus funciones, deberá entrar a probar que, en el desarrollo de esta operación, en todo momento, cumplió con sus deberes fiduciarios, so pena de poder arremeter en contra de él a través de una acción por incumplimiento al deber de lealtad. El presente artículo aborda los procesos de fusión abreviada como un mecanismo que, al permitir la exclusión de un accionista minoritario, lo sitúa en una posición vulnerable, en donde sus derechos como accionista pueden verse afectados. Para estos efectos, se parte de su caracterización como un stakeholder, así como del cumplimiento de dichos deberes fiduciarios por parte del administrador. A través de un enfoque metodológico hermenéutico e inductivo, se analizaron postulados doctrinales y jurisprudenciales que permitieron establecer que, para llevar a cabo esta exclusión, se tiene que cumplir con una serie de requisitos que permitan catalogar esta operación como ecuánime, sin vulnerar los derechos de los accionistas minoritarios.

PALABRAS CLAVE: Administrador, deberes fiduciarios, exclusión de accionistas, integraciones empresariales, fusión abreviada, problemas de agencia.

7 Estudiante de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia). Integrante del Semillero de Investigación en Derecho Societario y Concursal de la misma universidad. Contacto: est.diana.betancourt@unimilitar.edu.co; ORCID: 0000-0002-2272-1242

8 Estudiante de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia). Integrante del Semillero de Investigación en Derecho Societario y Concursal de la misma universidad. Contacto: est.juan.rodriguez1@unimilitar.edu.co.

ABSTRACT

Colombian legislation, specifically Law 222 of 1995, imposes on the director of the companies a series of fiduciary dutys that must guide their actions in the development of their functions; among these, the duty to act in good faith, with loyalty and the diligence of a good businessman. However, in light of Law 1258 of 2012, the administrators of a Simplified Stock Company are empowered to carry out a short-formmeger process, where the exclusion of minority shareholders is viable, legal and legitimate. However, in order to carry out said exclusion, the administrator, or whoever stops his functions, must enter to prove that, in the development of this operation, at all times, he fulfilled his fiduciary duties, under penalty of being able to attack against of him through an action for breach of the duty of loyalty. This article addresses the abbreviated merger processes as a mechanism that, by allowing the exclusion of a minority shareholder, places them in a vulnerable position, where their rights as a shareholder may be affected. For these purposes, it starts from their characterization as an interested party, as well as the fulfillment of said fiduciary duties by the administrator. Through a hermeneutical and inductive methodological approach, doctrinal and jurisprudential postulates were analyzed that allowed establishing that, in order to carry out this exclusion, a series of requirements must be met that classify this operation as fair, without violating the rights of the Minority shareholders.

KEYWORDS: Administrator, fiduciary duties, exclusion of shareholders, business integrations, abbreviated merger, agency problems.

INTRODUCCIÓN

El administrador societario en la práctica empresarial, se rige por la máxima del principio de la buena fe. La ley 222 de 1995, consagra el régimen de responsabilidad del director societario, que impone el deber de obrar con lealtad, buena fe y diligencia propia de un buen hombre de negocios.

Sin embargo, estos deberes fiduciarios, ocasionalmente se ven ultrajados por la persecución de una utilidad en interés propio, de terceros o de la misma sociedad; este es el caso de los accionistas minoritarios -stakeholders- que debido a su pequeña participación se encuentran en una posición desventajosa por el escaso impacto de sus derechos políticos al interior de la compañía.

Para el administrador de la empresa, el actuar de estos accionistas en salvaguarda de sus derechos y la persecución de sus utilidades, se torna en obstáculo para los intereses de la administración, convirtiéndolos en accionistas indeseados. Así, y buscando defender su posición dentro de la sociedad, estos stakeholders, eventualmente, se oponen a la entrada de nuevo capital, accionistas o socios, o a los procesos de fusión con otras empresas.

No obstante, la fusión abreviada, funge como un mecanismo para expropiarlos y proteger los intereses de la sociedad, siempre y cuando se cumplan unos parámetros, definidos por la jurisprudencia y la doctrina, en aras de salvaguardar los derechos e intereses de todas las partes involucradas en esta operación, permitiendo caracterizarla como una transacción ecuánime.

Lo anterior, permitirá concluir que, en cualquier proceso empresarial genérico de transformación societaria, prevalece el interés de la sociedad y de los socios mayoritarios, siempre que los minoritarios reciban de forma efectiva y previa, una reparación que compense sus intereses en la empresa.

En esta medida, para el desarrollo de este trabajo investigativo, el cual tiene un alcance exploratorio y propositivo, se utilizará un método deductivo que permita, a partir de la doctrina y los pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades, abordar el tema bajo el siguiente orden: i) Conceptualización de los deberes fiduciarios del administrador, consagrados en la ley 222 de 1995, bajo un estándar ético de conducta; ii) Caracterización de los procesos de fusión abreviada en la ley 1258 de 2008, iii) Configuración de los accionistas minoritarios como stakeholders, entre ellos problemas de la agencia; iv) Análisis de los parámetros a tener en cuenta para la exclusión de accionistas minoritarios en las operaciones de M&A.

Como resultado de este ejercicio, se evidenció que, dentro de un proceso de fusión abreviada, resulta viable, legal y legítimo excluir a los accionistas minoritarios, pudiendo catalogarlos como stakeholders, debido a su calidad de tercero afectado. En tal sentido, se pudo establecer a partir de la casuística -jurisprudencia nacional y anglosajona- que, para llevar a cabo esta exclusión, se tiene que cumplir con una serie de requisitos que permitan catalogar esta operación como ecuánime, sin vulnerar los derechos de los accionistas minoritarios.

1. Conceptualización de los deberes fiduciarios del administrador (Ley 222 de 1995)

La doctrina ha definido a los administradores como aquellas personas que realizan actos de gestión al interior de la sociedad, de forma tal que, permiten la manifestación de la voluntad de la misma a través del pleno desarrollo del objeto social, por medio de “la adquisición de compromisos o la celebración de contratos” (Escobar & Molina, 2017).

Así, el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, establece que serán administradores, el representante legal, el factor, el liquidador, los integrantes de junta directiva y las personas que detenten dichas funciones de conformidad con los estatutos de la sociedad. Complementa este listado, el artículo 27 de la Ley 1258 del 2008, con aquellas personas que, pese a no tener uno de los cargos mencionados, realizan actividades de dirección, gestión o administración de la sociedad, de tal forma que se le puedan endilgar las mismas responsabilidades y sanciones de los administradores.

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades, en su Circular Externa 100-006 del 2008, ha explicado esta figura, considerando que se entenderá como administrador a la persona que "por razón de responsabilidades propias de sus cargos, actúan en nombre de la sociedad"; es decir que, se entenderá como administrador no solo a la persona que actúa bajo esta calidad, sino además, a aquellas con funciones de carácter administrativo.

Lo anterior significa, entonces, que tanto la citada normatividad como la doctrina, reconocen dos clases de administradores. Un administrador de derecho, regulado por la Ley 222 de 1995, según la cual, detentarán esta posición las personas que figuran en su artículo 22. Y un administrador de hecho, reconocido por la Ley 1258 de 2008, conforme a la cual, ostentará esta calidad toda persona que cumpla con los siguientes requisitos (Sebastián Agustín Martínez Arango vs María Carolina Martínez Florez, 2019):

> (i) dirigir las actuaciones de los demás administradores, (ii) obligar a la compañía a asumir obligaciones cuantiosas, (iii) ser reconocido explícitamente por la sociedad como administrador, (iv) presentarse ante terceros como director y (v) adoptar decisiones trascendentales para el funcionamiento de la compañía.

Teniendo ya delimitado el concepto de administrador, conviene ahora precisar el alcance y régimen aplicable a sus deberes, en tanto que son actores clave en el mercado al contar, en términos de Laguado-Giraldo (2004), con un "altísimo poder de decisión" y con un "extenso ámbito de influencia". Ello, en tanto que sus decisiones afectan sus intereses como los de todo el conglomerado social compuesto por *stakeholders* y *shareholders*[9].

Las funciones del administrador -de hecho o derecho- están permeadas por un catálogo de principios. De esta forma, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, establece que ellos "deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios".

En cuanto a la buena fe, la Constitución Política, en su artículo 83, establece que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que realicen".

Del mismo modo, y a la luz del artículo 1603 del Código Civil y el artículo 871 del Código de Comercio, la ejecución de los contratos debe estar acorde a los postulados de la buena fe y, por consiguiente, obligan a las partes involucradas a lo que en ellos se establece, y a cualquier otra cosa que se desprenda de la naturaleza de la obligación.

Se entiende que el obrar de buena fe, parte del actuar "con conciencia recta, con honradez y lealtad de acuerdo con un estándar aceptado de usos sociales y buenas costumbres"

9 Entendiéndose a los stakeholder como "cualquier grupo o individuo que puede afectar o ser afectado por el logro de los objetivos de la empresa" (Freeman, 1984, p. 24); y a los shareholders como los accionistas de la sociedad (Morgestein, 2012).

(Superintendencia de Sociedades, s.f., p. 7); es decir, consiste en que el administrador debe velar primordialmente por el interés y el bienestar de la sociedad (Sierra, 2020).

Frente al Deber de lealtad, la Superintendencia de Sociedades, en su Guía práctica para administradores, ha establecido que es "el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa", de forma tal que, en todo momento, el administrador actúe "de manera franca, fiel, íntegra y objetiva", haciendo que sus actos estén orientados a la consecución de los intereses de la sociedad y de sus socios. En otras palabras, este deber consiste en que no existan "diferencias insalvables entre los intereses de los administradores y los de la sociedad en que tales personas ejercen sus funciones" (Superintendencia de Sociedades, 2017).

Respecto del Deber de diligencia, esta misma entidad, en oficio 2020-001672 del 8 de enero de 2014, explicó que aquel consiste en que las actuaciones o actividades desarrolladas por los administradores, requieren que este se informe de forma suficiente antes de tomar una decisión, implicando con esto, que el nivel de prudencia debe ser el mismo que tendría un buen padre de familia y a su vez, un profesional respecto de sus propios negocios, de tal forma que su actividad se realice de manera oportuna y cuidadosa.

Ahora bien, y considerando el objeto de esta investigación, la aplicabilidad de estos deberes fiduciarios, dentro de los procesos de fusión abreviada, le exige al administrador, en primer lugar, una alineación de sus intereses con los de la sociedad, según el cual, el administrador no buscará un interés propio o individual, sino perseguirá el máximo alcance y beneficio de los intereses sociales.

Y en segundo lugar, un desarrollo de una triple vertiente: deber de investigar, entendido como el deber de vigilancia de la gestión y marcha general de la sociedad; el deber de comprobar la veracidad y suficiencia de la información; y finalmente, el deber de informarse antes de adoptar decisiones sobre asuntos de su competencia (Guerrero, 2010).

En suma, estos deberes le imponen al administrador la obligación de informarse de manera objetiva antes de tomar una decisión, la cual será entendida como razonable, en la medida en que esta "no resulte contraria a los intereses de la sociedad", y que en ella exista "cierta proporcionalidad entre el riesgo asumido y los beneficios esperados" (Sabogal, 2012).

2. Caracterización de los procesos de fusión abreviada en la ley 1258 de 2008, Como mecanismo de exclusión.

El proceso de fusión abreviada o simplificada (short-formmeger), proviene del sistema anglosajón. Encontrando su fundamento normativo en la sección 253 del Código de Sociedades del Estado de Delaware[10]. Esta innovación legal, fue trasplantada en la Ley 1258 de 2008, que en su artículo 33, predica:

> En aquellos casos en que una sociedad detente más del noventa (90%) de las acciones de una sociedad por acciones simplificada, aquella podrá absorber a esta, mediante determinación adoptada por los representantes legales o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso de fusión.

Esta figura busca "representar una simplificación de los trámites requeridos para adelantar procesos de reorganización empresarial entre sociedades matrices y subordinadas" (Reyes, 2018. p. 295). Adicionalmente, y debido a su naturaleza, esta busca evitar el escrutinio del máximo órgano social (Junta de Socios o Asamblea General de Accionistas) para la aprobación de integraciones empresariales, delegando dicha función en los órganos de administración de la sociedad (Junta Directiva o Representante Legal).

La fusión abreviada, parte de una flexibilidad reconocida por la Superintendencia de Sociedades, mediante Oficio 220-007713 del 3 de febrero de 2012, según la cual, la sociedad matriz puede estar constituida bajo cualquier forma asociativa. Esto quiere decir, que la sociedad que absorbe podrá ser una sociedad anónima, limitada, comandita simple o por acciones o una sociedad por acciones simplificada.

Este requisito, puede aplicarse de forma similar para las compañías matrices que se encuentran constituidas en el exterior, pues la Superintendencia de Sociedades, estableció, mediante Oficio 220-008638 del 22 de febrero de 2010 que:

> Esta modalidad de fusión es el proceso que tiene lugar entre una sociedad titular de más del noventa por ciento del capital de una sociedad por acciones simplificada, en donde la primera de tales compañías, puede ser de nacionalidad colombiana de cualquier naturaleza e incluso una sociedad extranjera, toda vez que la norma no hace ninguna excepción.

De esta forma, resulta claro que este tipo de fusión introducida en el Estatuto de la S.A.S, trae consigo un gran avance en los procesos de integración empresarial. Sin embargo, este proceso poco ordinario, queda en cabeza de los órganos de la administración, los cuales

10 Entendiéndose a los stakeholder como "cualquier grupo o individuo que puede afectar o ser afectado por el logro de los objetivos de la empresa" (Freeman, 1984, p. 24); y a los shareholders como los accionistas de la sociedad (Morgestein, 2012).

tendrán la facultad o disposición de aprobar la transacción. Por ello, los administradores deberán aplicar con mayor fervor los deberes de buena fe, lealtad y diligencia que les asisten, toda vez que el máximo órgano social (accionistas o socios) no tiene la posibilidad de debatir la aprobación de la fusión.

Debido a que los accionistas no participan en la toma de decisiones y, puesto que los minoritarios de la filial representan el otro 10% de las acciones (como máximo), se consideran ausentes para el ejercicio del derecho de retiro (Reyes, 2018. p. 297). Así lo ha respaldado la Superintendencia de Sociedades, mediante Oficio 220-057310 del 25 de marzo de 2009 .

Bajo estas circunstancias, es plausible que el administrador o la Junta Directiva, al aprobar el proceso de fusión, decida excluir a los minoritarios bajo dos figuras: i) la devolución de aportes; o ii) la compra de las acciones, de acuerdo a un precio razonable de mercado.

Para poder realizar este proceso de exclusión, se tendrá que atender al cumplimiento de los deberes fiduciarios, consagrados en la Ley 222 y a la regla del *entire fairness standard* (regla de ecuanimidad), figura que se explicará posteriormente.

3. Configuración de los accionistas minoritarios como stakeholders: problemas de agencia en la exclusión.

En toda relación fiduciaria existen los llamados 'problemas de agencia', estos se predican con mayor o menor fuerza, dependiendo de la forma organizacional de la compañía. En Colombia, la mayoría de sociedades cuentan con una estructura de capital concentrado, lo cual, aumenta la probabilidad de encontrar problemas entre el principal y el agente .

Esta situación se sustenta, en los múltiples roles que puede tener un accionista dentro de la sociedad. Pues es común encontrar, que el accionista mayoritario se desempeña como Representante Legal o miembro de Junta Directiva, ejerciendo su amplio derecho de voto dentro del máximo órgano social, y a la vez en los órganos de administración.

Esto permite ejemplificar los problemas de agencia: i) entre accionistas -principal- y administradores -agente-, ii) entre accionistas minoritarios -principal- y accionistas mayoritarios -agente- y, iii) entre la comunidad en general -principal- y la persona jurídica -agente- (Restrepo, 2018. p. 3).

Cabe resaltar, que dentro del proceso de fusión abreviada y la posible exclusión de minoritarios dentro de la transacción, se aprecian dos claro problemas de agencia, accionistas vs. administración y minoritarios vs. mayoritarios. Configurándose el accionista minoritario como un stakeholder o tercero afectado por la exclusión del proceso de integración empresarial (fusión abreviada).

4. Análisis de los parámetros a tener en cuenta para la exclusión de accionistas minoritarios en las operaciones de M&A

Toda operación de integración empresarial le exige al administrador el cumplimiento de unos deberes. En el caso de las operaciones de M&A - también conocidas como procesos de fusiones y adquisiciones-, la exigencia del cumplimiento del deber de diligencia - *due diligence*- se predica en mayor medida, toda vez que, lo que se espera del administrador es la materialización de los deberes de cuidado e información (Ribas, 2012).

En esta medida, el ordenamiento jurídico anglosajón ha predicado una subregla dentro del *Business Judgment Rule*, entendida como Regla de Ecuanimidad o Entire Fairness Standard, la cual, grosso modo, establece unos parámetros que permiten propender por una justa retribución en las transacciones de tipo societario, en especial, aquellas operaciones de fusiones y adquisiciones.

Los criterios que permiten proteger a los accionistas minoritarios dentro de un proceso de fusión abreviada, en donde estos resulten excluidos, son:

a. El acuerdo justo -*fair dealing*-:

Se centra en "el proceso mediante el cual se adoptó la decisión, la estructuración de la transacción, la información proporcionada y la negociación" (Guerrero, 2010). Es decir, busca analizar si el proceso de fusión, e incluso, de exclusión de ciertos accionistas, puede catalogarse como justo o ecuánime.

Para ello, se analiza si la decisión adoptada cumple con los requisitos mínimos de legalidad y legitimidad. Entendiendo la primera como el procedimiento acorde a derecho, en donde el accionista mayoritario ostente más del 90% de las acciones. Y la segunda, que analiza la competencia del órgano social o la persona encargada de tomar la decisión, quien deberá fungir como administrador (Lustgarten, 2014).

Del mismo modo, este parámetro le exige al administrador el cumplimiento del deber de divulgación, a partir del cual, se deberá poner a disposición de los accionistas toda la información pertinente (Suescún de Roa, 2015) respecto de los pros y contras que el proceso de fusión abreviada representaría para la sociedad.

b. Precio justo - *fair price*-:

Se refiere a aquellos términos sustanciales de las transacciones de tipo societario según los cuales, los aspectos financieros que impulsaron el proceso de fusión abreviada, y la exclusión del minoritario, se encuentran dentro de un rango que sería aceptable, incluso, para un tercero no relacionado (Mitchell,1993).

Lo anterior ha sido reconocido por la Superintendencia de Sociedades, en el Auto No. 800-6317 del 25 de abril de 2016, donde se establece que, "para corroborar esta cir-

cunstancia, el mayoritario podrá intentar probar, por ejemplo, que las condiciones económicas fijadas para la operación se calcularon a partir de deliberaciones concienzudas de los órganos de administración y con base en valoraciones efectuadas por expertos independientes".

Esto significa que el administrador tiene el deber de probar que el valor pagado por las acciones del minoritario excluido dentro del proceso de fusión abreviada, fue un precio justo y ecuánime, acorde a las reglas y condiciones de mercado; así como un precio que fue pactado según un estudio previo y razonable, hecho por expertos que no tengan ningún tipo de interés dentro de la transacción.

Finalmente, esta Regla de Ecuanimidad le exige al administrador que pretenda excluir a un minoritario a través de un proceso de fusión abreviada, que dicha decisión sea tomada bajo unas motivaciones apropiadas, no egoístas y razonables en relación con su objetivo legítimo (Brauerman, 2014), el cual se entendería como el mayor beneficio y desarrollo económico de la sociedad.

De esta forma, se entiende que una operación de M&A será justa y ecuánime, siempre que esta haya sido aprobada de buena fe y de forma desinteresada por el administrador, tras haberse informado de forma previa y objetiva, y cuyos términos dentro de la negociación y el precio pactado hayan sido acordes a las condiciones del mercado, buscando, al final, propender por el interés de la sociedad (Mitchell,1993), pero respetando los intereses de los accionistas excluidos.

CONCLUSIONES

Los deberes fiduciarios consagrados en la Ley 222 de 1995 (buena fe, lealtad y diligencia), sirven como parámetros de conducta para juzgar el actuar del administrador societario. Estos deberes, representan una aplicación dual, pues, se predican respecto de la administración de la compañía y los accionistas.

Los fiduciary duties deben ejercerse por parte del administrador en toda operación societaria. Claro está, su aplicación es más rigurosa en las transacciones de M&A; esto debido, a la alta carga de responsabilidad que tiene el gestor de cuidar los intereses de la sociedad y los accionistas, incluidos los minoritarios.

Estos deberes adquieren un valor agregado a la hora de aplicarlos en el proceso de fusión abreviada; pues, la naturaleza del proceso omite el escrutinio del máximo órgano social, delegando la decisión en los órganos de administración. Por esta razón, el administrador deberá actuar como lo exige la norma; es decir "con la diligencia de un buen hombre de negocios".

La fusión abreviada, aparte de ser un mecanismo novedoso y útil en procesos de M&A, sirve como una herramienta de exclusión de accionistas minoritarios. Sin embargo, el administra-

dor que toma la decisión de excluir al minoritario, tendrá que hacerlo de acuerdo a la regla del Entire Fairness Standard, en donde se cumplan los presupuestos del *fair dealing* (acuerdo justo) y *fair price* (precio justo).

Si el administrador societario cumple, de acuerdo a derecho, con los presupuestos de la regla de ecuanimidad, se entenderá que la exclusión se realizó cumpliendo a cabalidad con los deberes fiduciarios. Por otro lado, si la exclusión se realiza al arbitrio del administrador, este estaría faltando a los deberes que le impone la ley, facultando al minoritario a instaurar una acción por la violacion del deber de lealtad.

Finalmente, y debido a que en el proceso de fusión y exclusión, se predica un problema de agencia en donde la administración y el bloque de accionistas mayoritarios, se enfrentan a los minoritarios expropiados de la sociedad. Por tal razón, la figura de la fusión abreviada puede generar conflicto al fungir como un mecanismo de exclusión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Armour, J., Hansmann, H., & Kraakman, R. (07 de 2009). *Agency problems, legal strategies and enforcement*. Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business , 1-17.

Brauerman, S. B. (2014). *When Business Judgment Isn't Enough: The Impact of the Standard of Review on Deal Litigation.* Bus. L. Today, 1.

Escobar López, M. C., & Molina Correa, S. (2017). *Régimen de responsabilidad civil de los administradores de sociedades previsto en la Ley 222 de 1995, comparación con el régimen de otros países y su aseguramiento* (Bachelor's thesis, Universidad EAFIT).

Estados Unidos de América, *Court of Chancery of the State of Delaware,* Compare Kahn v. M&F Worldwide Corp. 2014

Estados Unidos de América. *Código de Sociedades del Estado de Delaware*, sección 253.

Forrester, C. M., & Ferber, C. S. (2012). *Fiduciary Duties and Other Responsibilities of Corporate directors and officer*s. RR Donnelley.

Freeman, R. E. (1984). *Strategic management: A stakeholder approach*. Cambridge University Press.

Gaitan Rozo, Andres. (2011) *Grupos Empresariales y Control de Sociedades en Colombia*. Superintendencia de Sociedades.

Guerrero, C. (2010). *La Business Judgment Rule en los procesos de M&A*. Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, (32), 1.

Laguado-Giraldo, D. (2004). *La responsabilidad de los administradores.* Vniversitas, (108), 225-279.

Lustgarten, S. V. (2014). *Fusión y escisión de sociedades*. Editorial Temis SA.

Mitchell, L. E. (1993). *Fairness and trust in corporate law.* Duke LJ, 43, 425.

Morgestein, W. (2012). *La noción de shareholder value y la teoría de los stakeholders: visión contemporánea del concepto de "interés social" desde una perspectiva de creación de valor.* Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas, 12(23), 67-78.

República de Colombia, Superintendencia de Sociedades, *Auto No. 800-6317* del 25 de abril de 2016

República de Colombia, Superintendencia De Sociedades, *Circular Externa 100-006* Del 2008.

República de Colombia, Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles, *Sentencia del 26 de Marzo de 2019*, Sebastián Agustín Martínez Arango vs María Carolina Martínez Florez.

República de Colombia, Superintendencia de Sociedades, *Oficio 220-057310* del 25 de marzo de 2009

República de Colombia, Superintendencia de Sociedades, *Oficio 220-008638* del 22 de febrero de 2010.

República de Colombia, Superintendencia de Sociedades, *Oficio 220-007713* del 3 de febrero de 2012.

Restrepo Ardila, Daniel. (2018) *Aplicación de la teoría de los problemas de agencia societarios desarrollada en los estados unidos de américa a la sociedad por acciones simplificada en Colombia.*

Reyes Villamizar, Francisco. (2013) *Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea*. Editorial Legis.

Reyes Villamizar, Francisco. (2018) S.A.S. La Sociedad por Acciones Simplificada. Editorial Legis.

Reyes Villamizar, Francisco. (2019) *Derecho Societario, Tomo I.* Editorial Temis.

Reyes Villamizar, Francisco. (2019) D*erecho Societario, Tomo II.* Editorial Temis.

Ribas Ferrer, V. (2012). *Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital.*

Sabogal, L. F. (2012). *Margen Discrecional de los Administradores en Colombia: Es Aplicable la Regla del Buen Juicio Empresarial* [Business Judgment Rule (BJR)] en el Ambito de Su Deber de Diligencia, El. Rev. E-Mercatoria, 11, 102.

Sierra Gutiérrez, P. (2020). *La responsabilidad de los administradores en Colombia: un análisis sobre la conveniencia de la regulación actual en materia de responsabilidad de los administradores en el derecho societario colombiano* (Doctoral dissertation, Universidad EAFIT).

Suescún de Roa, F. *Deberes de los Administradores en fusiones y adquisiciones: la versión colombiana de la "píldora venenosa"*, Revista de Derecho Privado No. 53 enero-junio de 2015. Pág 7. Establece que "Dicho deber en el contexto de fusiones envuelve lo que comúnmente se conoce como due diligence".

Superintendencia de Sociedades (2017). *Proyecto de reforma al régimen societario.* Recuperado de: https://www.supersociedades.gov.co/Historial%20de%20Noticias/2015/Septiembre/Libro%20proyecto%20de%20reforma.pdf

Superintendencia de Sociedades (s.f). *Guía práctica para los administradores.* Recuperdo de: https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Documentos_publicaciones/GUIA%20ADMINISTRADORES%207.pdf

Trevijano, C. G. (2014). *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital: la incorporación de los deberes de la bussines judgement rule al ordenamiento español.* Civitas.

CLÁUSULAS HARDSHIP, LA POSICIÓN DE DOMINIO Y SU INFLUENCIA EN LA LIBRE COMPETENCIA[11]

Juan Felipe Quintero Beltrán[12]

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad estudiar algunas particularidades sobre la cláusula de hardship determinando si está podría afectar la libre competencia; En Colombia existen fallas en protección de la libre competencia específicamente en materia de posición de dominio, La SIC[13] determina que no existen normas específicas que regulen o limiten la actividad mercantil en dicha posición.

En la actualidad contractual la cláusula de hardship ha tomado gran importancia y en vista que Colombia tiene carencias en su legislación sobre la posición de dominio, es pertinente plantear la siguiente pregunta: ¿La cláusula de hardship en Colombia constituye una oportunidad para que las empresas que en una relación contractual desempeñan el extremo dominante, hagan abuso de su posición en el mercado? Para dar solución a esta pregunta se va a emplear un método inductivo y analítico de distintos entes jurídicos internacionales y la legislación colombiana; todo esto con un alcance exploratorio sobre el tema.

Se definirá y explicará qué es un contrato internacional, cómo se regula y qué características lo hacen internacional, luego se expondrá la cláusula de hardship, cómo está legislada a nivel internacional, dónde tiene soporte en la legislación Colombiana con la que se espera realizar una comparación que permita exponer cómo está legislada la libre competencia en Colombia y lo concerniente a la posición de dominio. Se concluirá ofreciendo un análisis sobre el hardship y su influencia en la competencia, que sirva para determinar si este se configura como una oportunidad para el abuso de la posición dominante.

PALABRAS CLAVE: Hardship, posición dominante, contratos internacionales, competencia.

---

11 Producto de la investigación desarrollada en el Semillero "Aspectos Contemporáneos del Derecho Contractual – ACDC" adscrito al Grupo de Derecho Privado, línea de investigación "Derecho económico y de los negocios" bajo el liderazgo de la Dra. Andrea Carolina Pérez Forero – Facultad de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada.

12 Estudiante activo en III semestre del programa de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, miembro activo del semillero de investigación de "Aspectos Contemporáneos del derecho Contractual –ACDC". Correo: est. juan.quintero2@unimilitar.edu.co

13 SIC en la Resolución 534503 del 2013

HARDSHIP, DOMINANCE AND ITS INFLUENCE ON FREE COMPETITION

ABSTRACT

The purpose of this paper is to study some particularities about the hardship clause determining whether it could affect free competition; In Colombia there are failures in the protection of free competition specifically in the area of dominance, The SIC determines that there are no specific rules regulating or limiting the business activity in that position.

At present, the hardship clause has taken on great importance and in view of the fact that Colombia has shortcomings in its legislation on dominance, it is appropriate to ask the following question: Is the hardship clause in Colombia an opportunity for companies in a contractual relationship to abuse their market position? To solve this question, an inductive and analytic method of different international legal entities and Colombian legislation will be used; all this with an exploratory scope on the subject.

It will define and explain what an international contract is, how it is regulated and what characteristics make it international, then it will explain the hardship clause, how it is legislated at international level, where it has support in the Colombian legislation with which it is expected to make a comparison that allows to expose how the free is legislated

KEYWORDS: Hardship, dominant position, international contracts and competition.

INTRODUCCIÓN

En el presente escrito se busca exponer si la cláusula de hardship puede llegar a ser perjudicial para la libre competencia en el mercado internacional. Esta investigación goza del análisis de lo estipulado en distintos entes jurídicos internacionales, como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (unidroit), las convenciones de Viena sobre los derechos de los tratados y la legislación colombiana. La influencia en la libre competencia se abordará desde el contexto Colombiano, debido a que en materia de protección de libre competencia, como se verá, presenta fallas en su legislación sobre el control de la posición dominante que es casi nulo.

Esta cláusula se encuentra solo en contratos que regulan relaciones jurídicas de contenido económico, de carácter internacional; y tiene como objetivo evitar la terminación del contrato cuando se vea afectado por imprevistos que hacen más onerosa la ejecución de las obligaciones evitando crear perjuicios que surjan por un incumplimiento indirecto de lo pactado, además busca adaptar el contrato a las nuevas circunstancias que originaron la desproporción en la prestación a cargo de las partes, sometiendo el contrato a revisión. No obstante es pertinente aclarar que esta cláusula se emplea cuando el cambio de circunstancias es grave, fundamental e inesperado, debido a esto se puede inferir que en la actualidad esta cláusula

ha adquirido popularidad ya que con ocasión del virus COVID-19 se ha dado paso a todo tipo de circunstancias graves que ha afectado la economía y la competencia de forma inesperada. La pandemia ha concluido algunos negocios jurídicos y muchos otros se han renegociado gracias a cláusulas como la de hardship, por lo tanto es pertinente contemplar su influencia en el contexto mercantil y como ha afectado la competencia.

Respecto a la influencia de esta cláusula en la libre competencia, específicamente en lo relacionado con la posición de dominio, partiendo que existe poca legislación que de manera puntual regule este tema[14], se examinará desde la legislación Colombiana considerando la Constitución Política en el artículo 333, los pronunciamientos de la SIC (Superintendencia De Industria y Comercio) y las posturas de algunos doctrinantes que la han tratado.

Lo anterior, permite formular la siguiente inquietud: ¿la cláusula de hardship en Colombia configura una oportunidad para que las empresas que en una relación contractual ejercen la posición de dominio, abusen de ella en el mercado?. Para resolverla, se agotará en esta investigación un método inductivo con alcance exploratorio de todas las fuentes primarias y secundarias sobre el tema.

Inicialmente es pertinente explicar qué es un contrato internacional, y para efectos de este trabajo se entenderá desde la perspectiva de Sierralta y Baptista[15], quienes lo plantean como todo negocio jurídico entre 2 personas naturales o jurídicas, bien sean contratos de derecho público o privado, estas dos personas deben ser de distintos países y se realice un intercambio de bienes o servicios, resaltan algunos criterios para identificar un contrato internacional los cuales son: la nacionalidad de las partes, la localización del establecimiento de las partes, el objeto del contrato, el destino u origen de la mercancía, la divisa empleada en el contrato.

Por esto de forma oportuna los autores consideran que el criterio más importante para identificar un contrato internacional es el objeto del mismo, es decir si hay un traslado, cambio o un tránsito de valores y mercaderías o servicios a través de las fronteras el contrato será tomado por internacional.

Los principios UNIDROIT[16] afirman que un contrato es internacional si cuenta con internacionalidad y mercantilidad. La internacionalidad se refiere a que ambas partes residan en países diferentes y vincule 2 o más países. La mercantilidad hace referencia a todo negocio o movimiento mercantil, bien sea para el abastecimiento o intercambio de mercaderías o servicios

14 Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992

15 SIERRALTA RÍOS. Anibal, y BAPTISTA, Luis Olavo; Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional; Tercera edición, Editorial Temis, pag. 42.

16 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, Dirección General de Asuntos Internacionales. "Unidroit. Principios sobre los contratos comerciales internacionales." Publicado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, en desarrollo del Plan de Armonización del Derecho Internacional Privado -PADIP- Santa fe de Bogotá, Agosto de 1997.

y a las operaciones económicas como las de inversión, otorgamiento de concesiones, entre otros.

Entendiendo esto se puede afirmar que en materia contractual internacional la integración económica tiene un papel fundamental, ya que esta se ha vuelto indispensable en la dinamización de los contratos.

Luego entonces es pertinente entender la cláusula de hardship como una medida para renegociar algunos apartes de los contratos, todo esto después del perfeccionamiento del mismo, cuando alguna de las partes va a ser damnificada por cumplir con sus obligaciones, por un cambio de circunstancias grave y trascendental, como se ha dicho anteriormente, busca salvar el contrato frente a adversidades inesperadas, cuenta con dos principios rectores: la buena fe y la equidad, para desarrollar mejor el contenido, objeto y aplicabilidad de esta cláusula es necesario remitirse a la legislación internacional, ya que en este se explica de forma más pertinente y adecuada.

En primer lugar explicaremos la cláusula en cuestión desde los principios UNIDROIT, se entiende el hardship como excesiva onerosidad y en el artículo 6.2.1 donde expresa el momento contractual donde aplica la cláusula, y en qué circunstancias se aplica. Y esta cláusula es pertinente en contratos internacionales conmutativos y onerosos de tracto sucesivo, y las circunstancias ya explicadas, cuando se vuelve perjudicial para una de las partes cumplir sus obligaciones, es decir este artículo enmarca la excesiva onerosidad en el derecho contractual internacional. En el artículo 6.2.2[17], este artículo define el hardship, ya que la excesiva onerosidad por sí sola no tiene el sustento suficiente para ser una cláusula de revisión, por lo tanto este artículo nos da cuatro dictámenes que deben aplicar para que los efectos de la excesiva onerosidad puedan revisarse en el contrato, estos son:

- Los eventos se verifican, o son conocidos por la parte en desventaja, posteriormente a la celebración del contrato
- Los eventos no podían ser razonablemente tomados en consideración por la parte en desventaja al momento de la celebración del contrato.
- Los eventos escapan al control de la parte en desventaja.
- El riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Sobre estos cuatro criterios se puede inferir que los primero dos hablan y describen las circunstancias para el hardship, es decir habla sobre los eventos y cómo estos deben generar una desventaja posterior a la celebración del contrato, esta desventaja hará imposible cumplir con las obligaciones, luego habla sobre el carácter inesperado que deben tener los eventos que no se puedan calcular o esperar al momento de escribir y celebrar el contrato, luego entonces

17 Principios Unidroit. Art 6.2.1. 2020.

18 Principios Unidroit. Art 6.2.2. 2020

podemos afirmar que la COVID-19 si cuenta con estas características, en primer lugar la pandemia afectó la economía global de forma inesperada, ya que el alcance del virus en principio era incierto.

Y los últimos dos criterios pese que también tratan el tema de las circunstancias, hacen más hincapié en la parte en desventaja, ya que nos habla sobre un riesgo, de estos podemos concluir que la existencia de una cláusula de excesiva onerosidad (hardship) presume que una de las partes va a estar en desventaja sobre la otra.

Respecto a los principios UNIDROIT en su artículo 6.2.3[19] donde nos explica los efectos del hardship, en cuatro acápites donde nos expone los efectos de esta cláusula, el numeral primero faculta a la parte en desventaja para solicitar la renegociación del contrato, en segundo lugar especifica que la parte en desventaja no puede autorizarse a sí misma para suspender las obligacione, esto lo podrá hacer después de negociar y revisar el contrato, la sola solicitud no la faculta para incumplir. El tercer numeral habla sobre una medida que se debe tomar cuando no se llega a un acuerdo y añade la posibilidad de acudir a un tribunal si la negociación entre las partes no es fructífera. El último numeral es consecutivo del tercero, ya que explica qué debe hacer el tribunal, él debe primero verificar si se presenta una situación de excesiva onerosidad y con base en su dictamen podrá: rescindir el contrato en fecha y condiciones o adaptar el contrato para restablecer el principio de equilibrio contractual.

Retomando el análisis de la legislación internacional, conviene ahora analizar las convenciones de Viena sobre los derechos de los tratados específicamente en el artículo 79[20], antes de desglosar el contenido de este artículo es necesario aclarar que este se refiere a las cláusulas de revisión en tratados internacionales, es decir hace una alusión al hardship más no es el tema central de este artículo y mucho menos resuelve en su totalidad este tema. Este artículo plantea indagar acerca de la excesiva onerosidad en los contratos, que al no estar contemplada (pues deviene de una situación imprevista) afecta a una de las partes para cumplir con sus obligaciones, situación a la que se proponen como soluciones y para evitar futuros escenarios similares: incluir la cláusula hardship o una cláusula que les imponga el deber a las partes de renegociar el contrato en casos de desequilibrios por razones no imputables a las partes. Por otro lado, se propone acudir a las autoridades judiciales para que con base en la teoría de la causa modifique las condiciones contractuales. Finalmente, se propugna por complementar o interpretar el artículo 79 de la Convención, de modo que sea un deber de las partes revisar el contrato en caso de excesiva onerosidad sobrevenida. Reiterando este no es hardship ya que exonera a la parte afectada, el hardship su objetivo es establecer el equilibrio contractual, cambia la manera mas no el objetivo de la obligación.

19 Principios Unidroit. Art 6.2.3. 2020

20 Convención de Viena. Sección IV. Exoneración. Artículo 79. 1969.

Después de entender y explicar la cláusula de hardship en la legislación internacional, es pertinente hacer una aproximación de la legislación Colombiana respecto al tema en primer lugar es necesario aclarar que los principios UNIDROIT y las convenciones de Viena sirven para complementar o ayudar a interpretar la Normatividad de cada Estado perteneciente a estos convenios internacionales, en vista que, al pertenecer a dichos Institutos, se entiende que su bloque de Constitucionalidad lo permite, como en el caso del Estado Colombiano, que mediante el artículo 93[21] de la Carta Política permite mediante ratificación previa del Organismo legislador (Congreso de la República) implementar los tratados y convenios internacionales.

En Derecho comercial Colombiano se reconoce el hardship en el artículo 868[22] del código de comercio, y en armonía con los principios Unidroit se plantean de igual forma, esto hace parte de la armonización de la nueva *lex mercatoria* (afanador, 2006)[23], es decir cuentan con el mismo principio de revisar contratos que se ven afectados por circunstancias extraordinarias, y deben ser evaluadas por un juez, el cual debe analizar si en la revisión del contrato se encuentran dos principios rectores de esta cláusula , la equidad y la buena fe, este último según lo dispuesto en el artículo 7 de la convención de viena[24], también, el análisis de las circunstancias y contemplar la terminación del mismo, esto último no es el propósito del hardship ya que el fin de este es restablecer el equilibrio contractual, sin embargo la legislación colombiana como los principios UNIDROIT tienen en cuenta la terminación del contrato.

Después de analizar y estudiar la cláusula de hardship se puede concluir que esta tiene gran influencia en el mercado, ya que esta cláusula contempla que una de las partes a estar afectada en el mercado, va a verse en déficit de producción, por eso no va a poder cumplir las obligaciones, también entendemos que en la mayoría de los casos existirá una parte que esté mejor posicionada que la otra. Entendiendo esto y para dar continuidad al desarrollo de la pregunta previamente planteada, a continuación se hablará de la protección de la libre competencia específicamente en materia de posición de dominio.

En la constitución política de Colombia en su artículo 333 dice *"El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional"* esto con el fin de proteger la libre competencia, y el libre desarrollo de la economía, también encontramos la posición de las SIC (superintendencia de industria y comercio) en la resolución 53403 del 2013 donde hace un aporte sobre el tema, esta nos especifica que no todas las acciones de las empresas con posición dominante se considera abuso, afirma que la normativa en protección a la competencia si reconoce esta posición, llega a prescribir que esta puede

21 Constitución Política de Colombia. Art 93. 7 de julio 1991.

22 Código del comercio. Art 868. 1971.

23 Afanador C. (2006). Impacto en Colombia de la nueva lex mercatoria. Revista Civilizar, (11), 1-21

24 Convención de Viena. artículo 7. 1969

llegar a ser abusiva, confiando que las empresas en esta posición van a obrar con lealtad y razonabilidad, siendo esto una clara referencia a la buena fe.

Es decir, para el abuso de la posición dominantes es necesario tener dicha ventaja, nadie puede hacer abuso de una situación en la que no se encuentra, Luego entonces se entiende la posición dominante o de favorabilidad como un Derecho, se sanciona el abuso del derecho como lo expresa el código del comercio en el artículo 830[25] En estos términos el abuso de la posición de dominio requiere un sujeto calificado específico, como lo es aquel agente económico que cuente con posición de dominio de mercado, pues aquel que no tenga esta posición no estará sujeto a las restricciones que puede tener dicha posición.

Este fenómeno hace parte del flujo del mercado, en un estado liberal como Colombia es imposible que no surjan empresas que adquieran esta posición en el mercado, nuevamente al igual que el hardship los principios rectores son la buena fe y la equidad económica, sin embargo en el hardship nos encontramos con el principio de buena fe contractual y en la posición de dominio encontramos la buena fe como límite a sus acciones, es decir para evitar el abuso mercantil.

Es decir en cuanto a legislación de la libre competencia, no existe una norma que restrinja el abuso de la posición de dominio, lo único que se puede encontrar está en la ley 155 de 1959 en la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, en el artículo octavo de esta ley logra dar luz sobre este tópico ya que este dice: *" Las empresas comerciales no podrán emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución, ni ejecutar actos de competencia desleal en perjuicio de otros comerciantes."* Esta norma no va dirigida exclusivamente a las empresas con posición favorable en el mercado, esto nos muestra que hay carencias frente a dicho tópico.

Después de dar una noción general del tema hay que entender el campo en el que aplica dicho fenómeno, y el abuso de la posición de dominio se puede ver en dos escenarios, el primero se refleja cuando una empresa en una posición relevante en el mercado para restringir, eliminar o falsear la libre competencia. El segundo escenario es el abuso que hace una empresa determinada dentro de una relación contractual específica; para el buen desarrollo de este capítulo se tendrá en cuenta el segundo escenario, siendo este el posible abuso que puede facilitar el hardship en Colombia.

En la cláusula de hardship como regla general una de las partes debe estar afectada para cumplir con sus obligaciones, ya que esta se ve limitada por la excesiva onerosidad, esto nos muestra que esta parte afectada no podrá ser un competidor efectivo y la parte que no se ha visto afectada tendrá una posición y en términos de revisión tendrá la facultad para determinar los nuevos términos del contrato, claro está que la parte afectada también estará en

25 Código del comercio. Art 830. 1971

la renegociación, sin embargo este escenario lo contempla el decreto 2153 de 1992 específicamente en su artículo 45[26], en este se encuentra la definición de posición de dominio y como esta puede llegar a controlar el mercado. En Colombia existen pocas disposiciones jurídicas que legislen y sancionan el abuso de la posición dominante, el decreto anteriormente mencionado[27] en su artículo 50 da un listado no taxativo de las conductas que constituyen abuso de la posición dominante, esto lo hace mediante 5 acápites:

- La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.
- La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.
- Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
- La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
- Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

Es necesario hacer hincapié en el acápite tercero, este explica como la creación de obligaciones adicionales, que no tengan partida o pertinencia en el negocio jurídico, solo busca sacar provecho de la parte no beneficiada y la creación de nuevas cláusulas. La creación de nuevas cláusulas cuando se emplea la cláusula de excesiva onerosidad no está prohibido en el código de comercio en su artículo 868, ni en los principios unidroit en el artículo 6.2.3, luego entonces es necesario traer a colación la pregunta anteriormente planteada ¿la cláusula de hardship en Colombia es una oportunidad para que las empresas dominantes hagan abuso de su posición en el mercado?

Siendo así, ya se ha explicado qué es la cláusula de hardship o excesiva onerosidad y que está solo se presenta en los contratos internacionales de tracto sucesivo, la utilización de esta cláusula está se da cuando circunstancias inesperadas e impredecibles afecten a una de las partes de tal forma que no puede cumplir con sus obligaciones, en la legislación internacional y Colombiana se plantea una primera renegociación, si en esta no hay acuerdo se llevará a un tribunal para que este último bajo los principios de la buena fe y la equidad pueda restablecer el principio contractual.

26 Artículo 45 Decreto 2153 de 1992

27 Decreto 2153 de 1992

Con todo esto se puede afirmar que en la cláusula una de las partes estará en una posición favorable respectos la otra. Esta favorabilidad le permitirá a esta parte ajustar nuevamente el contrato a su beneficio y como se explicó anteriormente esto puede ser abuso de la posición de dominio, también se explicó que en materia de abuso de la posición dominante la legislación Colombiana carece de normatividad al respecto, sin embargo el Estado en su constitución garantiza la protección a la libre competencia. Sin embargo es pertinente decir que el hardship y la poca legislación sobre la libre competencia en materia de posición dominante da lugar a vacíos conceptuales que se pretenden llenar bajo los principios de equidad y buena fe, los cuales se pueden olvidar al momento de renegociar un contrato.

CONCLUSIONES

Para finalizar, se entiende que la figura de Hardship es propia de los contratos internacionales de tracto sucesivo, los cuales tienen como objeto generar un vínculo jurídico para el traslado, cambio o tránsito de valores y mercaderías o servicios a través de las fronteras.

Conforme a los principios UNIDROIT se entiende que la cláusula hardship protege a la parte que no puede cumplir con su obligación debido a la excesiva onerosidad con la que se torna el cumplimiento de su prestación, siempre que dicha variación haya sido fruto de eventos que no se pudieron prever al momento de celebrar el contrato. La función de la cláusula es facilitar una renegociación de los términos, que debe hacerse entre las partes, quienes en caso de no llegar a un acuerdo acudirán a un tribunal. De ahí que se concluya que la cláusula hardship por naturaleza busca restablecer el equilibrio contractual, solo que al momento de renegociar el contrato posibilita a que una de las partes pueda encontrarse en desventaja en relación con la que ocupa la posición de dominio, que encontrará un nuevo escenario para condicionar según sea su conveniencia.

También se evidenció la escasez de legislación colombiana en materia de abuso de la posición dominante, escasez reconocida por la SIC, lo que sugiere un avance normativo en la materia, acorde a las necesidades del mercado y al dinamismo con el que constantemente se presentan y actualizan las relaciones contractuales.

Finalmente en respuesta a la pregunta planteada, se evidencia la falta de regulación del abuso de la posición de dominio y de la figura del hardship como alternativa para crear nuevas cláusulas en busca del equilibrio contractual, lo que ha dado lugar en términos prácticos en algunos casos, a todo lo opuesto, generando un desequilibrio en el mercado que tiene efectos nocivos en desarrollo de la libre competencia y en el control ya referido de la posición dominante especialmente en contratos cuyo cumplimiento de las prestaciones es de tracto sucesivo.

REFERENCIAS

Afanador C. (2006). *Impacto en Colombia de la nueva lex mercatoria.* Revista Civilizar.

Constitución Política de Colombia. Art 333. 7 de julio 1991.

Constitución Política de Colombia. Art 93. 7 de julio 1991.

Convención de Viena. Sección IV. Exoneración. Artículo 79. 1969.

Convención de Viena. Sección IV. Exoneración. Artículo 77. 1969.

Convención de Viena. artículo 7. 1969.

Castro, A. M., & Zapata, A. C. (2005). *El hardship en los contratos Internacionales.* Revista Mercatoria, 4(2), 1–26.

Código del comercio. Art 868. 1971.

Código del comercio. Art 830. 1971

Decreto 2153 de 1992

El abuso de la posición de dominio en Colombia. (2017). ciencias juridicas javeriana, 1–24.

Insignares-Cera, S. y Cortés, J.M. (2019). *Armonización del derecho comercial nacional e internacional a partir de la incorporación de los principios de UNIDROIT en el ordenamiento colombiano.* Revista Jurídicas, 16 (1), 11-27. DOI: 10.17151/jurid.2019.16.1.2.

Ministerio de Justicia y del Derecho, Dirección General de Asuntos Internacionales. *"Unidroit. Principios sobre los contratos comerciales internacionales."* Publicado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, en desarrollo del Plan de Armonización del Derecho Internacional Privado -PADIP- Santa fe de Bogotá, Agosto de 1997.

Moreno Rodríguez, José. *Los Principios contractuales de Unidroit: ¿un mero ejercicio académico de juristas notables?* En: Revista de Derecho Mercantil. [En línea]. Revista N.o 9 (oct. Dic. 2005).

OSPINA Fernández, Guillermo. *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos.* Editorial Temis. 1980

Oviedo, J. (2015). *Los principios UNIDROIT como reglas aplicables al contrato internacional.* A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana de 21 de febrero de 2012

Oviedo Albán, Jorge. *Estudios de Derecho Mercantil Internacional: Principios de Unidroit, lex mercatoria, compraventa internacional, contratación electrónica, insolvencia transfronteriza.* Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2009.

Oviedo Albán, Jorge. *El incumplimiento del contrato internacional.* En: Revista de Derecho Mercantil. [En línea]. Revista N.o 14 (enemar.2007).

Principios Unidroit. Art 6.2.1. 2020

Principios Unidroit. Art 6.2.2. 2020

Principios Unidroit. Art 6.2.3. 2020

Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 53403 2013.

Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 40912 de 2012

SIERRALTA RIOS. Anibal, y BAPTISTA, Luis Olavo; *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional;* Tercera edición, Editorial Temis.

Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo* (2.a ed., Vol. 2). Universidad Externado de Colombia. htVelandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo* (2.a ed., Vol. 2). Universidad Externado de Colombia. https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/2589/1/LB-spa-2011-Derecho_de_la_competencia_y_del_consumo_competencia_desleal

IMPORTANCIA DEL CORPORATE COMPLIANCE EN AMÉRICA LATINA
IMPORTANCE OF CORPORATE COMPLIANCE IN LATIN AMERICA

María José Barrientos Schoenfeld[28]
Universidad Rafael Landívar

RESUMEN

El compliance es una institución de origen anglosajón que cada vez ha cobrado mayor relevancia y ha sido considerado en la doctrina como una nueva rama del Derecho. Su creciente importancia se ha visto reflejada también en países que cuentan con una tradición jurídica distinta al common law, tal es el caso de América Latina. Cada vez más países de la región han regulado la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Paralelamente, el interés por el gobierno corporativo, la gestión de riesgos de las empresas y, por ende, la implementación del corporate compliance en las mismas ha crecido.

La inclusión del corporate compliance es beneficiosa para Latinoamérica. Por ejemplo, al reducir la participación de las empresas en actos de corrupción y al hacer a la región más atractiva para la inversión extranjera. Sin embargo, para que el corporate compliance sea efectivo y se materialicen sus beneficios, es necesario que su implementación cumpla con ciertos presupuestos.

Por ello, en el presente capítulo se expondrá qué es el corporate compliance como un elemento del gobierno corporativo, cuál es su función, qué elementos lo componen. Además, se determinarán los beneficios de la puesta en práctica del buen gobierno corporativo y el corporate compliance en las entidades empresariales para poder precisar cuál es la importancia de esta institución en América Latina. Es decir, se determinará como el corporate compliance no solo es beneficioso para las corporaciones que lo implementan si no también para los países en que operan pues promueve un crecimiento económico responsable.

PALABRAS CLAVE: Gobierno corporativo, corporate compliance, gestión de riesgos.

ABSTRACT

Compliance is an institution of Anglo-Saxon origin that has become increasingly important and has been considered as a new branch of Law. Its growing importance has also been

28 Estudiante de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, Campus de Quetzaltenango, Guatemala. Cuenta con el promedio más alto de su promoción. Cursó el programa Criminalidad Corporativa y Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca, cuenta con estudios de la especialización Regulatory Compliance de la University of Pennsylvania.

reflected in countries that have a legal tradition other than common law, such is the case of Latin America. More and more countries in the region have regulated the criminal liability of legal persons. At the same time, interest in corporate governance, risk management in companies and, therefore, the implementation of corporate compliance in them has grown.

The inclusion of corporate compliance is beneficial for Latin America. For example, by reducing the participation of companies in acts of corruption and by making the region more attractive to foreign investment. However, for corporate compliance to be effective and its benefits to materialize, its implementation must comply with certain requirements.

Thus, this presentation will explain what corporate compliance is as an element of corporate governance, what is its function, what elements compose it. In addition, the benefits of the implementation of corporate governance and corporate compliance in business entities in order to specify the importance of this institution in Latin America. In other words, it will determine how corporate compliance is not only beneficial for the corporations that implement it, but also for the countries in which they operate as it promotes responsible economic growth.

KEY WORDS: Corporate governance, corporate compliance, risk management.

INTRODUCCIÓN

Las empresas, al desempeñar sus actividades y relacionarse con terceros, se encuentran expuestas a diversos riesgos. En caso de que esos riesgos se materialicen, estas entidades pueden verse gravemente perjudicadas al incurrir en responsabilidad civil, penal o administrativa, así como por la pérdida de confianza de inversores, proveedores o incluso de los propios consumidores.

Por ello, es necesario que las empresas identifiquen, prevengan y mitiguen esos riesgos. El compliance está compuesto por un conjunto de herramientas cuya principal función es gestionar los riesgos que se derivan del actuar de las empresas. Esta institución es implementada en entidades en las que existe un buen gobierno corporativo, que consiste en el sistema que se utiliza para la dirección y toma de decisiones dentro de las entidades.

A partir del compliance se gestionan los riesgos empresariales y, para el efecto, se debe contar con un programa de cumplimiento que cuente con diversas herramientas, tales como: mapa de riesgo, código de conducta, órgano de cumplimiento y canales de denuncia. Cada una de ellas cumple con una finalidad específica y contribuye a la función principal del compliance: la gestión de riesgos.

Una adecuada puesta en práctica del compliance es beneficiosa de múltiples formas no solo para las empresas si no también para sus stakeholders y para el sector en que desempeñan sus actividades. Verbigracia, puede contribuir a la prevención de la participación de las empresas en actos de corrupción y a fomentar la inversión; esta clase de políticas implementa-

das de la forma adecuada hace a la región Latinoamericana más atractiva para la inversión extranjera.

A continuación, se expondrá qué es el compliance, su función, los elementos que componen a un programa de cumplimiento normativo, así como las ventajas de la implementación del compliance en las instituciones empresariales y en la región en que las mismas desempeñen sus actividades.

DESARROLLO

Para comprender de una mejor forma en qué consiste el compliance y su importancia en América Latina, es necesario determinar inicialmente qué es el gobierno corporativo. Los términos buen gobierno corporativo y compliance se encuentran estrechamente relacionados. De hecho, se ha determinado que el buen gobierno corporativo no puede subsistir sin el compliance y viceversa (Torre, 2016, pág. 12).

El gobierno corporativo o *corporate goverance* fue abordado por primera vez en el Informe Cadbury de 1992 en Inglaterra, que lo define como "el sistema por el cual las empresas son dirigidas y controladas" (Governance, 1992, pág. 2).

En otros términos, el gobierno corporativo es la forma en que se relacionan los elementos que componen a una corporación y la forma en que las entidades son dirigidas y gobernadas para el cumplimiento de sus objetivos y funciones.

El gobierno corporativo ha sido definido como "...el conjunto de principios, reglas o mecanismos mínimos y no negociables, que se establecen para ordenar la actividad y funcionamiento de las sociedades y sus órganos de gobierno, en todos los negocios y operaciones que cometa" (Wilson, 2001).

De la definición citada se extrae que el gobierno corporativo es un sistema que sirve para determinar la manera de manejo de las sociedades dentro de sus propios órganos y con las demás personas con que se relaciona. Por ejemplo, accionistas o inversores. El gobierno corporativo permite que exista un correcto desempeño de las sociedades al dirigir de forma adecuada la toma de decisiones y el desempeño de todas sus operaciones. Por ello, se estima que el gobierno corporativo propicia el clima de inversiones.

La diferencia entre el buen gobierno corporativo y el compliance radica en que el gobierno corporativo consiste en las reglas que regulan la toma de decisiones en una entidad mientras el compliance hace referencia específica a la gestión de riesgos de las empresas.

La cultura de compliance se implementa en entidades en las que existe un buen gobierno corporativo. Es decir, todos los instrumentos y políticas que componen al compliance deben de ser implementados en el contexto de una corporación que cuenta con un buen gobierno corporativo.

Aunque por medio del compliance se gestionen riesgos y por medio del gobierno corporativo se decida sobre el manejo de una entidad, estas instituciones se asemejan también en el sentido que ambas propician un clima de inversiones.

Con base en lo anteriormente expuesto, es pertinente analizar al compliance. El compliance es una institución de origen anglosajón cuyos antecedentes se remontan a la creación del Foreign Corrupt Practices Act en 1997 y Ley Sarbanes-Oxley de 2002, ambas normas provenientes de los Estados Unidos de América. Otro antecedente de esta institución es la ley de Bribery Act de 2012 del Reino Unido.

A partir de las normas referidas se buscaba evitar que las empresas fueran parte de actos de corrupción. Actualmente, el combate de la corrupción continúa siendo una de las principales finalidades por las que se utiliza el compliance.

El compliance ha sido definido por la *World Compliance Association* como "un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos" (WCA, 2021).

A partir de la puesta en práctica del compliance se realizan acciones para identificar, prevenir y gestionar los riesgos de la empresa. De las actividades de las empresas o de sus relaciones pueden surgir distintas clases de riesgo. Verbigracia, riesgos legales, financieros, operativos y reputacionales. Por medio del compliance se busca gestionar esos riesgos y así hacer que la empresa evite incurrir en responsabilidades legales, que pueda funcionar a largo plazo o que su reputación no se vea afectada frente a otras entidades, proveedores, accionistas o consumidores.

Para que el compliance sea implementado de forma adecuada es necesario que en una corporación exista normativa aplicable, cultura ética, fomento de transparencia de todas las personas que componen a la entidad, así como un buen gobierno corporativo que permita la toma de decisiones adecuadas.

El compliance está compuesto por todas las medidas implementadas en una corporación para gestionar sus riesgos y así impedir que exista un incumplimiento de sus obligaciones.

Por medio del compliance se identifican los riesgos que surgen de las actividades de la empresa, se determinan las medidas que se deben poner en marcha para que no se consuman esos riesgos y se crean planes de mitigación que será aplicados en caso de que, aún tomando las medidas apropiadas, los riesgos se concreten.

Cabe hacer mención del hecho que el compliance puede ser implementado por todas las corporaciones y no solo por aquellas de grandes dimensiones. Las pequeñas y medianas empresas también deben de considerar incluir esta clase de políticas. Por ello, se ha determinado que la puesta en práctica del compliance debe ser proporcional a la empresa (WCA, 2019, pág. 14) y se deben de tomar en cuenta los siguientes parámetros.

Además, es necesario precisar que para que el compliance sea efectivo en una entidad es necesario que sea puesto en práctica por todas las personas que la componen. Desde la alta dirección hasta el personal que cumpla funciones menores, pero igualmente relevantes y que puedan ocasionarle riesgos a la empresa.

Tras conocer qué es el compliance como un elemento del gobierno corporativo es procedente determinar cuál es su función.

La función principal del compliance consiste en detectar, prevenir y gestionar los riesgos por medio de la aplicación de uno o más programas de cumplimiento normativo (Martín, 2017, pág. 9). Es decir, su función consiste en gestionar los riesgos que se desprendan del desarrollo de las actividades empresariales, esto idealmente incluye a su cadena de suministros. En aras de que el compliance cumpla con su finalidad, es pertinente que exista un balance los valores, objetivos y riesgos de la empresa (Texfor, 2015, pág. 17).

Por medio de la implementación del compliance se promueve una cultura de cumplimiento normativo beneficiosa para la empresa y para las partes interesadas. El compliance no es un conjunto de documentos carentes de sentido y aplicación práctica, es una cultura en la empresa, una forma de operar gestionando riesgos para velar que los impactos causados por la empresa sean positivos.

Para implementar el compliance en una entidad se recurre a la creación de un programa de cumplimiento normativo. El programa de cumplimiento se compone por diversos elementos que varían entre entidades.

Dentro de los elementos más útiles y comunes que componen los programas de cumplimiento normativo se encuentran: a) mapa de riesgos; b) código ético; c) órganos de cumplimiento; y d) canales de denuncia.

El mapa de riesgos es una herramienta del programa de cumplimiento que permite determinar cuáles son las actividades de riesgo de una entidad, qué riesgos se derivan de estas, el nivel de probabilidad de que se concreticen esos riesgos —improbable, poco probable, probable, altamente probable— y el impacto que causarían. Es aconsejable que al momento de considerar estos impactos no se tomen en cuenta únicamente los riesgos propios para la empresa si no también para sus stakeholders o partes interesadas. Asimismo, el mapa de riesgos incluye mecanismos de control que se pueden implementar para evitar que se materialicen los riesgos identificados.

Para elaborar el mapa de riesgos es necesario que se tome en consideración el contexto en que se desempeñan las actividades empresariales, la normativa aplicable, la existencia de un vínculo con el Estado, así como quiénes son los grupos de interés en relación con las actividades empresariales (Abadía, 2020, pág. 45).

El código ético, también denominado código de conducta, es una herramienta del compliance de carácter publico que establece el estándar de comportamiento esperado de las personas

que componen a la empresa. A partir de este documento se orienta a las personas dentro de las empresas para que actúen con base en valores que impliquen un mayor nivel de cumplimiento normativo.

Asimismo, para determinar si un programa de cumplimiento corporativo está alcanzando sus funciones y conocer si es o no efectivo, las entidades deben contar con un órgano de supervisión o un oficial de cumplimiento —o compliance officer—.

El órgano de cumplimiento o el *compliance officer* es el encargado de supervisar la ejecución del programa de cumplimiento. El *compliance officer* es el responsable de prevenir los riesgos dentro de la empresa y de velar porque la totalidad de la política de compliance sea puesta en marcha por todos los niveles que componen a la empresa (Bacigalupo, 2020, pág. 6).

El órgano de compliance o el oficial de cumplimiento identifica y gestiona los riesgos de una entidad y vela porque a misma tenga mecanismos de gestión de riesgos que sean verdaderamente puestos en práctica.

La efectividad del compliance en una entidad depende excapítulolmente del trabajo que realice el órgano de cumplimiento o el oficial de cumplimiento.

El último elemento del programa de cumplimiento normativo por analizar consiste en los canales de denuncia. El canal de denuncia es un mecanismo de comunicación a partir del cual la empresa tiene conocimiento de infracciones dentro de la empresa. Quien informe sobre la posible infracción es el *whistleblower*.

El *whistlerblower* ha sido definido como "aquella persona que revela deliberadamente información sobre actividades no convencionales que supongan un riesgo para la organización por ser ilegales, peligrosas, inmorales, discriminatorias o que incluyen una infracción de alguna otra manera, generalmente realizadas por miembros presentes o antiguos de la organización" (Sanchez, 2020, pág. 44).

Los canales de denuncia son un elemento muy importante del programa de cumplimiento normativo pues permiten conocer si el nivel de efectividad de este y sancionar de forma proporcional las transgresiones determinadas a partir del mismo. Además, son beneficiosos porque promueven una cultura de denuncia.

Tras determinar que el compliance es un conjunto de políticas a partir de las cuales se gestionan los riesgos dentro de una empresa, que se encuentra relacionado con el gobierno corporativo, que su principal función es la gestión de los riesgos, y en qué consisten las diversas herramientas que lo componen; es conveniente analizar las ventajas que surgen de la implementación del compliance y de contar con un buen gobierno corporativo.

La inclusión del corporate compliance de las corporaciones es beneficiosa de diversas formas. Por ejemplo, al existir una adecuada gestión de riesgos las entidades son más sustentables a largo plazo. Además, la implementación del compliance genera beneficios económicos para las empresas pues hace que más inversionistas estén dispuestos a invertir en ellas (Sa-

borío, 2018). Como ya se expuso, propicia a la inversión. Asimismo, hace que sea más sencillo y posible para las entidades acceder a créditos por la seguridad que inspiran (Marcri, 2015).

Otra ventaja consiste en que la existencia de una cultura de compliance en una entidad permite que esta puede contratar con proveedores u otras entidades que requieran que la entidad con la que se relacionen comercialmente cuente con esta clase de políticas.

Verbigracia, si las empresas cumplen con ciertos estándares pueden obtener certificados ISO con base en normas de la Organización Internacional de Normalización en diversas áreas de interés del compliance para demostrar que implementan esta clase de políticas. La acreditación de estos certificados puede ser requerida con otros proveedores u entidades internacionales o nacionales con los que la empresa en cuestión pueda relacionarse.

Además, el compliance permite que las empresas eviten incurrir en responsabilidades legales y también hace que permanezcan con licencia para operar. Esto a la vez permite que las empresas puedan operar en otros países.

La puesta en práctica del compliance también puede evitar que las empresas incurran en actos de corrupción. De hecho, tal y como ya fue expuesto, una de las finalidades clásicas del compliance consiste en la prevención de la corrupción —a eso se debe su origen—. Su implementación puede generar que las empresas eviten formar parte de actos de corrupción.

Antaño se consideraba que la corrupción únicamente incumbía a actores estatales (Rose-Ackerman, 2016, pág. 10). Sin embargo, actualmente se suele incluir a actores privados como parte esencial para combatir la corrupción (Sanclemente-Arciniega, pág. 13).

De hecho, un instrumento internacional de suma relevancia en materia de corrupción es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de la Asamblea General de la ONU que entró en vigor en 2005. Esta convención determina en su artículo 12 la obligación de los Estados parte de prevenir la corrupción en el sector privado. Tras la creación de este instrumento internacional se promulgaron en diversos países alrededor del mundo normativa en contra de la corrupción. En el caso de Guatemala, fue emitido el Decreto 31-2012 del Congreso de la República, Ley Contra la Corrupción.

El compliance ha complementado esta tendencia al reconocer que las empresas pueden ser parte en actos de corrupción y, por lo tanto, deben prevenirlo.

Las ventajas anteriormente mencionadas hacen que las empresas sean más competitivas y no solo las benefician económicamente si no también benefician su reputación y nivel de confianza de parte de inversores, así como de los consumidores.

Cabe hacer hincapié en el hecho que el compliance no es una suma de documentos que no deben ser aplicados. No son suficientes las buenas intenciones, deben existir acciones concretas tendientes a modificar la forma de hacer negocios para que sean más sostenible y respetuosos a la normativa aplicable.

No basta con la existencia de paper compliance. Por el contrario, el compliance es una forma en que todas las personas que componen a una entidad deben actuar con apego a la normativa aplicable. Por ello, para que los beneficios del compliance puedan tener lugar es necesario que las políticas de compliance sean aplicadas y que su aplicación sea supervisada por el órgano de cumplimiento.

Sin embargo, el compliance no solo beneficia a las personas, también beneficia a los stakeholders —accionistas, proveedores, comunidades relacionadas con el desempeño de sus funciones— y, en general, a los países en que las empresas desempeñan sus operaciones. El compliance, como forma en que las empresas gestionan sus riesgos y evitan incurrir en responsabilidades civiles, penales o administrativas, incide también en el crecimiento económico de los países en que operan una forma responsable.

El crecimiento económico al que se debe aspirar debe ser responsable. Esto implica que las empresas no sean partes de actos de corrupción, que cumplan con la normativa aplicable, que gestionen sus riesgos, que mitiguen los daños causados cuando sus riesgos se materialicen.

Si un país cuenta con empresas responsables y que actúan con apego al Derecho, de forma ética y transparente, será un país más ético y transparente también. Esto genera que los países sean más atractivos para inversiones extranjeras y que la población en general se beneficie del crecimiento económico.

En América Latina, las empresas cada vez se han interesado más por el compliance a raíz de la inclusión en las legislaciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Países como México, Colombia, Argentina, Bolivia, Perú, Guatemala, Brasil, Chile y Ecuador ya regulan en su legislación con la posibilidad de declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En muchos casos, las personas jurídicas estarán exentas de esta responsabilidad si cuentan con un programa de cumplimiento normativo eficaz.

La necesidad de una adecuada gestión de riesgos en las empresas en América Latina es evidente pues promueve el cumplimiento de la legislación y hace que la región sea un lugar más atractivo para las inversiones. Debido a que el compliance es sumamente aplicado en otras regiones más desarrolladas a América Latina, su puesta en práctica también implica que la región esté a la vanguardia. En consecuencia, el corporate compliance no solo beneficia a las empresas si no también a la región.

Si el compliance implica que las empresas cumplan con la normativa aplicable, al evitar incurrir en riesgos legales, esta institución también es beneficiosa en el sentido que fomenta la existencia de seguridad jurídica y la justicia. Si las empresas actúan dentro del marco legal y con apego al Derecho, su actuar es más justo.

Asimismo, debido al protagonismo de la participación de los actores empresariales en el desarrollo de los países, la sustentabilidad de las empresas hace que crezca la economía y que

los países desarrollen. Esto además de aumentar la inversión ya referida, aumenta el número de empleos y la estabilidad laboral.

Se ha determinado en la doctrina que "…los desafíos que enfrenta la región en términos de gobierno corporativo exigen un enfoque doble: trabajar con los gobiernos para ajustar las regulaciones y también con las empresas, pequeñas y medianas incluidas, a fin de que incorporen mejores prácticas" (MARCRI, 2015, pág. 1).

Es decir, para que el buen gobierno corporativo y el compliance sean aplicados en la región de forma adecuada es necesaria la intervención estatal para que exista una adecuada normativa aplicable. Esto no necesariamente significa que es necesario que existan más normas, pero sí deben existir mejores normas.

Asimismo, es necesario que las empresas, sin importar sus dimensiones, pongan en práctica esta clase de institución. Al momento de realizarlo, es necesario que sea aplicado por todos los peldaños que compongan a la entidad. Existen diversas formas a partir de las cuales puede incentivarse una cultura de compliance.

Con el pasar del tiempo el compliance, como mecanismo para realizar negocios de forma responsable, será cada vez más usual. Para que esto ocurra también es imperativo que las empresas comprendan que debido a los múltiples beneficios que presenta el compliance, lejos de ser un gasto es una inversión.

Una correcta implementación del compliance en todos los niveles que componen a la empresa y en sus relaciones con terceros es sumamente beneficiosa para las empresas y para los stakeholders o partes interesadas. En consecuencia, este tema no solo atañe a las empresas.

Por ello, es necesario que este tema sea analizado por las empresas y sus asesores para que cada vez se implementen más estás políticas y así exista un mayor crecimiento económico responsable, en el que la legislación sea respetada y exista un auténtico desarrollo sostenible en la región de América Latina.

En suma, el compliance es una institución de origen anglosajón cada vez más utilizada en países con una corriente jurídica basa en el civil law que sirve para identificar, prevenir y mitigar los riesgos que se desprenden del actuar de las empresas. Esta institución debe ser puesta en práctica por empresas en las que exista un buen gobierno corporativo sin importar las dimensiones de estas. Para poner en práctica el compliance debe existir un programa de cumplimiento normativo compuesto por las herramientas analizadas.

La promoción de esta clase de políticas provee diversos beneficios para las empresas como tal pero también para las demás entidades con las que se relacionan y para los países en que desempeñan sus actividades. El compliance en América Latina hace que la región esté a la vanguardia, que sea más atractiva para inversiones, promueve la seguridad jurídica, la justicia y contribuye a la existencia de un crecimiento económico responsable. Por ello, el corporate complliance es sumamente beneficioso para la región.

REFERENCIAS

Bacigalupo, S. (2020). *Posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales en el ámbito societario*. Diario la Ley, 6.

Torre, J. M. (2016). *Claves prácticas: Compliance*. España: Francis Lefebvre.

Governance, C. o. (1992). *Report of the Comittee on the Financial Aspects of Corporate Governance.* Reiuno Unido.

Wilson, H. R. (2001). *El buen gobierno corporativo.* Ventajas de la implantación de un sistema ético apra el gobierno de las sociedades mercantiles. Revista de Derecho, Universidad del Norte, 174-197.

Solís, J. L. (2007). *Compliance o cumplimiento normativo.* Partida Doble, 1.

WCA. (23 de febrero de 2021). *Acerca del Compliance.* Obtenido de World Compliance Association: http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php

WCA. (2019). *Guía de implementación de compliance para PYMES.* España: WCA.

Martín, J. M. (2017). *Libro blanco sobre la función del compliance.* España: Asociación española de compliance.

Texfor. (2015). *Manual de prevención de riesgos penales.* España: Folk Cordinas.

Abadía, C. J. (2020). *ABC del compliance corporativo*. Colombia: Tragaluz editores S.A.S.

Sanchez, J. B. (2020). *Pautas y recomendaciones técnico-jurídicas para la configuración de un canal de denuncias eficaz en organizaciones públicas y privadas.* La perespectiva española, Derecho, 44.

Saborío, A. (2018). *Ventajas de un buen gobienro corporativo.* Grupo de Diarios América, 1.

Rose-Ackerman, S. (2016). *Corruption and Government: Causes, consequences and reform*. Nueva York: Cambridge University press.

Sanclemente-Arciniega, J. (s.f.). *Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional.* Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, 13.

MARCRI. (2015). *La promesa de América Latina y el buen gobierno corporativo.* Grupo de Diarios América, 1.

LA CADENA DE BLOQUES Y LOS SMART CONTRACTS[29]

Sebastián Calderón
Camila Andrea Castro Castillo
Fabio Diaz
Paula Martínez Caita

SUMARIO

Introducción. - I BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA CADENA DE BLOQUES – II LOS SMART CONTRACTS, ¿CONTRATOS E INTELIGENTES -III. LA PLENA EFECTIVIDAD DE LOS CONTRATOS INTELIGENTES COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. – Conclusiones. – Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Estamos en la Cuarta Revolución Industrial (Basco , Beliz, Coatz, & Garnero, 2018). Es el momento en que la inteligencia artificial empieza a tener un impacto real en todos los sectores. Esta se caracteriza por que los procesos se automatizan de tal manera que sistemas "inteligentes" no humanos pueden realizar actividades que antes requerían la toma de "decisiones" por las personas. Durante el siglo XX la automatización se dio en procesos productivos, e incluso los computadores permitían "ordenar" la información. Pero en la cuarta revolución industrial las maquinas – programadas por personas y en ocasiones por otras herramientas- podrán tomar determinaciones de forma autónoma o semi autónoma, utilizando algoritmos, entre otras (Beliz, 2018). Ello procesando información de forma mucho más rápida que los seres humanos y la consecuencia será en el mundo del trabajo, al punto que, para autores desde la sociología, antropología, economía, filosofía se plantean inquietudes sobre las nuevas formas de vida que vendrán a partir de ese eventual desplazamiento del ser humano por las maquinas (Susskind & Sussking, 2015). Este en realidad no es un nuevo: desde la primera revolución industrial muchos trabajos y actividades pasaron de los seres humanos a sus inventos. Lo que distingue a esta cuarta revolución industrial de las anteriores – especialmente de la primera y la segunda- es que lo que se había reemplazado era la actividad física de las personas y no tanto la intelectual – lo que empezó con la tercera- y nunca en un grado tan importante. Desde el llamado internet de las cosas, el "big data", las impresoras 3D hasta las decisiones judiciales, que será el objeto central de este capítulo (AA.VV, Agosto 2017).

29 Este capítulo es un trabajo resultado de investigación del semillero "Debates contemporáneos del Derecho Privado", adscrito a la Facultad de Derecho, de la Universidad Manuela Beltrán – Sede Bogotá, bajo la dirección del profesor David Andrés Aguirre Soriano.

La forma en que se comunican los usuarios y actores en el sistema judicial – abogados, jueces, fiscales, auxiliares de la justicia, ciudadanía- cambiará de forma inexorable en los años por venir: audiencias remotas, expedientes digitales y decisiones automatizadas (MacEwen, 2017) (Susskind , Tomorrow´s Lawyers: An Introduction to your future , 2017). De hecho, en Colombia ya hoy varias entidades han empezado a utilizar la inteligencia artificial (Superintendencia de Sociedades Colombia, 2018) para tomar algunas determinaciones con efectos procesales importantes: desde seleccionar acciones de tutela para la selección en la Corte Constitucional (Rivadeneira, 2019), hasta determinar si una solicitud – demanda- de ingreso al proceso insolvencia empresarial cumple con los requisitos de ley (Decreto 772 de 3 de Junio de 2020, artículo 3).

La modernidad en el mundo occidental inició en el renacimiento, cuando los procesos mercantiles llevaron al paso de la edad media – un mundo donde la fe era el centro de las formas de ver la existencia, a uno donde la razón se convirtió en el centro de la vida y las relaciones sociales. Posteriormente -antes de la actual- se fueron danto una serie de cambios en la forma de producir, transportar(se), vivir, como resultado de las distintas fases o etapas, conocidas como la Revolución Industrial:

- Primera revolución industrial: Maquinas hilanderas, telares, maquina de vapor, ferrocarriles, navegación a vapor.
- Segunda revolución industrial: Electricidad, cambio de los motores de carbón a los de petróleo y gasolina, vehículos auto mores, grandes urbes llenas de avenidas y carros, además de la vida nocturna: comercio y educación. Aviación. Electrodomésticos, crecimiento de activos intangibles (derechos de propiedad intelectual: derechos de autor y especialmente de propiedad industrial).
- Tercera revolución industrial: primeros computadores y posteriormente la masificación, diseño de software, automatización de la producción industrial, robotización para procesos productivos en las fábricas.

Ahora, estamos en el momento en que, en la cuarta revolución, se están dando cambios que además permiten cambiar la forma en que se hacen las relaciones comerciales y de intercambio: la economía colaborativa (Buenadicha, Cañigueral Bagó, & De León, 2017). Esta se caracteriza por que se utilizan medios de comunicación directos entre los actores – productores de bienes prestadores de servicios y los consumidores finales- en formas como p2p (peer to peer, par a par, que exponemos más adelante) evitando los intermediarios, y a formas descentralizadas de administración de la información. Ello ha llevado a que se desplacen muchas actividades económicas y modelos de negocios: transporte – por Uber y otras aplicaciones, hoteles por Air BnB, los bancos por la recaudación directa a través del crowdfunding (Amaya Arbelaez, María Paula & Forero Carrillo, 2016) (AA.VV, La nueva regulación del Crowfunding en Colombia. El Decreto 1357 de 2018, 2018). Ello ha creado muchos conflictos sociales y económicos, que no comprenden que hay un cambio de sistemas en que se hacen las relaciones económicas y que es necesario adaptar las normas a ellos (Franco, 2019).

Sobre esto vamos a hacer la descripción y análisis, además de una propuesta, de esta parte del proceso de automatización y verificación usando mecanismo descentralizados de manejo de la información, para luego pasar a la propuesta de su aplicación al proceso judicial en Colombia en el caso de las medidas cautelares.

En 1991 los científicos Stuart Haber y W. Scott Stornetta desarrollaron por medio computacional una innovación tecnológica que permitiría guardar documentos digitales en el tiempo sin ser manejados por terceros. Este sistema se basó en una cadena de bloques la cual contaba con seguridad criptográfica para guardar documentos con sello de tiempo, adicionalmente en 1992 se introdujo un diseño más eficiente denominado como los árboles *Merkle*, los cuales almacenaban varios datos en un solo bloque. A pesar de esto, no se logró usar dicha tecnología y su patente expiró en 2004.

Harold Finney en el 2004 incluye un sistema llamado: *RPoW - Reusable Proof of Work* (Prueba de Trabajo reutilizable) dándonos así un prototipo temprano y un paso inicial en la historia de las criptomonedas que consiste en que las partes de una red realicen con éxito un trabajo computacional para acceder a los registros de dicha red, este sistema funcionó manteniendo la propiedad de los *tokens* registrados de forma confiable y segura para que personas de todas partes del mundo puedan verificar en tiempo real su exactitud.

La cadena de bloques en inglés *Blockchain*, salió a la luz en el 2008 con la publicación del artículo propuesto por Nakamoto (2008) donde se explica el protocolo que actualmente emplea bitcoin, este nuevo concepto formaba parte de un sistema para procesar transacciones electrónicas de forma que no fuera necesaria una autoridad central o un sistema fideicomiso; así lo afirmó Carlos Dolader, Joan Bel, José Muñoz Tapia en su escrito ¨La Blockchain: Fundamentos, aplicaciones y relación con otras tecnologías disruptivas¨.

Satoshi Nakamoto al introducir este sistema se basó en el algoritmo de prueba de trabajo de *Hashcash* y en lugar de utilizar una función de computación confiable como *RPoW* para la doble protección de bitcoin se proporcionó un protocolo descentralizado para el seguimiento y la verificación de las transacciones, Nakamoto en uno de sus escritos ***Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*** Explica cual fue una de las razones fundamentales para crear este nuevo sistema afirmando que él busca con este modelo que cualquiera de las partes pueda hacer transacciones seguras sin necesidad de un tercero –*"allowing any two willing parties to transact directly with each other without the need for a trusted third party"*

En el 2013 *Vitalik Buterin* cofundador de la revista Bitcoin empezó a desarrollar un nueva plataforma de computación la cual tendría el nombre de Ethereum que es una red Blockchain que consiste en una Tecnología de Contabilidad Distribuida (DTL) con un lenguaje de programación *Turing* completo integrado, que permite que cualquiera pueda escribir contratos inteligentes y aplicaciones descentralizadas.

Los contratos inteligentes se escriben en lenguaje de programación específicos y se compilan en un código de Bytes, estos contratos son programas que se llevan a cabo en la cadena de

bloques *Ethereum* y se pueden usar para hacer transacciones solo si cumplen las condiciones requeridas.

1. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA CADENA DE BLOQUES

Inicialmente la cadena de bloques fue creada para almacenar el historial de transacciones de *bitcoin*, pero con el paso del tiempo se ha visto aplicada en otros ámbitos por el gran potencial que ofrece; *Blockchain* es una estructura matemática conformada por bases de datos online únicas y descentralizadas, que contienen registros de documentos almacenados de manera prácticamente imposible de falsificar. De esta manera, se excluye la existencia de un tercero permitiendo mayor exactitud, puesto que son los mismos miembros quienes llevan a cabo el procedimiento de la cadena.

En efecto, se considera como un registro consentido y repartido en diferentes nodos encargados de almacenar una cantidad de transacciones válidas, información del bloque y vinculación con el bloque anterior como con el siguiente. Al igual que lo es el caso de la criptomoneda en que se establece conforme a una contabilidad, consignando cada transacción realizada.

Buscando entender de manera clara el alcance tecnológico del *blockchain*, se debe conocer los siguientes elementos básicos que lo conforman:

- Un nodo: Se puede manejar de manera de un ordenador personal, hasta como una mega computadora dependiendo de la complejidad según la red. Todos los nodos tienen un mismo software que le posibilita comunicarse entre sí.
- Un protocolo estándar: Este brinda la facilidad de comunicación entre los nodos participantes en la red, entre los que existen dos protocolos muy conocidos que son: El TCP/IP para internet o el SMPT para el intercambio de correos electrónicos.
- Una red entre pares o P2P (Peer-to-Peer, en inglés): Se basa en una red de nodos directamente enlazados por una misma red.
- Un sistema descentralizado: En este sistema descentralizado los ordenadores que se encuentran conectados son controlados desde una misma red y no se encuentran jerarquizados los nodos, a diferencia de la centralizada que lo controla una única entidad.

Desde los 80 con la implementación del pago digital, se genera una gran desconfianza en el suministro de datos e información, en cuanto a la seguridad y privacidad de estas, por lo cual nace un poco después las criptomonedas o el denominado *"bitcoin"*, garantizando la integridad de la información, sin la necesidad de que esta tuviese que pasar o ser manipulada por terceros o con intermediarios evitando un riesgo o fraude, por lo cual se crea el *blockchain*.

Inicialmente para explicar el desarrollo y funcionamiento del *blockchain* debemos tener claro lo siguiente; está conformado por una inmensa red de ordenadores entrelazados que

denominaremos “nodos”, la función que prestan los “nodos” es fundamental debido a que ellos son los encargados de resolver las distintas operaciones matemáticas de gran complejidad, las operaciones numéricas tienen un motivo el cual es verificar que la transacción sea exitosa, (Ittrends, 2019 p.2).

Partiendo de ello podemos decir que el *blockchain* básicamente es un libro de registro distribuido al público, el contenido de esta es mixta y varía dependiendo del uso y la información que el usuario tenga a su disposición, su composición es interesante ya que su matriz está creada por bloques que se conectan entre sí para crear una “cadena bloques”, los bloques tienen una función esencial y su contenido es el siguiente; cada bloque trae consigo dos partes las cuales denominaremos “*hash* de bloque” y el “ *hash* de bloque anterior”, es preciso decir que los datos que se almacenan en cada bloque penden del tipo de *blockchain* que se quiere ejecutar, por ejemplos las cadenas de bloques de bitcoin los cuales almacenan detalladamente información (emisor, receptor, cantidad de bitcoins) sobre la transacción de dicha moneda, el mismo bloque también contiene un *“hash”* que lo podemos equiparar con una huella dactilar, para ser más claros podemos decir que el hash es un mecanismo que brinda total veracidad y autenticidad del contenido que se encuentra depositado en el bloque, por ello lo asimile con la huella dactilar debido a que alterar o modificar el *hash* será igual de difícil que alterar la huella dactilar de un ser humano.

La veracidad generada por el *blockchain* se desarrolla principalmente por una estructura que entrelaza las cadenas y bloques, buscando que se comprueben y se relacionan entre sí las transacciones nuevas y las anteriores, almacenando cada una de ellas y evitando la alteración o fraude en su registro, (Ittrends, 2019 p.5).

Teniendo en cuenta lo anterior, una vez creado el bloque el hash realiza un escaneo total del contenido creando así una codificación numérica que será única e irremplazable, por ende si llegare a modificar alguna información contenida en el cuadro esta será identificada de manera inmediata, posterior a esto y como anteriormente lo mencione el tercer elemento que se encuentra en el bloque es el “hash of previus block” este hash no es más que la codificación anterior de un bloque, (Simply Explained, 2017 p.6).

El *Blockchain* busca proteger la información digital concentrada en un servidor o base central, el ideal se concentra en dividir en fragmentos o en varias bases la información evitando el fraude o la modificación de información.

Posterior a ello, el *blockchain* no usa una base de datos central para administrar la cadena de bloques, al contrario, ellos optaron por usar la red de P2P network, esta red está al servicio del público, se preguntarán qué tiene de grandioso o novedoso este método que brinda mayor seguridad a esta operación, a continuación, un ejemplo:

Supongamos que juan, Daniel, camilo y Jacobo optan por usar el *“blockchain”* para realizar operaciones de *bitcoins*, ellos entran al servidor de red que anteriormente mencione, una vez juan, Daniel, camilo y Jacobo ingresen a la red la misma cadena de bloques les expedirá

una copia original de la operación que realizaron y el bloque o los bloques que se crearon para que la operación sea exitosa, como podemos observar esa copia es auténtica, la autenticidad la brinda los "nodos" que como anteriormente se dijo son los encargados de verificar el éxito y la originalidad de las acciones realizadas por los usuarios, en este orden de ideas si un hacker o un miembro de este mismo grupo de personas desea actuar de mala fe y dañar la operación o apropiarse indebidamente de algún elemento del bloque, esto será visible de manera inmediata para los demás miembros, por ello el éxito de su ilicitud dependería de que ningún miembro perteneciente a la operación mire dichas irregularidades que en su caso sería imposible ya que cualquier cambio seria fácilmente identificado, por lo tanto se denomina a la cadena de bloques como "el protocolo confiable".

Es preciso decir que los "nodos" realizan una clase de consenso, como sabemos cada "nodo" está sujeto a un usuario que usa el *"blockchain"* por ende ellos al realizar este tipo de operación deben también realizar consenso en el que acuerdan qué bloques son válidos y los que no son válidos, de esta manera si un bloque se encuentra alterado pues este será rechazado por los demás "nodos" que se encuentran inmersos en la red, en este orden de ideas podemos concluir de manera correcta las etapas de la operatividad del *blockchain*:

- Paso número 1: Se crea información de cualquier índole en la red con el *blockchain*.
- Paso número 2: Una vez creada la red, el sistema de *blockchain* de manera automática le asigna al usuario un "nodo".
- Paso número 3: El usuario inicia con la distribución y recolección de datos con otros usuarios, para así poder enlazar los datos que próximamente crearan una cadena de bloques.
- Paso número 4: Una vez agotado el punto 3, se creará el "bloque de génesis" este bloque dará un "*hash de bloque*" y el "*hash de bloque anterior*".
- Paso número 5: Agotada la anterior parte, el "*proof-of-work*" inicia con su testeo para verificar que no haya ninguna alteración en los "hash" este proceso puede durar aproximadamente 10 minutos.
- Paso número 6: Posterior a esto el sistema de "*blockchain*" inicia con la distribución de copia de seguridad a los usuarios, la copia es por cada bloque creado, lo hacen de esta manera para detectar cualquier alteración o modificación de bloque hecha por terceros de mala fe, ya que, si el sistema encuentra alterado, verbigracia un bloque de la cadena, esta automáticamente paralizará la operación y no se seguirá creando más bloques.
- Paso número 7: En relación con lo anterior, si la operación es autentica el sistema de *blockchain* seguirá en el curso de su operación y así lograr satisfacer las necesidades y objetivos que los usuarios buscan con ella.

El ideal de las cadenas de bloques es generar una certeza en cuanto a la transacción digital, que por medio de este se genere una seguridad en cuanto al traspaso de dinero de una

persona a otra, aunque no solo criptoactivos sino también bienes de valor o de registro, el *blockchain* genera seguridad y veracidad en el intercambio o suministro de datos, toda vez que el *blockchain* por lo general funge como una base de registro pública, es decir todos tenemos al alcance esta información, aunque está protegida por encriptaciones, tenemos a nuestro alcance contraseñas públicas y privadas generando una garantía para los intervinientes.

La certeza del *blockchain* la dejamos directamente al registro incautado en la red, generando que cada transacción y registro sea íntegro y seguro; de igual manera generando una veracidad en los intervinientes.

El *blockchain* nace como una nueva tecnología que permite el almacenamiento de información por medio de registros garantizando una relación entre los nodos que verifican la información almacenada por medio de tecnología inteligente, que hoy en día busca implementarse de manera global como parte de la tercera revolución del internet, conocida como el internet del valor.

2. LOS SMART CONTRACTS, ¿CONTRATOS E INTELIGENTES?

En aras de aclimatar el planteamiento, se enuncia a continuación la descripción de lo que se comprende como la operabilidad del *blockchain* dentro de una de las distintas instituciones jurídicas, en este caso los *smart contracts*.

Un ejemplo que permite conocer el funcionamiento *blockchain* es la figura de lo que se ha dado en llamar *smart contracts*, contratos inteligentes en castellano, que como nota característica son autoejecutables, y por ende desaparece así la intervención humana en el cumplimiento del compromiso contraído.

Gracias a la programación del contrato, las órdenes de transferencia y pago electrónico se producen automáticamente mediante interconexiones de los entes que tienen que cumplir las condiciones de ese contrato. El caso más claro, por ejemplo, es el de la verificación del cumplimiento de condiciones suspensivas de obligaciones a las que queda subordinado un pago.

Para hacernos una idea de lo que esto implica, recordemos el caso donde un barco con un cargamento de algodón navega desde Estados Unidos a China. Para la venta se ha usado la tecnología *blockchain* asociada al GPS, de manera que al llegar a su destino el GPS del buque reportó la ubicación y el contrato ejecutó automáticamente el pago de la mercancía.

La capacidad del *blockchain* de registrar transacciones que no pueden manipularse ni alterarse, hace pensar en la innecesaria función de la fe pública notarial para la prevención de determinados delitos, así como el rol de los registradores entre otros. En el caso de los *smart contracts* antes mencionados, la confianza de las partes en la programación del

contrato hace innecesaria la presencia de terceros para su cumplimiento, como fedatarios, registradores, depósitos centralizados de valores, auditores e interventores, etc.

La tecnología *blockchain* por supuesto sirve al derecho procesal y a la institución jurídica de las medidas cautelares pero para el efecto, debemos partir de un paradigma que así como en materia de *smart contracts* hablamos de contratos autoejecutables, en materia de medidas cautelares hablaremos de PROVIDENCIAS JUDICIALES DE TIPO – AUTOS – QUE EN ESENCIA TAMBIÉN SERÁN AUTOEJECUTABLES.

Es decir, el auto por el cual el Juez decreta un embargo de una cuenta de ahorros o una cuenta corriente, tendrá la condición de ser autoejecutable, sin necesidad de que los funcionarios tengan que desplegar conducta alguna, dirigida a su aplicación o cumplimiento efectivo, por cuanto la base de datos distribuida, podrá congelar los dineros depositados en los diferentes establecimientos de créditos y ponerlos a disposición del juzgado en una cuenta de depósitos judiciales a nombre del Despacho, para que con posterioridad, en caso de que no prosperasen las excepciones propuestas por el demandado por la vía ejecutiva, o simplemente este último guarde silencio, se generen los correspondientes avalúos, liquidación del crédito, liquidación de costas y agencias en derecho, dejando como consecuencia los remates y adjudicaciones a que haya lugar.

Una vez más poniendo a disposición dichos recursos a nombre del ejecutante en la cuenta de ahorros o corriente que aquel haya referenciado en su demanda ejecutiva.

Para estos efectos, será necesario que el señor juez en asocio con un programador, redacte un código fuente que dé lugar a un software de tipo aplicativo que permita establecer las instrucciones del programa de computador cuya equivalencia funcional será la del auto que decreta la medida cautelar correspondiente.

En lo relativo a la inalterabilidad y la trazabilidad de las instrucciones o contenido de la medida cautelar, la tecnología *blockchain*, ofrece soluciones disruptivas como son el registro de las distintas operaciones a través de la cadena de bloques, al igual que las pruebas de trabajo correspondientes para efectos de que los distintos nodos existentes en la red puedan validar la veracidad de la información consignada.

3. LA PLENA EFECTIVIDAD DE LOS CONTRATOS INTELIGENTES COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.

El derecho se ha beneficiado con los nuevos sistemas autoejecutables como son los *Smart Contracts* qué en términos muy generales son un conjunto de protocolos informáticos que permite a un dispositivo procesarlos por sí mismo y ejecutarlos de forma autónoma, sin necesidad de intervención humana.

La ausencia de intervención humana y su sustitución por un proceso (conjunto de protocolos) que permite la automatización de operaciones; la concreción automática de las prestaciones en las transacciones; el cumplimiento automático de las mismas; y la utilización de otras tecnologías que permiten la verificación de la información y de la identidad de los sujetos implicados en la transacción, conduce a un elevado ahorro de costos, y las expectativas de las partes para la satisfacción de sus intereses conforme a lo establecido en el contrato se verían ampliamente protegidas. Rapidez, previsibilidad y automatización marcarían las coordenadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad y facilitarían una creciente y efectiva auto tutela. No obstante, estas evidentes ventajas, esta figura presenta limitaciones y desventajas y plantea posibles problemas a los que el Derecho debe hacer frente.

En los contratos inteligentes, el código fuente es la ley del contrato, *The code is the law* (Lawrence Lessig, 2002), de manera que el código fuente en el marco de un software de tipo aplicativo, es el conjunto de instrucciones que resulta de la redacción de la lógica del software a través del empleo de lenguajes de programación, como sería Java, Pascal, C++, entre otros, donde el programador utiliza número, letras y símbolos para plasmar unas instrucciones que le aportará el jurista, dirigido a que dichas instrucciones definidas en el programa de computador autoejecute la voluntad de las partes en el marco de dicho programa que reposa en tecnología de cadena de bloques.

De lo anterior se colige, que el software como gran disrupción tecnológica, sigue constituyendo la espina dorsal del desarrollo tecnológico, que en el internet del valor que reposa sobre la tecnología *blockchain*, que resulta de vital importancia por un lado para los contratos inteligentes auto ejecutables y bajo la misma dinámica para las denominadas providencias judiciales auto ejecutables, como sería el auto que decreta un embargo a la luz de lo dispuesto en el artículo 588 del CGP.

La aparición de contratos en formato electrónico y autoejecutable es el resultado lógico del progresivo proceso de automatización en la distribución y en el internet de las cosas. Nuestro régimen legal integra sin dificultad este formato de contratación, pero conseguir un proceso totalmente automatizado implica recurrir a mecanismos de pago en red que no siempre se adaptan al tipo contractual. El uso del dinero electrónico y las monedas virtuales como el bitcoin cubren esta función, pero la escasa o nula regulación de las monedas virtuales y su doble carácter de unidad de valor y unidad de cuenta dificultan la funcionalidad y seguridad jurídica del uso de las tecnologías *Blockchain* en formatos estandarizados y automatizados de contratación.

Los llamados *Smart Contracts*, son en realidad lo que podríamos definir como contratos en formato electrónico y de carácter autoejecutable.

Aunque existe tendencia a identificar los Smart Contracts con formatos que usan la llamada tecnología de bloques (Blockchain), lo cierto es que conforme a un patrón de neutralidad tecnológica podemos considerar como Smart Contracts a cualquier acuerdo en el que se formalicen todas o algunas de sus cláusulas mediante Scripts o pequeños programas, cuyo efecto sea que, una vez concluido el acuerdo y señalados uno o varios eventos desencadenantes, la producción de los eventos programados conlleva la ejecución automática del resto del contrato, sin que quepa modificación, bloqueo o inejecución de la prestación debida.

Así pues, sin perjuicio de que el pacto pueda ser escrito en lenguaje humano, al menos una parte del mismo será transcrito a un código de programación o formato electrónico que, propiamente, es un programa de ejecución. En él se definen las reglas y las consecuencias de las mismas, lo mismo que en todo contrato, pero a diferencia del contrato ordinario, una vez fijadas las reglas de ejecución, por ejemplo; la entrega de la mercancía en almacén se señala como evento desencadenante, el mecanismo de ejecución no dependerá de la voluntad de las partes, sino de un programa que actuará automáticamente cuando identifique las reglas de ejecución. Para que esta respuesta automática sea posible es necesario poder programar un pago que no dependa de una orden posterior a la ejecución de parte y es por esto es lo que la mayor parte de los *Smart Contracts* terminan apoyándose en la tecnología de bloques y ejecutando el pago en criptomonedas o monedas virtuales como el *bitcoin*, pero en realidad cualquier otro formato tecnológico sería igualmente admisible y funcional si cumpliera con las características citadas.

La gran ventaja de los *Smart Contracts* es que sus scripts son susceptibles de programarse en serie con sencillez al almacenarse en una cadena de bloques o en protocolos compartidos por redes de ordenadores. Cuando se produce un evento desencadenante, contemplado en el contrato, p. ejemplo, registro de un documento de trazabilidad en frontera, se envía la transacción a una dirección concreta y la máquina virtual ejecuta los códigos de operación del script (o cláusulas) utilizando los datos enviados con dicha transacción; esta tarea ejecutada puede ser sencilla, como votar en un foro, más compleja, como ejecutar un pago por un servicio o realmente compleja como activar garantías por un préstamo, ejecutar una opción de futuro, liberar un legado o una subvención, etc. etc.

CONCLUSIONES

Los contratos autoejecutables presentan evidentes ventajas, pues, una vez superada la complejidad inicial de la programación, operan de manera sencilla, rápida, inmodificable, con ejecución asegurada al no permitir el arrepentimiento y con la ventaja de que la operativa puede ser totalmente automatizada, incluida la perfección de los contratos sucesivos al contrato marco, lo que permite que sea una solución para el llamado internet de las cosas o para la economía digital automatizada que opera sin personas.

Por otro lado, un Smart Contracts puede ser creado y llamado por personas físicas y/o jurídicas. Pero también por máquinas u otros programas que funcionan de manera autónoma. Los *Smart Contracts* tienen validez sin depender de autoridades. Esto se debe a su naturaleza: **es un código visible por todos y que no se puede cambiar al existir sobre la tecnología Blockchain**. Esto le confiere un carácter descentralizado, inmutable y transparente.

Teniendo en cuenta la descripción de la lógica de los *smart contracts* y su autoejecutabilidad, es preciso formular un planteamiento que lo denominamos providencias judiciales autoejecutables, que corresponde a un software de tipo aplicativo, el cual deberá ser redactado por un programador, quien empleando un lenguaje de programación plasmará las instrucciones del señor Juez, dirigido a crear un código fuente, el cual operará sobre tecnología de cadena de bloques cuya base de datos distribuida, permite la autoejecutabilidad de los embargos, los secuestros y las inscripciones de demanda.

REFERENCIAS

PASTORINO, Cecilia. *"Blockchain: qué es, cómo funciona y cómo se está usando en el mercado"*. [En línea]. [23 Junio de 2020] disponible en: https://www.welivesecurity.com/la-es/2018/09/04/blockchain-que-es-como-funciona-y-como-se-esta-usando-en-el-mercado/

PORXAS, Núria y CONEJERO, Maria. *"Tecnología blockchain: funcionamiento, aplicaciones y retos jurídicos relacionados"*. [En línea]. [24 Junio de 2020] Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5799/documento/art02.pdf?id=7875

LEGERÉN-MOLINA, Antonio. *RETOS JURÍDICOS QUE PLANTEA LA TECNOLOGÍA DE LA CADENA DE BLOQUES. ASPECTOS LEGALES DE BLOCKCHAIN*. En: Revista de Derecho Civil vol. VI, No. 1 (enero-marzo, 2019) p. 177-237

NAKAMOTO, Satoshi. *"Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System"*. {En línea}. {24 Junio de 2020} disponible en: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf

DOLADER, Carlos, BEL ROIG, Joan y MUÑOZ, Jose. *"LA BLOCKCHAIN: FUNDAMENTOS, APLICACIONES Y RELACIÓN CON OTRAS TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS"*. [En línea]. [25 Junio de 2020] disponible en: https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/405/DOLADER,%20BEL%20Y%20MU%C3%91OZ.pdf

CRIPTONOTICIAS, ¨*Que es Ethereum (ETH)*¨ [En línea]. [Junio 26 de 2020] disponible en: https://www.criptonoticias.com/criptopedia/que-es-ethereum-eth/

PREUKSCHAT, Alex *Blockchain: la revolución industrial de Internet*, {Gestión 2000, Barcelona, 2017} disponible en: (http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n19/2393-6193-rd-19-197.pdf)

CHAMPAGNE, Phil, ¨*EL LIBRO DE SATOSHI*¨ (libro en linea). [Junio del 2018] Disponibe en: https://libroblockchain.com/wp-content/uploads/2018/07/Libro-de-Satoshi-Blockchain-Espana-v1-junio-2018.pdf?x69914

file:///C:/Users/USER/Documents/carpeta%20semillero%20-/especial-blockchain-itt-trends.pdf

https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/56802628/La_Revolucion_Blockchain_Don__Tapscott.pdf?1529080990=&response-content- BV4A

https://www.imnovation-hub.com/es/transformacion-digital/que-es-blockchain-y-como-funciona-esta-tecnologia/

LOPEZ BLANCO, HERNAN FABIO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Dupre, Bogotá, 2012, t. 1, pp. 1097 a

1102. ROJAS GOMEZ, MIGUEL ENRIQUE, *Lecciones de derecho procesal.* Procedimiento civil, Esaju, Bogotá, 2013, t. 2, pp. 451-456. Información en:

Escuela de Formación Judicial Rodrigo Lara Bonilla: [En línea] https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/docs2016/modulo_medidascautelares_cgp.pdf

COINTELEGRAAPH. {junio. 2015} (en línea) información en (https://es.cointelegraph.com/bitcoin-for-beginners/how-blockchain-technology-works-guide-for-beginners)

BUSTOS, Gerardo (14 marzo 2018) (en línea) información en {https://www.legaltoday.com/opinion/blogs/transversal/blog-administracion-publica/el-blockchain-pondra-el-detecho-patas-arriba-2018-03-14/}

Susskind , R. (2017). *Tomorrow´s Lawyers: An Introduction to your future.* New York: Oxford University Press.

AA.VV. (3 de Septiembre de 2018). *La nueva regulación del Crowfunding en Colombia.* El Decreto 1357 de 2018. Bogotá: Universidad Externado de Colombia Departamento de Derecho Financiero.

AA.VV. (Agosto 2017). *Robotlución.* I&C N°42, Año 21.

Amaya Arbelaez, María Paula, M. P., & Forero Carrillo, H. D. (2016). *Intervención estatal en la economía colaborativa: Crowdfunding en Colombia*. Bogotá : Universidad Militar Nueva Granada.

Basco , A. I., Beliz, G., Coatz, D., & Garnero, P. (2018). *Industria 4.0: fabricando el futuro.* Buenos Aires : Banco Interaméricano de Desarrollo .

Beliz, G. (2018). *Algoritmolandia.* Buenos Aires: BID Intal.

Buenadicha, C., Cañigueral Bagó, A., & De León, I. (2017). *Retos y posibilidades de la economía colaborativa en América Latina y el Caribe.* Washington D.C: Banco Interaméricano de Desarrollo.

Franco, J. F. (3 de Diciembre de 2019). *Guerra del Estado contra la economía colaborativa.* La República, pág. Asuntos Legales .

MacEwen, B. (2017). *Mundos del Mañana: escenarios para las firmas de abogados más allá del horizonte.* Nueva York: Adam Smith Esq.

Rivadeneira, J. C. (22 de Marzo de 2019). *Prometea, inteligencia artificial para la revisión de tutelas en la Corte Constitucional.* Obtenido de Ámbito Juíridico: https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/prometea-inteligencia-artificial-para-la

Superintendencia de Sociedades Colombia. (10 de Octubre de 2018). www.supersociedades.gov.co. Obtenido de www.supersociedades.gov.co:

https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2018/Supersociedades-el-primer-juzgado-de-Am%C3%A9rica-Latina-en-contar-con-un-robot-asistente.aspx

Susskind, R., & Sussking, D. (2015). *How technology will transform the work of human experts. New York: Oxford University Press.*

LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE PORTAFOLIO DE TERCEROS POR PARTICULARES

Diego Sebastian Zamudio Arenas[30]
Laura Camila Barrera Rodríguez[31]
Johana Carolina Gutiérrez Torres[32]

RESUMEN

La compleja realidad social y económica de la población colombiana, la convergencia de las tecnologías de la revolución 4.0, las nuevas prácticas del comercio mundial y la incidencia del sistema financiero en el desarrollo económico; han develado nuevas relaciones contractuales entre personas naturales que despiertan la necesidad de que el derecho las regule. Es así como la investigación propuesta busca determinar ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato de administración de portafolio de inversión terceros por particulares en el ordenamiento jurídico colombiano? Para ello, se propone clasificar el contrato de administración de portafolio de terceros por particulares en el ordenamiento jurídico colombiano, construir su concepto, identificar sus elementos esenciales y proponer un modelo estándar del mismo. Lo anterior, a través de una metodología de revisión documental con base en las siguientes fuentes primarias y secundarias: normatividad, jurisprudencia, literatura gris y entrevistas a gestores de capital e inversores; cabe resaltar que la investigación se encuentra en curso.

PALABRAS CLAVE: Contrato, Derecho Privado, Sistema Financiero, Inversión y Bolsa de Valores.

---

30 Estudiante de sexto semestre del pregrado en Derecho en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, sede Tunja. Líder y coordinador de los estudiantes del Grupo de Investigación Reconciliación con la Justicia y la Dignidad Humana, categorizado en C por MinCienas; Semillero Rafael Uribe Uribe

31 Estudiante de octavo semestre del pregrado en Derecho en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, sede Tunja. Integrante del Grupo de Investigación CITEC; Semillero DAMNUM REFICERE. Grupo de Investigación Reconciliación con la Justicia y la Dignidad Humana, categorizado en C por MinCienas; Semillero Rafael Uribe Uribe.

32 Docente de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Especialista en Derecho de la Responsabilidad de la Universidad de la Sabana, Magister en Derecho Público de la Universidad Nacional de Colombia y coordinadora de linea del Grupo de Investigación Reconciliación con la Justicia y la Dignidad Humana, categorizado en C por MinCienas; Semillero Rafael Uribe Uribe.

THE LEGAL NATURE OF THE THIRD PARTY PORTFOLIO ADMINISTRATION AGREEMENT BY INDIVIDUALS

ABSTRACT

The complex social and economic reality of the Colombian population, the convergence of the technologies of the 4.0 revolution, the new practices of world trade and the impact of the financial system on economic development; they have unveiled new contractual relationships between natural persons that awaken the need for the law to regulate them. This is how the proposed investigation seeks to determine what is the legal nature of the third party investment portfolio management contract by individuals in the Colombian legal system? For this, it is proposed to classify the third-party portfolio management contract by individuals in the Colombian legal system, construct its concept, identify its essential elements and propose a standard model of it. The foregoing, through a documentary review methodology based on the following primary and secondary sources: regulations, jurisprudence, gray literature and interviews with capital managers and investors; It should be noted that the investigation is ongoing.

KEY WORDS: Contract, Private Law, Financial System, Investment and Stock Market.

INTRODUCCIÓN

Pareciera que, tal como el movimiento de un péndulo simple, la realidad de la sociedad colombiana oscilara entre extremos o, en simples palabras, se redujera a una constante de desigualdad. Ahora bien, es cierto que los traumas de esta sociedad no son el objeto exclusivo de este texto y a priori, el o la lectora podría infravalorar la inclusión de la premisa preliminar; sin embargo, desligar la realidad social de la presente investigación la despojaría de su esencia, pues la misma, al igual que el Derecho o la Economía, ambas ciencias sociales, se nutre del desarrollo o de las dinámicas de la vida en sociedad. Lo anterior se apoya en la siguiente pluma:

> "Cómo entender un orden jurídico del cual no se conoce su origen, ¿cuáles fueron los móviles e intereses que impulsaron su conformación y cuál ha sido su trayectoria…? El estudio del derecho, solamente como derecho, esto es como norma jurídica, es incompleto y estéril: prescinde del entorno social que lo produce, lo condiciona y orienta, lo despoja de sus motivaciones y finalidades y conduce a no poderlo entender ni interpretar de forma adecuada" (Suescun, 1998, pág. prefacio)

Así las cosas, vale enunciar los problemas que han sido objeto de olvido cuando el conflicto es el único panorama que se señala, como lo dice Sanchez (s.f) cuando subraya que este ha servido como escenario principal para un público que olvida la existencia de los altos índices de desigualdad, la brecha en la distribución de la riqueza, la falta de presencia estatal en los territorios de la periferia del país, entre otros tantos males sujetos a ser denunciados.

De acuerdo a lo anterior, Colombia ha sido protagonista en las mediciones de desigualdad en sus diferentes indicadores, por ejemplo y de acuerdo a Forbes Staff (2020), "en un informe del Índice de Desarrollo Regional para Latinoamérica (Idere Latam), de 182 territorios analizados en América Latina (departamentos para el caso nacional), Colombia es el país con las mayores desigualdades territoriales". Al unísono, a nivel de ingresos:

> "por cada persona que está en la clase alta hay más de 33 personas pobres y vulnerables. Conforme lo revela el informe de riqueza global del 2018 de Credit Suisse, mientras que el patrimonio del 71 por ciento de los adultos en Colombia es, en promedio, inferior a 10.000 dólares, un poco más del 2 por ciento de los adultos tienen patrimonios de más de 100.000 dólares" (Portafolio, 2019)

Sobre esta problemática, en un plano económico y financiero, Cárdenas (2013) afirma que:

> "De hecho, muchos de los efectos del capitalismo, como la excesiva concentración de la propiedad, la desigualdad en la distribución a favor de los propietarios del capital y la falta de oportunidades de los pobres, pueden atribuirse, por lo menos en parte, al subdesarrollo del financiamiento." (Cárdenas, 2013, p. 324)

De esto, el análisis del desarrollo del sistema financiero en Colombia cobra una especial relevancia, especialmente el estudio del mercado de capitales y sus submercados; pues la figura contractual de la administración del portafolio de terceros encuentra un lugar en este sistema y, lógicamente, impacta en su profundización. Así:

> El mercado financiero es uno de los menos comprendidos y más criticados en una economía de mercado. No obstante, un mercado financiero sano y competitivo es la mejor herramienta para brindar oportunidades de desarrollo a todos los agentes de una economía, en especial a aquéllos con escasos recursos para financiar sus actividades. (Cárdenas, 2013, p. 324)

En dicho contexto y como es natural en la cultura del emprendimiento colombiano y lo que coloquialmente se denomina rebusque, personas naturales o particulares empezaron fungir como intermediarios en el mercado no bancario; administrando el ahorro o excedente de otros particulares en búsqueda de utilidades. En estas operaciones, además de lo que se desarrollara más adelante, las tecnologías propias de la revolución 4.0 abrieron la puerta para la facilidad del ingreso de los particulares a las dinámicas de la inversión del ahorro en las bolsas de valores.

Una revolución es un cambio, pero no cualquier tipo de cambio; porque se trata de una intensa transformación en los diferentes niveles o esferas de la vida. De esta forma, bajo la tutela de la razón y las capacidades propias de la humanidad, el intelecto humano ha servido como combustible de las ideas que han transformado, en más de una ocasión, la vida en sociedad; provocando, de acuerdo a Schwab (2015) "cambios radicales en la manera de vivir, trabajar, estudiar, consumir y relacionarnos unos con otros".

> Ahora, el mundo se encuentra inmerso en la cuarta revolución industrial o la revolución 4.0 y la misma no fue provocada por una tecnología catalizadora o "disruptiva específica, sino por la convergencia de varias tecnologías digitales, físicas y biológicas, como la inteligencia artificial, la inteligencia aumentada, la robótica, la impresión 3D, el cloud computing, el big data, el "internet de las cosas" o la nanotecnología (Rose, 2016, como se citó en Escudero Nahón, 2018, p.1)

Factores como la globalización y la velocidad de innovación, han dado el contexto ideal o caldo de cultivo para que la convergencia de dichas tecnologías impacte de manera casi simultánea e inadvertida al mundo entero. Ahora bien, es de considerarse que este cambio es, por mucho, abrupto y representa grandes retos para todas las naciones del globo; algunas de las cuales aún se encuentran en desarrollo.

A consideración de Basco y otros:

> La Cuarta Revolución Industrial que comienza a irrumpir en el escenario de América Latina, convive con transiciones ambiguas y no pocas veces contradictorias (...) El surgimiento de la inteligencia artificial constituye un nuevo factor de producción, al crear una realidad ciber-física de trabajo virtual, en parte humano, en parte desarrollado por máquinas inteligentes, que merced a la capacidad de análisis algorítmico cada vez más sofisticada y al desplazamiento de trillones de datos a súper velocidad, permiten un aprendizaje y autoaprendizaje excapítulol. Asistimos en dicho contexto a la posibilidad de incrementar la productividad regional, sin dejar de apreciar el surgimiento de una reconfiguración de las clásicas cadenas globales de valor (el offshoring da paso al reshoring, por caso) en las cuales de la mano de la inteligencia artificial irrumpen modalidades tecnológicas igualmente disruptivas, como la internet de las cosas, la biología sintética y la fabricación aditiva y 3D, que hacen implosionar las distinciones rígidas entre bienes y servicios y convocan a reinventar las reglas básicas del comercio mundial. (Basco et al, 2018, p. 8)

Tomando como base lo anteriormente citado, la irrupción de la Cuarta Revolución Industria o la Revolución 4.0, en el contexto latinoamericano dentro del cual, sin excepción, también se ubica Colombia, no solo trae consigo la reinvención de las reglas básicas del comercio mundial o local, sino también la construcción o reconstrucción de las normas jurídicas aplicables a las relaciones comerciales entre personas naturales que, en el contexto de esta y con el fin de satisfacer sus necesidades, han dado vida a nuevas relaciones contractuales no antes regladas por el ordenamiento o estructura jurídica vigente.

La creación de estas nuevas relaciones contractuales pone en evidencia que aun cuando el derecho propende por el cumplimiento de su función reguladora, ordenando y creando preceptos generales aplicables a determinadas situaciones hipotéticas, la realidad social y las tecnologías van un paso adelante; respondiendo a las dificultades que trae consigo el contexto actual, como es el caso del contrato de administración de portafolio de terceros por particulares.

Es así como la investigación propuesta busca determinar ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato de administración de portafolio de inversión terceros por particulares en el ordenamiento jurídico colombiano? Para ello, se propone clasificar el contrato de administración de portafolio de terceros por particulares en el ordenamiento jurídico colombiano, construir su concepto, identificar sus elementos esenciales y proponer un modelo estándar del mismo. Se expondrá en un primer momento los actos jurídicos que dieron base a la construcción de este nuevo concepto para así poder desarrollar la definición, elementos y características del contrato objeto de investigación.

Lo anterior, a través de una metodología de revisión documental con base en las siguientes fuentes primarias y secundarias: normatividad, jurisprudencia, literatura gris y entrevistas a gestores de capital e inversores; cabe resaltar que la investigación se encuentra en curso.

1. CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE PORTAFOLIO DE TERCEROS - APT

En el estudio de un contrato, se analizan diferentes aspectos que le otorgan una clasificación específica y lo diferencia de los demás actos jurídicos contemplados tanto en el ordenamiento jurídico como en la práctica social. Sin embargo, cabe recordar que de mera genérica "para que el contrato sea vinculante para las partes, tiene que celebrarse conforme a las previsiones legales: cumpliendo los requisitos de validez, como que los contratantes sean capaces, que su consentimiento se encuentre exento de vicios, que éste recaiga sobre un objeto lícito y que haya sido motivado por una causa lícita" (Rocha, 2009)

"El Project Management Institute (PMI, 2006) define la administración de portafolios como la evaluación, selección, administración y control de un conjunto o combinación de activos financieros denominado portafolio de inversión, para el cumplimiento de un objetivo determinado." (AMV, 2018) Para el caso particular, además de cumplir con aquellos requisitos de validez de todas las relaciones contractuales, a saber: acuerdo de voluntades, capacidad de las partes, causa lícita y objeto lícito; a través del decreto 2555 del 2010 se regula los elementos esenciales que debe contener el contrato para su conformación, es decir aquellos que de manera obligatoria deben presentarse con perjuicio de que sin estos el contrato derive en uno diferente.

a. Las partes

El presupuesto legal determina unas características subjetivas a quienes desean realizar un contrato de administración de portafolio de terceros.

Se encuentra por un lado la sociedad comisionista de bolsa quién será la receptora de los activos a administrar. Estas son definidas por la Bolsa de Valores de Colombia (BVC) como sociedades anónimas cuyo único objeto es la comisión para la compraventa de valores en la Bolsa de la cual son miembros; realizarán su actividad por medio de pro-

fesionales especializados llamados comisionistas, quienes realizarán en nombre de un tercero las negociaciones de compraventa de títulos y estarán bajo el control de la Superintendencia Financiera y el Autorregulador del Mercado de Valores.

Dentro de la relación contractual, en consecuencia, a su carácter de expertos estas sociedades deberán cumplir con unas obligaciones taxativas que se enlistan de la siguiente manera en el Decreto 2555 de 2010

> Artículo 2.9.7.1.10 Obligaciones de la Sociedad Comisionista de Bolsa. La Sociedad Comisionista de Bolsa en su calidad de administradora de un portafolio de terceros deberá cumplir las siguientes obligaciones:

a) Administrar el portafolio con la diligencia que le corresponde en su carácter de profesional en la actividad, observando para el efecto los lineamientos y objetivos definidos por el cliente en el respectivo contrato de administración;

b) Contar con mecanismos que permitan identificar, medir, controlar, gestionar y administrar los riesgos asociados al portafolio que administra;

c) Mantener actualizada y separada de cualquier otro, la documentación e información relativa a las operaciones de cada portafolio de terceros que administre;

d) Cobrar oportunamente los dividendos, capital, intereses o cualquier rendimiento de los activos del portafolio que esté administrando;

e) Asegurar el mantenimiento de la reserva de la información que conozca con ocasión de la actividad de administración de portafolios de terceros, y adoptar políticas, procedimientos y mecanismos para evitar el uso indebido de información privilegiada o reservada relacionada con los portafolios de terceros administrados, sus activos, estrategias, negocios y operaciones, sin perjuicio del cumplimiento de los deberes de información a la Superintendencia Financiera de Colombia.

f) Adoptar medidas de control y reglas de conducta necesarias, apropiadas y suficientes, que se orienten a evitar que los portafolios de terceros administrados puedan ser utilizados como instrumentos para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dineros u otros bienes provenientes de actividades ilícitas, para dar apariencia de legalidad a las actividades ilícitas o a las transacciones y recursos vinculados con las mismas;

g) Llevar la contabilidad o información para la supervisión de cada portafolio de terceros administrado, de manera separada de la que corresponde a la Sociedad Comisionista de Bolsa, a cualquier otro portafolio o los fondos de inversión colectiva que administre, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2420 de 2015 y las normas que lo modifiquen o adicionen;

h) Identificar, controlar y gestionar las situaciones generadoras de conflictos de interés que se presenten en el ejercicio de la administración de portafolios de terceros;

i) Entregar oportunamente a la Superintendencia Financiera de Colombia y a los organismos de autorregulación la información que requieran para el cumplimiento de sus funciones;

j) Ejercer supervisión permanente sobre el personal vinculado a la administración de los portafolios de terceros administrados;

k) Cumplir a cabalidad con los demás aspectos necesarios para la adecuada administración de los portafolios de terceros administrados

Por otra parte, se encuentra la persona que entrega los activos para ser administrados, con el propósito de cumplir un objetivo específico. La persona interesada está obligada a entregar y comunicar la información pertinente para el estudio que de su situación económica realiza la sociedad comisionista con el fin de seleccionar un plan y ruta de acción adecuada para sus necesidades. "Para determinar cuál es el producto y el enfoque de portafolio que mejor se adecúa al cliente se deben tener en cuenta sus objetivos, situación financiera, horizonte de inversión, así como el nivel de tolerancia al riesgo y establecer que dichas variables sean concordantes." (AMV, 2018)

b. Objetivo

El propósito del contrato es en esencia la administración de un portafolio de servicios, la cual será realizada por personas calificadas quienes manejaran la inversión según su criterio y experticia pero, teniendo siempre presente los lineamientos y propósitos dispuestos por la parte inversionista.

c. Objeto

Los bienes que podrían ser materia contractual serán activos pertenecientes a un portafolio de servicios. Estos activos, aun cuando estarán en manos de la sociedad comisionista para su administración no ingresarán al patrimonio de la misma, creando un patrimonio autónomo que estará protegido de los acreedores de la sociedad. Cabe señalar que estará prohibido celebrar este tipo de contratos con portafolios que pertenezcan a más de una persona.

Los activos que conforman los portafolios a administrar, acorde al artículo 2.9.7.1.1 del decreto 2555 de 2010 podrán ser

- Valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE), el cual tiene por objeto inscribir las clases y tipos de valores, como de sus emisores, siendo esto un requisito para aquellas entidades que deseen ofertar públicamente sus valores o que los mismo se negocien en un sistema de negociación.

- Participación del fondo de inversiones de una colectiva local. Estos fondos son un mecanismo de ahorro e inversión que son administrados por sociedades fiduciarias, sociedades comisionistas de bolsa o sociedades administradoras de inversión, con el propósito de invertir recursos de varias personas en un portafolio.
- Valores extranjeros listados en un sistema de cotización de valores extranjeros por medio de las sociedades comisionistas de bolsa o mediante acuerdos o convenios de integración de bolsa de valores y aquellos cuya oferta pública autorizada en el exterior haya sido reconocida en los términos del Decreto 2555 de 2010. "Se entiende por valores extranjeros, todos aquellos que hayan sido emitidos fuera del país por emisores nacionales o extranjeros bajo la regulación de un país extranjero, siempre y cuando gocen del reconocimiento a que se refiere el Decreto 2555 y se enmarquen dentro del concepto establecido en la Ley 964 de 2005" (BVC)
- Divisas e instrumentos financieros derivados. Los instrumentos financieros derivados son acuerdos de compra o venta de un activo determinado, en una fecha futura específica y a un precio definido.
- Dinero en efectivo.

Cabe considerar, por otra parte, los elementos de carácter natural, es decir aquellos inherentes al contrato y que, al igual que los esenciales, sin su existencia puede generar una relación contractual distinta a la esperada. Se tiene entonces aspectos como el valor del monto en dinero y/o activos que serán objeto del portafolio, el objetivo y propósito que se busca con el contrato, las instrucciones y lineamientos de manejo para el cumplimiento de dicho objetivo, las operaciones que van a realizarse a lo largo de la relación contractual, la periodicidad y forma de retiro de las ganancias provenientes del manejo del portafolio, el valor y forma de pago de la comisión por parte de la sociedad y, el procedimiento y plazo para la liquidación del portafolio.

Por último, luego de identificar los elementos y definir lo que es el contrato de administración de portafolio de terceros es importante señalar su función económica dentro de una sociedad como la nuestra "donde se halla en pleno florecimiento el liberalismo económico y jurídico" (Rocha, 2009)

En ese contexto, el dinero, su circulación y emisión son parte fundamental del desarrollo social y económico de una sociedad. "En las diferentes actividades que se desarrollan alrededor del mundo con dinero, bonos, acciones, opciones u otro tipo de herramientas financieras, existen organizaciones o instituciones que se encargan de actuar como intermediarias entre las diferentes personas u organizaciones que realizan estos movimientos, negocios o transacciones" (Baena & Hoyos, 2016) el conjunto de estas instituciones u organizaciones conforman el sistema financiero.

"El mercado de capitales es un componente necesario de dicho sistema, que complementa el canal de crédito intermediado y potencia la competencia, al otorgar mecanismos alternativos de financiación para firmas y proyectos y opciones de inversión atractivas, que se pueden ajustar de manera adecuada a los niveles de riesgo y retorno de los inversionistas" (Salamanca, 2019) El crecimiento de este mercado es consecuencia de las diferentes herramientas y alternativas, como la administración de portafolio de terceros que permite a las personas interesadas invertir de manera segura por medio de entidades vigiladas y a través de expertos.

2. TRADING

En los últimos años, a la par del avance del mercado tecnológico, el boom de las aplicaciones, las criptomonedas y la participación activa en las bolsas de valores se ha visto el surgimiento de la figura del trading como una opción rápida para hacer parte del mercado bursátil a través de aplicativos móviles o webs y sin necesidad de intervención de terceros.

A grandes rasgos, el trading es la acción de "comprar y vender acciones, divisas, etc. en el mercado financiero" (Cambridge Dictionary) con la particularidad de no necesitar intervención de un tercero experto, "es una alternativa para los inversionistas que quieren negociar de manera independiente, desde cualquier lugar y en cualquier momento, sin la necesidad que un asesor financiero realice las operaciones por ellos." (BVC) La característica principal de esta actividad es pues, la autonomía de invertir a nombre propio.

Sin embargo el mercado ha sido testigo de la incursión de un estilo de trading que contraria esta cualidad de inversión a nombre propio, donde a través de contratos, generalmente verbales, una persona natural recibe el dinero de otro con el objeto de invertir y generar ganancias para este último a cambio de una comisión determinada por las partes intervinientes.

Al revisar la legislación y regulación vigente, en Colombia no existe nada que regule, o siquiera nombre esta actividad específica. Y es que si bien tiene elementos tanto del trading como del contrato de administración de portafolio de terceros, no encaja en su totalidad con ninguno de los dos actos jurídicos, creando así un contrato atípico en nuestro ordenamiento jurídico.

3. CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE PORTAFOLIO DE TERCEROS POR PARTICULARES

La figura de atipicidad de los contratos surge como respuesta a la función del derecho en nuestra sociedad. El derecho "es un conjunto de normas que tienen como fin ordenar la vida del hombre en sociedad para lograr el bien común de todos y cada uno de sus miembros. Éste se encuentra contenido en un ordenamiento jurídico, el cual debe conformarse

en parte por el derecho natural y en parte por el derecho positivo, en tanto que el primero establece los principios básicos y fundamentales que deben informar al segundo quien se encarga de positivizarlos en una norma escrita." (Valenzuela, 2015)

Bajo este precepto y función, "el mundo de lo jurídico debe obedecer necesariamente, so pena de invalidez material, del mundo de la realidad social y económica" (Arrubla, 2015) es por eso que si bien no puede existir una regulación específica para cada una de las nuevas figuras contractuales creadas a partir de las necesidades de las personas, el reconocer la posibilidad de que existan le brinda al derecho una característica dinámica que le permite adaptarse al perpetuo movimiento de las relaciones sociales, las cuales se ven afectadas por los constantes cambios y avances sociales, culturales, económicos, políticos y tecnológicos como lo es la revolución 4.0.

En nuestra legislación encontramos, por un lado, los contratos típicos, que hacen referencia, pues, a la existencia clara y particular de una relación contractual dentro del ordenamiento jurídico, reconociendo fuentes, elementos, partes, obligaciones y responsabilidades que constituyen determinada relación.

"Desde un punto de vista genérico, el concepto de tipicidad denota, en el ámbito del Derecho, aquella particular forma de regular ciertas situaciones generales a través de "tipos", los cuales no son otra cosa que conductas y fenómenos sociales individualizados en preceptos jurídicos, por medio de un conjunto de datos y elementos particulares, que brindan una noción abstracta de dichas realidades, todo ello con miras a facilitar un proceso de adecuación de un hecho o comportamiento de la vida, al modelo normativo que indeterminadamente lo describe, con el fin de atribuirle los efectos allí previstos. De manera que la tipicidad, cumple dos funciones significativas: [por] un lado, la de individualizar los comportamientos humanos y, [por] otro, la de especificarlos y reglarlos jurídicamente." (Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de septiembre de 2007, expediente 11001-31-03-027-2000-00528-01)

Contrario a esto, encontramos lo que se denomina doctrinalmente los contratos atípicos, aquellos que no cumplen con un precepto jurídico, por lo que no hay una regulación frente a los fenómenos sociales y los elementos particulares que engloban dicha relación contractual. Para Arrubla (2015) "el contrato atípico es el motor que impide la fosilización del derecho, lo pone en continuo movimiento; las clásicas figuras romanistas mutan y se transforman con el paso del tiempo, dando lugar a otras figuras contractuales acordes con las nuevas necesidades del tráfico económico."

Reconocer la existencia de este tipo de contratos, no exime al legislador de su labor de regulación de las relaciones contractuales, pues la seguridad jurídica que ofrece la tipificación de los contratos va más allá de contar con un nombre, le permite a las partes pactantes tener certeza del cumplimiento efectivo de los acuerdos, así como respuesta a las posibles contingencias que puedan existir en el transcurso de la relación contractuales,

creando regímenes de responsabilidad y dando herramientas jurídicas para la protección y exigencia de las obligaciones creadas.

En respuesta a esa necesidad de regulación la presente investigación pretende clasificar y determinar la naturaleza jurídica de esta nueva figura contractual que surge con elementos de dos actos jurídicos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico pero sin encajar en ninguno de ellos.

a. Concepto

La construcción de un concepto presupone la identificación e individualización de aquello que se define con este. Para crear el concepto de este nuevo contrato se parte del APT, que nos da el elemento teleológico del contrato, el cual es administrar activos a favor de un tercero; y así mismo se toman elementos del trading como herramienta a utilizar para desarrollar la actividad comercial.

Como resultado encontramos que la administración de portafolio de terceros por particulares es un contrato en el cual una persona natural, denominada gestor de capital, se obliga para con otra, denominada inversor, a operar, con dinero de esta última, vendiendo y comprando instrumentos financieros gestionando en pro de tener una rentabilidad a través de plataformas virtuales, como los brokers, a cambio de una comisión porcentual de las ganancias obtenidas por determinada gestión.

b. Elementos esenciales

Como ya se ha mencionado previamente, los contratos deben cumplir con elementos esencial genéricos para todas las relaciones contractuales como lo son la voluntad de las partes, su capacidad, el objeto y la causa lícita. Conjuntamente encontramos elementos esenciales correspondientes para cada tipo contractual

i. Partes

Las partes contractuales, a diferencia del APT, serán personas naturales. Ningún de ellas deberá tener carácter de experticia en el desarrollo de actividades de trading por medio de plataformas y aplicativas digitales, sin embargo quien desarrolle el papel de gestor de capital deberá contar con los conocimientos mínimos necesarios para la comprensión y manejo de estas, así como del mercado de capitales, el manejo de acciones y demás conceptos, herramientas y elementos que se presentan en el transcurso de la realización de esta actividad.

ii. Obligaciones

Además de las obligaciones que resultan de la etapa precontractual y contractual del contrato como el deber de lealtad, información y el cumplimiento del deber de actuar de buena fe, las partes se verán obligadas a

- GESTOR DE CAPITAL: Administrar con diligencia el capital dispuesto para la administración haciendo uso de las herramientas necesarias para identificar los riesgos, de igual manera llevará de manera diligente la contabilidad y registro de las operaciones que se realicen en el transcurso de la relación contractual, dichos datos tendrán el trato de aquellos que contempla la ley 1266 de 2008.

  Como consecuencias de la actividad mercantil que representan las actividades bancarias o de bolsa según el Código de comercio, deberá contar con el registro mercantil y cumplir con todas las obligaciones que nacen de su calidad de comerciante.

- INVERSOR(A): será obligación de la parte inversora entregar el capital objeto del contrato.

iii. Objetivo

El contrato será realizado con el fin de generar ganancias derivadas de las operaciones financieras y la administración realizada por parte del gestor financiero, quien a pesar de no contar con la experticia que tendría un comisionista de bolsa, trabajará con la diligencia y responsabilidad que este tipo de actividades requiere.

iv. Objeto

Como objeto contractual el activo que se recibirá para administración será exclusivamente dinero en la moneda corriente. Si para el desarrollo de la actividad es necesario convertir el monto a moneda extranjera, los libros contables deberán llevar el registro de manera simultánea y al momento de hacer los retiros y la liquidación misma de la relación contractual se entregará el dinero en moneda corriente junto con los balances y contabilidad.

c. CLASIFICACIÓN

La clasificación de los contratos permite identificar la relación contractual y ubicar ésta dentro del ordenamiento jurídico. El código civil clasifica los contratos

ARTÍCULO 1496. CONTRATO UNILATERAL Y BILATERAL. El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

ARTÍCULO 1497. CONTRATO GRATUITO Y ONEROSO. El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

ARTÍCULO 1498. CONTRATO CONMUTATIVO Y ALEATORIO. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se

> mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.
>
> ARTÍCULO 1499. CONTRATO PRINCIPAL Y ACCESORIO. El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.
>
> ARTÍCULO 1500. CONTRATO REAL, SOLEMNE Y CONSENSUAL. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

Conforme a lo anterior el contrato de administración de portafolio de terceros por particulares podría clasificar como un contrato

- Bilateral, existiendo obligaciones para las dos partes contratantes
- Oneroso, representando utilidad para ambas partes
- Aleatorio, en el entendido de existir la posibilidad de tener ganancias o pérdidas en el transcurso de la relación contractual
- Principal, al no necesitar de un contrato anterior para su existencia
- Consensual al perfeccionarse por el simple acuerdo de voluntades

Además, hablando del derecho y/o normatividad aplicable a la relación contractual que se gesta a partir del contrato se puede decir que este es un contrato de tipo comercial, entendiendo que la intención de su constitución es la de crear y aumentar el patrimonio de las partes más allá de las necesidades básicas de supervivencia, lo que encaja con la definición de contrato dada por el código de comercio en su artículo 864

> "El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta." (Subrayado fuera del texto)

Por último, para clasificar este contrato es importante entender que aun cuando la actividad por medio de la cual se ejecuta el contrato involucra la administración de bienes y activos financieros no hará parte de los contratos financieros o bursátiles, pues para estos "es necesario como característica especial de los contratos que se celebren con entidades financieras y con las entidades bursátiles partir de su carácter intuito personae." (Echeverry, 2019)

CONCLUSIONES

En conclusión, el derecho debe entender el contrato de administración de portafolio de terceros por particulares como aquel en que una persona natural denominada gestor de capital se obliga para con otra llamada inversor(a) a operar con dinero de la última comprando y vendiendo instrumentos financieros gestionando n pro de tener una rentabilidad a través de plataformas virtuales como los brokers.

A difería del contrato de administración de portafolio de terceros - ATP, este contrato atípico será realizado por personas naturales, sin requisito de experticia en el manejo del mercado de capital y su objeto contractual, es decir el activo a administrar, será exclusivamente dinero; así mismo no contará con la denominación de contrato bancario o financiero sino meramente comercial.

Para finalizar, es importante señalar como este tipo de investigación expone el constante desarrollo social y económico y el impacto que esto trae en la ciencia el derecho. Es necesario que, los legisladores en cumplimiento de funciones se ocupen de tipificar y dotar de una regulación clara a estas nuevas relaciones jurídicas que surgen de la inevitable evolución de la sociedad.

REFERENCIAS

Arrubla Paucar, J. A. (2015) *Contratos mercantiles. Contratos atípicos.* (8.a ed). Legis.

Asobancaria. (2019). *Caracterización del Mercado de Capitales Colombiano: Una perspectiva Integral.* https://www.asobancaria.com/wp-content/uploads/dig-libro-mercado-de-capitales-colombiano-completo-14-de-agosto.pdf

Basco, A. I. Beliz, G. Coatz, D. Garnero, P. (2018). INDUSTRIA 4.0 *Fabricando el Futuro. Banco Interamericano de Desarrollo.* https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Industria-40-Fabricando-el-Futuro.pdf

Bolsa de Valores de Colombia [BVC]. (s.f). https://www.bvc.com.co/pps/tibco/portalbvc/Home/Mercados/descripciongeneral/derivados?action=dummy

Bolsa de Valores de Colombia [BVC]. (s.f). *Mercado Global Colombiano: Gerencia de Mercado de Renta Variable.* https://www.bvc.com.co/pps/tibco/portalbvc/Home/Mercado+Global/Guia_MGC?com.tibco.ps.pagesvc.action=updateRenderState&rp.currentDocumentID=5ca02db5_13fcf8a69f5_-30e50a0a600b&rp.revisionNumber=2&rp.attachmentPropertyName=Attachment&com.tibco.ps.pagesvc.targetPage=1f9a1c33_132040fa022_-78750a0a600b&com.tibco.ps.pagesvc.mode=resource&rp.redirectPage=1f9a1c33_132040fa022_-787e0a0a600b

Bolsa de Valores de Colombia. (s.f.) *¿Sabes qué es el E-training?* https://elvalordecolombia.com/c/sabes-que-es-el-e-trading

Cambridge University. (2021). *Cambridge Dictionary. Cambridge University Press.* https://dictionary.cambridge.org/es-LA/

Cárdenas, M. (2013). *Introducción a la Economía Colombiana* (3.a ed). Alfaomega.

Código Civil [C.C]. (1873). (44.a ed.). Legis.

Código de Comercio [C.COM]. (1971). (44.a ed.). Legis.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (25 de septiembre de 2007). 11001-31-03-027-2000-00528-01[M.P: Jaramillo Jaramillo, C. I.].

Echeverry Botero, D. A. (2019). *Sistema financiero y bursátil.* https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/235016-Sistema_Financiero.pdf

Forbes Staff. (30 de octubre de 2020). *Colombia es el país más desigual de toda América Latina.* https://forbes.co/2020/10/30/economia-y-finanzas/colombia-es-el-pais-mas-desigual-de-toda-america-latina/

PORTAFOLIO. (10 de junio de 2019). *Lo que debe ganar para estar en la clase alta del país.* Portafolio. https://www.portafolio.co/economia/asi-es-la-riqueza-de-los-colombianos-528116

Rocha Alvira, A. (2009). *Lecciones sobre derecho civil obligaciones de Antonio Rocha Alvira.* https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/lecciones-sobre-derecho-civil-uros.pdf

Schwab, K. (2015). *La Cuarta Revolución Industrial.* World Economic Forum.

Scotiabanck. (s.f). *El Sistema Financiero ¿Qué tanto lo conoces?* https://www.scotiabankcolpatria.com/educacion-financiera/sistema-financiero

Suescun, A. (1998). *Derecho y Sociedad en la historia de Colombia* - Tomo I. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

COMERCIO ELECTRÓNICO, DESARROLLO NORMATIVO Y PERSPECTIVA EN EL DERECHO DEL CONSUMO[33]

Andrea Carolina Pérez Forero[34]

RESUMEN

Dadas las condiciones de vida que con ocasión del COVID-19 fueron drásticamente modificadas y puntualmente restringidas, al menos en lo que a la libertad de locomoción respecta (entre otras) el comercio electrónico recobró una especial relevancia, consolidándose como la principal herramienta de comercialización de productos que coadyuva en la implementación de las medidas de salud pública tendientes a reducir interacciones por fuera del hogar. Es una alternativa cuyo uso hoy por hoy resulta cada vez más frecuente en la medida en que se ha ido intensificando el contagio de la enfermedad; y aunque si bien es cierto no todo el comercio tradicional muda o se transforma a esta forma electrónica o virtual, se espera que con el paso del tiempo se convierta en una tendencia en las relaciones de consumo que una vez la hagan practica reiterada difícilmente retornaran al desuso de esta herramienta que seguramente tendrá junto con los medios tradicionales, una mayor ejecución después de la pandemia. Así las cosas, a partir de un estudio de revisión deductivo con enfoque cualitativo, se tiene como propósito dilucidar la noción de comercio electrónico mostrando el desarrollo normativo que ha venido regulando y ampliando el concepto, destacando el derecho de retracto como una de las principales garantías previstas para quienes son parte en este entorno y por ende sujetos de protección a la luz del derecho del consumo.

PALABRAS CLAVE: Comercio electrónico, derecho del consumo, consumidor, retracto, garantías.

---

33 El presente trabajo constituye el soporte escrito de la ponencia presentada en el II Encuentro Nacional de Investigación Jurídica y Sociojurídica, producto derivado del proyecto de investigación INV-DER-3199 denominado "El consumidor de comercio electrónico y su régimen de protección" financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada (Vigencia 2020).

34 Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Investigadora vinculada al grupo de Derecho Privado en la línea de Derecho Económico y de los Negocios adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Abogada Magna Cum Laude de la Universidad Militar Nueva Granada (Colombia). Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Contractual y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: andrea.perez@unimilitar.edu.co. ORCID Id: https://orcid.org/00000002-7163-8365. En citación: AC Pérez Forero.

ELECTRONIC COMMERCE, REGULATORY DEVELOPMENT AND PERSPECTIVE ON CONSUMER LAW

ABSTRACT

Given the living conditions that were drastically modified and occasionally restricted on the occasion of COVID-19, at least as far as freedom of movement is concerned (among others), electronic commerce recovered a special relevance, consolidating itself as the main marketing tool of products that contribute to the implementation of public health measures aimed at reducing interactions outside the home. It is an alternative whose use today is increasingly frequent as the contagion of the disease has intensified; And although it is true that not all traditional commerce changes or transforms to this electronic or virtual form, it is expected that with the passage of time it will become a trend in consumer relations that once they make it a repeated practice, they will hardly return to the market. Disuse of this tool that will surely have, together with traditional media, greater implementation after the pandemic. Thus, from a deductive review study with a qualitative approach, the purpose is to elucidate the notion of electronic commerce by showing the normative development that has been regulating and expanding the concept, highlighting the right of withdrawal as one of the main guarantees. provided for those who are part of this environment and therefore subject to protection in light of consumer law.

KEYWORDS: Electronic commerce, consumer law, consumer, retraction, guarantee.

INTRODUCCIÓN

Sin duda, el comercio electrónico configura uno de los escenarios más importantes en el proceso de adquisición y venta de un producto (bien o servicio) que día tras día cobra mayor relevancia por el dinamismo con el que las mismas condiciones de vida hacen que sea más imperativo su uso.

Ello ha implicado un reto importante para las empresas de comercio electrónico y las autoridades que las regulan, fundado principalmente en lograr generar la suficiente confianza en el uso de los canales digitales para la consolidación de las distintas transacciones que emanan de las relaciones de consumo, de ahí que especialmente para este momento se haga necesario retomar con mayor énfasis todas las regulaciones inherentes a esta actividad que, desde el plano jurídico, promueven buenas prácticas a partir de las que se garantizan los derechos de los consumidores de mano con la satisfacción de sus transacciones.

En ese orden de ideas y a manera de contextualización, es preciso mencionar la Ley 527 de 1999 que siendo de vieja data es la que regula el tema del Comercio Electrónico en Colombia, sin embargo y en atención al estudio de la misma se identifica como está se queda corta en

la regulación que sobre el particular ofrece, al remitirnos sobre todo a normas de carácter procesal (regulaciones de índole probatorio, alusión a la equivalencia de los mensajes de datos con otro tipo de documentos y su validez, entre otras) dejando de lado la parte sustancial de la que poco o nada refiere; siendo entonces necesario acudir a la Ley 1480 de 2011 como punto de partida al que por remisión acudimos para determinar la regulación de las relaciones de consumo que surgen con ocasión de las prácticas propias de ese comercio electrónico.

De ahí la importancia de este estudio que a partir de una metodología deductiva con enfoque cualitativo, tiene como punto de partida dilucidar la noción de comercio electrónico mostrando a la par el desarrollo normativo que ha venido acompañando y ampliando el concepto, precisando en quienes son parte en este entorno y por ende sujetos de protección de las normas referidas.

CONTEXTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMO

Inicialmente es necesario abordar el concepto de comercio electrónico o e-commerce (en inglés) y adentrarse en el entorno de las plataformas digitales para entender las dinámicas regulatorias de este sector del mercado, puntualmente en lo que refiere a la compra y venta de productos por Internet y la relación que se genera entre usurarios, proveedores y medios a través de los que se desarrollan y promueven la comercialización de estos bienes o servicios, como es el caso de los llamados Marketplace[35].

Conforme a lo expuesto por la Conferencia de las Naciones Unidas (1999) citada por la Comisión Reguladora de Comunicaciones (CRC, 2017) el comercio electrónico:

> (…) consiste en la compra y venta de productos, o de servicios, a través de medios electrónicos, principalmente Internet y otras redes de datos.
>
> Adicionalmente, el comercio electrónico, basado en las mejoras tecnológicas de las Tecnologías de la Información y la Comunicación - TIC, facilita el comercio, ya que reduce los costos de transacción, provee información a los participantes, incrementa el acceso a una mayor cantidad de bienes y servicios, lo que conlleva a ganancias en eficiencia y aumento del bienestar para el conjunto de la economía1. En este sentido, desde mediados de los años 90 se ha considerado al comercio electrónico como un "motor potencial de crecimiento económico" (pp. 10).

35 Ver más en el portal de asuntos legales (2019), que lo define como: un tipo de sitio de comercio electrónico, una plataforma digital donde múltiples terceros proveedores ofrecen y venden sus productos, mientras que las transacciones son procesadas por el operador de la plataforma. En términos simples, el marketplace en comercio electrónico, es equivalente a un centro comercial del mundo offline. Amazon, Mercadolibre o Linio son ejemplos de marketplaces.

En el mismo sentido varios autores lo definen como la realización de transacciones comerciales a través de un medio de comunicación electrónico (Carrillo, 2010, pp. 112) y complementan calificándolo como:

> (...) Cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basado en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como Internet, con lo cual se incluye la compraventa, considerada en sí, y el conjunto de actividades previas a las mismas como la publicidad, la búsqueda de información, las ofertas, la contratación previa, etcétera. (Monsalve, 2015, pp. 21)

En este orden de ideas el comercio electrónico que depende de las tecnologías de la Información, impacta directamente en diferentes ámbitos de la vida humana (Oropeza, 2018) y de manera puntual, en las distintas ramas del derecho.

A nivel nacional, la Ley 527 de 1999 *"Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones" establece en el literal b) de su artículo 2°:*

> …b) Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera;

De acuerdo a esta definición se reafirma que el comercio electrónico comprende cualquier tipo de operación comercial que tenga lugar a través del intercambio de mensaje de datos en un medio digital o virtual con el propósito de adquirir o enajenar bienes o servicios, incluyendo cualquier tipo de acuerdo de distribución, operación de representación o mandato comercial y de manera particular las operaciones propias de los mercados de valores y hasta de construcción de obras. Ahora bien, es de anotar que esta forma de comercialización requiere de un medio a partir del que pueda materializarse, lo que se define como "todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos" (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2017, pp. 163)

Conforme a lo descrito por el profesor Rincón (2006) en los primeros albores de la discusión jurídica sobre los presupuestos fundamentales para la elaboración de normas en el ámbito del comercio electrónico, se establecieron las siguientes pautas:

- Las partes debían tener la mayor libertad para establecer la relación contractual que más les conviniera.
- Las normas debían ser tecnológicamente neutras y orientadas hacia el futuro, es decir, no debían convertirse en un obstáculo para el uso o creación de nuevas tecnologías.
- La modificación de normas vigentes o la adopción de nuevas normas solo debía hacerse cuando fuera necesario, para apoyar el uso de las nuevas tecnologías.
- En el proceso de creación de normas aplicadas a nuevas tecnologías debía participar el sector comercial de alta tecnología, así como las empresas o entidades gubernamentales que no se hubieran incorporado a las nuevas tecnologías y que requerirían de procesos de modernización, para reorientar sus procesos y organizaciones.

Por su parte el artículo 49 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) aborda el concepto del comercio electrónico de manera similar pero dentro de un ámbito un poco más restringido, pues lo delimita a la realización de actos, negocios y operaciones mercantiles donde estén involucrados, necesariamente consumidores y proveedores en la comercialización de bienes y servicios, dentro de los cuales se encuentran excluidos los sectores que cuentan con regulación especial y que por disposición del mismo Estatuto, tienen aplicación preferente (Pérez, 2013).

Y es precisamente a partir de lo consagrado en el Estatuto del Consumidor que es posible aseverar que, aunque en principio la noción con la que se identifica al consumidor pareciera ser una noción restrictiva, en el contexto del comercio electrónico resulta ser realmente amplía pues abarca el concepto de "destinatario final del servicio" como el prestado en la denominada sociedad de la información; lo que implica en últimas que ese destinatario reciba un grado más alto de protección (Sotillo Martí, 2005) brindado por la legislación especial y por el marco general que contempla el mismo Estatuto.

Dentro de ese régimen garante contemplado para el consumidor de comercio electrónico, cobra especial relevancia entre otros, el derecho que tiene a la información cuya percepción no puede predicarse con igualdad respecto a la transacción que es realizada por los medios tradicionales de adquisición de bienes o servicios, de ahí que incluso doctrinariamente se afirme que en este contexto de manera especial se debe procurar reforzar y subrayar el principio básico de consentimiento informado, procurando especialmente en la etapa precontractual (determinante para consolidar la transacción) facilitar al menos la información relativa a:

- El medio en el que se desarrollara la contratación
- Las circunstancias de contratación.
- El contenido del contrato.
- La existencia del derecho de desistimiento. (Sotillo Martí, 2005)

Lo anterior, sin desestimar la relevancia del mismo derecho (a la información) en la fase contractual e incluso poscontractual en la adquisición de un producto.

Ahora bien, sirve tener en cuenta que la misma Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC (2017) sostiene que las diversas relaciones de consumo se materializan bajo diferentes tipos de comercio electrónico, a saber:

TIPOLOGÍA	DESCRIPCIÓN
B2B	Consiste en el comercio electrónico que se realiza entre las empresas, es decir, de "empresa a empresa", ya sea entre un fabricante y un mayorista o entre un mayorista y un minorista. Este tipo de comercio puede ser abierto a todas las partes interesadas o limitado a un grupo de participantes en la cadena del valor de un producto. Existen diversas plataformas de B2B especializadas que generalmente proveen cadenas de valor específicas. Como ejemplo de estas se pueden destacar: Alibaba.com, ColombiaB2B, Indiamart, Carvajal Medios B2B.
B2C	Este tipo de comercio electrónico es el que se lleva a cabo entre las empresas y los consumidores. La transacción de compra se realiza electrónicamente y de forma interactiva. Algunos ejemplos de esta se pueden evidenciar en: Mercado libre, Despegar.com, Amazon, Alkosto,HiperAhorro, etc.
C2C	Este tipo de comercio electrónico es el que se da entre "consumidor a consumidor" por medio de una plataforma especializada o *marketplace* donde un consumidor pone a la venta un producto a otros consumidores. Ejemplo de este tipo de comercio, se puede ver con empresas como: Ebay, OLX, entre otras.
B2G	Consiste en un tipo específico de comercio B2B. En este caso el comprador es una entidad de gobierno. Este comercio comprende la comercialización de productos y/o servicios a diferentes entidades del gobierno. En este ámbito encontramos empresas como ChileCompra, Tienda virtual del Estado Colombiano, Colombia compra eficiente.

Nota: Cuadro basado en la información de Unión Temporal Roca Salvatella – Infométrika, citado por CRC (2017, p. 11).

Considerando lo anterior y de acuerdo a lo expuesto doctrinariamente sobre cada tipo, en resumen se pueden afirmar que: "B2B es la modalidad de comercio electrónico destinado al comercio de mayoreo caracterizado por el manejo de grandes volúmenes de mercancía, un mayor flujo de datos y enormes cantidades monetarias; por su parte en la modalidad B2C los precios son usualmente menores pero no son de mayoreo, su enfoque es la venta en menudeo; y en la modalidad B2G se aplican reglas de licitación por la calidad de las partes" (Rodríguez Ávila, 2003).

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO – DERECHO DE RETRACTO

Teniendo como punto de partida lo dispuesto en el Estatuto del Consumidor, vale la pena hacer especial énfasis en el artículo 49 y siguientes de esta norma que complementan lo expresado en la antes referida Ley 527/99, implementando entre otras, una serie de obligaciones en pro de los consumidores como lo muestra el artículo 50 literal a. que expone el aumento de las cargas informativas en favor del consumidor, lo que es relevante por cuanto a partir de ello se le permite al consumidor conocer entre otros, donde se encuentra la persona con la que va a contratar, aspecto de singular trascendencia cuando se materializa la posibilidad que se tiene de interactuar con empresas extranjeras, lo que representa un mayor riesgo para esa relación de consumo puntualmente cuando esas personas jurídicas no están constituidas o tienen una representación legal en Colombia, pues ante cualquier eventualidad con ocasión de un incumplimiento a estas normas o de cualquier otra situación que afecte los intereses del consumidor, no hay forma de que la autoridad colombiana la persiga, la investigue o la sancione; en esa medida es bastante útil ese deber que se pide a expendedores y proveedores.

Además del incremento en la carga informativa, que se reitera, está consagrada en beneficio de los consumidores con miras a proteger el consentimiento por estos expresado, los demás literales de esta norma evidencian el propósito para que se emitan soportes de esa relación de consumo (con la factura, el radicado o demás comprobantes de pago) cualquier medio que sirva para validar lo propio; adicionalmente al hecho de reafirmar la seguridad que se le debe dar al consumidor respecto a la protección de sus datos personales (en cumplimiento también de lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012 sobre el particular); todos ellos aspectos sumamente relevantes en este ámbito “virtual” o “electrónico” en términos de la norma que es más propenso o que deja más expuestos a los consumidores a la realización de fraudes.

Pero además de esta valiosa implementación, consagra el mencionado Estatuto del

Consumidor una importante herramienta para todo consumidor que es el denominado “derecho de retracto” que no es otra cosa que la posibilidad que tiene un consumidor para devolver el producto que adquirió cuando este no lleno sus expectativas conforme a lo ofertado, cabe resaltar que este no opera en todos los casos sino que es una alternativa que se da para cuando no se tuvo contacto directo con el producto antes de adquirirlo, a saber, ventas en las que se identifica una debilidad acentuada en cabeza del consumidor, lo que se da en las ventas telefónicas, por catálogo o en el escenario en comento del comercio electrónico en el que las expectativas con el producto se sustentan en la información (ya sea escrita o gráfica) que el vendedor realiza en su oferta, que no en pocas ocasiones dista de la realidad; siendo ese retracto la herramienta jurídica a través de la que se subsana lo que bien puede configurar un vicio del consentimiento, en la doctrina francesa lo que se denomina un “vicio de decepción” que deviene de esa insatisfacción generada a causa de que no se cumplió con la expectativa legítimamente esperada con el producto adquirido.

En estricto sentido es una potestad unilateral para que el consumidor termine el contrato sin justificación alguna teniendo como una única condición el hecho de que deba ejercerlo máximo dentro de los cinco contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en el caso de la prestación de servicios.

Además de esta condición temporal, el artículo 47 establece otras restricciones respecto a su aplicación:

1. En los contratos de prestación de servicios cuya prestación haya comenzado con el acuerdo del consumidor;
2. En los contratos de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el productor no pueda controlar;
3. En los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados;
4. En los contratos de suministro de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez; 5. En los contratos de servicios de apuestas y loterías;
6. En los contratos de adquisición de bienes perecederos;
7. En los contratos de adquisición de bienes de uso personal. (Artículo 47, Ley 1480 de 2011).

Restricciones que no impiden que este derecho sea una herramienta efectiva de protección al consentimiento del consumidor, que salvaguarda justamente la expresión de su voluntad permitiéndole deshacer el contrato si es que se arrepiente por cualquier causa que ni siquiera debe justificar, dentro del término previsto ya comentado de los cinco días (un término razonable) para consecuentemente tener derecho a que se le restituya el valor pagado sin penalidad, sanción o descuento alguno, teniendo el vendedor la obligación de devolverlo de manera integra dentro de los treinta días calendario siguientes a su ejercicio.

Y está figura representa beneficios en doble vía, no solo está dada en pro del consumidor como inicialmente pareciera, por lo ya expuesto en cuanto a la protección que da a su consentimiento; sino también está dada en procura de soluciones prontas y efectivas propias de la practicidad de este tipo de relaciones, evitando situaciones contenciosas o litigiosas entre el consumidor y el vendedor, logrando la fluidez y dinamismos propios del comercio, haciendo de esta potestad unilateral un instrumento que al simplificar las consecuencias de una inconformidad en el consumidor reporta un “gana-gana” para las partes que intervienen en esa relación de consumo.

Para finalizar, sirve precisar que el retracto es apenas una de las garantías de vital importancia en este contexto de comercio electrónico más no la única prevista por el legislador en el referido Estatuto del Consumidor, que junto a este consagra figuras como la reversión del pago que a diferencia del derecho al retracto es producto de una falta de consentimiento o voluntad del

comprador, con ocasión de distintas causales que habilitan invocarla; lo propio con relación a la garantía legal, que configura una facultad del consumidor para exigir del producto adquirido la correspondencia con las condiciones técnicas y atributos de calidad, seguridad e idoneidad (así se trate de un producto usado). También y de manera específica en el caso del comercio electrónico, se tiene prevista la protección especial que los proveedores de servicios deben generar para los niños, niñas y adolescentes respecto de contenidos que puedan no ser aptos para ellos o que simplemente descarten su capacidad legal para adquirirlos, en tal sentido el artículo 52 del Estatuto al Consumidor contempla la necesidad de que se deje constancia de la autorización expresa de los padres cuando sea requerida para dichos fines.

Todo ello demuestra que en suma, se contemplan toda una serie de herramientas tendientes a garantizar los derechos de los consumidores antes, durante y después de consolidar la adquisición de productos en el contexto del comercio electrónico, determinando claramente la responsabilidad atribuible a productores y proveedores según sea el caso, blindando de toda afectación posible al consumidor, que especialmente en este ámbito expone aún más su vulnerabilidad, tornando el escenario electrónico o virtual en un espacio de confianza, viabilidad, eficiencia y seguridad que responde con acierto al dinamismo de las practicas mercantiles de nuestra sociedad, hoy día afectada por una pandemia que evidenció con mayor énfasis la necesidad y utilidad de este tipo de herramientas, consolidándolas como una imperiosa necesidad en el proceso de adquisición de bienes o servicios.

BIBLIOGRAFÍA

Arias Pou, M. (2006). *Manual práctico de comercio electrónico.* Las rozas, Madrid: la ley.

Barrientos Camus, F. (2013). *Una aproximación a la forma de incumplimiento que da lugar a la garantía legal en las ventas reguladas en la ley sobre protección de los derechos del consumidor.* Revista de derecho - universidad católica del norte.

Carrillo Velázquez, I. P. (2010). *El comercio electrónico en países en desarrollo: la planeación para el éxito del negocio*. Estudios económicos de desarrollo internacional, 10(2)

Comisión de regulación de comunicaciones. (2017). *El comercio electrónico en Colombia, análisis integral y perspectiva regulatoria*.

Fernández y Sánchez, (2015). *La importancia de la innovación en el comercio electrónico.* Universia business review, (47), 106-125. [fecha de consulta 24 de marzo de 2021].

Giraldo López, A. (2016). *Protección al consumidor en el comercio electrónico.* Revista foro derecho mercantil, (53), 7-23.

Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 de 2011.

Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. Agosto 21 de 1999.

Monsalve, V. (2015). *Análisis del contrato electrónico y la información pre y poscontractual en Colombia a propósito de la legislación comunitaria y extranjera.* Revista prolegómenos - derechos y valores. Volumen XVIII. Núm. 35, pp. 17-48.

Monsalve, V. (2017). *La protección de datos de carácter personal en los contratos electrónicos con consumidores: análisis de la legislación colombiana y de los principales referentes europeos.* Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Volumen XX. Núm. 39, pp. 163-195.

Organización Mundial del Comercio, (2013) *el comercio electrónico en los países en desarrollo* – oportunidades y retos para las pequeñas y medianas empresas. Ginebra: centro William Rappard.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2016). *Protección al Consumidor en el Comercio Electronico*. Disponible en: https://www.oecd.org/Internet/consumer/proteccion-al-consumidor-en-elcomercio-electronico.pdf

Oropeza, D., 2018. *La competencia económica en el comercio electrónico y su protección en el sistema jurídico mexicano.* 1st ed. Ciudad de Mexico.

Pérez Forero, AC. (2013). *Cláusulas abusivas y su regulación a la luz de la ley 1480 de 2011: ¿compatibilidad o dicotomía?* Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. Volumen XVI – Num. 32. Pp. 159 – 174.

Puentes Calvo, J. (2009). *Principios de seguridad en el comercio electrónico.* México: alfaomega.

Rincón Cárdenas, E. (2006). *Manual de derecho de comercio electrónico y de internet, Colombia: Centro Editorial Universidad del Rosario.*

Ríos Ruiz, A. (2014). *Análisis y perspectiva del comercio electrónico en méxico*, revista venezolana de información, tecnología y conocimiento, vol. 11, núm. 3, 97-121.

Rodríguez Ávila, E. R. (2003). *Tiendas y comunidades*. Comercio Electrónico Nacimiento y Desarrollo. Sección de Estudios de Posgrados e Investigación UPIICSA.

Rodríguez Acosta, *Los negocios realizados por internet, ¿cambian los paradigmas existentes?* Revista ius, vol. 12, núm. 41, 2018, enero-junio, pp. 71-85.

Sentencia c 1141 Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz (Corte Constitucional de Colombia 2000).

Sentencia c 209 Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez (Corte Constitucional de Colombia 2020).

Sobre Casas, R., & Cruz Ferrer, J. (2002). *Los contratos en el mercado eléctrico.* Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Sotillo Martí, A. (2005). *Protección de los consumidores en el comercio electrónico, régimen jurídico europeo y español.* Revista de la facultad de derecho, (24), pp. 185-199.

Superintendencia de Industria y Comercio delegatura protección de la competencia. Estudios de mercado comercio electrónico en colombia. Bogotá.

Villalba Cuellar, JC (2012). *Análisis de la ley 1480 de 2011, que reforma el Estatuto de Protección al consumidor en Colombia.* Revista de Derecho Principia Iuris. Volumen 17. Núm. 17, pp. 32 – 63.

LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO, RÉGIMEN ACTUAL Y NUEVOS DESAFÍOS[36]

Juan Carlos Villalba Cuéllar[37]

RESUMEN

El consumidor se encuentra protegido por las disposiciones del Estatuto del Consumidor y las normas reglamentarias que lo consideran como el eslabón vulnerable en las relaciones de consumo. Dentro de este ámbito, la adquisición de bienes y servicios para la satisfacción de necesidades propias del consumidor contemplan una serie de mecanismos de protección para ciertos contextos de contratación en que el consumidor se considera más vulnerable como el comercio electrónico. Esta ponencia analizará la forma en que las normas colombianas regulan el tema desde lo general hasta las especificidades que pueden plantear las obligaciones de los portales de contacto y la actividad de los influencers.

PALABRAS CLAVE: Consumidor, retracto, comercio electrónico, portales de contacto, influencers.

ABSTRACT

The consumer is protected by the provisions of the Consumer Statute and the regulatory norms that consider it as the vulnerable link in consumer relations. Within this scope, the acquisition of goods and services to satisfy the consumer's own needs includes a series of protection mechanisms for certain contracting contexts in which the consumer is considered more vulnerable, such as e-commerce. This presentation will analyze the way in which Colombian regulations scope the subject from the general to the specificities that the obligations of contact portals and the activity of influencers may pose.

KEY WORDS: Consumer, withdrawal, e-commerce, contact portals, influencers.

---

36 Ponencia resultado del proyecto de investigación INV-DER-3199 denominado "El consumidor de comercio electrónico y su régimen de protección" financiado por el fondo de investigaciones de la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada; correspondiente al Grupo de Derecho Privado del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la UMNG.

37 Abogado, docente e investigador, miembro de la línea en Derecho Económico y de los Negocios, grupo en Derecho Privado del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.Magíster LLM en Derecho francés, europeo e internacional de negocios de la Universidad Panthéon-Assas Paris II y el Instituto de Derecho Comparado de Paris (Francia). Especialista en docencia universitaria. juan.villalba@unimilitar.edu.co ORCID https://orcid.org/0000-0002-3592-9819.

INTRODUCCIÓN

El consumidor en el mundo contemporáneo interactúa de manera cotidiana en contextos digitales para diferentes finalidades, ya sea para establecer relaciones sociales, con finalidades de compra, con fines profesionales y en general se vuelve imperioso su ingreso a dichos ecosistemas para su necesario desarrollo personal. En ese orden de ideas la protección al consumidor en contextos de comercio electrónico y plataformas digitales implica un desafío importante para las autoridades nacionales en la medida que en dichos contextos las relaciones de comercio adquieren nuevos matices, por ejemplo, la dificultad de los consumidores para acceder a información suficiente, el temor a la debida preservación de los datos de los consumidores y también el denominado riesgo de decepción que implica la posibilidad de arrepentimiento del consumidor. Estas problemáticas son abordadas en la regulación de la protección al consumidor en normas que se encuentran ya vigentes de un tiempo atrás. No obstante, existen otro tipo de problemáticas que desde la perspectiva de la protección brindada desde el derecho del consumo no alcanzan a ser cobijadas por este marco normativo. El ámbito del comercio electrónico también abarca una serie de actividades complejas y simultaneas muchas de las cuales se encuentran reguladas, aunque en algunos casos dichas regulaciones se tornan insuficientes o desproporcionadas en consideración al rol difuso que pueden llegar a desempeñar los consumidores durante su interacción con las plataformas digitales, pues en un mismo instante pueden hacer de proveedores o prestadores de servicios gratuitos a cambio de suministrar datos personales. Además, algunos riesgos son latentes, la manipulación indebida de datos personales e incluso conductas de abuso de posición dominante en que incurren las empresas que dominan de forma casi monopólica en los ecosistemas digitales. De esta forma un sinnúmero de problemas para los consumidores se hacen palpables, desde el no respeto a derechos mínimos en comercio electrónico hasta conductas que son indetectables para los mismos consumidores como el perfilamiento por algoritmos. En ese orden de ideas esta ponencia busca abordar esa transición de contexto y el problema de la efectiva protección al consumidor en medios digitales. Primero examinaremos la protección tradicional al consumidor en comercio electrónico (A) y su aplicación en redes sociales y plataformas digitales, para luego ocuparnos de la protección dada por otras herramientas legales como el derecho de protección de datos personales y el derecho de la competencia y los puntos de entrecruce de estos temas con el derecho del consumo.

1. La protección por el derecho del consumo

El derecho del consumo, proteccionista por naturaleza, procura reequilibrar las relaciones entre productores y proveedores con consumidores en el contexto del mercado y para tal fin se sirve de una serie de mecanismos de protección que procuran sobre todo proteger el consentimiento del consumidor y evitar que pueda ser víctima de prácticas de abuso contractual. La acelerada expansión del comercio “on line” ha dado especial importancia

a la protección del consumidor que se desenvuelve en el comercio electrónico, motivo por el cual la regulación en los derechos nacionales ha destinado un conjunto de normas para tal fin que examinaremos primero para posteriormente abordar algunos temas que si bien pueden ser controlados desde la legislación vigente también han puesto a las autoridades nacionales frente al desafío de procurar una protección efectiva sin necesidad de acudir a reformas legales.

Protección en el Comercio electrónico. Las normas colombianas sobre comercio electrónico se remontan a la Ley 527 de 1999, denominada Ley de Comercio electrónico, la cual dio prioridad a temas de carácter probatorio. Por tal motivo el Estatuto de Protección al Consumidor colombiano, la Ley 1480 de 2011, contribuyó en mejor medida a la regulación del comercio electrónico masivo en que participan los consumidores. Dicha norma en además de desarrollar temas generales como la obligación de información, la garantía de bienes y servicios, la responsabilidad por productos defectuosos, el control contractual y las cláusulas abusivas, también destinó algún articulado al tema específico de la protección al consumidor de comercio electrónico. El Estatuto se concentró en tres mecanismos de protección en materia de comercio electrónico, una obligación de información acentuada, el derecho de retracto y la reversión de pagos.

El artículo 50 del Estatuto contempla una obligación acentuada de información, a través de la cual se busca que los consumidores tengan mejores posibilidades de conocer aspectos como la identificación de su co-contratante en las compras que hacen por medio virtual, el lugar en que se encuentra el vendedor, un descriptivo detallado de las características de los productos en venta acompañado de imágenes en escala, los medios de pago, tiempo de entrega del bien, entre otros aspectos.

Igualmente en el artículo 47 del Estatuto regula el derecho de retracto a favor del consumidor, aplicable a ventas a distancia, por medios electrónicos y por medios no tradicionales como telemarketing, televentas o ventas fuera del establecimiento de comercio y en ventas con sistemas de financiación otorgada directamente por el vendedor. Se entiende por derecho de retracto la potestad a favor del consumidor para dar por terminado el contrato de consumo dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la entrega del bien o la celebración del contrato en caso de prestación de servicios. Su virtud radica en la forma preventiva en que actúa el derecho del consumidor con miras a proteger la voluntad de este. El derecho de retracto se constituye así en un mecanismo adecuado y útil para la protección del consumidor. Según el Estatuto del Consumidor el derecho de retracto procede en los contratos a distancia o por métodos no tradicionales y en comercio electrónico., además de establecer una serie de limitaciones a su ejercicio con respecto a los contratos excluidos de su espectro de cobertura. Según el examen y análisis que se efectuó dentro de la investigación que sirve de marco a esta ponencia, en la cual se examinaron las páginas web de los principales vendedores on line del contexto colombiano, muestra se hicieron varios hallazgos. Primero se encontró que la información sobre el derecho de retracto en la

mayoría de los casos es deficiente, normalmente está oculta en los términos y condiciones de las empresas, ubicadas en la parte inferior de los sitios web y por cierto nunca leídas por los consumidores con atención. Esta conducta constituye una infracción a la obligación de información consagrada en el artículo 23 del estatuto de protección al consumidor en el sentido de que la información dada sobre el retracto no es oportuna ni es idónea. En ningún caso se anuncia la posibilidad de ejercer el retracto al momento del pago el cual sería el momento oportuno para conocer este derecho. Igualmente se encontró que la mayoría de empresas otorgan los 5 días del Estatuto de Protección al Consumidor, y unos pocos han optado por dar unos días adicionales, se encontraron términos de diez (10) días y sorpresivamente un término de retracto de 90 días en un portal especializado en la venta de vestuario y calzado. Esto parece indicar que las empresas no están preocupadas por competir dando mejores condiciones de retracto a los consumidores y se ajustan al mínimo legal. También se evidenciaron términos y condiciones generales que inducen a error o confusión al consumidor sobre la política de cambios y el retracto. Además algunos de ellos hacen mucho énfasis en que no se puede usar el producto, lo cual es contrario a lo establecido en el artículo 47 que exige solamente que el consumidor entregue el producto en buen estado, pero las empresas suelen incluir condicionamientos como el no haber abierto el empaque, el no uso del producto, aportar la factura, entre otros, que terminan por hacer más difícil el ejercicio del derecho al retracto que tiene el consumidor.

Encontramos igualmente el derecho a la reversión de pagos, consagrado en el artículo 51 del Estatuto de Protección al Consumidor, como una herramienta de protección en caso de pagos efectuados por medio electrónico a través de intermediarios financieros, ya que permite reversar la transacción en cinco eventos de incumplimiento, a saber, cuando el consumidor sea objeto de fraude, o corresponda a una operación no solicitada, cuando el producto adquirido no sea recibido o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso. El consumidor debe solamente notificar el evento tanto al vendedor como al emisor del instrumento de pago y se debe reversar la transacción, pues posteriormente se puede alegar un posible abuso del consumidor en el ejercicio de este derecho. Esta herramienta fue creada bajo la óptica según la cual el consumidor reversa el pago informando a los intervinientes en la transacción y luego se discute si este tenía la razón o no, pudiendo incluso según el artículo 51 sancionar al consumidor que abuse de su derecho.

2. Nuevos desafíos para el derecho del consumo en entornos digitales.

El desenvolvimiento de los consumidores en entornos digitales ha adquirido nuevos matices por la aparición de contextos en que estos se desenvuelven cada día con mayor asiduidad en este tipo de ambientes. Así por ejemplo las redes sociales han ampliado su cobertura en el contexto global a punto que se han vuelto un escenario cotidiano de conexiones sociales entre los consumidores, y afirmamos que son consumidores los usuarios

de redes sociales porque en efecto existe una verdadera relación de consumo entre estos y los propietarios de dichas plataformas. Se suele afirmar que el ingreso a las redes sociales es gratuito, cuestión que no afecta para nada que haya relación de consumo, pero que también debe ser matizada porque tal gratuidad no existe, pues la contraprestación que el consumidor da consiste en la autorización del uso de sus datos personales con fines comerciales y de otra índole. En efecto, los propietarios de redes sociales hacen el perfilamiento masivo de consumidores a través de algoritmos y herramientas de inteligencia artificial con fines publicitarios y de marketing que son cobrados a terceros que quieren vender sus productos y servicios a los usuarios de las redes sociales. El reto para el derecho en este caso es el control de practicas que se tornan abusivas con los consumidores, partiendo de la aceptación del usos de los datos personales que implica la imposición de cláusulas abusivas a los consumidores en las condiciones generales de contratación que estos admiten con solo dar "click" sin una lectura previa de las consecuencias de su aceptación. Además en redes sociales como Instragram la actividad comercial es muy frecuente generando relaciones de consumo de diverso orden.

Revisaremos a continuación algunos de los aspectos que generan hoy en día principal atención en la regulación de los entornos digitales en cuanto a la protección de consumidores y usuarios.

Los portales de contacto. En el contexto digital encontramos otro tipo de actores que han adquirido gran importancia, se trata de las plataformas de ventas que funcionan como portales de contacto. Se trata de páginas web o aplicaciones que se dedican a intermediar las ventas o prestaciones de servicios entre dos partes, particulares y comerciantes que ofrecen productos y servicios a través de la plataforma a consumidores, y la plataforma sirve de canal de comunicación entre ambas partes. Las modalidades utilizadas pueden ser variadas, algunas se especializan en la venta de mercancías, otras en servicios, otras abren las puertas para servicios de particulares a particulares para la venta de bienes usados, y algunas, aún más controversiales, permiten que particulares ofrezcan servicio de transporte a otros particulares a través de aplicaciones o servicios de entrega domiciliaria de comidas y productos. Afirmamos que estas últimas generan controversia porque han generado sistemas paralelos de transporte público privado, no autorizado en muchos Estados, o se aprovechan de fuerza laboral no contratada para que presten los servicios a los consumidores, negando cualquier relación laboral con las personas que prestan el servicio de entrega domiciliaria. En las plataformas de intermediación tradicionales las problemáticas que surgen con relación a los derechos de los consumidores pueden ser varias, primero señalaremos que este tipo de empresas suelen negar cualquier vínculo con el consumidor en cuanto a la garantía de los productos que ofrecen o sus obligaciones con respecto a la publicidad o la información que los terceros publican en sus portales web.

Este modelo de venta no es nuevo y se definen como "plataformas electrónicas que tienen como finalidad permitir que terceros personas naturales o jurídicas puedan ofrecer produc-

tos para su comercialización y a su vez los consumidores puedan contactarlos por este mismo mecanismo para realizar las correspondientes compras" (SIC , 2020). El artículo 53 ley 1480 de 2011 asu vez dispone que: Quien ponga a disposición una plataforma electrónica en la que personas naturales o jurídicas puedan ofrecer productos para su comercialización y a su vez los consumidores puedan contactarlos por ese mismo mecanismo, deberá exigir a todos los oferentes información que permita su identificación, para lo cual deberán contar con un registro en el que conste, como mínimo, el nombre o razón social, documento de identificación, dirección física de notificaciones y teléfonos. Esta información podrá ser consultada por quien haya comprado un producto con el fin de presentar una queja o reclamo y deberá ser suministrada a la autoridad competente cuando esta lo solicite".

La Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución 55912 de 2016 aclaró que la plataforma de Mercado Libre al recibir comisiones por ventas tendría interés directo sobre la transacción comercial, sumado a esto, cuenta con un mecanismo de pago propio por lo que participa directamente del perfeccionamiento de la operación mercantil (SIC, Resolución, 55912, 2016). En el año 2019 impuso una orden a la plataforma Rappi, la cual tiene características similares a Mercado Libre, ya que Rappi cuenta con métodos propios de pago y recibe comisiones por ventas, entre otros servicios que extralimitan el concepto de portal de contacto" (SIC, Resolución 40212, 2019). Concepto 15-022221". En ese concepto recordó parte del contenido de la Resolución 40924 de 2012, al resolver un recurso de reposición en relación con la posición de Mercadolibre dentro de una investigación administrativa "Ahora bien, el fundamento del juicio de responsabilidad administrativa endilgada por el operador jurídico ad quo al recurrente, consistió, en que la sociedad, al ser la propietaria de la página web en la cual se llevó a cabo el acuerdo que culminó con la compra del computador referido, también se vincula como anunciante de lo engañosamente informado, es decir es parte de la relación de consumo inicialmente surtida entre el oferente y el consumidor y, en consecuencia, debe responder solidariamente junto al vendedor por las faltas al deber de información que sobre éste último se verifique. La posición mencionada deberá ser revaluada por esta Dirección, puesto que de un análisis estricto de las piezas que obran en el expediente y, atendiendo a una interpretación más rigurosa de los artículos 14 y 31 del Decreto 3466 de 1982, considera, que el cumplimiento del deber de información en la forma como lo establece el Estatuto del Consumidor, debe observarse desde el servicio que ofrece la sociedad investigada al público, el cual es una operación comercial que consiste en proveer, a través de un sitio web, una plataforma en línea que presta un lugar de encuentro para los diferente usuarios –anunciantes y compradores- que se registran con el objetivo de comprar y/o vender determinados producto o servicios, mediante una mecánica similar a los avisos clasificados en medios impresos."

La SIC reconoce cuando cumplen la función de mera intermediación no comprometen su responsabilidad como proveedores, pero cuando ejercen algún rol en la venta como cuando facilitan el medio de pago entonces pueden ver comprometida su responsabilidad frente a

los consumidores. Para Puentes y Pacheco "cuando intervienen en la relación de consumo, lucrándose y participando de manera activa en la cadena de comercialización del producto o servicio, esto es, haciendo las veces de proveedores" (2017). Nótese que la tendencia de estos portales es a evadir algunas obligaciones derivadas de la relación de consumo que tienen con sus usuarios, por ejemplo, en una revisión que se hizo delas páginas web de algunos de estos encontramos que una plataforma colombiana de servicios de domicilios a pesar de informar el derecho de retracto a sus clientes estipula en las condiciones del servicio que el consumidor debe ejercer el retracto ante sus aliados comerciales presentando la factura de venta directamente a la tienda o punto de venta del proveedor o vendedor del producto eludiendo de paso su calidad de proveedor.

Debe señalarse además que de manera más reciente apareció el modelo denominado *market* place ha cobrado gran auge, equiparados a los centros comerciales *on line* se trata de sitios en los cuales se venden productos de terceros. La responsabilidad de estos se trata de equiparar en la práctica a la de los portales de contacto, sin embargo consideramos que para que esto suceda es necesario que dichos portales funjan siempre en tal rol, lo cual no se cumple a cabalidad ya que es frecuente ver que en estas plataformas se mezclan a veces variedad de roles, a veces venden productos propios, otras veces productos de terceros como intermediarios y otras veces dirigen a sitios web de terceros. Es más, en Colombia grandes superficies mezclaron en un sitio web su propio portal de ventas con la modalidad de ventas de terceros, eludiendo de paso su responsabilidad tradicional como proveedores frente a los consumidores e induciendo a error muchas veces al mismo consumidor.

Redes sociales e influencers: Las redes sociales constituyen un espacio de interacción diversa por medios virtuales. Según LA RAE: "Plataforma digital de comunicación global que pone en contacto a gran número de usuarios". A través de estas los ciudadanos interactúan y comparten contenido de carácter personal, opiniones, sentimientos, pero además este escenario es clave para que las empresas ofrezcan a consumidores productos y servicios de variada índole. Allí convergen entidades y empresas de diferentes naturaleza, privadas, estatales, con o sin ánimo de lucro. Así las cosas, en las redes sociales se mezclan interacciones personales y comerciales a la vez, pues el operador de la red social se lucra con la publicidad y la promoción de anunciantes y empresas que le pagan para que a través de sus sistemas de algoritmos dirijan los mensajes al público perfilado como potencial comprador de cada anuncio. Este perfilamiento logra además crear un espacio personalizado para cada usuario de la red, que encontrará información y anuncios creados a su medida que motivarán a su vez la permanencia constante del usuario estimulado por la curiosidad de todo aquello que le atrae según sus gustos personales. El consumo constante del usuario de la red está garantizado.

La red social, bajo una falsa apariencia de gratuidad, toma provecho de los datos personales y el perfilamiento que hace de los usuarios para vender a empresas y entidades interesadas dicha información con fines de marketing y publicidad. Así las cosas una persona

que use de redes sociales con fines personales actúa como consumidor desde diferentes aristas, primero como usuario de la red social, segundo como destinatario de publicidad y comprador en muchos casos de los bienes y servicios ofrecidos en este ecosistema digital. Desde la primera perspectiva el consumidor se adhiere a una plataforma social aceptando las condiciones generales que le impone esta, en las cuales acepta el uso y comercialización de sus datos, el perfilamiento de sus gustos e intereses con fines comerciales, la imposición de publicidad, el sometimiento a leyes de otros países en caso de litigios entre otras condiciones que ignora al dar click cuando acepta al crear en una cuenta pero que si igualmente le permitieran conocer aceptaría gustoso a cambio de tan grato estímulo de pertenecer a la red y no perderse todo lo que allí se ve.

Desde la segunda perspectiva, en la cual el consumidor es destinatario de toda la publicidad y ofertas comerciales que le hacen a través de su experiencia de navegación en la red, se ve sometido al bombardeo constante de información que se tornará irresistible pues se adecúa en gran medida a sus gustos y deseos reprimidos de consumo. La tentación de consumir rápidamente se verá cumplida.

Tal vez se podría afirmar que esto no difiere mucho de lo que se vive en un centro comercial que visite un consumidor, es decir, del comercio tradicional. No obstante, sí puede haber unas diferencias palpables que hacen más complejo para el consumidor la experiencia de pertenecer a una red social. La primera es que a la red social entra con tan solo prender el dispositivo electrónico que constantemente tiene a la mano, en segunda medida, la red social funciona a base de estímulos que constantemente bucarán enganchar al consumidor a permanecer conectado; y en tercer lugar el perfilamiento de la información logrará que le vendan sobre todo aquello que le gusta y desea tener, y esto no se hace tan fácil en el comercio tradicional. De alguna manera podríamos decir que el consumidor está atrapado gratamente en un mundo construido a su medida. Es fácilmente comprobable además que muchos vendedores de productos que utilizan como canal de comercialización las redes sociales envían diferentes tipos de mensajes, a la mayoría con cantidades de información que pueden variar, pues algunos simplemente incluyen información somera para que el consumidor los contacte pidiendo un catálogo y de paso facilite más datos de contacto que permitan seguir ofreciéndole de manera ilimitada publicidad, a veces incluso sin haber autorizado conforme a la ley el tratamiento de datos personales. Debe recordarse además que los comercializadores por estos canales se someten enteramente a las obligaciones generales y especiales de información que imponen las normas de protección al consumidor.

Allí los consumidores se enfrentan a los riesgos tradicionales del comercio electrónico, indebida información, seguridad de los datos y de las transacciones financieras, condiciones comerciales abusivas, publicidad engañosa, principalmente. Para controlar estos riesgos el derecho del consumo se aplica de manera plena a las ventas por estos medios, no obstante, una muestra que se revisó de ventas a través de redes sociales arrojó como resultado que

los vendedores por estos medios suelen infringir continuamente los derechos de los consumidores.

Con respecto a la actividad de los Influencers, hace relativamente poco tiempo aparecieron el ecosistema de las redes sociales, sobre todo, unos personajes que se suman a las relaciones consumo en los medios digitales, los creadores de contenido y los influencers. Hablaremos sobre todo de los influencers, estas personas se dedican a crear contenido propio con fines generalmente comerciales. Según lo define la Superintendencia de Industria y Comercio "es toda persona que publique contenido en medios de comunicación, en particular en las redes sociales o plataformas digitales, compartiendo sus experiencias y opiniones, capaces de influir de manera predominante en las decisiones de consumo, generando credibilidad ante sus seguidores." (SIC, 2020). La forma en que actúan los influencers puede variar, algunas veces actúan como meros opinadores sobre temas generales pero también otras veces sobre productos y servicios que prestan terceros, algunas otras veces aparecen promocionando productos ajenos y generando especies de información paga destinada a acreditar estos productos o servicios; otras veces ellos aparecen promocionado sus propios productos o servicios, de tal forma que no se puede hacer una generalización sobre la forma y consecuencias jurídicas de sus actuaciones en los ecosistemas digitales donde aparecen. A partir de la poca claridad que existía en lo relacionado si la actividad de los influenciadores estaba cobijada por el Estatuto del Consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio expidió en el año 2020 una cartilla guía, a manera de documento de autorregulación para clarificar y dar unas orientaciones sobre la actividad de estos, documento sobre el cual haremos algunas precisiones. De entrada resulta llamativo escuchar que una persona que se autodenomina o ejerce una actividad que se cataloga como "influencer" pueda quedar por fuera de la órbita del Estatuto del Consumidor, ya que a través de las definiciones de productor, proveedor o por vía de la misma definición de publicidad que hace la norma se puede llegar fácilmente a concluir que es un participe activo de una relación de consumo y no precisamente en la calidad de consumidor. Si tomamos la definición de publicidad de la Ley 1480 de 2011 el vínculo se muestra directo: "Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo". Esta definición, desmesurada sin duda alguna, pero vigente y aplicada en toda su extensión por la Superintendencia de Industria y Comercio, daría a pensar que todo lo que se diga con ánimo de influir en decisiones de consumo es publicidad y bajo esa lógica el influencer adquiere de inmediato la calidad de anunciante en lo relacionado con la regulación de la publicidad. Dice adicionalmente el documento de 2020: "en la publicidad a través de influenciadores, cuando exista una relación comercial entre el anunciante y el influenciador y esta conexión no resulte clara y determinable en el mensaje que se emite, el influenciador podría eventualmente ser considerado anunciante y responder por el engaño ocasionado al consumidor, sin perjuicio de la responsabilidad que se le pueda endilgar al anunciante." Allí encontramos una incongruencia manifiesta, pues de acuerdo a la definición del Esta-

tuto del Consumidor no se necesita que haya una relación comercial entre el influenciador y un tercero para que el primero sea considerado anunciante, porque con el solo hecho de influenciar adquiere tal calidad. Ahora bien, si se quiere es hacer énfasis en los casos en que un tercero le paga al influencer para que promocione sus productos de manera directa o indirecta, dado que no siempre el influencer aparece afirmando que está haciendo publicidad, el documento reitera con lógica elemental, pero con una duda que no cabe sugerir que este "podrá" se considerado anunciante. A nuestro modo de ver no cabe duda alguna que el influencer cuando incite al consumo adquiere la calidad de anunciante, junto con el proveedor del bien, pues pensar lo contrario sería sugerir que actúa como medio de comunicación, lo cual es totalmente desacertado por irreal, pues el medio de comunicación será la red social o plataforma por medio de la cual el público acceda al contenido. Además de irreal es contrario a los intereses del consumidor, ya que según el artículo 29 el medio de comunicación sólo responde cuando medio dolo o culpa grave. Grave sería encontrar que la máxima autoridad en la materia de "protección al consumidor" hace aplicaciones de la norma contra *consummatore*. Pensemos que no, pues el principio es la regla *pro consummatore*.

Ha de anotarse además que las normas de autorregulación expedidas en diferentes países han buscado reforzar la lealtad y transparencia de la información dada por los influencers, por ejemplo, la utilización de filtros para promocionar productos de belleza. No obstante, la actividad de los mismos queda cobijada por las normas de protección al consumidor se aplican de manera integra a sus actividades cuando tienen finalidad comercial. La SIC ya profirió una primera sanción en este sentido, contra la influenciadora Elizabeth Loaiza por publicidad engañosa al por promocionar pruebas rápidas de Covid "aseverando que este contaba con registro sanitario en Colombia y que su venta solo se realizaría a Gobernaciones, Alcaldías, hospitales y clínicas; sin embargo y teniendo en cuenta los informes requeridos por esta Autoridad al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), se pudo comprobar que dichas afirmaciones objetivas no eran ciertas." (SIC, 2021).

CONCLUSIONES

La protección a los consumidores en comercio electrónico tuvo un avance con la expedición dela Ley 1480 de 2011, la cual a través de tres mecanismos especialmente pretendió reforzar el nivel tuitivo, a saber, información reforzada a favor de los consumidores, derecho de retracto y derecho a reversión de pagos. No obstante el panorama práctico de cumplimiento de estas normas deja aún qué desear. Una revisión de páginas web de portales de venta evidenció cláusulas abusivas y mecanismos e elusión del derecho de retracto.

Igualmente han surgido nuevas formas de venta *on line* que implican a su vez nuevos desafíos, por ejemplo las plataformas de contacto, la venta a través de redes sociales y la actividad de los influencers, en las cuales el nivel de cumplimiento de las normas de protección al consumidor aún es bajo. Queda en ese sentido una tarea pendiente para las autoridades de control, pues más que nuevas normas se requiere una actitud más proactiva de vigilancia y control.

REFERENCIAS

Fidel Puentes Silva, Lizz Dahiam Pacheco (2017) *Los derechos y deberes de los consumidores Protección al consumidor en Colombia,* una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Capítulo 3

Derecho Historia y Filosofía

ASESINATO A LÍDERES A PARTIR DEL ACUERDO DE PAZ EN 2016[1]

Cristian David Rodríguez Páez[2]
Lina María Cardozo Hernández[3]

RESUMEN

La firma del proceso de paz en Colombia, en noviembre de 2016, ha sido muy importante en la historia nacional porque, después de décadas de conflicto, el Acuerdo abrió un camino hacia el cese de la violencia, para algunos, originada desde la muerte del líder liberal Jorge Eliécer Gaitán Ayala. Sin embargo, la atención del gobierno y de la sociedad, nacional e internacional, se centra en el cada vez más crecido número de asesinatos cometidos contra los líderes y lideresas sociales, ocurridos con posterioridad al acuerdo; estos hechos suceden en contra de personas que de forma espontánea deciden abanderar la defensa de los derechos humanos, sindicales, de tierras, sexuales y de género, étnicos, ambientales, entre otros, quienes, pese a los diversos intereses que defienden, terminan identificándose en su lucha con aspectos tan críticos como generales como los relacionados con la igualdad, la equidad y la justicia. Las cifras en materia de asesinatos a líderes y lideresas son inexactas, la existencia de subregistros afecta la posibilidad de una protección eficaz y dificulta la identificación de las causas que provocan tales hechos, así como el reconocimiento de los autores. El presente artículo se desarrolló, siguiendo los métodos histórico, lógico y de análisis, así fue posible estudiar un fenómeno de la historia reciente del país, con enorme impacto social, desde un componente jurídico que se esfuerza por la garantía de los derechos a este sector en particular.

PALABRAS CLAVE: Tratado de paz, líder, homicidio, Colombia, víctimas.

HOMICIDE OF LEADERS FROM THE PEACE AGREEMENT IN 2016

ABSTRACT

The signing of the peace process in Colombia, in November 2016, has been very important in national history because, after decades of conflict, the Agreement opened a path towards

---

1 El presente artículo se elaboró con parte de los resultados de la investigación realizada en el PIC-DER-3359, desarrollado por el estudiante Cristian Rodríguez Páez durante la vigencia 2021-1, bajo la tutoría de la profesora Jacqueline Blanco Blanco. Corresponde a la línea Historia del Derecho, grupo Derecho Público, de la Universidad Militar Nueva Granada.

2 Estudiante de cuarto semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. u0306675@unimilitar.edu.co

3 Estudiante de quinto semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. est.lina.cardozo@unimilitar.co

the cessation of violence, for some, originating from the death of the liberal leader Jorge Eliécer Gaitán Ayala. However, the attention of the government and society, national and international, is focused on the increasing number of murders committed against leaders and social leaders, which occurred after the agreement; these events occur against people who spontaneously decide to champion the defense of human, trade union, land, sexual and gender, ethnic, environmental rights, among others, who, despite the various interests they defend, end up identifying themselves in its struggle with critical and general aspects such as those related to equality, equity and justice. The figures on murders of male and female leaders are inaccurate, the existence of under-registers affects the possibility of effective protection and makes it difficult to identify the causes that provoke such events, as well as the recognition of the perpetrators. This article was developed, following the historical, logical and analytical methods, thus it was possible to study a phenomenon in the recent history of the country, with enormous social impact, from a legal component that strives to guarantee the rights of this particular sector.

KEY WORDS: Peace agreement, leader, homicide, Colombia, victims.

INTRODUCCIÓN

El homicidio a líderes y lideresas en Colombia no es un fenómeno nuevo, aunque la atención que la sociedad, el gobierno y la comunidad internacional le brindan, así lo hagan parecer. En un Estado convulsionado, con instituciones débiles y ausencias históricas profundas en aspectos fundamentales como el bienestar social, el fin del conflicto con la guerrilla de las FARC-EP significó una nueva oportunidad en el camino de la reconciliación, la posibilidad de un futuro distinto para las actuales generaciones y el sueño de una paz estable y duradera para las que están por venir; todo esto, derivado de lo acordado en La Habana, entre el gobierno de Juan Manuel Santos y el grupo insurgente y, materializado mediante un Sistema Integral de Verdad, Justicia Reparación y No Repetición que, en conjunto, constituye un mecanismos destinado a garantizar los derechos de las víctimas, pero también, de los actores armados involucrados en el conflicto que entregaron las armas.

El acuerdo comprende una visión hacia el pasado y hacia el futuro, refiriéndose a reparar y a construir sobre los daños causados por un conflicto que lleva casi 70 años: desde 1957 para reparación simbólica y desde 1980 para reparación material, según la Ley 1448 de 2011. Infortunadamente, el Acuerdo de Paz firmado en noviembre de 2016, no significó el fin del conflicto. A diario se reciben noticias del asesinato de ex integrantes de la Farc que se acogieron a la paz e intentaron su reintegración social; Carlos Ruiz Massieu, jefe de la Misión de Verificación de la ONU en Colombia, emitió una alerta sobre el homicidio de 252 excombatientes para enero de 2021 (Semana, 2021, s.p); cerca de 864 líderes y lideresas asesinados informa la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP, en lo que va del primero de diciembre de 2016 y el 31 de diciembre de 2020 (DW, 2021), y un sinnúmero de masacres ocurridas en sectores

a donde la paz no alcanzó a llegar o el conflicto nunca se fue. Es posible que Colombia se enfrente a un nuevo genocidio, el tiempo lo dirá, como lo sucedió con la extinción del partido Unión Patriótica.

Este artículo se refiere al asesinato de los líderes y lideresas sociales en Colombia, un hecho de violencia que ha venido en aumento, dirigido en contra de quienes alzan su voz en nombre de una comunidad que reclama sus derechos a la tierra, al medio ambiente, al género y a la sexualidad, a los derechos humanos, y a otros tantos que han sido olvidados o incumplidos por el Estado y por sus gobernantes.

En atención al asesinato de los líderes en Colombia, la pregunta que orienta este trabajo es: ¿Cuál es el perfil de las personas asesinadas en Colombia desde noviembre de 2016, de quienes se ha indicado ser líderes o lideresas sociales, líderes o lideresas comunitarios, ambientalistas, de comunidades étnicas, LGBTI, y defensores de derechos humanos?

El objetivo de conocimiento está relacionado con la caracterización de los líderes y lideresas, para identificar a quienes están matando en Colombia, al menos en lo que a este rol atañe.

Este artículo se ha logrado en el marco del desarrollo del Proyecto de Iniciación Científica PIC-DER-3358, como parte de la actividad de investigación formativa desarrollada al interior del semillero “Virginia Gutiérrez de Pineda”, vinculado a la línea Historia del Derecho y al grupo de investigación en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.

LÍDERES: DEFINICIONES Y ANTECEDENTES

El liderazgo en cualquiera de sus campos, es un proceso por medio del cual una persona guía u orienta a otros en la consecución de un fin; los sujetos titulares de este liderazgo, ya no como proceso sino como cualidad, son llamados líderes. “El liderazgo es fundamentalmente un proceso atributivo resultado de un proceso de percepción social, siendo la esencia del mismo el ser percibido como líder por los otros” (Lupano y Castro, 2008, p.108); así, la comunidad de sujetos no sólo ve en el líder una posible representación de la identidad colectiva e individual, sino alguien capaz de dirigir, planear y organizar.

Como es cierto que el grupo legitima a su líder, también es cierto que estos líderes no tienen una sola calidad que los agrupe a todos; explican Bustamante y Barret en García (2011, p. 44) que algunos líderes influyen por la posición que tienen, mientras que otros pueden también hacerlo por sus actitudes y, como lo mencionábamos antes, por una identidad colectiva e individual para con los partidarios, es por esto que en el ejercicio del liderazgo en Colombia se aprecian roles de trabajo que van desde los social hasta los derechos humanos, pasando por lo sindical, la tierra, el medio ambiente, el género y la sexualidad, además de lo político.

Históricamente, los líderes en Colombia han sido pilar fundamental en la construcción del Estado, puesto que en un contexto social como el que el país muestra son ellos los que han ejercido el control ciudadano en pro de la defensa de los derechos y garantías fundamentales; sin embargo, estas cabezas visibles de la comunidad se han visto estigmatizadas y señaladas por sus labores, en razón a que "de manera particular, sus actividades de vigilancia, denuncia, difusión y educación asisten a la observancia de los derechos humanos pues luchan para combatir la impunidad" (CIDH, 2019, p. 24).

En el año 2010, Human Rights Watch realizó una de las primeras alertas a nivel internacional sobre la situación de los líderes y defensores de derechos humanos, enfatizando en el peligro que corría y corre su vida e integridad, si continuaban siendo estigmatizados y señalados por las labores que desarrollan:

> En Colombia, el presidente Álvaro Uribe y altos funcionarios del Gobierno han vertido acusaciones infundadas que relacionan a defensores de los derechos humanos, además de periodistas y activistas sindicales, con la guerrilla de las FARC. En el contexto del largo historial de asesinatos de defensores de los derechos humanos por parte de grupos armados ilegales a causa de su trabajo, dichas acusaciones pueden ser extraordinariamente peligrosas. La agencia de inteligencia colombiana, que depende directamente de Uribe, también ha seguido estrechamente a las organizaciones de derechos humanos mediante escuchas telefónicas, intercepción de correos electrónicos y vigilancia ilegales (HRW, 2010, s.p).

Teniendo en cuenta estos antecedentes es posible avanzar hasta el 2016, año en que Colombia vive un escenario sin precedentes en su historia: el Acuerdo de Paz con el grupo insurgente de las Farc, la guerrilla más antigua en el mundo. En este contexto de paz, un particular fenómeno ha venido llamando la atención de las autoridades, la sociedad, los medios de comunicación, incluso, de la comunidad internacional: el homicidio contra los líderes, lideresas y defensores de derechos humanos.

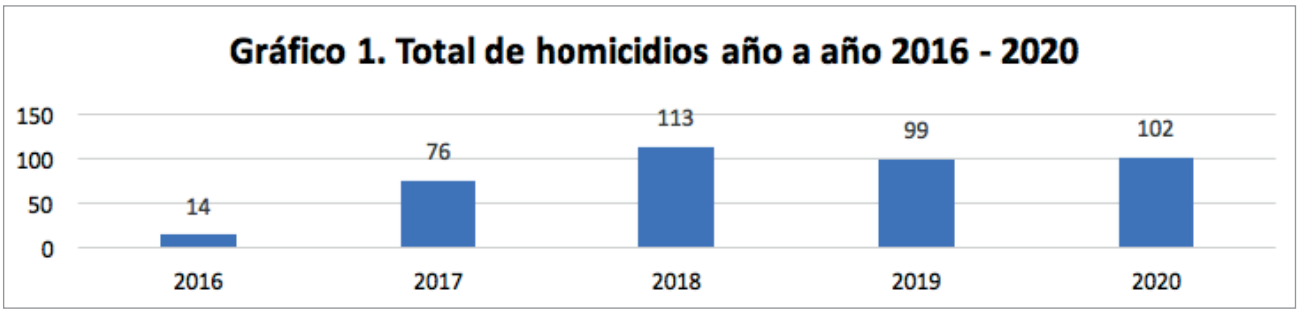
CARACTERIZACIÓN DE LOS LÍDERES ASESINADOS

Desde noviembre del año 2016 y hasta noviembre de 2020, se han podido documentar al menos, 404 homicidios cometidos contra líderes, lideresas y defensores de derechos humanos; sin embargo, la falta de cifras oficiales, obliga a tener en cuenta los subregistros, que evidencian enormes diferencias en materia de cifras.

Por ejemplo, para la Fiscalía General de la Nación (2020), desde enero de 2016 hasta enero de 2020, el número de líderes asesinados era de 366; algunas organizaciones de seguimiento al proceso de paz como Indepaz (2020) reportaron 971 homicidios, desde la firma del Acuerdo hasta julio de 2020; medios de comunicación internacionales como Europa Press (2021), afirmaron que hasta el 2020, las cifras ascienden a 1100. ¿Por qué la diferencia?

Históricamente, Colombia ha tenido zonas rurales que se han encontrado abandonadas en los planes de políticas públicas y de seguridad estatal, probablemente la distancia entre el Estado central y las regiones origina un tipo de insuficiencia gubernativa que precisa la participación de los lideres o, en el peor de los escenarios, da lugar al establecimiento de poderes por parte de fuerzas ilegales, lo que plantea una especie de rivalidad entre quienes se apegan a la institucionalidad y quienes quieren apropiarse ilegalmente de las riquezas y del control de la zona.

El resultado de esta irreconciliable relación entre lo social y lo ilegal, ha dejado una cifra de 404 líderes asesinados, según datos de Caracol Radio; El Espectador; La Paz en el Terreno; Pacifistatv; Noticias Caracol; Extra; El Tiempo; Justicia y Paz Colombia; HRDMemorial.org, reportados desde noviembre de 2016 hasta noviembre de 2020. Las cifras graficadas a continuación se conocen en ejercicio del Proyecto de Iniciación Científica –PIC-DER-3385 de 2021, que logró cuantificar y caracterizar cada uno de los líderes asesinados y reportados en los medios de comunicación referidos anteriormente desde el 24 de noviembre de 2016 hasta el 15 de noviembre de 2020.

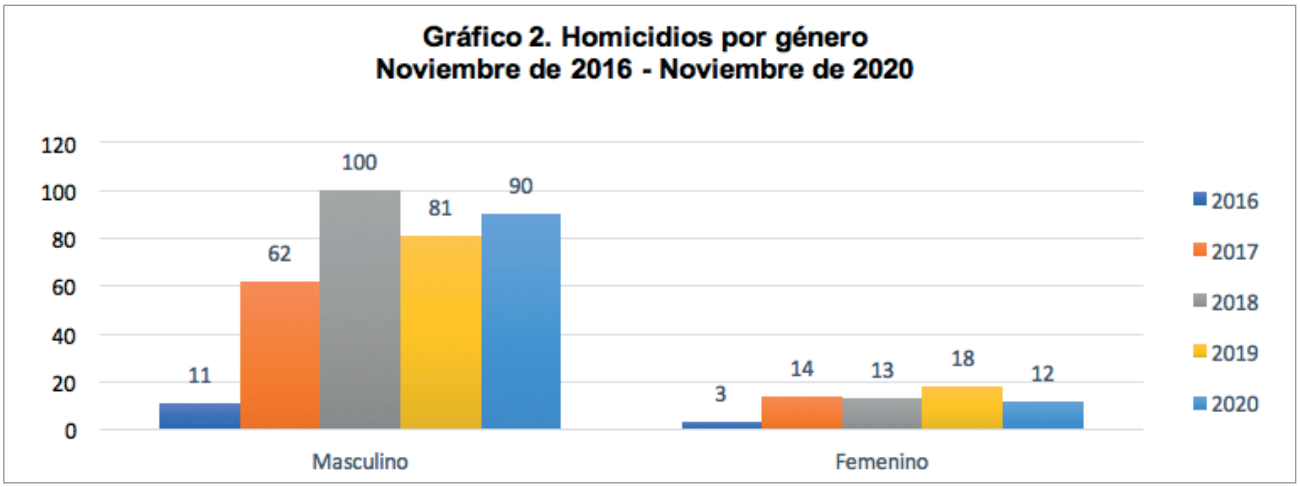


Elaboración propia. Basado en Caracol Radio; El Espectador; La Paz en el Terreno; Pacifistatv; Noticias Caracol; Extra; El Tiempo; Justicia y Paz Colombia; HRDMemorial.org 2016 - 2020.

De acuerdo con las cifras recolectadas, el 2018 fue el año más violento para los líderes

En febrero de 2021, el servicio de radiodifusión alemán “la Deutsche Welle” reportó en su sitio web que “al menos 753 líderes sociales fueron asesinados en Colombia de 2016 a 2020, informó este viernes (19.02.2021) la Defensoría de Pueblo, tras destacar que el año pasado fue el más violento contra los defensores de derechos humanos con 182 crímenes” (DW, 2021)

Del total general investigado en desarrollo del PIC en mención, es posible hacer una clasificación de las víctimas en dos ejes principales: género y campo de acción. Graficando el primero, desde noviembre de 2016 hasta noviembre de 2020, el universo de datos (404) ubica los homicidios así:



Elaboración propia. Basado en Caracol Radio; El Espectador; La Paz en el Terreno; Pacifistatv; Noticias Caracol; Extra; El Tiempo; Justicia y Paz Colombia; HRDMemorial.org 2016 - 2020.

El 14,9% de las personas víctimas de homicidio son mujeres, mientras que el 85,1% son hombres. Haciendo hincapié nuevamente en la presencia de subregistros, el Instituto de Estudio para el Desarrollo de la Paz (INDEPAZ) estima que, de 1000 líderes asesinados desde la firma del Acuerdo de Paz hasta agosto de 2020, el 86,8% eran hombres y el 13,3% mujeres, dejando muy cerca los porcentajes en ambos subregistros. Como segundo eje, las cifras referentes a los campos de acción ubican a los líderes así:

Elaboración propia. Basado en Caracol Radio; El Espectador; La Paz en el Terreno; Pacifistatv; Noticias Caracol; Extra; El Tiempo; Justicia y Paz Colombia; HRDMemorial.org 2016 - 2020.

Con cifras evidentemente superiores a las demás, los líderes comunitarios encabezan la lista en un porcentaje de 48,8% respecto de los otros campos de acción, con un total de 197 homicidios del universo estudiado (404 líderes); en orden, los siguen la clasificación “Otros”, que comprende líderes de víctimas, ambientales, de restitución de tierras, entre otros, con una porcentaje de 15,3%; los líderes de comunidades indígenas con un 13,4% y casi en la misma proporción con un 13,1%, los defensores de derechos humanos; en un porcentaje más bajo, 5,7%, continúan los líderes campesinos y por último, con un 3,7%, los líderes de sindicales.

EL TERRITORIO: ¿UNA AMENAZA PARA EL LÍDER?

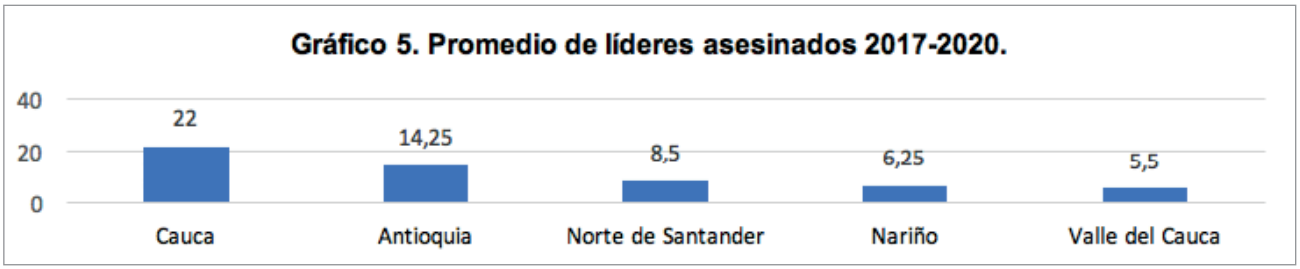
Desde noviembre de 2016 hasta noviembre de 2020, los homicidios de los líderes por su ubicación geográfica se muestran de la forma que sigue:

Elaboración propia. Basado en Caracol Radio; El Espectador; La Paz en el Terreno; Pacifistatv; Noticias Caracol; Extra; El Tiempo; Justicia y Paz Colombia; HRDMemorial.org 2016 - 2020.

Con tasas excepcionalmente altas en departamentos como el Cauca o Antioquia, no sólo es posible ver que las violaciones ejercidas contra los líderes se alejan de la zona céntrica del país, sino que además coincide con aquellos territorios que han sido históricamente afectados por la violencia. En octubre del año 2016, el Departamento Nacional de Planeación DNP presentó un Índice de Incidencia del Conflicto Armado (IICA) con el fin de clasificar los municipios según su afectación por el conflicto desde el año 2002 hasta el año 2016, teniendo en cuenta variables como las acciones armadas, homicidios, secuestro y desplazamiento forzado, entre otras. Si se toman aquellos departamentos que presentan las cifras más elevadas de homicidios a líderes desde el 2017 hasta el 2020, existe una correlación importante entre ellos y las 15 regiones identificadas por el DNP en el 2016 con base en el IICA, así:

> El ejercicio de continuidades geográficas (...) permite identificar al menos las siguientes 15 regiones que han tenido una mayor afectación por conflicto: (...) 2. Catatumbo y sur del Cesar (...) 6. Bajo Cauca antioqueño y Nudo de Paramillo (...) 8. Oriente antioqueño (...) 11. Pacífico caucano. 12. Tumaco y pacífico nariñense. (...)." (DPN, 2016, p. 10)

Si se examinan los departamentos que registran mayores cifras de homicidios en promedio respecto del universo referido (404 líderes) en el período 2017 - 2020, escalan así:



Elaboración propia. Basado en Caracol Radio; El Espectador; La Paz en el Terreno; Pacifistatv; Noticias Caracol; Extra; El Tiempo; Justicia y Paz Colombia; HRDMemorial.org.

El Cauca, Antioquia, Norte de Santander, Nariño y Valle del Cauca encabezan la lista con promedios significativamente superiores a otros departamentos, coincidiendo no sólo con las regiones de mayor afectación por el conflicto, identificadas por el DNP, sino también con otro grupo de municipios que el Índice de Incidencia del Conflicto Armado ha caracterizado y agrupado en cumplimiento del primer punto del acuerdo de paz: el Programa de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), reconocido también como las subregiones PDET. El PDET, como lo establece el Decreto 893 de 2017, es un herramienta "de planificación y gestión para implementar de manera prioritaria los planes sectoriales y programas en el marco de la Reforma Rural Integral (RRI) y las medidas pertinentes que establece el Acuerdo Final" (p. 11); así, el Estado colombiano incorpora dentro de lo firmado en La Habana aquellos territorios que han sido mayormente afectados por la debilidad y ausencia institucional, la pobreza, las economías al margen externo de la ley y el conflicto armado en general. Entonces, tomando los 5 primeros departamentos con los promedios más altos, es posible observar que algunos de sus municipios integran estas subregiones PDET, o sea, son territorios de especial atención en el escenario del posacuerdo:

Tabla 1. Departamentos con mayores cifras de homicidios y su ubicación dentro de las subregiones PDET

DEPARTAMENTO	SUBREGIÓN PDET	HOMICIDIOS
Cauca	Alto Patía y Norte del Cauca / Pacífico Medio	92
Antioquia	Urabá Antioqueño	57
Norte de Santander	Catatumbo	34
Nariño	Pacífico y Frontera Nariñense	25
Valle del Cauca	Alto Patía y Norte del Cauca / Pacífico Medio	22

Elaboración propia. Basado en Caracol Radio; El Espectador; La Paz en el Terreno; Pacifistatv; Noticias Caracol; Extra; El Tiempo; Justicia y Paz Colombia; HRDMemorial.org.

Aunque es plausible identificar una coincidencia precisa entre los departamentos que reportan mayor afectación y aquellos que conforman las subregiones PDET, también es importante reconocer que no todos los municipios que integran la subregión reportan homicidios de líderes, como hay otros que sí reportan sus mayores números en estos territorios; por ejemplo, si se hiciera un comparativo entre el Cauca y Antioquia:

Tabla 2. Cuadro comparativo reporte de homicidios de líderes en municipios PDET y no PDET		
DEPARTAMENTO	MUNICIPIO NO PDET	MUNICIPIO PDET
Cauca	30	62
Antioquia	54	3

Elaboración propia. Basado en Caracol Radio; El Espectador; La Paz en el Terreno; Pacifistatv; Noticias Caracol; Extra; El Tiempo; Justicia y Paz Colombia; HRDMemorial.org.

El primero reporta un 67,3% de homicidios en municipios integrantes PDET, mientras que Antioquia reporta apenas el 5,2%; el otro 94,8% antioqueño se dio en municipios no incluidos dentro de la subregión. Aunque la ubicación por subregiones PDET puede ser un indicador de caracterización, también es cierto que su nivel de precisión no es suficiente, además, deja ver que el asesinato de líderes de cualquier clase no es un fenómeno nacional, sino que se trata de una situación focalizada en ciertos municipios/departamentos específicos del país.

MOVILIZACIONES MASIVAS: REACCION SOCIAL ANTE LOS CRÍMENES

El constante asesinato a líderes, lideresas y defensores en Colombia, ha generado rechazo, no sólo por parte de la sociedad, sino del gobierno y la comunidad internacional. Las dificultades en la aplicación y puesta en marcha del tratado de paz por parte del gobierno son evidentes, desde el desarrollo de políticas públicas hasta los continuos ataques a la población por parte de grupos al margen de la ley, entre los que se encuentran las disidencias de la extinta guerrilla de las FARC. Estos problemas no cesarían, ni siquiera, después de la elección del nuevo jefe de Estado, Iván Duque.

Para rechazar los continuos asesinatos, se han efectuado grandes manifestaciones que buscan llamar la atención del Estado para con aquellas zonas olvidadas y para con aquellos líderes que se encuentran amenazados. El 10 de octubre del 2018, se dio el denominado “Paro Nacional Universitario”, liderado por estudiantes y docentes universitarios, que tuvo como objetivo principal movilizarse en rechazo a la crisis de la educación pública y a la represión estatal contra los movimientos estudiantiles; sin embargo, como consigna de toda marcha, se trató también de una oportunidad para hacerle campo a la protesta pacífica contra el homicidio selectivo y sistemático de líderes en distintas zonas del país.

Pero, no fue sino hasta el 26 de julio de 2019, con la “Marcha por la Paz”, de la que hizo parte el presidente Iván Duque, cuando se comprometió a trabajar para reducir los ataques contra los líderes. Este paro, según BBC News (2019), fue el resultado del rechazo de una parte de la población contra el gobierno de Iván Duque, quien en su campaña electoral fue un crítico del proceso de paz firmado entre el gobierno Santos y las FARC-EP; desde la candidatura, Duque propuso no romper el acuerdo de paz pero sí cambiar y corregir algunos puntos (El País, 2018); además, se comprometió a promover la igualdad social, el respaldo a la educación, la

reducción a cero del número de líderes asesinados (France24, 2019) y la lucha contra el clientelismo. En las principales ciudades, especialmente en la capital Bogotá, el paro nacional fue uno de los más grandes en la historia del país, logrando unir y movilizar a diferentes grupos y minorías que, entre otras cosas, marcharon en busca del cumplimiento del tratado de paz y, como parte de él, rechazando el continuo asesinato de líderes (France24, 2019).

El 21 de febrero de 2020, el periódico internacional "*DW Made for minds*" (2020) informó de una gran marcha liderada, principalmente, por el sindicato de profesores FECODE, para protestar por el continuo asesinato a líderes y por el hostigamiento masivo ante el profesorado; de esta marcha participaron también estudiantes, sindicalistas, camioneros y conductores del sistema integrado de transporte público. La respuesta del gobierno frente a las movilizaciones ha sido la promoción de la protesta pacífica rechazando todo tipo de actos vandálicos, empero, en la realidad, estas marchas no han dado mayores resultados; las cifras de líderes sociales, ambientalistas, comunitarios, campesinos y defensores de DD.HH, sigue en aumento.

CONCLUSIONES

Este artículo revela la pobre intervención de los gobiernos para detener los homicidios sistemáticos en contra de los líderes, lideresas y defensores en Colombia. Estos actos de horror que niegan el derecho a la libertad de expresión, son cada vez más frecuentes y se debaten entre los rechazos formales que el gobierno, los políticos y las instituciones, hacen a través de las redes sociales, y la normalización de la violencia frente a un sector específico.

Tanto la guerra como la violencia en Colombia, se concentran en las zonas apartadas de la capital, una suerte de incoordinación entre el centro y las regiones, probablemente, resultado de una fallida forma de Estado que se empeña en la centralización del presupuesto, las instituciones y la seguridad. Al mismo tiempo, es la expresión de los fenómenos históricos de pobreza y abandono, los mismos que son puestos de relieve en la labor de los líderes, lideresas y defensores, quienes terminan siendo callados por fuerzas oscuras que se empeñan en mantener la ley de nadie en aquellos lugares o, sencillamente, mancillan los derechos que les asiste a la población civil para imponer el control de las zonas en favor de las actividades ilegales que adelantas y que los empoderan.

La respuesta a la pregunta ¿a quiénes están matando en Colombia?, está en los campesinos, los indígenas, las comunidades diversas, las mujeres, y todas aquellas personas que reclaman la dignidad que les corresponde y que históricamente les ha sido negada. No es indebido pedirle al Estado trabajo, vivienda, infraestructura, créditos, seguridad, educación, salud. Es necesario despolitizar las necesidades de los colombianos para entender que la paz es un camino cierto.

REFERENCIAS

AMA, EFE Y RCN (2020). *Colombia: magisterio protesta contra asesinatos de docentes y líderes sociales.* DW Made for minds. Recuperado de https://www.dw.com/es/colombia-magisterio-protesta-contra-asesinatos-de-docentes-y-l%C3%ADderes-sociales/a-52474239

Arciénagas, Yurany (2019, 27 de julio). *Colombia marcha contra la ola de asesinatos de líderes sociales.* France 24 con Reuters y EFE. Recuperado de https://www.france24.com/es/20190727-colombia-marcha-asesinatos-lideres-sociales-duque

Bolaños, Edinson Arley (2020, 3 de agosto). *Después del acuerdo de paz, el 52% de los líderes sociales fue asesinado en este Gobierno.* Bogotá: El Espectador. Recuperado de https://www.elespectador.com/colombia2020/pais/despues-del-acuerdo-de-paz-el-52-de-los-lideres-sociales-fueron-asesinados-en-este-gobierno/

Colombia Renace Postconflicto. *¿Qué es un PDET?* Recuperado de http://especiales.presidencia.gov.co/Documents/20170718-pdet/que-son-pdet.html#:~:text=As%C3%AD%20mismo%2C%20el%20PDET%20es,Final%2C%20en%20los%20municipios%20priorizados.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (6 de diciembre de 2019). *Informe sobre la situación de personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia.* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 262.

Consejería Presidencial para los derechos humanos y asuntos internacionales. (2020). *Informe de homicidios contra líderes sociales y defensores de derechos humanos 2016-2019.* Recuperado de http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2020/Documents/Informe%20Homicidios%20li%CC%81deres%20-%20Corte(14%20Enero%20de%202020).pdf

Departamento Nacional de Planeación. (2016). *Índice de incidencia del conflicto armado.* Recuperado de https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Poltica%20de%20Vctimas/Construcci%C3%B3n%20de%20Paz/Documento%20%C3%ADndice%20de%20incidencia%20del%20conflicto%20armado.pdf

Deutsche Welle. (19 de Abril de 2021). *Más de 900 líderes sociales asesinados en Colombia desde 2016.* Recuperado de: https://www.dw.com/es/m%C3%A1s-de-900-l%C3%ADderes-sociales-asesinados-en-colombia-desde-2016/a-57257906

Deutsche Welle. (20 de febrero de 2021). *Reportan 753 líderes sociales asesinados en Colombia de 2016 a 2020.* Recuperado de https://www.dw.com/es/reportan-753-l%-C3%ADderes-sociales-asesinados-en-colombia-de-2016-a-2020/a-56633685

Europapress. (2021). *La cifra de líderes sociales asesinados en Colombia asciende a 24 en lo que va de 2021.* Recuperado de https://www.europapress.es/internacional/noticia-cifra-lideres-sociales-asesinados-colombia-asciende-24-va-2021-20210219151820.html

García, M. (2011). *Liderazgo transformacional y la facilitación de la aceptación al cambio organizacional*. Pensamiento Psicológico, 9(16), 41-54.

Human Rights Watch. (2010). Informe Mundial 2010. Recuperado de https://www.hrw.org/es/world-report/2010/country-chapters/259050

Indepaz. (2020). *Radiografía de la violencia contra los lideres asesinados en Colombia.* Recuperado de http://www.indepaz.org.co/radiografia-de-la-violencia-contra-los-lideres-asesinados-en-colombia/

Indepaz. (21 de agosto de 2021). *1000 líderes y defensores de DD.HH*. Recuperado de http://www.indepaz.org.co/1-000-lideres-y-defensores-de-ddhh/

Lupano, M., y Castro, A. (2008). *Estudios sobre el liderazgo* - Teorías y Evaluación. Psicodebate, 6, 107-122.

Manetto, Francesco (2018, 19 de junio). *Iván Duque advierte de que cambiará los acuerdos de paz sin romperlos.* Bogotá: EDICIONES EL PAÍS, S.L. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2018/06/18/colombia/1529351991_715042.html

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. (31 de mayo de 2017). *Artículo 1 [Capítulo I]. [Decreto 893 de 2017]*. DO: N. 50247. Recuperado de: http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30030685

Pardo, Daniel (2019, 22 de noviembre). *Paro nacional en Colombia: 3 factores inéditos que hicieron del 21 de noviembre un día histórico.* BBC News mundo. Recuperado de https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50520302

Peña, Camilo Andrés (2018, 9 de octubre). *Las preocupaciones que llevan al paro universitario de este miércoles.* Bogotá: El Tiempo. Recuperado de https://www.eltiempo.com/vida/educacion/razones-del-paro-de-estudiantes-y-profesores-de-universidades-publicas-278998

Semana. (2021). *ONU pide a Colombia estrategia certera para garantizar seguridad de excombatientes de Farc.* Recuperado de: https://www.semana.com/nacion/articulo/onu-pide-a-colombia-estrategia-certera-para-garantizar-seguridad-de-excombatientes-de-farc/202139/

COLOMBIA; EL REALISMO MÁGICO DEL SOMETIMIENTO DE LA LEY, DESDE LA ILEGALIDAD[4]

Stefany Camila Bulla Beltrán[5]
Valenttina Quiroga Vásquez[6]

RESUMEN

En Colombia, somos muy dados a ver ciertos contrastes bastantes significativos, Desde hace muchos años dejaron de volar las mariposas amarillas, para empezar a construir memoria sobre el paso hacia el olvido, porque tanto Colombia como Macondo, guardan innumerables anécdotas de guerras civiles, mitos, prejuicios y transformaciones en el tiempo.

Con esto, damos a entender como el grupo armado FARC-EP, vivió internamente la búsqueda por construir un sistema normativo desde sus inicios, haciéndolo tan propio, que terminó adaptándose a sus necesidades, el cual no dependía netamente de la Constitución Política de Colombia, si no qué, ellos a través de las fuentes de derecho lograron llegar a ese tan anhelado fin de la justicia, no solo regulando la relación entre los mismos guerrilleros sino, entre civiles y campesinos. En este texto podemos enmarcar la adaptabilidad que se manejaba internamente, ya que, se evidencia que de manera extraordinaria sus leyes van acoplándose a sus nuevas realidades.

En la presente investigación estableceremos bajo qué criterios se funda el sistema normativo del grupo armado FARC-EP: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo y la aplicación dentro de sus estructuras. El problema de la investigación que guía toda la reflexión consiste en definir el orden en el cual estas normas, leyes y códigos rigen su cotidianidad.

Esto supone, que se abordara el tema desde la empatía, siguiéndole la huella a este grupo y tratando de entender desde su contexto, hasta las vivencias de su cotidianidad y la manera de impartir justicia y crear derecho.

PALABRAS CLAVE: Farc- Ep, ley, grupo armado, ordenamiento jurídico.

---

4 Texto resultado del proyecto de investigación titulado Colombia; el realismo mágico del sometimiento de la ley, desde la ilegalidad, realizado al interior de los procesos de investigación del Semillero de Investigación Ética y Sociedad.

5 Estudiante del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. Integrante del Semillero de Investigación Ética y Sociedad

6 Estudiante del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. Integrante del Semillero de Investigación Ética y Sociedad

COLOMBIA; THE MAGICAL REALISM OF THE SUBMISSION OF THE LAW, FROM ILLEGALITY

ABSTRACT

In Colombia, we are very given to seeing certain quite significant contrasts.For many years the yellow butterflies stopped flying, to begin to build memory about the passage towards oblivion, because both Colombia and Macondo keep countless anecdotes of civil wars, myths , prejudices and transformations over time.

With this, we imply how the armed group FARC-EP lived internally the search to build a normative system from the beginning, making it so unique that it ended up adapting to its needs, which did not depend clearly on the Political Constitution of Colombia. if not what, they, through the sources of law, managed to reach that long-awaited end of justice, not only regulating the relationship between the guerrillas themselves but also between civilians and peasants. In this text we can frame the adaptability that was handled internally, since it is evident that in an extraordinary way its laws are being coupled to its new realities.

In this research we will establish under what criteria is based the normative system of the armed group FARC-EP: Revolutionary Armed Forces of Colombia- People's Army and the application within its structures. The research problem that guides all reflection consists of defining the order in which these norms, laws and codes govern their daily lives.

This means that the issue was approached from empathy, following the footprint of this group and trying to understand from its context, even the experiences of their daily life and the way to impart justice and create law.

KEYWORDS: Farc- Ep, law, armed group, legal system.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, los días se empezaron a convertir en un viaje sin regreso, donde a toda costa se buscaba el exterminio de los llamados forajidos, asesinos, incendiarios y revoltosos, así mismo, creando un símil con el decreto Nº4 que regía Macondo, donde esta situación no dejaba saber dónde estaban los límites de la realidad y como lo decían sus militares "seguro que es un sueño", porque tanto en Macondo como en Colombia se utilizaba la célebre frase "no ha pasado nada, ni está pasando ni pasara nunca. Este es un pueblo feliz" García Márquez, 1967.

En los años 60, las FARC-EP dan su salto a la luz convirtiéndose en uno de los primeros grupos armados con un ímpetu liberal, así como lo proclama Aureliano. En el año 2016, se da por terminado un acuerdo de paz, que le da fin a un conflicto de más de 50 años, dando como resultado la desmovilización y reinserción de los disidentes, dejándonos una dilatación del tiempo la cual atravesó por grandes procesos jurídicos. Lo anterior es la base para la investi-

gación que se desarrolla en este texto, que tiene por objetivo fijar los criterios por los cuales se funda el sistema normativo de las FARC-EP y su aplicabilidad en este mismo, clasificando como en cualquier ordenamiento jurídico su valor fundamental, logrando así demostrar la supremacía y la necesidad de la ley, aun en un grupo ilegal, llegando a plantear un paralelismo entre el ordenamiento jurídico que nos rige a nosotros como civiles y su constitución jurídica y reglamentaria, recurriendo también a las fuentes del derecho para validar la premisa de que la ley somete hasta la ilegalidad.

Como señalamos anteriormente, se trabajará el símil entre el sistema jurídico tradicional colombiano y el propio de las FARC-EP, haciendo hincapié en su organización, ya que de ella deriva gran parte de la importancia del sistema normativo, porque de ahí se origina una de las tantas maneras de hacer derecho.

Cabe resaltar la importancia de la empatía en este trabajo ya que nuestro objetivo no es estigmatizar, sino por el contrario, analizar y dar a conocer la manera en la que se organiza tanto jurídicamente como militar este grupo.

DESARROLLO

Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejercito del pueblo, fueron una organización guerrillera, insurgente de extrema izquierda, regida por los principios de marxismo-leninismo y del bolivarianismo. Esta organización fue fundada en 1964 y su desmovilización se dio el 24 de noviembre del 2016, a través de un proceso de paz en la Habana (Cuba) dirigida por el gobierno del entonces presidente Juan Manuel Santos. Cabe resaltar que no fue el primer acercamiento de un gobierno para firmar un acuerdo de paz con este grupo, durante la presidencia de Belisario Betancur (1982) se estableció un cese bilateral del fuego, mientras empezaban los diálogos en el municipio de La Uribe; En 1991 en la presidencia de Cesar Gaviria, empezaron los diálogos de paz en Caracas los cuales terminaron siendo un fracaso, tras terminar en 1992 en la ciudad de Tlaxcala; el siguiente intento se dio en 1998 y duro hasta 2002, encabezado por el entonces presidente Andrés Pastrana el cual se llevó acabo en el Caguán, el cual termino siendo un detonante de la guerra. Por último, se dio el acuerdo por el cual, las FARC-EP firmarían la paz acabando una guerra de 52 años, esta negociación se dio en el mandato de Juan Manuel Santos (2012-2016).

Dejando de lado el antecedente histórico y entrando en el contexto jurídico, exponemos la idea de que las FARC-EP se vieron en la obligación de someterse al imperio de su ley, dando así paso a la creación del 'estatuto FARC-EP' (Reglamento interno, normas que las rigen, su régimen organizativo y disciplinario), porque se demostró que el ser humano necesita la regulación de su conducta, y en un grupo con gran aforo como lo fue las FARC-EP, se implementaron con la importancia del saber vivir en sociedad, porque se hace indispensable el orden o un mecanismo que regule la conducta de sus integrantes, de tal manera que se respete tanto

sus derechos, como sus libertades, estableciendo así la manera en que la persona debe comportarse dentro de la organización como en la vida civil, dando paso a su sistema normativo.

Estatutos FARC-EP

El estatuto formula en esencia, los fundamentos ideológicos de las FARC-EP, define su estructura orgánica, el régimen de comando, los deberes y derechos de los combatientes y otros principios básicos de la organización revolucionaria. Cabe resaltar que, las FARC-EP han tenido diversas evoluciones normativas en el marco de sus estatutos, por lo tanto, expondremos la última modificación a estos.

Los estatutos están compuestos por 10 capítulos y 18 artículos.

Tabla 1. Estructura orgánica derechos y deberes de los combatientes.

CAPÍTULOS	ARTÍCULOS
Capitulo II: Articulo 3 Capítulo III: Régimen de comando, del Artículos 4 al 6 Capítulo VI: De los deberes y los derechos, Artículos 7 y 8 Capítulo V: Artículos del 9 al 13 Capítulo VI: Artículo 14 Capítulo VII: Del régimen interno, Artículo 15 Capítulo VIII: Artículo 16 Capítulo IX: Del himno y el emblema, Artículo 17 Capítulo X: Artículo 18	Artículo 1: definición del concepto fuerzas armadas revolucionarias de Colombia Articulo 2 al 4: Organización política y jerárquica Artículo 5: Responsabilidad en el mando y control Artículo 6: Requisitos para ser comandante Artículo 7: Deberes de los combatientes Artículo 8: Derechos de los combatientes Artículo 9: De los combatientes y su trayectoria Artículo 10: Disciplina Artículo 11: Aceptación de la responsabilidad de la comisión Nacional de guerrilleros y organismos políticos superiores Artículo 12: Materiales Artículo 13: Robo de muebles e inmuebles y armamento Artículo 14: Direccionamiento de planes y practicas militares Artículo 15: Régimen interno Artículo 16: Los ascensos militares Artículo 17: Himno y emblema Artículo 18: Validación

Fuente: Estatutos de la 9ª conferencia de la FARC-EP (09 de abril, 2007). (Estructura orgánica derechos y deberes de los combatientes)

REGLAMENTO DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA (FARC-EP)

El reglamento de régimen disciplinario comprende las disposiciones sobre la disciplina, normas de conducta, faltas, sanciones y atribuciones de los diversos escalones de mando de las FARC-EP.

Tabla 2. Recopilación del régimen disciplinario.

CAPITULOS	ARTICULO	DESCRIPCIÓN
Cap. I: De la disciplina	Art. 1 al 6	1. Faltas que dan lugar a sanciones disciplinarias: Faltas graves de primera instancia Faltas graves de segunda instancia Faltas leves 2. Sanciones que den lugar a las falas cometidas 3. Delitos dentro del movimiento 4. Contra los delitos las sanciones 5. Diversos organismos que sancionan faltas 6. Licenciamiento por invalidez o defectos físicos
Cap. II	Art. 7 y 8	• Función de mando, expiden ordenes • Atribuciones para sancionar una falta
Cap. III: De la apelación	Art. 9 y 10	• Apelación de sanciones
Cap. IV	Art. 11	• Validación para todos

Fuente: Estatutos de la 9ª conferencia de la FARC-EP (09 de abril, 2007). (Estructura orgánica derechos y deberes de los combatientes)

NORMAS INTERNAS DE COMANDO

Las normas internas de comando o régimen interno general, tratan en lo fundamental de la vida militar de las diversas unidades de las FARC-EP, en cuarteles, campamentos, carchas, misiones y comisiones del movimiento guerrillero y unifican en criterio de comandantes y guerrilleros en cuanto a la disciplina, los diversos servicios, las diversas guardias y las diversas tareas de comando, tanto en campaña como en receso.

Tabla 3. Recopilación de normas internas de comando.

ARTÍCULOS	DESCRIPCIÓN
Art. 1, 4, 5, 6, 29.	Aspectos militares.
Art. 2 y 3.	Formaciones.
Art. 7, 8, 9.	Sucesos de caso fortuito o índole mayor.
Art. Del 10 al 19 y el 21 y 22.	Guardias.
Art. 28 y 31.	Fechas especiales.
Art. 20.	Prohibición de civiles a los campamentos.
Art. 23.	Garantías del funcionamiento del campamento.
Art. 31 y 33.	Horarios.
Art. 25 y 27.	Armas.
Art. 26.	Enfermerías.
Art. 30. 36 y 37	Siempre se deben dar reportes y su cumplimiento a lo superiores.
Art. 32.	Cada frente elabora su rimen interno.
Art. 34 y 35.	Escalones de mando: resoluciones de problemas relacionados con aspectos militares y de servicio.

Fuente: Estatutos de la 9ª conferencia de la FARC-EP (09 de abril, 2007). (Estructura orgánica derechos y deberes de los combatientes)

ORGANIZACIÓN MILITAR Y SU COMPARATIVO:

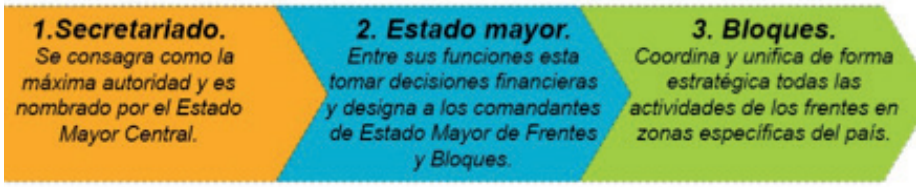
De acuerdo con sus estatutos, podemos comparar con los rangos del ejército tradicional, como se muestra en la figura 1:

Figura 1. Comparación FARC-EP y ejército tradicional.

Fuente: Tomado de Estatutos FARC-EP, elaboración propia.

ESTRUCTURA DE LAS FARC-EP

Figura 2. Estructura jerárquica de las FARC-EP



Fuente: Tomado de Estatutos FARC-EP, elaboración propia

DE SU SISTEMA PROCESAL Y PROCESO

El juicio popular[7]: se le denomina así, al mecanismo donde civiles y militantes se unen para hacer una discusión judicial, donde el acusado es un militante que en ese momento este en urbanidad y que la comunidad lo acuse de delitos tales como: el irrespeto a los demás, vicios, faltas de primera instancia y faltas leves. El papel de juez en este caso lo dictamina un comandante.

Juicio interno: es un conducto de manera directa el cual surge de la triada de la D (deserción, delación y derrotismo), este mecanismo solo aplica a combatientes y contiene la particularidad que es la única excepción al juicio y a la apelación estos desencadenan en fusilamiento y amarramiento.

7 Relatos anónimos de ex militantes de las FARC-EP de elaboración propia.

Consejo de guerra: se compone de escuchas, la cabeza principal es el presidente (Comisión), se leen los hechos cometidos, siguiendo con los cargos, las fechas y los lugares. Cuenta con la particularidad que los compañeros pueden agregar más cargos, (los cargos deben ser concretos y definidos en voz alta y en público). Esta vía se da solo para las faltas graves, se debe tener la mayor cantidad de personas que conozcan el caso y el acusado, se nombra un defensor a elección del acusado, y se compone de 3 planchas que son el jurado y se compone netamente de militantes, se vota levantando la mano, pero el jurado toma una decisión independiente, las personas allegadas al acusado hablan de él buscando la manera de demostrar la persona que es.

Reunión de célula: cuenta con un sistema igualitarista, por este mecanismo se habla sobre los problemas que surgen de la convivencia, se puede hablar sobre fallas que presentan desde los mandos, hasta quejas que se tengan de la organización y se hace con el fin de mejorar.

La comisión: regula todo lo que sucede afuera con los militantes, instruye procesos, recluta gente, y cumple con el rol de recoger pruebas y testimonios, tiene la facultad de redirigir un proceso a una asamblea popular, si así lo considera pertinente, juega de posible juez en una asamblea de guerrilleros y puede poner quejas, reclamos y sugerencias al comando sin citar a una reunión de célula.

Asamblea popular: se reúne a juzgar delitos de militantes y civiles que se encuentren en conflicto, se compone de la siguiente manera: 1 miembro del Estado Mayor del frente, por un mando intermedio y por 2 combatientes elegidos por la base guerrillera.

Asamblea de guerrilleros: es la máxima instancia y se requiere de la mayor concentración de civiles y militantes, para ello, se dispone de las siguientes medidas de carácter coercitivo: se cierran todos los establecimientos del pueblo, se les informa a los profesores sobre dicha asamblea para que ellos anuncien a los padres sobre esto. A estas asambleas asiste un promedio de 200 a 300 personas, funciona de la siguiente manera: El presidente es el moderador nombrado por la comisión, presencia el secretariado, se nombra un acusador por parte de la asamblea, se presentan 3 planchas para formar el jurado de conciencia, cada una con 5 nombres, se tiene en cuenta que se presenta un fiscal que es nombrado por la comisión, este mismo, tiene la potestad de decidir la sanción (las penas pueden llegar hasta fusilamiento). La comunidad y el fiscal sacan propuestas que son sometidas a votación, la votación se lleva a cabo de manera anónima, depositando un papel dentro de un sombrero.

Aquí se exponen a grandes rasgos ciertos puntos, en tanto que, con excepción del juicio interno, los demás procedimientos y sanciones que en ellos se concluyan pueden ser apelados ante el estado mayor de frente y si se creía más grave al secretariado.

Cuando en la comunidad se presentaban problemas entre civiles, ellos recurrían a las FARC-EP y el comandante se apersona del caso y utiliza el sistema procesal que sea pertinente. El comandante puede tomar decisiones sin juicio si son casos menores, como por ejemplo el destierro.

¿CÓMO LOGRARON CREAR DERECHO?

Se ha demostrado a través del tiempo que el ser humano necesita del derecho para poder regirse en sociedad, en tanto que, las FARC-EP no fueron la excepción, ya que lograron mediante una de las fuentes del derecho empezar a crear su sistema normativo, la incógnita del anterior postulado es cómo crearon derecho desde la ilegalidad. Todo indica que, recurren al derecho consuetudinario, usos y costumbres, derecho propio y demás factores que constituye una manifestación político-social que abre paso a las costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad que terminan convirtiéndose en ley.

Ya que, a pesar de ser un grupo armado, ellos y sus alrededores se someten al imperio de su propia ley, dando así, paso al reconocimiento de poder que tienen. En los diferentes relatos obtenidos por civiles en zonas como el Catatumbo, ellos afirman abiertamente que 'la guerrilla lo que tiene que hacer es ser ley donde llega' certificando que se sienten más seguros y tranquilos con la manera en la que las FARC-EP hacen de cuidadores de la comunidad, sometiendo a sanciones, penas y castigos a aquellos civiles, militantes y personas ajenas a la comunidad en la que conviven. Lo cual, en cualquier ordenamiento jurídico que avanza y transmuta con el tiempo va modificando, cambiando y adaptándose a las transformaciones de la sociedad; como se demuestra en los estatutos, que eran ajustados cada año en la conferencia que tenían los mandos, para así lograr lo que busca cualquier sistema jurídico legitimado, la justicia.

SISTEMA DE COLOMBIA VS. SISTEMA DE LAS FARC-EP:

Se deben tener en cuenta ciertas particularidades que aparecen conforme la investigación, y es que, las FARC-EP recurren a las fuentes del derecho, crean derecho, tiene el poder de crear derecho y logran tener legitimidad en las comunidades aledañas a sus campamentos. Existen tres componentes importantes de la legitimación que son la validez, justicia y eficacia, los cuales se cumplen a cabalidad, vistos desde el punto del grupo y las comunidades que los rodean.

Estas comunidades, que se someten al imperio de la ley de las FARC-EP, reafirman la seguridad que tienen en su sistema, ya que, desconocen al ejército, policía y demás ente territorial, como su cuerpo armado garantizador de seguridad y orden. De manera que, el sistema acusatorio de las FARC-EP demuestra su operatividad en las zonas en las que se implementan, funcionando con más eficacia que él sistema acusatorio colombiano, según estos mismos.

Este sistema no es idealista, como se respalda en relatos de excombatientes y civiles, dando por reflexión que, las FARC-EP no siempre toman las decisiones más acertadas y en ocasiones, la comunidad demostraba su descontento reprochando la toma de decisiones a las FARC-EP, ya que, la justicia debe ser de manera igualitarista, lo que implica que todos los casos sean tratados de la misma forma, lo que responde al principio de isonomía, que se encuentra fundamentado en el artículo 7 de la declaración universal de los derechos humanos

(DUDH), apuntando a garantizar que ningún individuo o grupo de individuos se le dé un privilegio o por el contrario sea discriminado por características personales o colectivas. Demostrando así, cómo el mecanismo acusatorio pertinente logra que, cada proceso sea diferente y parcial, en el cual ellos dictaminan sentencias y emiten resolución de acusaciones; también, se habla del debido proceso, de la investigación de cargos, de sus tribunales, de la presunción de inocencia, del derecho a la defensa y sobre la apelación, la cual era aplicable para civiles y combatientes.

En Colombia, se cuenta con un sistema acusatorio y con los anteriores recursos ya mencionados, pero se cuenta con un problema latente, que es, como cada vez se ven más casos, donde se deslegitimiza el uso de estos mecanismos, porque se ven deficiencias a gran escala sobre la aplicabilidad de estos recursos, ya que, desde la creación de las leyes, se demuestra una ineficacia tanto en el sistema legislativo como en el judicial, demostrando así que, la organización en la cual viven, se rigen y fundamenta este grupo armado, logra no solo impartir ley, si no, el cumpliendo de la misma en su totalidad y logra someter hasta la comunidad que desee regir exitosamente, acatando y cumpliendo la ley.

CONCLUSIONES

- Los estatutos de las FARC-EP lograron proporcionar unas bases sólidas para su ordenamiento jurídico, desplegando de ellas nuevas formas de concebir, analizar el derecho consuetudinario.
- Se demuestra que aplican la jerarquía jurídica, ya que, los estatutos ocupan la parte principal de la pirámide organizacional.
- Se logra evidenciar como surgen sus sistemas procesales particulares y la manera que se legitimaban estos mismos.
- Queda evidenciado que recurren a las fuentes de derecho, para crear su propio derecho.

REFERENCIAS

Bravo, M. A. (2017). *Trochas y fusiles* (1.a ed., Vol. 1). DEBOLS!LLO.

FARC-EP (2007). *Estatutos FARC-EP.* https://normas-apa.org/referencias/citar-pdf/

Jaramillo, A. S. (2018, 23 julio). Historia - *La paz con las FARC en Colombia tardó más de 30 años.* France 24. https://www.france24.com/es/20180723-historia-acuerdos-paz-farc-colombia

Kelsen, H. (1949) *Teoría general del Estado* (2. a ed., Vol 1). México Ediciones Coyoacán.

Martínez-Ferro, H. (2010, 1 junio). *Legitimidad, dominación y derecho en la teoría sociológica del estado de Max Weber.* Scielo. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792010000100018

Misión, visión, mega, valores, principios y funciones. (2019, 30 agosto). Policía Nacional de Colombia. https://www.policia.gov.co/mision-vision-mega-principios-valores-funciones

Organigrama Estado Mayor Central y Secretariado de las Farc. (s. f.). *Verdad abierta.* Recuperado 25 de mayo de 2021, de https://verdadabierta.com/especiales-v/2016/organigrama/

S. (2017, 4 septiembre). Significado de FARC. *Significados*. https://www.significados.com/farc/

Torrijos, V. Otálora, J.D. (2013). *Estructuras en acción: Las FARC-EP como red de redes. 2021.* Universidad del Rosario

Universidad del Rosario. (2010, junio). *Derecho Propio (N.o 1)*. https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/Derecho-propio.pdf

LA REDUCCIÓN DEL MIGRANTE A NUDA VIDA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS CONCEPTOS "TATUAJE BIO-POLÍTICO" Y "CRIMIGRACIÓN"

Valentina Salgado Castilla[8]
Universidad Pontificia Bolivariana
Derecho y ciencias políticas
Derecho
Medellin
2021

RESUMEN

Este trabajo aborda la nuda vida del migrante desde Giorgio Agamben, a partir de su concepto "tatuaje bio-político", y, desde Julie Stumpf a partir de sus trabajos acerca de la "crimigración". Esta composición está dividida en tres partes, en la primera, se conceptualiza la categoría nuda vida desde Agamben, en la segunda se aborda el concepto de migrante, a partir de los instrumentos internacionales de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), y, en la tercera, se despeja el concepto de "tatuaje bio-político" desde el filósofo italiano. Esta investigación de carácter hermenéutica-documental, es relevante en tanto centra su atención en la problemática del migrante, la cual conlleva a la reducción de su vida a nuda vida. Asimismo, este trabajo lleva a cabo un estudio de la problemática desde la intersección teórica y conceptual entre la filosofía y el derecho. En concordancia con Agamben y Stumpf, se concluye que el "tatuaje bio-político" y el auge de la "crimigración", han dado lugar en gran medida a que surjan generalizaciones que han asociado la migración con la criminalidad, lo cual ha conllevado a que el migrante se constituya en nuda vida en términos de Agamben.

PALABRAS CLAVE: Migración, etiquetamiento, control, biopolítica, violencia

THE REDUCTION OF THE MIGRANT TO BARE LIFE: AN APPROACH FROM THE CONCEPTS "BIO-POLITICAL TATTOO" AND" CRIMIGRATION "

ABSTRACT

This work addresses the bare life of the migrant from Giorgio Agamben, from his concept "bio-political tattoo", and, from Julie Stumpf, from her works on "crimigration". This composition is divided into three parts, in the first, the category bare life is conceptualized from Agamben, in

8 Estudiante de noveno semestre de Derecho e integrante del semillero del grupo de investigación en estudios críticos.

the second the concept of migrant is addressed, based on the international instruments of the International Organization for Migration (IOM), and, in the third, the concept of "bio-political tattoo" is cleared from the Italian philosopher. This hermeneutic-documentary research is relevant insofar as it focuses its attention on the migrant's problem, which leads to the reduction of his life to bare life. Likewise, this work carries out a study of the problem from the theoretical and conceptual intersection between philosophy and law. In agreement with Agamben and Stumpf, it is concluded that the "bio-political tattoo" and the rise of "crimigration" have largely led to the emergence of generalizations that have associated migration with criminality, which has led to that the migrant becomes a bare life in terms of Agamben.

KEYWORDS: Migration, labeling, control, biopolitics, violence

INTRODUCCIÓN

Las migraciones como fenómeno social y connatural al ser humano, han existido desde los orígenes de la humanidad, los primeros migrantes partieron desde un punto ubicado en África y poblaron todos los continentes y regiones del planeta, salvo algunos lugares de África todas las poblaciones actuales son producto de una migración, por ello toda la especie humana o es migrante o es descendiente de migrantes. La historia de la humanidad es la historia de las migraciones; el mundo tal cual lo conocemos es producto de esos desplazamientos masivos de población, de África a Asia y luego al resto del mundo, iniciados hace 70000 años y aun en marcha.

Las migraciones se han incrementado a lo largo de los años, ya que, debido a la globalización y el progreso de las comunicaciones y el transporte, los seres humanos forzados o voluntariamente cambian de ciudad, región o país de residencia.

Desde el entendimiento de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), es migrante:

Toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones.

Las causas que determinan las migraciones son heterogéneas y en ese sentido tienen características y motivaciones distintas. Los móviles de las grandes migraciones humanas están relacionados con el desempleo, el hambre, las guerras, las persecuciones políticas, étnicas y religiosas, los cambios y catástrofes climáticas, la decadencia o auge de ciertas regiones, la desintegración familiar, la trata de personas, entre otras. Lo anterior puede ser sintetizado en las siguientes categorías: causas económicas, causas culturales, causas bélicas y conflictos internacionales, causas socioeconómicas, causas familiares, causas políticas y catástrofes generalizadas.

En este marco es necesario referirse a la "crimigración" (crimmigration), esta noción fue acuñada por la jurista estadounidense Stumpf (2006), hace referencia al "complejo nexo de la política de inmigración y los servicios policiales que surgió en Estados Unidos después de 1980" (Misra, 2016). La "crimigración" según César Cuauhtémoc García (2016) se enfoca primordialmente en dos cosas, en indagar a cerca del cómo y por qué el límite entre las legislaciones penal y migratoria, las cuales, a lo largo de la historia, se habían considerado como dos zonas separadas, en la actualidad es difuso, en tanto no es posible determinar dónde termina una legislación y da inicio la otra.

Por lo anterior, pese a ser la migración, un fenómeno social antiguo, progresiva y continuamente se ha criminalizado la condición de migrante, en tanto las políticasmigratorias han sido construidas con base en estereotipos y estigmatizaciones que han conllevado a equiparar al migrante con el delincuente. Lo anterior ha tenido como consecuencia el surgimiento de políticas sistemáticas de detención, encierro y persecución penal, impulsadas por las autoridades que han conllevado a que se ejerza contra el migrante una de las máximas expresiones de la violencia estatal moderna consistente en la privación de su libertad.

Como consecuencia de esa criminalización, el ser humano se encuentra en palabras del filósofo italiano sujeto a rigurosos controles que antiguamente eran excepcionales y en la actualidad son una práctica cotidiana y legítima (Agamben, 2004). Agamben (2004) afirma que hoy se aplican al ser humano, las técnicas y dispositivos que fueron inventados para las clases peligrosas (p.3), prácticas de control que habían sido consideradas siempre como excepcionales e inhumanas (p.2) y que los Estados, que deberían constituir el lugar mismo de la vida política, han hecho de él, el ser humano, el sospechoso por excelencia, hasta el punto de que es la humanidad misma la que se ha transformado en clase peligrosa (p.3).

Uno de los conceptos filosóficos contemporáneos que mayor relevancia adquiere de cara a esta situación es el de nuda vida de Agamben (2005). Esta es definida en el libro Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida como "esa vida a la que puede darse muerte, pero que es insacrificable" (p.18). Según Giorgio Agamben (2005), la nuda vida tiene, en la política occidental, el singular privilegio de ser aquello sobre cuya exclusión se funda la ciudad de los hombres (p.17), un cuerpo desarraigado al mundo, una vida entre el umbral de lo humano y no humano, una vida objeto de toda violencia, incluida solo por exclusión.

También es importante traer a colación el concepto de" tatuaje bio-político", utilizado por primera vez por Agamben en una carta abierta publicada en Le Monde en 2004 y titulada " No al tatuaje bio-político", en la cual Agamben sostiene que actualmente se aplican al ser humano las técnicas y dispositivos que fueron inventados para las clases peligrosas(p.3) un procedimiento que fue impuesto durante mucho tiempo a los criminales y acusados políticos(p.2), lo anterior tiene como consecuencia que se ha hecho del ser humano "el sospechoso por excelencia, hasta el punto de que es la humanidad misma la que se ha transformado en clase peligrosa"(p.3).

A la luz de lo anterior, este trabajo se propone abordar la siguiente pregunta ¿En qué sentido la migración actual desde las nociones "tatuaje bio-político" y "crimigración" implica la reducción a nuda vida de amplias poblaciones de migrantes a partir de Giorgio Agamben y Julie Stumpf?

Para analizar esta pregunta, en primer lugar, se conceptualizará la categoría nuda vida desde Giorgio Agamben, la cual se encuentra desarrollada en mayor medida en su obra Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida (2005). En segundo lugar, se abordará el concepto de migrante, el cual se trabajará a partir de los instrumentos internacionales de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), y, en tercer lugar, se despejará el concepto de "tatuaje bio-político", introducido por Giorgio Agamben en una carta abierta publicada en el diario francés, Le Monde en 2004, titulada "No al tatuaje bio-político".

Asimismo, se analizarán los conceptos de migrante, a partir de los instrumentos internacionales de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), "crimigración" desde los desarrollos teóricos de Julie Stumpf, y "tatuaje bio-político" a partir de una carta escita por el filósofo italiano, publicada por Le Monde en 2004. A su vez se ejemplificará la problemática migratoria estadounidense.

Recogiendo lo anterior, este trabajo establece como el "tatuaje bio-político" y el auge de la "crimigración", debidos en gran medida a las generalizaciones que han asociado la migración con la criminalidad, han conllevado a que el migrante se constituya en nuda vida en términos de Giorgio Agamben, lo que implica la disposición, usufructo y matabilidad de lo humano.

NUDA VIDA: UNA CONVERGENCIA ENTRE LOS CONCEPTOS DE BIOPOLÍTICA Y CAMPO

El marco teórico de Agamben está conformado por Hannah Arendt y Michel Foucault. De Arendt toma el concepto de campo y de Foucault el concepto de biopolítica. Para dar cuenta del primer concepto, se remitirá al libro los orígenes del totalitarismo (1951) y para abordar el segundo echará mano del libro Historia de la sexualidad (1979). Ambas nociones sirven para explicar el concepto cardinal de la obra del filósofo italiano, esto es, la nuda vida. La misma se encuentra desarrollada en mayor medida en su obra Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida (2005), y se encuentra caracterizada por la posibilidad de una convergencia entre los conceptos aludidos anteriormente (campo y biopolítica).

Agamben (2005) considera en primer lugar, que los estudios que Arendt, destinó en la segunda posguerra a la estructura de los Estados totalitarios tienen una limitación (p.152): falta una perspectiva biopolítica en su análisis del totalitarismo del siglo XX. Para el filósofo italiano, la autora deja por fuera de su abordaje biopolitíco a los Estados totalitarios y a los campos, que constituyen según Agamben (2005), los lugares por excelencia de la biopolítica moderna (p.13). En segundo lugar, el filósofo italiano, considera que la tesis de Foucault debe ser completada, en tanto para Agamben (2005), lo que caracteriza a la política moderna, no es, el

hecho de que la vida se convierta en objeto eminente de los cálculos y previsiones del poder estatal (p.18).

En su libro Los orígenes del totalitarismo (2006), Hannah Arendt establece que el campo, sirve como laboratorio en el experimento de dominación total (p.350). En ellos se pone a prueba la creencia fundamental del totalitarismo de que todo es posible. Esta dominación solo es posible según la autora, sí se fabrica un tipo de especie humana que se parezca a otras especies animales, cuya única «libertad» consista en «preservar la especie» (Arendt, 2006, p.351). Para la filósofa alemana, el primer paso hacia la dominación total, consta de matar en el hombre a la persona jurídica, que se alcanza, situando a ciertos rangos de personas por fuera de la protección de la ley, y compeliendo al mundo no totalitario al reconocimiento de la ilegalidad (Arendt, 2006, p.359).

Ese reconocimiento se logra, poniendo al campo fuera del sistema penal normal y seleccionando a sus internados fuera del procedimiento judicial normal, en el cual a un delito definido corresponde una pena previsible. Ello genera que los delincuentes, quienes por otros motivos son un elemento esencial en la sociedad del campo, sean solo enviados usualmente a un campo para completar su sentencia de cárcel. Bajo la totalidad de las circunstancias, la dominación totalitaria trata de que las categorías reunidas en el campo, esto es judíos, portadores de enfermedades, representantes de las clases moribundas, pierdan su capacidad tanto para la acción normal como para la delictiva (Arendt, 2006, p.359).

En los últimos años de su vida, Foucault orientó sus investigaciones con un ahínco cada vez mayor en lo que definía como biopolítica, que fue desarrollada en su libro Historia de la sexualidad (1976). En el primer tomo, Foucault hace referencia a los grandes aparatos del Estado, como instituciones de poder, los cuales buscaban una mejora en el equilibrio de la sociedad. El autor apuntaba a que los mismos aseguraron el mantenimiento de las relaciones de producción, los rudimentos de anatomo y biopolítica, surgidos en el siglo XVIII como técnicas de poder que estaban presentes en todos los niveles del cuerpo social y eran utilizadas por instituciones muy diversas, tales como la familia, el ejército, la escuela, la policía y la medicina (Foucault, 1987, p.71).

Es por lo anterior, que la biopolítica, puede ser entendida como la creciente implicación de la vida natural del hombre en los mecanismos y los cálculos del poder (Agamben, 2005, p.151). Un poder cuya función más alta, es penetrar la vida enteramente. Eso se muestra diáfanamente en la transformación a inicios del siglo XIX del viejo derecho de vida y muerte, propio del poder soberano. Este derecho es transformado en una tecnología de poder disciplinario articulado en las disciplinas y en el control biológico sobre las poblaciones: se trata, ahora, de un «poder sobre la vida»(Foucault 1999, p. 190). El poder se sitúa y se ejerce al nivel de la vida, de la especie, de la raza y de los fenómenos masivos de población (Foucault 1976, p. 180).

Luego de exponer lo anterior, Agamben (2005) concluye afirmando que el hecho de que los dos estudiosos que han pensado quizá con más perspicacia el problema político de nuestro

tiempo, no hayan logrado entrelazar sus perspectivas, es una evidencia de la dificultad de este problema (p.153). Agamben se propone, entonces, entrecruzar las perspectivas de ambos pensadores, valiéndose del concepto de nuda vida. Esa es la noción cardinal de la obra del filósofo italiano, la nuda vida, entendida por Agamben (2005), como la vida a quien cualquiera puede dar muerte impunemente pero que es a la vez insacrificable de acuerdo con los rituales establecidos (p.243). La vida de la que se puede disponer sin necesidad de celebrar sacrificios y sin cometer homicidios (Ruiz, 2015, p.71).

En ese mismo sentido, Caravaca (2018) afirma que la nuda vida, es la vida que transita más allá del plano divino y profano y que, por lo tanto, diseña la simplicidad de la vida singularmente expuesta o, mejor dicho, destinada a la muerte (p.12). Para Agamben (2005), la nuda vida tiene, en la política occidental, el singular privilegio de ser aquello sobre cuya exclusión se fundan las sociedades humanas (p.17). La "vida desnuda" la que, al ser excluida del ordenamiento jurídico-legal propio de la administración estatal, se incluye como exterioridad y como ajenidad (Acosta, 2013, p.5). En otras palabras, es la vida despojada de su ser político, ubicada afuera del orden político, sin acceso a las protecciones legales adquiridas por aquellos "dentro" del sistema (Gómez, 2018).

LA NUDA VIDA DEL MIGRANTE CONTEMPORÁNEO

La historia de la especie humana es la historia de las migraciones: los primeros migrantes fueron los humanos primitivos que salieron del continente africano. Se cree que ellos migraron hacia Asia, luego a Australia, Nueva Guinea, Europa y, finalmente a las Américas. Entre las motivaciones de estas primeras migraciones se encuentran el clima, la disponibilidad alimentaria y otros factores medioambientales, la guerra, el esclavismo y la persecución. Con el pasar del tiempo, las culturas abandonaron el nomadismo y el colonialismo y comenzaron a migrar.

Del mismo modo, los flujos migratorios actuales han estado motivados por diversos factores, políticos, culturales, socioeconómicos, familiares y bélicos. Entre ellos podemos encontrar el desempleo, el hambre, la trata de personas, los cambios y

catástrofes climáticas, la decadencia o auge de ciertas regiones y las persecuciones políticas. Estas causas son heterogéneas y tienen características distintas, aunque todas concuerdan en que se produce por parte de la persona un cambio forzado o voluntario, permanente o semipermanente de la ciudad, región o país de residencia.

Al respecto, la Organización Internacional para las Migraciones(OIM) ha entendido por migrante:

Toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones, así como las personas cuya situación o medio de traslado no estén expresamente definidos en el derecho internacional, como los estudiantes internacionales.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) recalca que a nivel internacional no contamos con una definición universalmente aceptada del término, abarcando de forma usual los casos en los que la decisión de migrar es tomada de forma libre por la persona, motivada por razones de conveniencia personal y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello. El Comité Internacional de la Cruz Roja(CICR) entiende por migrante "a toda persona que deja su hogar o huye de él para buscar seguridad o mejores perspectivas" (CICR).

Luego de conceptualizar el fenómeno migratorio es pertinente advertir que la migración ha aumentado a lo largo de los años, ello debido a la globalización y los avances en las comunicaciones y el transporte. Para el año 2019, el número de personas que vivían en un país distinto al país en el cual nacieron, ascendía a 272 millones, 23 millones más que en el año 2010. Los migrantes internacionales comprenden hoy un 3.5% de la población mundial, cifra que continúa ascendiendo en comparación con el 3.4 % de 2010 y 2.8 % de 2000.

En América Latina y el Caribe el panorama migratorio ha cambiado de forma rápida durante la última década "Entre 2010 y 2019, el número de inmigrantes en la región aumentó en un 66%, mientras que el número de emigrantes aumentó un 26%. Unos 42,7 millones de personas viven fuera de sus países de nacimiento" (Acuña y Khoudour, 2020). Lo anterior se debe en gran medida a la migración venezolana. Otras razones por las cuales se ha presentado el rápido cambio en el fenómeno migratorio de la región están relacionadas con la pobreza y la violencia.

Respecto al número de migrantes internacionales a mediados del año 2019, el primer lugar, lo tuvo Asia con 83,6 millones, el segundo lugar, Europa con 82, 3 millones, el tercer lugar, Norteamérica con 58, 6 millones, el cuarto lugar, África con 26, 5 millones, el quinto lugar, Latinoamérica y el Caribe con 11, 6 millones y el sexto lugar, Oceanía con 8,9 millones para un estimado de 272 millones de migrantes internacionales, de los cuales el 14 % tienen 20 años, el 74 % están en edad de trabajar y oscilan entre los 20 y 64 años y el 12 % tienen 65 años o más.

Pese al aumento considerable que se ha presentado en el fenómeno migratorio a nivel mundial, el migrante quien aspira a una vida plena y mejor en un sin número de casos es recibido como amenaza de cara al país receptor, ello lleva a que se constituya en nuda vida en los términos de Giorgio Agamben, "nuda vida sobre la que la soberanía despliega su poder y justifica su legitimidad excepcional" (Domenech de la Lastra, 2016, p.6). Nuda vida es aquél encerrado en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE), que reproduce la lógica excepcional del campo de concentración (Domenech de la Lastra, 2016, p.6).

Nuda vida es el ahogado en el mediterráneo del no se molesta en rescatar (Domenech de la lastra, 2016, p.6). El ser humano prescindible "aquel que puede ser asesinado y aun así no sacrificado" (Gómez, 2016). Nuda vida ya no sólo como la vida biológica en sí misma (zôê), sino una vida que en la modernidad está "totalmente desprotegida frente al poder del soberano", una vida "políticamente desprotegida" (Múnera, 2008). Ello conlleva a que el migrante quede en una situación de vulnerabilidad manifiesta y abandonado y expuesto frente al poder soberano.

El hecho de que el migrante sea visto como amenaza de cara al país receptor y consecuencialmente reducido a nuda vida ha conllevado a que se criminalice su condición, en tanto, las políticas migratorias son construidas con base en estereotipos y estigmatizaciones que han devenido en una equiparación del migrante con el delincuente. Ello ha tenido como consecuencia la emersión de políticas sistemáticas de detención, encierro y persecución penal y el ejercicio contra el migrante de una de las máximas expresiones de la violencia estatal moderna, esto es, la privación de su libertad.

CRIMINALIZACIÓN Y MARCACIÓN DEL MIGRANTE CONTEMPORÁNEO

La figura de la "crimigración", fue acuñada por la jurista estadounidense Julie Stumpf (2006). Este concepto surge en el contexto de criminalización del migrante y el endurecimiento de las políticas migratorias. Su surgimiento se remonta al periodo de principios y mediados de 1980. Durante este tiempo los grandes grupos de migrantes que arribaban a Estados Unidos eran criminalizados fácilmente por ser pobres y de piel oscura (Misra, 2016). Además de las condiciones económicas y raciales se presentaba un asunto de carácter político, muchos gobernantes estadounidenses incluyendo al presidente Reagan aprovecharon la preocupación por la actividad ilícita relacionada con las drogas para atacar a los migrantes que ingresaban al país (Misra, 2016).

Stumpf (2006) entiende la "crimigración" como una fusión entre el derecho penal y el derecho de inmigración (p.5) resultante en la criminalización de la ley de inmigración o "ley de criminalística". Los estudios de Stumpf son de las pocas investigaciones teóricas al respecto. Poco se ha escrito sobre por qué se ha producido esta fusión, y cuáles son sus fundamentos teóricos. Además de la poca profundidad teórica en el asunto, quienes se han ocupado del mismo, no han examinado las crecientes intersecciones entre estas dos áreas por lo cual es necesario que la atención académica se centre en ese aspecto (Stumpf, 2006, p.13).

Según la autora (2006) en el año 2005, los asuntos relacionados con la inmigración representaron el grupo más grande de procesamientos federales, superando los procesamientos por drogas y armas (p.3). Así mismo la población de inmigrantes no autorizados que residían en Estados Unidos había alcanzado un máximo histórico (p.3).

Stumpf (2006) sostiene que el año 2006 marcó un punto de inflexión en el futuro de la migración (p.4). La conversación nacional estaba polarizada entre legalizar la población de migrantes indocumentados por una parte y utilizar el poder del Estado para tomar medidas enérgicas contra la población "ilegal" por otra (p.4).

En el mismo sentido César Cuauhtémoc García (2016) sostiene que la "crimigración" se enfoca en el cómo y por qué el límite entre las legislaciones penal y migratoria, se ha vuelto difuso conllevando a que sea difícil determinar dónde termina una zona y comienza la otra. Para García (2016), la "crimigración" tiene tres componentes, el primero es, la idea de que actualmente

hay un mayor número de delitos que pueden resultar en problemas de inmigración; el segundo consiste en el aumento de actividad relacionada con la migración; y el tercero es, el aumento de las prácticas de aplicación de la ley excepcionalmente severas.

En Estados Unidos, las estadísticas reflejan la expansión del fenómeno crimigratorio como una política de Estado. Según Alejandro Fernández Sanabria (2018)" la cantidad estimada, en promedios diarios, de inmigrantes que son encerrados en prisiones en ese país durante el 2018 es mayor que cualquier otra cifra registrada desde 1994". Stumpf (2006) sustenta lo anterior, según la autora, la criminalización de la ley de inmigración empujó a las instituciones penales hasta el límite, en tanto, la creciente población de detenidos rápidamente abrumó el espacio de celdas disponible en las cárceles estatales (p.9).

Esa continua criminalización del migrante de cara al país receptor ha conllevado a la utilización de mecanismos de control que se inmiscuyen en las esferas normales del ciudadano. Para Cristian Acosta (2013) el fenómeno migratorio actual se ve mediado por visas, pasaportes especiales, puestos migratorios, entre otros, como herramientas propias del biopoder de los Estados, que permiten clasificar y segregar la movilidad humana (p.102). En ese contexto de continua criminalización del migrante es pertinente hablar de la figura de "tatuaje bio-político".

Este concepto fue introducido por Giorgio Agamben (2004) en una carta abierta publicada en el diario francés Le Monde, titulada "No al tatuaje bio-político". La intención de Agamben era protestar contra lo que llamó "tatuaje bio-político" de los controles migratorios estadounidenses. Este concepto engloba la utilización de prácticas de control que antaño eran consideradas excepcionales e inhumanas, tales como la exigencia de las huellas digitales. Umbrales de control y manipulación de los cuerpos, realizados a través de tecnologías cada día más sofisticadas (Vásquez, 2017).

El filósofo italiano sugiere que este concepto apareció por primera vez en Auschwitz como "el modo más normal y económico de organizar la inscripción y el registro de los deportados en los campos de concentración" (Agamben, 2004, p.3). En la actualidad, Agamben lo analiza en el contexto de los controles migratorios estadounidenses.

Christian Courtis (2011) afirma que en las fronteras se utiliza un sistema que se sirve de una tecnología biométrica que permite la identificación del viajero, principalmente por sus huellas digitales.

Para Courtis (2011) es "esta biometría, lo que Agamben criticaba como nuevo "tatuaje bio-político". Las prácticas de control anteriormente mencionadas han reforzado la criminalización del migrante. Ello es así, en tanto en el Estado que debería constituir el lugar mismo de la vida política, se aplican al ciudadano o mejor dicho al ser humano, técnicas y dispositivos que fueron inventados para las clases peligrosas, convirtiéndolo en sospechoso por excelencia y transformando a la humanidad en clase peligrosa (Agamben, 2004, p.3).

De ese modo sucede con el migrante, quien, debido en primer lugar, a las generalizaciones que han asociado la migración con la criminalidad y que han tenido como objeto el surgimiento de políticas sistemáticas de detención, encierro y persecución penal y en segundo lugar a, la utilización de prácticas de control anteriormente consideradas excepcionales e inhumanas que lo han convertido en sospechoso por excelencia, en esa convergencia entre la "crimigración" y el "tatuaje bio- político" queda reducido a nuda vida, sobrevida, vida matable e insacrificable.

REFERENCIAS

Acuña J., David K. (2020). *El potencial de la migración en América Latina y el Caribe* [Mensaje en un blog]. Recuperado de https://www.undp.org/content/undp/es/home/blog/2020/harnessing-the-potential-of- migration-in-latin-america-and-the c.html#:~:-text=El%20panorama%20migratorio%20en%20Am%C3%A9rica,de%20sus%20 pa%-C3%ADses%20de%20nacimiento.

Acosta, C. (2013). *Migraciones irregulares y poder. Biopolítica, nuda vida y sistema inmunitario: una aproximación desde Giorgio Agamben y Roberto Esposito.* Identidades (4), 90-107. Recuperado de https://iidentidadess.files.wordpress.com/2013/06/6-identidades-4-3-2013-acosta.pdf

Agamben, G. (2004). *"No al tatuaje bio-político ".* Le Monde

Agamben, G. (2005). *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida, España: Pretextos*

Arendt, H. (2006). *Los orígenes del totalitarismo,* España: Alianza Editorial

Aruj, R. S. (2008). *Causas, consecuencias, efectos e impacto de las migraciones en Latinoamérica.* Papeles de población, 14(55).Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252008000100005

Blakemore, E. (2019). *La migración humana: consecuencia de guerras, desastres y, ahora, del clima.* Estados Unidos: National Geographic. Recuperado de https://www.nationalgeographic.es/ciencia/2020/02/cambio-climatico-complica-

perspectivas-de-paz-afganistan

Braido, J. (2001). *Las causas de la emigración en América desde la perspectiva de la Iglesia en América Latina y del Celam. Brasil: Instituto Migrações e Direitos Humanos.* Recuperado de https://www.migrante.org.br/

Caravaca, J. A. (2019). *De Homo Sacer, nudas vitas y abandonos: el caso de la transexualidad en la teoría tanatopolítica.* Enfermería (Montevideo), 8(2). Recuperado de http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-66062019000200005&lng=es&nrm=iso

Comité Internacional de la Cruz Roja. *Migrantes, refugiados y solicitantes de asilo.* Recuperado de https://www.icrc.org/es/actividades/migrantes

Courtis, C. (2011). *Desde otra mirada: textos de teoría critica del derecho.* Buenos Aires: edudeba.

Domenech de la Lastra, P. (2016). *Cruzando el cuerpo. Dispositivos de frontera y procesos de subjetivación.* Daimon. Revista Internacional de Filosofía. Recuperado de file https:///C:/Users/lenovo/Downloads/269651-Texto%20del%20art%C3%ADculo-960131-1-10-20161216.pdf

Edmond, C. (2020). *Global migration, by the numbers: who migrates, where they go and why.Suiza: World Economic Forum.* Recuperado de https://www.weforum.org/

Fernández, A. (2018). *Crimigración (tratar a los migrantes como criminales).* Semanario Universidad

Foucault, M. (1987). *Historia de la sexualidad*, Ciudad de México, México: Siglo XXI.

Foucault, M. (1976). *Historia de la sexualidad*, Francia: Éditions Gallimard

Foucault, M. (1999), Escritos esenciales. Estética, ética, hermenéutica, Barcelona: Paidós.Traducing de Miguel Morey.

Gómez, R. (2018). *Ni aquí ni allá: Nociones de hogar y sentido de pertenencia en el contexto de la migración.* Anuario Electrónico de Estudios en Comunicación Social "Disertaciones", 11(1), 169-194. Doi: *http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/disertaciones/a.4897*

International Organization for Migration. (2019). *Glossary on migration (34).* Recuperado de https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante

Misra, T. (2016). *El auge de la 'crimigración' o cómo se ha criminalizado a los inmigrantes.* Univisión Noticias. Recuperado de https://www.univision.com/noticias/citylab- politica/el-auge-de-la-crimigracion-o-como-se-ha-criminalizado-a-los-inmigrantes

Múnera, L. (2008). *Normalidad y excepcionalidad en la política*, Bogotá, ediciones Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de https://biopolitica.flinders.edu.au/publication/normalidad-y-excepcionalidad-en-la-politica/?lang=es

Naciones Unidas. *Migración*. Recuperado de https://www.un.org/es/sections/issuesdepth/migration/index.html#:~:text=En%202019%2C%20el%20n%C3%BAmero%20de ,2%2C3%25%20de%201980.

FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA PAZ SOCIAL DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA AL "IMAGINARIO" DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACION CIUDADANA EN COLOMBIA

Nicolle Stephania Almanza Martínez[9]

RESUMEN

Toda sociedad democrática debe responder a las necesidades sociales y al interés general, generando escenarios en los cuales la misma sociedad civil haga parte de los procesos democráticos y de toma de decisiones de una manera directa y participativa, pues a través de los mecanismos de participación ciudadana consagrados a nivel constitucional y legal, se tiene como objetivo incentivar en los ciudadanos su participación y cooperación en dichos procesos. Por tal razón, el presente capítulo intenta responder si: ¿Se ha cumplido con la finalidad de los mecanismos de participación ciudadana en Colombia de promover el enfoque participativo de la democracia y construir la paz social?. Por tal razón, este estudio se dirige a evidenciar que la democracia se ha interpretado en un sentido restrictivo y meramente representativo, pues por un lado, no se han permitido escenarios de participación efectivos a los ciudadanos y por el otro, en razón a la desconfianza en la justicia y en el ejercicio de la política propiamente dicha, que implica un desconocimiento de los instrumentos de participación, la ciudadanía ha dejado de creer en la democracia y en la posibilidad de obtener cambios y/o transformaciones sociales que mejoren sus condiciones de vida. Por tanto, resulta imperioso implementar una cátedra de cultura política enfocada en la pedagogía para la paz desde una perspectiva crítica, orientada a la justicia social y al uso consciente de los mecanismos de participación ciudadana.

PALABRAS CLAVE : Democracia, política, paz social, cultura política, participación ciudadana.

ABSTRACT

Every democratic society must respond to social needs and the general interest, generating scenarios in which civil society itself is part of democratic processes and decision-making in a direct and participatory manner, since through citizen participation mechanisms consecrated

9 Abogada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia-UPTC, Candidata a Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia-UNAL. Investigadora externa del Semillero de Investigación Rafael Uribe Uribe de la UPTC.

at the constitutional and legal level, the objective is to encourage citizens to participate and cooperate in these processes. For this reason, this presentation attempts to answer whether: Has the purpose of citizen participation mechanisms in Colombia to promote the participatory approach to democracy and build social peace been fulfilled? For that reason, this study aims to show that democracy has been interpreted in a restrictive and merely representative sense, since on the one hand, there have been no allowed effective participation scenarios to citizens and on the other, due to distrust in justice and in the exercise of politics itself, which implies a lack of knowledge of the participation instruments, citizens have stopped believing in democracy and in the possibility of obtaining changes and / or social transformations that improve their living conditions. Therefore, it is imperative to implement a chair of political culture focused on pedagogy for peace from a critical perspective, oriented to social justice and the conscious use of citizen participation mechanisms.

KEY WORDS: Democracy, politics, social peace, political culture, citizen participation.

INTRODUCCION

En la presente investigación se desarrollará el tema de la ineficacia de los mecanismos de participación ciudadana a partir de un método de investigación descriptivo- analítico y desde una perspectiva doctrinal y jurídica de conformidad con la realidad política Colombiana. Para tal fin, en un primer momento se abordará un estudio crítico de dichos mecanismos constitucionales y legales para evidenciar la primacía de las formalidades democráticas, para continuar señalando los retos principales identificados para la materialización de la democracia participativa, para finalizar con una propuesta de implementación de la cátedra en cultura política para la implementación de mecanismos de participación ciudadana con enfoque de pedagogía para la paz y justicia social como apertura democrática.

1. Primacía de formalidades democráticas frente a la materialización de una apertura democrática con enfoque participativo: Visión crítica de los mecanismos de participación ciudadana.

La Constitución Política de 1991 se promulgó con la finalidad de impulsar la participación política y así mismo de incluir ideales democráticos en la forma de gobierno del país, es decir, apuntó a privilegiar la democracia participativa como un medio a través del cual se pudiera perfeccionar la democracia, sin embargo, dicho objetivo ha tenido éxito en términos meramente formales frente a la idea de construir un país verdaderamente democrático pues la historia política Colombiana refleja que el enfoque democrático ha sido mayoritariamente representativo, tal y como lo afirma Alain de Benoist “impera la costumbre de considerar que democracia y representación son, en cierta forma, sinónimas” (De Benoist,

2016). Afirmación que evidentemente guarda un aire de desacierto por cuanto la esencia de la democracia es garantizar la voluntad del pueblo y de la ley, por tal razón, asegurar que la idea de democracia se nutre exclusivamente de la concentración del poder político en unas minorías, implicaría desconocer la posibilidad de que los ciudadanos hagan parte del proceso de toma de decisiones de los gobernantes que traten asuntos públicos, desplazando la oportunidad de responder al bienestar general.

Por otro lado, vale la pena hacer una aproximación frente a las posibilidades de participación que se encuentran en la parte dogmática de la Constitución, en primer lugar, el preámbulo califica la participación como un valor, a su vez el artículo 1º consagra el modelo de Estado Social de Derecho considerando como una de sus características su naturaleza democrática, participativa y pluralista, así mismo, el artículo 2º establece el alcance de la participación señalando como uno de los fines esenciales del Estado *"facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación"*, es decir, que se convoca a una participación de carácter no restrictivo, de acuerdo a uno de los fundamentos de la Constitución que alude a la soberanía popular (artículo 3), que incorpora además la participación ciudadana como un derecho constitucional y fundamental (Echeverri, 2010). Igualmente, es menester añadir que los principios democráticos constitucionales que fundamentan al país, conllevan a que se pretenda que los ciudadanos contribuyan en los procesos de toma de decisiones, lo cual se deduce del artículo 40 de la norma superior que dispone: *"todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político"*.

Ahora bien, a partir de la promulgación de la norma de normas, se han realizado intentos por fomentar la democracia participativa en el país por medio de avances legales, se han creado organismos tales como los consejos de cultura, de juventud, personeros estudiantiles, las veedurías ciudadanas, los consejos de paz, jueces de paz y conciliadores en equidad, entre otros, cuyo objetivo radicaba en la consolidación de la inclusión y cohesión social, para la ejecución y control de las políticas públicas (Bustamante, 2011).

A pesar de ello, no es difícil evidenciar la concentración de poder en la clase dirigente, que no es más que una distracción mal utilizada frente a la falta de compromiso del gobierno de brindar oportunidades de participación ciudadana, generándose de esta forma un exceso de poder en el ejecutivo, que incluso desconfigura los postulados de una democracia representativa.

Es por ello, que los ideales de una apertura democrática que traen consigo los mecanismos de participación ciudadana se quedan en un mero imaginario, a través de una democracia abstracta, formal y no material, por las brechas que predominan en la posibilidad de aplicación y ejecución de derechos de participación política y el ejercicio de poder desvinculado del bienestar general.

La participación política no depende exclusivamente de la intervención desde escenarios propios de los partidos políticos ya que desde la asamblea nacional constituyente de 1991 se crearon una serie de instrumentos jurídicos que facilitaran a los ciudadanos hacerle frente a los asuntos de su interés público, denominados *Mecanismos de Participación Ciudadana*. En este aspecto, el artículo 103 de la norma superior menciona que son "mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato" (Constitución Política de Colombia, 1991).

Mecanismos que posteriormente a la promulgación de la constitución política de 1991 han sido desarrollados a nivel legal y jurisprudencial. Al respecto, la ley estatutaria 1757 del 2015 establece en su artículo 3 que pueden ser de origen popular la iniciativa popular legislativa y normativa ante las corporaciones públicas, el cabildo abierto y la revocatoria del mandato y de origen de la autoridad pública el plebiscito; pudiendo ser de origen en autoridad pública o popular el referendo y la consulta popular (Ley 1757, 2015).

A partir de lo anterior, resulta acertado afirmar que los mecanismos de participación ciudadana en Colombia son las bases de una democracia, con los cuales según el Alto Tribunal Constitucional en el marco de un modelo de democracia participativa las decisiones se pueden adoptar complementar o modificar directa o indirectamente por el pueblo y no de manera exclusiva por los dirigentes (Corte Constitucional, 2002). Sin embargo, desde la praxis se han quedado plasmados en el papel ante la falta de información de la ciudadanía frente a su existencia o a su forma de utilizarlos como herramientas jurídicas de participación política, precisamente originando el carácter excluyente del ejercicio de la política.

De ahí, que esa democracia representativa imperante y sobrepuesta a la participativa, presente diversas limitaciones, como lo señala Fabián Correa (2011):

> "se reduce a un encargo nominal, formal y ciertamente teórico, porque los representantes se eligen en función de la imagen personal y de un discurso puramente electoral. No hay propuestas concretas sobre las que se vote, o ellas cambian una vez elegido el poder delegado".

Por tal razón, en la presente investigación se han evidenciado una serie de retos con los cuales se ha de enfrentar el proceso de construcción de una democracia con un enfoque más participativo, que serán señalados en el siguiente acápite.

2. Retos frente a la consecución de la democracia participativa.

Para autores como Alejandro Guzmán Rondón, la democracia participativa debe entenderse como el modelo democrático a través del cual todos los ciudadanos puedan justificar su lugar en el sistema como sujetos políticos, eliminando la exclusión del ámbito político a las personas que no ostentan ninguna representación política (Arturo Pedraza, 2015). Es

decir, la propuesta esencial de la democracia participativa es que esta sea inclusiva, deliberativa, pedagógica, articuladora, que promueva el empoderamiento de ciudadanos críticos y conscientes y que se complemente con la democracia representativa (Babarrusa, 2011).

De igual forma, vale destacar que en una democracia la participación no puede excluir la representación política, por cuanto como lo señala Carlos Fernando Echeverri el éxito o fracaso de los mecanismos de participación ciudadana depende del fortalecimiento del sistema de representación, ya que la existencia de partidos políticos solidos que operen como verdaderos canales entre el Estado y la sociedad, un Congreso ejercido adecuadamente como órgano de representación política, el sufragio mismo como instrumento rodeado de garantías mínimas, son verdaderos presupuestos para la consolidación del modelo democrático y constitucional (Echeverri, 2010).

A partir de lo anterior, es menester destacar que la democracia en nuestro país no cumple con ambos elementos debido a que obra un desconocimiento del bienestar general, es por ello que se presenta un desinterés generalizado de los ciudadanos frente a la política y la participación en las actuaciones públicas que inciden en la sociedad, lo que facilita en parte que los políticos que tienen el deber de representar a la población desatiendan las necesidades sociales, que exista un incremento de los índices de corrupción, de clientelismo, de abstencionismo electoral, de apatía y de no transparencia en la gestión pública y en consecuencia, origina el excesivo poder concentrado en unos sectores minoritarios de las clases dirigentes y la falta de formación política de los ciudadanos, quienes se encuentran excluidos y ajenos a los intereses sociales y al quehacer político pues cuentan con herramientas jurídicas que solo en el plano formal pretenden fomentar su participación.

En tal sentido, a pesar de que son varios los escenarios de en cierta medida restringen la consecución de la democracia participativa propiamente dicha, se hará mención de los principales que se han identificado en el proceso investigativo:

2.1. El clientelismo político y la corrupción: un mal para la democracia:

El clientelismo político, es “el primer factor que vulnera las bases del sistema democrático y fragmenta la igualdad de los ciudadanos por favorecer privilegiadamente a unos pocos a partir de la repartición desproporcional e inequitativa de erario público” (Roll, 2000), que igualmente suscita brechas entre el Estado y la sociedad, de tal manera que el ciudadano se siente excluido de su papel protagónico para la toma de decisiones, al no obtener una respuesta eficaz y concreta de los representantes del Estado respecto de las necesidades que requiere satisfacer (Guerrero, 2013). En tal sentido, la ausencia de transparencia en la política condiciona las posibilidades de control ejercido por los ciudadanos en sus dirigentes, lo cual amplia el panorama de corrupción, gracias a existencia de relaciones de poder que frenan el poder del pueblo, y quebrantan los principios de participación democrática, limitando el poder a las clases dirigentes, que se valen de su posición de poder para imponer sus propios intereses.

2.2. Falta de legitimidad en las instituciones estatales: debilidad institucional:

En un Estado Social de Derecho las instituciones deben caracterizarse por la legitimidad para brindar garantía en el ejercicio de derechos fundamentales, de la libertad y la dignidad de los ciudadanos. Sin embargo, debe cuestionarse la debilidad de las instituciones y los mecanismos que tradicionalmente se utilizan para la representación política.

Sobre ello, Maxwell A. Cameron, et al. (2012) señalan que la inestabilidad de la democracia se observa a través de la debilidad institucional y la exclusión ciudadana de los sistemas políticos, de esto se puede deducir que para fortalecer las instituciones y lograr sentar las bases de una verdadera democracia hay que generar oportunidades eficaces de participación a los ciudadanos, que legitime el sistema democrático ya que el primer rasgo de la crisis de las instituciones políticas actuales es la pérdida de legitimidad democrática, originada por la falta de confianza política de los ciudadanos en las mismas basada en la falta de credibilidad, justicia, competencia, transparencia y apertura ante puntos de vista distintos de las instituciones públicas, que además afecta los resultados y la aceptación de la democracia (Peña, 2011).

2.3. Génesis de la Cultura apolítica: Ineficacia de los mecanismos de participación ciudadana:

La falta de credibilidad en los gobernantes y la debilidad institucional, se dirigen a reconocer la existencia de corrupción, de ineficacia en la administración y gestión pública, la pérdida de confianza en la materialización de la democracia y por ende, la construcción de una cultura apolítica que es indiferente a la participación ciudadana. Sobre tal punto, Mauricio García indica que el pueblo generalmente se encuentra profundamente desinformado de los proyectos de participación política, gracias a la falta de cultura política y de la apatía de los ciudadanos en los asuntos de interés público, y a esta realidad se adiciona que los partidos políticos cuentan con gran capacidad de manipulación, por lo cual, se valen de los medios para mediatizar los mecanismos de participación ciudadana, que finalmente se convierten en instrumentos del accionar político individual de los gobernantes (García, 1997).

El origen de la falta de cultura política y el desinterés de la ciudadanía en el uso de los instrumentos legales y constitucionales para el ejercicio de la democracia es concretamente en primer lugar la falta de información ante la carencia de pedagogía en participación política y en segundo lugar, la ineficacia con la que cuentan estos mecanismos, debido a que como anteriormente se mencionó la debilidad institucional se convierte en un obstáculo para responder con efectividad a las demandas sociales y asimismo, en un medio para el clientelismo y la corrupción, por lo cual, difícilmente se logra obtener los resultados esperados con los mecanismos de participación.

2.3. Enfoque exclusivamente representativo de la democracia, negación de la soberanía popular y exclusión de la participación: Apología a la violencia:

La democracia representativa se ha convertido en una forma de oligarquía por representación, dejando de lado la idea del gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, afirmación que puede argumentarse trayendo a colación una definición clara de la democracia representativa, la cual expresa que "es el gobierno de una minoría dominante, delegada por una mayoría circunstancial, voluble y desinformada, minoría que ejerce el poder según sus propias visiones, conceptos o intereses" (Correa, 2011).

Empero, esto no quiere decir que la pretensión de esta investigación consista en la exclusión del componente representativo de la democracia pues la existencia de gobernantes como exponentes de la democracia representativa, complementado con la participación de los ciudadanos controlando las actuaciones del ejecutivo, facilita que haya transparencia en la toma de decisiones, considerando el cumplimiento del compromiso de los gobernantes para con sus ciudadanos. Sobre este punto, es importante mencionar el planteamiento de Norberto Bobbio para quien existe una forma integral de observar la democracia, debido a su carácter de necesaria en sus dos enfoques, el primero, se refiere a la democracia representativa, y el segundo a la democracia participativa o directa, ambos modelos son complementarios, sin embargo, a pesar de ello, terminan siendo insuficientes (Bobbio, 2001).

Por tal motivo, es indispensable que los gobiernos brinden la posibilidad de participación efectiva de los ciudadanos, sin que esta idea pase a ser un simple artificio e inobservancia de sus compromisos democráticos con la sociedad civil, pues de nada vale que existan bienes jurídicos protegidos a nivel constitucional como herramientas legitimas para exigir cambios y transformaciones sociales si la respuesta estatal trae consigo un régimen injustificado de violencia institucional, v.gr. los casos de vulneración de derechos en las protestas sociales adelantadas por la ciudadanía que siendo medios jurídicos legítimos, constituidos como derechos fundamentales han sido fuertemente restringidos a través de la violencia por gobiernos claramente antidemocráticos, lo cual sin desconocer el escenario claro de responsabilidad estatal por la violación de derechos humanos, conlleva a la restricción e imposibilidad de inclusión de la voluntad popular en los procesos de toma de decisiones, pues de entrada se gobierna por fuera del interés general y del cumplimiento de los fines estatales. Por tal razón, es importante mencionar que la inclusión política genera un rompimiento entre la política y las armas como una forma de promover la protección frente a la vulneración de derechos humanos por la existencia de ideologías distintas no afines con las de las élites que gobiernan el país (Menéndez, 2017).

3. PROPUESTA: Implementación de la cátedra en cultura política desde una perspectiva de la pedagogía para la paz como apertura democrática.

En el presente acápite a manera propositiva se expondrá la relevancia de implementar una cátedra que promueva la cultura política con un enfoque en pedagogía para la paz de tal forma que se configure la apertura en la democracia de manera incluyente y crítica. Para este propósito, a continuación se expondrán algunos aspectos a tener en cuenta y con los cuales se facilitaría superar el imaginario de los mecanismos de participación ciudadana para alcanzar el uso de los mismos con conciencia y capacidad de análisis político de los ciudadanos.

3.1. Educar para la participación: pedagogía para la paz y la política.

Es menester hacer un análisis del enfoque actual que posee la educación colombiana, claramente tradicionalista que dificulta un desarrollo eficaz en el pensamiento, pues como lo señala Drottens el papel del campo educativo no debería radicar únicamente en la transmisión de conocimientos, sino también en una preparación para el mañana, es decir aplicar una "pedagogía prospectiva" enfocada en el porvenir y abierta a los cambios y a la evolución (Zavaleta, 1986).

Empero, se vislumbra un exceso constante y saturado de información que ha sido objeto de manipulación mediática y politización que incide de manera negativa en el pensamiento crítico; en atención a ello, resulta inminente implementar un sistema de educación critico que permita que los ciudadanos puedan adoptar concepciones de la realidad autónomas sin que la polarización de los medios deforme la independencia y libertad de pensamiento de los ciudadanos, aún más en temas como la construcción de la paz y la participación en política, ya que son los medios para alcanzar la equidad, igualdad, justicia social, y convivencia pacífica. Lengrand se cuestiona acerca "¿en qué medida la educación tiene la finalidad de preparar a los hombres para rechazar la guerra y buscar la paz? Ya que es en la paz en donde el hombre construye para todos un lugar donde se pueden cumplir las apetencias verdaderamente humanas, de libertad, justicia y tolerancia, abogando por descubrir el bienestar de la humanidad (Zavaleta, 1986). Y es que en el mundo actual, en un contexto de violencia sistemática ha ido apareciendo una preocupación por la preservación de la paz, siendo necesario consolidar las herramientas para lograr este fin.

Ahora bien, considerando el papel fundamental de la educación en el desarrollo equitativo y democrático que fomenta la participación, resulta apropiado crear escenarios que contribuyan a formar a los ciudadanos en la participación en el campo de la política, teniendo como base la necesidad de construir la paz social, ya que para obtener el desarrollo y la equidad social, se debe partir de una participación significativa y auténtica, involucrando a todos los actores sociales en la política educativa a nivel local,

nacional y global, con la respectiva delimitación de los roles de cada actor de tal forma que se logre asegurar las condiciones y los mecanismos para efectivizar la participación (Torres, s.f.).

3.2. Formación de Cultura política.

No cabe duda que al interior de la sociedad colombiana existe una carencia de la denominada cultura política, aspecto que genera limitantes en el acceso a una apertura de la democracia al igual que a nuevas trasformaciones sociales. Por tal motivo, es de suma importancia contar con ciudadanos formados en política, pues a partir de ello se les facilita el desarrollo de habilidades, actitudes y herramientas para participar, opinar y tomar decisiones de acuerdo al interés de la sociedad. Este aspecto hace parte de un proceso social y cultural, en el que surge una relación de aprendizaje y formación, con el cual se crea un sistema de percepciones colectivas respecto al poder y la autoridad; es decir, valoraciones, concepciones y actitudes que las personas tienen respecto de cómo se distribuye el poder, cómo funciona y cómo se toman decisiones (González, 2009).

La cultura política debe entenderse como el conjunto de posturas atinentes a los sistema políticos y al papel que cumple cada ciudadano en este sistema, por esta razón, es un proceso: i). político ya que se aprende a partir de las relaciones sociales, y ii) cultural debido a que es importante formarse integralmente en el tema de la libre participación de tal forma que verdaderamente se adopten posturas de manera autónoma y critica en relación al sistema de gobierno considerando las problemáticas imperantes en el marco de la realidad.

Con la formación de cultura política se obtiene mayor participación, y en consecuencia se crea un canal permanente de cooperación y coordinación entre el gobierno y la sociedad civil, construyendo confianza entre las partes; de igual manera, los gobernantes se informan de la realidad de los ciudadanos, se capacitan obligatoriamente mejorando la calidad de las decisiones y de la gestión; y finalmente, las herramientas de participación son vistas como la posibilidad de dialogar con los representantes (Díaz, 2004).

3.3. Cátedra a la cultura política para la implementación de mecanismos de participación ciudadana con enfoque de pedagogía para la paz y justicia social.

La formación en cultura política implica un proceso más allá de lo meramente educativo, ya que se extiende a escenarios organizacionales, laborales, y comunitarios, e inclusive históricos para comprender las distintas perspectivas en las que incide la representación de los gobiernos en un sistema democrático. Esta formación parte de los problemas sociales y del estudio de la democracia; Giroux (1990), centra su interés en la educación democrática por lo que propone una teoría de la enseñanza que compromete a la educación como un esfera pública de la democracia y concibe al educador como un intelectual transformador que aporta a la construcción de política cultural

fundado en la pedagogía desde una perspectiva crítica, considerando que la educación juega un papel fundamental en la construcción de toda sociedad democrática (Henao & Álvarez, 2015).

Adicionalmente, es necesario implementar o hacer buen uso de los mecanismos de participación ciudadana conectados con una cátedra de participación política que construya pensamientos más democráticos y participativos, desde una perspectiva en pedagogía de la paz, para fomentar mayor participación en la toma de decisiones de la sociedad y para tener mayor cercanía con las necesidades sociales, combatiendo así fenómenos como la corrupción y el clientelismo. Sobre ello, se han propuesto 5 estrategias para fomentar la participación ciudadana a través del uso eficaz de mecanismos de participación ciudadana:

A. Mayor descentralización del poder de decisión en temas políticos: La descentralización en asuntos políticos implica entre otros aspectos mayor participación de la comunidad y de autonomía de las entidades territoriales en la toma de decisiones públicas, que además incluye procesos de elección popular y el ejercicio efectivo de mecanismos de participación ciudadana como una forma de fortalecer de la democracia.

B. Cercanía popular en asuntos públicos: Es necesario que aquellos niveles hasta ahora apartados en los asuntos de gran trascendencia a nivel social y político, que conforman la mayor parte de la población Colombiana, como los sectores sociales más vulnerables, la clase media, los asalariados, los diferentes gremios, se apropien de los espacios públicos empezando por tener un mayor acercamiento comunal que permita conocer las principales problemáticas de los barrios, de las zonas rurales, entre otras.

C. Supresión de la idea de obediencia: bajo esta idea los ciudadanos aceptan y normalizan las condiciones de vida que tienen y observan con cierto recelo la justicia y la democracia por lo cual prefieren tomar el papel de sumisión y obediencia antes que participar y cooperar en la búsqueda del bienestar general. Y aunque en la actualidad puede observarse un aumento considerable de apropiación de derechos, esto en mayor medida puede evidenciarse de la población juvenil, pues todavía gran parte de los ciudadanos han dejado de creer en las instituciones, en los dirigentes y en el ejercicio de la política que en términos teórico-clásicos en su deber ser tendría que responder al bien común, aunque en el ser se vislumbre una ausencia de gobernabilidad entendida esta como "un estado de equilibrio dinámico entre el nivel de las demandas societales y la capacidad del sistema político (estado/gobierno) para responderlas de manera legítima y eficaz" (Camou, 2001). De ahí que se requiera necesariamente un papel activo de los ciudadanos en la política no solo como sujetos potencialmente lideres o elegibles en cargos políticos, sino desde el ejercicio de

los instrumentos jurídicos existentes, partiendo del interés por analizar de manera crítica la situación social, económica y política en la que se encuentran.

D. **Eliminación de la perspectiva de violencia al interior de las instituciones estatales orientadas a la protección ciudadana y garantía a los DDHH:** La violencia institucional ha sido posible debido a la propagación de discursos y prácticas que estigmatizan, que excluyen, que segregan (Armida, s.f). Por tal razón, es de suma relevancia que al interior de las instituciones estatales se renuncie al uso de la violencia física o psicológica, esto bajo la base de la comunicación entre los adversarios, en referencia al dialogo como recurso indispensable para la solución de conflictos.

Ello por cuanto, hay que partir de la base que si las mismas instituciones obedecen a políticas de violencia y/o del interés propio de los dirigentes, difícilmente podrá lograrse la eficacia de los mecanismos de participación ciudadana, y contrario a ello, seguirá reflejándose en la restricción de garantías a los derechos fundamentales, que finalmente generan como respuesta optar por instrumentos alternos de reclamación de bienes jurídicos.

Por tanto, se hace más relevante que en el marco de un posconflicto y de construcción de la paz social, se propenda por una pedagogía para la paz en diversos sectores sociales, en las calles, en las aulas de clase, etc., de esta manera se podrán obtener verdaderas transformaciones sociales en el país, generando así un mayor compromiso tanto del pueblo colombiano en la apropiación de los mecanismos y herramientas que sustentan el poder y la soberanía que se le concede como constituyente primario, que respondan a la necesidad de cambio que merece el país, así como también que los dirigentes que atiendan a las necesidades sociales y al bienestar general.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que la paz no se logra con la firma de unos acuerdos, sino que igualmente implica que el pueblo colombiano tome las riendas de su país, alce su voz y haga parte de la toma de decisiones que lo afectan, es necesario que los ciudadanos se visibilicen, y se involucren en las problemáticas que los aquejan, para esto, es indispensable incrementar el uso de los mecanismos de participación ciudadana facilitando la información sobre sus ventajas, para así ser partícipes en la deliberación para la toma de decisiones que generan un impacto en la sociedad. Es decir, que la participación no se limite al voto exclusivamente, que en fin último termina dominado por la abstención de los ciudadanos o los fenómenos del clientelismo y la corrupción. Por esta razón, importa en gran medida adoptar posiciones de confianza para participar en los asuntos públicos, fortalecer las instituciones y que las mismas convengan en fomentar la participación ciudadana de forma transparente, en otras palabras, que exista un verdadero ejercicio democrático con mecanismos que no sean meramente ejercicios de simulación, sino medios eficaces de participación democrática, con apoyo de gobernantes comprometidos con facilitar los espacios de participación de los ciudadanos dispuestos a participar.

Lo anterior, debido a que la interpretación equivocada que se le ha dado hasta el momento a la democracia se limita a elegir a los gobernantes que al final se ven permeados por intereses individuales, dejando de lado los compromisos adquiridos con la sociedad civil de velar por la mejora de sus condiciones de vida, la garantía de sus derechos y el reconocimiento del interés general.

Por tal razón, con la implementación de una cátedra de cultura política a través de la pedagogía para la paz, que forme ciudadanos verdaderamente críticos y propositivos que se cuestionen acerca de la necesidad de lograr la consolidación de la paz, promoviendo la convivencia pacífica y la libertad de pensamiento, así como el uso consciente de los mecanismos de participación ciudadana, se obtiene el objetivo principal de toda democracia, es decir, un gobierno del pueblo y para el pueblo, con la participación de los ciudadanos, la representación eficiente y desinteresada de sus dirigentes, la transformación social y la consecución de una verdadera paz social.

REFERENCIAS

Alain De Benoist (2016), *Democracia representativa y democracia participativa.* El Manifiesto.

Armida, M. (s.f.). *Los Derechos Humanos frente a la violencia institucional.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Educación. Recuperado de http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL005061.pdf

Barbarrusa, V. (2011). *Democracia participativa: La vía para la profundización democrática, IEPALA.* Sevilla. Recuperado de http://www.democraciaycooperacion.net/IMG/pdf/IEPALA_Virginia_Barbarrusa_Democratizacion.pdf

Bobbio, N. (2001). *El futuro de la democracia.* Fondo de Cultura Económica, 3 ed., pp. 60-61, Santillán, México.

Bustamante G. (26 de abril de 2011) *¿Qué paso con la democracia participativa en Colombia?*, Revista Semana. Recuperado de https://www.semana.com/nacion/articulo/que-paso-democracia-participativa-colombia/238906-3

Camou, Antonio (Estudio preliminar y compilación) (2001). *Los desafíos de la Gobernabilidad.* México: Flacso/IISUNAM/Plaza y Valdés. Cita tomada de Mayorga, F. & Córdova, E., (2007). Gobernabilidad y Gobernanza en América latina, Working Paper NCCR Norte-Sur IP8, Ginebra. No publicado.

Correa, F. (1 de diciembre de 2011). *Democracia ¿Oligarquía sin representación?,* Diario El Comercio. Recuperado de https://www.elcomercio.com/opinion/democracia-oligarquia-representacion-1.html.

Corte Constitucional (12 de marzo de 2002). *Sentencia C 179*, ref. P.E.-014. [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].

Díaz, B. (2004). I*ntroducción a la democracia participativa, Periódico Clarín.* Recuperado http://www.sociedad-estado.com.ar/wp-content/uploads/2012/03/DEMOCRACIA%20PARTICIPATIVA.pdfde

Echeverri, C. (2010). *La participación ciudadana en Colombia: Reflexiones desde la perspectiva constitucional y la normatividad estatutaria.* Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia. Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

García, M. (1997). *Los límites de la democracia participativa*, cita tomada de Londoño, F. et al, Sociedad civil, control social y democracia participativa, Bogotá, Fescol, pp.44. Recuperado de http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/plebiscito.html

González, R. (2009). *La cultura política, una mediación en la formación ciudadana desde la escuela,* Sinéctica (33), ISSN 1665-109X.

Guerrero L. (2013) *Clientelismo Político ¿Desviación de la política o forma de representación? Estado del arte sobre las aproximaciones al clientelismo en colombia 1972-2012,* (Tesis de pregrado, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario).

Henao F. & Álvarez M. (2015). *La formación en cultura política en el contexto histórico Colombiano.* Historia y Espacio (45), pp. 147 – 172, ISSN 0120-466.

Maxwell A., Eric H. y Kenneth E. (2012), *Nuevas instituciones de democracia participativa en América Latina: la voz y sus consecuencias,* Perfiles Latinoamericanos (42), pp. 225-231, México, Flacso.

Menéndez, R. (2017). *La participación de la sociedad civil en la construcción de la paz,* Revista ORBIS (21) Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia.

Peña, R. (2011). *¿Son los políticos los responsables de la crisis?*, Herramientas para enfrentarse a la crisis, Barcelona: ServiDoc, pp. 85-120.

Roll, D. (2000). *El Clientelismo: corrupción a tres bandas.* Sidéresis Revista De La Auditoría General De La República, Vol. 2 (2), pp. 114-128.

Torres, R. (s.f.). *Participación Ciudadana y Educación*

Una Mirada Amplia y 20 Experiencias en América Latina. Recuperado de http://www.oas.org/udse/documentos/socicivil.html

Zavaleta, E. (1986). *Aportes para una pedagogía para la paz*, Unesco Olealc, pp 25- 26

Capítulo 4

Derecho Internacional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario

ABUSO DE FUERZA POR PARTE DE AGENTES DE LA POLICÍA NACIONAL COLOMBIANA EN EL USO DE ARMAS MENOS LETALES

Juan Pablo Cárdenas Sáenz[1]

RESUMEN

La Policía Nacional de Colombia tiene como función velar por la seguridad, el bienestar y la convivencia ciudadana. Sinembargo, el reiterado abuso de autoridad por parte de agentes de la policía y el ESMAD en el marco de las protestas sociales, ponen en evidencia una problemática preocupante en materia de derechos humanos: los abusos de los agentes de la policía cometidos con armas institucionales han puesto en riesgo la vida y seguridad de los ciudadanos. Las armas utilizadas por la fuerza pública para mantener el orden que se clasifican en letales y menos letales. La presente investigación se ocupará de estas últimas. Se identifican debilidades en la formación de estos agentes en el empleo de estas armas que se traducen en el reiterado exceso de fuerza. Esta investigación es de alcance descriptivo y se sirve del método analítico descomponiendo el fenómeno del uso excesivo de la fuerza por parte de la Policía Nacional en sus elementos constitutivos. Es de diseño cualitativo y emplea la técnica de la revisión bibliográfica, acudiendo al uso de fuentes documentales como revistas científicas especializadas; así mismo, utiliza la revisión normativa y jurisprudencial y el estudio de documentos oficiales.

PALABRAS CLAVE: ESMAD, armas menos letales, protesta social, Policía Nacional, violencia policial, exceso de fuerza

ABUSE OF FORCE BY COLOMBIAN NATIONAL POLICE OFFICERS IN THE USE OF LESS LETHAL WEAPONS

ABSTRACT

The function of the Colombian National Police is to ensure the security, well-being, and citizen coexistence. However, the repeated abuse of authority by police officers and ESMAD in the framework of social protests highlights a worrying human rights problem: abuses by police officers committed with institutional weapons. they have put the lives and safety of citizens

1 Estudiante de la Facultad de Derecho sede Campus de la Universidad Militar Nueva Granda, tercer semestre, Correo: est.juan.cardenas1@unimilitar.edu.co, miembro del semillero de investigación en Derechos Humanos Ubuntu. Docente: Adelaida María Ibarra Padilla.

at risk. Weapons used by law enforcement to maintain order are classified as lethal and less lethal. The present investigation will deal with the latter. Weaknesses are identified in the training of these agents in the use of these weapons that translate into repeated excess of force. This research is descriptive in scope and uses the analytical method decomposing the phenomenon of excessive use of force by the National Police into its constituent elements. It is of qualitative design and uses the technique of bibliographic review, resorting to the use of documentary sources such as specialized scientific journals. Likewise, it uses the normative and jurisprudential review and the study of official documents.

KEYWORDS: ESMAD, less lethal weapons, social protest, national police, police violence, overpower

INTRODUCCIÓN

La fuerza pública, en específico la Policía Nacional de Colombia, es el órgano encargado de velar por la seguridad, el bienestar y la convivencia ciudadana. Sinembargo, el reiterado abuso de fuerza por parte de agentes de la policía y del escuadrón móvil antidisturbios en especial en el marco de las protestas, muestra serias falencias en la formación de estos agentes en la protección de los derechos humanos. La problemática de la vulneración de los derechos humanos universales a mano de estas autoridades instituidas para su protección pone de presente la importancia de realizar una investigación sobre este fenómeno. Es importante y de la actualidad el fenómeno al interior del territorio nacional en el ámbito de los derechos humanos; pues de manera continua se muestra el mal uso de las armas institucionales en manos de los agentes de policía.

Las armas que utiliza la fuerza pública para hacer cumplir la ley se clasifican en letales y menos letales. La presente investigación se ocupa en específico de las menos letales de la policía nacional de Colombia, en especial del escuadrón móvil antidisturbios (ESMAD). Las armas menos letales son utilizadas "ante la necesidad imperiosa de controlar en forma profesional y adecuada los eventos entorno a manifestaciones, disturbios y espectáculos públicos" (Temblores ONG, 2019). Sinembargo, el manejo de estas armas menos letales se refleja el reiterado exceso de fuerza por los agentes del ESMAD y Policía en las protestas sociales.

El empleo de estas armas que se torna imperiosa en las manifestaciones en el espacio público, interrumpiendo la seguridad y convivencia de los habitantes de Colombia. Es así como, los derechos humanos se ven vulnerados con el uso excesivo de estas armas menos letales por parte del ESMAD y Policía contra los que deben proteger.

La Policía Nacional de Colombia es el órgano que vigila y controla el cumplimiento de las normas por parte de los ciudadanos. Sinembargo, el ESMAD como un organismo desconcentrado de la Dirección Operativa de la Policía Nacional, cuya misión se delimita a apoyar a los departamentos y policías metropolitanas en el control y neutralización de los disturbios ciudadanos

y espectáculos públicos cuando su capacidad en talento humano y medios lo requiere, se ha excedido en el modo en que controla los disturbios (Policía Nacional, 2007). Continuamente se puede observar los abusos de los agentes de la policía en el empleo de armas institucionales (teaser, pistola, escopeta con carga de fogueo, gas lacrimógeno) que han puesto en riesgo la vida y seguridad de los ciudadanos violando los derechos humanos (DDHH).

La formación que reciben los agentes del ESMAD y algunos otros agentes de la policía nacional en el manejo de armas es desbalanceado con relación a la formación que reciben en derechos humanos. Las armas menos letales con las cuales miembros de la fuerza pública han vulnerado los derechos humanos de los ciudadanos han sido las mecánicas cinéticas, los agentes químicos, las acústicas y lumínicas, los dispositivos de control eléctrico y auxiliares (Tudda, 2019). Uno de los casos más recientes que ejemplifican este fenómeno es el del joven abogado Jorge Ordoñez quien murió tras recibir diversas descargas eléctricas y otros malos tratos por parte de los agentes de policía.

El presente capítulo se ocupa de la pregunta ¿Cuáles son los factores que contribuyen al abuso de fuerza pública por parte de la policía en Colombia? Para dar respuesta a este interrogante se recurrió a una investigación de enfoque cualitativo que se apoya en la interpretación de datos no numéricos y responde a una pregunta problema de tipo socio-jurídico. La técnica empleada es la revisión bibliográfica. Se sirve de fuentes documentales como revistas científicas especializadas; así mismo, utiliza la revisión normativa y jurisprudencial y el estudio de documentos oficiales.

El documento se encuentra dividido en tres secciones. En la primera se describe el impacto las armas menos letales en las protestas sociales por parte de los agentes del ESMAD. En la segunda parte se identifican los riesgos que genera el uso de las armas menos letales en el marco de las protestas sociales. En la tercera se identifican medidas implementadas contra el uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes del ESMAD y Policía en las protestas.

1. El impacto de las armas menos letales empleadas por los agentes del ESMAD en las protestas sociales

Los grupos operativos especializados antidisturbios que hacen parte de la Policía Nacional (ESMAD), fueron creados mediante la ley 62 de 1993 primordialmente para logar el cumplimiento del art. 218 de la C.P. en el marco del derecho a la manifestación pacífica consagrado en el art. 37 de la misma carta.

La ley 62 de 1993, art. 1 señala que la policía es un cuerpo de naturaleza civil, que tiene la obligación de proteger a los habitantes del territorio nacional, con respecto a los derechos fundamentales consagrados por la constitución colombiana, y para subsistir de los contextos necesarios para ejecución de los derechos y libertades públicas, en aras de asegurar una mejor convivencia y gozar de seguridad.

El artículo 15 señala las acciones de este que van desde la planeación (antes), la ejecución (durante) y la evolución (después) en la manifestación (Resolución 03002, 2017) por el cual se crea el nuevo manual para el servicio en manifestaciones y control de disturbios para la policía nacional.

La Policía Nacional, como parte de la fuerza pública, según el art. 218 de la Constitución Política de 1991 es un cuerpo de naturaleza civil, bajo la dirección del Estado que tiene como función primordial velar por que existan las condiciones necesarias que permitan el ejercicio de los derecho y libertades en el ámbito público y una sana convivencia. La Policía en el ejercicio de su poder está en la obligación de respetar la dignidad humana y de salvaguardar los derechos humanos de cada habitante de Colombia (Congreso de la república, 2016; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1979).

La Resolución 03002 del 2017 que regula al escuadrón móvil antidisturbios por medio del art. 21, la cual le permite al ESMAD intervenir en las multitudes conformadas por el público manifestante cuando implique acciones de disturbios, motines, revueltas y demás alteraciones públicas que terminen en violencia. En el intento de la fuerza pública por controlar el orden en medio de manifestaciones y protestas, se ha integrado a la legislación el uso de armas menos letales que buscan preservar el orden mediante el control de las masas, combatir el delito, proteger a la población basándose en estándares internacionales respecto al uso de la fuerza y reducir la posibilidad de una herida que ocasione la muerte (Patiño, 2020).

Mediante la incorporación de estas armas menos letales, los cuerpos del ESMAD han pasado desconocido las regulaciones precedentemente descritas y normas internacionales como los numerares 2 y 3 de Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 1990).

2. Riesgos del uso de las armas menos letales en el marco de las protestas sociales

La función que hoy le atribuimos a las instituciones policiales surge de un contexto en el que la mismísima idea de Estado estaba siendo puesta en tela de juicio; un momento histórico caracterizado por una serie de cambios estructurales en la organización social (Temblores ONG, 2021). La Policía es la encargada de velar por la seguridad, el orden y La Paz en un consolidado territorio con base en la protección de los DD. HH, como se establece en un espacio nacional e internacional, por ello, se ha venido observando cómo este cuerpo civil que salvaguarda a la población ha llegado a cambiar la naturaleza de su función con el exceso de fuerza. Este abuso que se ha visto por parte de la fuerza pública, en la intervención de sus los agentes por mantener el orden público en el descontento que ha tenido los ciudadanos por los malos gobiernos que habido en el territorio nacional en las últimas

décadas en los campos (económicos, educativos, agrarios y otras más), desde el punto de vista de González:

Es difícil decir que el problema se genera por un solo factor. Diría que hay que ver cómo se refuerzan distintos factores: intereses políticos, demandas de la sociedad y rutinas burocráticas. Esa interacción es la que hace que tengamos policías con pocos controles civiles y externos. (Cinep, 2020)

González establece que se puede encontrar variaciones en los factores que se hacen evidentes en el exceso de fuerza, por parte de la Policía -en particular al ESMAD- en excederse en el uso de la fuerza en las manifestaciones pacíficas en el manejo discriminado de sus armas menos letales. Sinembargo, según Cinep (2020), los manifestantes son objeto de las reacciones agresivas por parte de la fuerza pública que debería ampararlos, por eso un descontrol en la sociedad respecto de la actitud que se tiene frente a los agentes de la policía que utilizan armas menos letales en clara trasgresión de los derechos de los ciudadanos.

A pesar de la prohibición de la tortura, claramente establecida en el derecho internacional, hay algunos tipos de armas menos letales que se utilizan de manera habitual para tortura u otros malos tratos o que no tienen más finalidad que esa. El uso y el uso indebido de dispositivos menos letales puede tener efectos especialmente graves sobre determinados grupos vulnerables de personas, como los niños y las niñas, las mujeres embarazadas, la gente con problemas médicos y las personas ancianas (Amnesty International, 2015).

En el espacio de las protestas se ha observado el uso inadecuado y excesivo de armas menos letales que ha llevado a la muerte de diversas personas que participan en las protestas.

3. Medidas contra el uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes del ESMAD en las manifestaciones

Desde la llegada del ESMAD ya hace 22 años y con el cambio de constitución hace 30, los derechos fundamentales que se encuentran en los artículos del 11 al 41 de la carta política de Colombia, se han percibido como vulnerados en ciertas ocasiones, donde los encargados de mantener la reuniones y manifestaciones en público pacíficamente han respondido a esos eventos arbitraria y violentamente. Esto ha hecho que se enfrenten a las personas que de manera pacífica salieron a protestar contra las decisiones que ha tomado el gobierno de turno. En este contexto, el ESMAD ha recurrido al excesivo uso de la fuerza con armas menos letales para disolver la aglomeración en las calles.

La utilización indebida de las armas menos letales ha tenido como consecuencias las capturas arbitrarias y abusivas a los que están ejerciendo los manifestantes pacíficos donde reciben tratos inhumanos, crueles y degradantes para la persona. La Corte Suprema de

Justicia ha intervenido en estas circunstancias donde en la sentencia STC7641-2020, condena a la policía nacional, en particular a su cuerpo operativo especializado en antidisturbios por haber ejecutado ataques en contra de la vida y la libertad (expresión y prensa) de los manifestantes y de los que la comunicaban.

El gobierno saca el decreto 003 de 5 de enero del 2021 Por el cual se expide el Protocolo de acciones preventivas, concomitantes y posteriores, denominado "Estatuto de reacción, uso y verificación de la fuerza legítima del estado y protección del derecho a la protesta pacífica ciudadana", donde se declara el cumplimiento de la sentencia STC7641-2020. El gobierno con este decreto intenta comprimir la respuesta rápida de los agentes de policía que intervienen en las manifestaciones en el manejo de las armas y fuerza, y también olvido incluir una revisión inmediata a las acciones que hubo en las últimas protestas donde dejaron a personas muertas y heridas.

CONCLUSIONES

Como conclusión se encuentra que los factores que conllevan al exceso de la fuerza por parte de los agentes del ESMAD son la falta de suficiente formación en materia de Derechos Humanos, la estigmatización de las manifestaciones pacífica, mal uso de las armas menos letales y el no seguimiento de los protocolos correspondientes. También tenemos que seguir insistiendo en buscar una reconciliación nacional donde se pueda el pueblo por fin tener una Fuerza Pública para la paz que está necesitando este país. Para eso tenemos que tener encuentra algunos aspectos como lo es la desvinculación de los miembros de la fuerza pública que hayan realizado acciones en contra de la vulneración los derechos humanos, la seguridad humana debe tener más formación dentro de la policía basado en el respeto a dignidad que hace alusión al art. 218 de la C.P. y a los derechos humanos y reformar a la policía nacional separándola de la institución del gobierno (Ministerio de Interior) encargada de ella y haciendo más mención a la naturaleza civil que nos menciona la constitución.

REFERENCIAS

Amnesty International (2015). *Impacto sobre los derechos humanos de las armas menos letales y otros tipos de material para hacer cumplir la ley.* London: Amnesty International Ltd.

Cinep. (11, sep. 2020) *¡Nos están matando!* Protestas y abuso policial tras el asesinato de Javier Ordóñez, [Entrada de blog]. Recuperado de https://www.cinep.org.co/Home2/component/k2/826-nos-estan-matando-protestas-y-abuso-policial-tras-el-asesinato-de-javier-ordonez.html

Congreso de Colombia. (12 de agosto de 1993) *Artículo 1ro [Título I]*. Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y Bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al presidente de la República. [Ley 62 de 1993] DO: 40.987.

Ministerio del Interior. (05 de enero de 2021) *Artículo 1ro [Capítulo I]*. Por el cual se expide el Protocolo de acciones preventivas, concomitantes y posteriores, denominado "Estatuto de reacción, uso y verificación de la fuerza legítima del estado y protección del derecho a la protesta pacífica ciudadana". [Decreto 003 de 2021].

Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991) *Articulo 218. [Título VII].* Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr007.html#218

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (22 de septiembre de 2020) *Sentencia SC, STC7641*. [MP Luis Armando Tolosa Villabona].

González, Y. (25, Sep. 2020) *"La pregunta es por qué sucedió esto por Ordóñez y no con el caso de Puerto Tejada"*. [Entrada de blog]. Recuperado de https://www.cinep.org.co/Home2/component/k2/832-la-pregunta-es-por-que-sucedio-esto-por-ordonez-y-no-con-el-caso-de-puerto-tejada-profesora-de-harvard.html

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), 1990. *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*. [online] Cuba: OHCHR. Disponible en: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/useofforceandfirearms.aspx

Patiño, J. (2020). *Colombia: el esmad frente a la legislación y la letalidad de las armas no letales*. [Entrada de Blog] Disponible en: https://www.ridh.org/news/colombia-el-esmad-frente-a-la-legislacion-y-la-letalidad-de-las-armas-no-letales/

Policía Nacional. (29 de julio de 2017) por el cual se expide el *Manual para el servicio de manifestaciones y control de disturbios para la policía nacional.* [Resolución Nro. 03002 de 2017]. Bogotá, Colombia.

Temblores ONG, 2019. *SILESCIO OFICIAL. SILESCIO OFICIAL.* 1ra edición. [online] Colombia: TEMBLORES ONG, p.22. ISBN: 978-958-56953-2-0 Disponible en: https://www.temblores.org/silencio-oficial [Consultado en marzo 2021].

Temblores ONG, 2021. *BOLILLO, DIOS Y PATRIA. BOLILLO, DIOS Y PATRIA.* 2ra edición. [online] Colombia: TEMBLORES ONG, p.19. Disponible en: https://www.temblores.org/bolillo-dios-y-patria [Consultado en marzo 2021].

Tudda, G. (2019). *Uso de la fuerza y armas menos letales.* Anuario en Relaciones Internacionales del IRI.

ANÁLISIS DE LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO COLOMBIANO DE GARANTIZAR EL DERECHO A LA VIDA, SALUD E IGUALDAD ANTE LA LEY A LAS PERSONAS MIGRANTES EN UN CONTEXTO DE EMERGENCIA DE SALUD PÚBLICA.

Jhorman Elí Cardenas Aroca[2]
Paula Andrea Correa Moreno[3]

RESUMEN

El presente trabajo de investigación aborda las actuales necesidades de la población migrante en el contexto de emergencia sanitaria surgida por el virus llamado Covid-19, estudiando las obligaciones estatales internacionales y las acciones implementadas por el Estado Colombiano para afrontar la situación de pandemia, teniendo en cuenta un enfoque diferencial poblacional, como lo son los migrantes. Con el análisis de estas premisas se logran prever dos acontecimientos. El primero de ellos es evitar la vulneración de los derechos a la vida, la salud e igualdad ante la ley de la población migrante, al determinar si las medidas tomadas por el Estado Colombiano son incluyentes y protegen efectivamente estos derechos. Como segunda premisa, está el cuidado del patrimonio económico del Estado, toda vez que, al existir un excelente actuar Estatal, se puede prevenir futuros litigios contenciosos administrativos e incluso, llegar a estrados judiciales internacionales, como la Corte Interamericana por transgredir los convenios internacionales sobre derechos humanos que le asisten a las personas migrantes.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la vida, Derecho a la Salud, Derecho a la igualdad ante la ley, Migrante y Estado.

2 Estudiante de séptimo semestre del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Correo electrónico institucional: j_cardenas13@unisimon.edu.co

3 Estudiante de quinto semestre del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Correo electrónico institucional: p_correa@unisimon.edu.co

ANALYSIS OF THE OBLIGATION OF THE COLOMBIAN STATE TO GUARANTEE THE RIGHT TO LIFE, HEALTH AND EQUALITY BEFORE THE LAW TO MIGRANTS IN A CONTEXT OF PUBLIC HEALTH EMERGENCY.

SUMARY

This research work addresses the current needs of the migrant population in the context of the health emergency arising from the virus called Covid-19, studying the international state obligations and the actions implemented by the Colombian State to face the pandemic situation, taking into account has a differential population approach, as are migrants. With the analysis of these premises it is possible to foresee two events. The first of these is to avoid the violation of the rights to life, health and equality before the law of the migrant population, by determining if the measures taken by the Colombian State are inclusive and effectively protect these rights. As a second premise, there is the care of the economic patrimony of the State, since, when there is an excellent State action, future contentious administrative litigation can be prevented and even reach international judicial stages, such as the Inter-American Court for violating international conventions on human rights that assist migrants.

KEYWORDS: Right to life, Right to health, Right to equality before the law, Migrant and Country.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia de la humanidad, han existido emergencias de salubridad, afectando la vida y salud de cientos de personas y causando que los Estados de manera imprevista tengan que emprender acciones inmediatas para abordar dicha situación.

Dentro de las emergencias mundiales más destacadas se encuentra la peste negra a mediados del siglo XIV, el virus viruela, virus de la influenza y en la actualidad, el virus llamado Covid-19.

Así las cosas, se entiende como una emergencia de salud internacional, la que se declara en casos de una enfermedad "grave, repentina, inusual o inesperada" (Pavez-Soto, I., & Colomés, S. 2018); que tiene implicaciones para la salud pública de los Estados ya se vean directa e indirectamente afectados; y puede requerir una acción internacional inmediata, como una serie de medida internas; entre ellas una declaratoria nacional de emergencia sanitaria, lo que le permite a los Estados limitar o modificar la aplicabilidad de derechos fundamentales de las personas sujetas a su jurisdicción en aras de procurar por un bien general (Cabieses, B., Gálvez, P., & Ajraz, N. 2018).

Dichas limitaciones afectan directamente a la población migrante al ubicarla en una posición de vulnerabilidad, ya que sus derechos a la vida, salud e igualdad ante la ley se ven invisibilizados, toda vez, que las políticas públicas emitidas en un Estado de emergencia sanitaria son excluyentes a las necesidades de este grupo poblacional (Llugdar, 2020).

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos evidenciar que el contexto actual de emergencia sanitaria internacional no ha sido ajeno a la historia, sinembargo, el actuar de los Estados ahora debe ser garante y respetuoso de una serie de derechos consagrados en instrumentos nacionales e internacionales. Por ese motivo, el presente proyecto de investigación se enfocará en construir las medidas idóneas que deben desarrollar los Estados para proteger a la población más vulnerable, como lo son las personas migrantes, en un contexto de emergencia de salubridad, lo cual nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta de investigación; *¿Cuáles son las obligaciones del Estado Colombiano para garantizar el derecho a la vida, la salud e igualdad ante la ley a las personas migrantes en un contexto de emergencia de salud pública?*

La justificación del presente proyecto de investigación se basa en su pertinencia porque en el contexto actual de salubridad nacional e internacional, los Estados se deben asesorar sobre cuáles son las acciones pertinentes a implementar para afrontar la pandemia Covid-19, evitando tener una repercusión negativa en la vida digna de las personas migrantes sujetas a su jurisdicción. Asimismo, es relevante porque aporta al ejercicio de soberanía y responsabilidad internacional, procurando que el actuar estatal sea acorde a las directrices plasmadas por organismos o tratados internacionales. Finalmente, este proyecto tiene un alto impacto en materia de Derechos Humanos y de responsabilidad estatal, ya que se busca que las medidas tomadas y ejecutadas por parte de los gobiernos, respeten y garanticen los derechos de la población migrante; evitando que el patrimonio económico del Estado se vea afectado en un futuro, al prevenir acciones legales ante estrados nacionales e internacionales por un actuar que pueda causar su responsabilidad estatal, además este proyecto de investigación no solo propone un análisis perfectamente aplicable a la actual situación de pandemia, ya que el mismo está diseñado para ser un marco de referencia aplicable en emergencias sanitarias futuras, desde el punto de vista jurídico, donde los derechos objeto de estudio se vean inmiscuidos (Burgos, 2010).

En este orden de ideas, la presente investigación se plantea como objetivo general, Analizar la obligación del Estado Colombiano de garantizar el derecho a la vida, la salud e igualdad ante la ley a las personas migrantes en un contexto de emergencia de salud pública.

De lo anterior, se desembocan cuatro objetivos específicos:

1. Identificar los instrumentos internacionales que protegen los derechos a la vida, salud e igualdad ante la ley a la población migrante.
2. Estudiar las obligaciones internacionales de los Estados parte del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos frente a la protección de derechos los derechos a la vida, salud e igualdad ante la ley a las personas migrantes en el contexto de una emergencia.
3. Comparar las acciones para la protección del derecho a la salud de las personas migrantes que ha creado el Estado Colombiano frente a otros Estados parte de la CADH, en el contexto de la pandemia Covid-19.

4. Exponer recomendaciones para el Estado Colombiano a partir del anterior estudio, y que sean aplicables a contextos futuros.

METODOLOGÍA

La presente investigación se desarrolla a través de un Paradigma Interpretativo, ya que contribuye al análisis de los textos que soportan la investigación, los cuales son variados instrumentos internacionales que el Estado Colombiano ha suscrito, por lo que este paradigma ayuda a establecer la forma de recolectar los datos de los tratados de derechos humanos y a desarrollar el estudio de los mismos (Martínez, M.2009).

También es importante manejar un Enfoque cualitativo debido a la necesidad de abarcar los problemas de la sociedad como significación de las acciones humanas en las realidades subjetivas e intersubjetivas, que son el resultado de un desarrollo socio-cultural e histórico, donde comprenderlos es vital para extraer un conocimiento pertinente sobre los derechos de las personas migrantes y validarlo con los considerado en la jurisprudencia de la Corte IDH. (Sandoval, 2002).

También se implementó del Método Hermenéutico, como propuesta metodológica en la comprensión de la realidad social se deriva de la metáfora de la jurisprudencia y las investigaciones sobre los derechos de los migrantes, que puede ser interpretado de maneras variadas por caminos metodológicos, literales o reconstructivos, con aspectos muy singulares que le hacen diferentes a otras alternativas de investigación. (Sandoval.2002).

En ese sentido la Técnica de recolección de información propia de esta investigación es el Análisis documental, que marca punto de partida para lograr el dominio del tema investigación abordada, donde las fuentes son documentos institucionales, grupales, formales o informales, los cuales proporcionan información valiosa, puntos de vista y las formas en que los autores de estas fuentes la realidad y los derechos de las personas migrantes en un contexto de emergencia de salud pública. (Sandoval.2002)

Para sistematizar toda la información resultante del análisis documental, se hace uso del Instrumento denominado Matriz de agrupación, pues esta táctica práctica permite categorizar la relación y comparar los elementos que existen entre los actos, los actores individuales, los procesos, los escenarios y las situaciones en su conjunto halladas dentro de la jurisprudencia y los tratados internacionales, por medio de una matriz de ubicación de aspectos de análisis según sus atributos que establezcan grupos de categorización relacional. (Sandoval.2002)

Avance del primer objetivo específico

Identificar *los instrumentos internacionales que protegen los derechos a la vida, salud e igualdad ante la ley a la población migrante.*

Para el desarrollo del primer objetivo se ha diseñado una matriz de análisis para extraer y comparar la información que proporciona cada instrumento internacional identificado. Es así como en la primera columna, se encuentra el nombre de los tratados internacionales, en la columna siguiente el fin que por el cual fue creado, y en las dos columnas subsiguientes el número países que lo han firmado y sí Colombia hacerte de él. Adicionalmente, se creó una columna para extraer todas y cada una de las obligaciones internacionales de los estados receptores frente a los derechos como la vida, salud e igualdad ante la ley de los migrantes y por ultimo una casilla que categoriza las obligaciones de los Estados frente a estos tres derechos observando si la protección a las personas en general o por ser migrante, como también nos sirvió para identificar el descubrimiento de una nueva categoría de análisis determinante en la investigación y esta es: la limitación de la facultad de los Estados para suspender ciertos derechos en contextos de emergencia interna.

Bajo este orden, de la matriz de análisis, logró identificar que la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 en los artículos. 1, 2, 4, 22, 24 y 27, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en los artículos 2, 4, 6 y 26, contienen la protección de los derechos a la vida e igualdad ante la ley, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en los artículos 2, 4, 11 y 12, contiene la protección del derecho a la vida y la salud. No obstante, estos tres instrumentos internacionales garantizan estos tres derechos a todas las personas en general, lo que significa bajo el principio de no discriminación que protegen también a los migrantes en calidad de personas. Igualmente, estos de tres instrumentos se halló una nueva categoría que fue mencionada anteriormente, debido a que contienen una limitación de la Facultad de suspensión de Derechos de los Estados cuando declaren una emergencia interna. Quedando estos derechos perfectamente blindados ante cualquier menoscabo.

Por otro lado, en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 en los artículos 1, 7, 9, 18 y 28 se provee la protección a los derechos como la vida, la salud y la igualdad ante la ley de las personas migrantes exclusivamente, sinembargo, este instrumento internacional no contiene una limitación de la facultad de suspensión de Derechos de los Estados. Pero a pesar de ello, con la limitación de la facultad de suspensión que imponen los anteriores tres instrumentos expuestos, la garantía de este tratado no se ven afectadas.

El avance de este objetivo, guarda estrecha consonancia con investigaciones como *Migrantes detenidos. Reconocimiento del derecho al acceso a la salud ante el COVID-19*. De Zambrano, D. (2020) Donde se expone que, en el contexto de movilidad, las personas migrantes se ven expuestos a constantes violaciones de sus derechos y libertades, y a causa de la discriminación uno los derechos a los que se les impide acceder es a la atención en Salud, impidiendo de plano el ejercicio de sus demás derechos y colocando en riesgo su propia vida. Bajo ese contexto, internacionalmente son varios los instrumentos que reconocen derechos a las personas migrantes y la obligación de los Estados de garantizar el acceso a servicios de salud sobre la

base de la no discriminación de los grupos vulnerables, incluso la jurisprudencia de la Corte IDH ha considerado respecto al acceso a la salud en migrantes que es obligación del Estado brindar asistencia médica a los migrantes en su calidad de detenidos. Teniendo en cuenta la actual situación pandémica y todas los derechos y garantías internacionales reconocidas a las personas migrantes, resulta necesario que se formulen legislaciones, políticas públicas, programas, proyectos o cualquier otra actividad para fortalecer la protección de derechos de los migrantes, dando como resultado el establecimiento de líneas de acción efectivas.

Por otro lado, la investigación de Llugdar, E. (2020), titulada *Límites Del Poder Del Estado Para Restringir Derechos En Estados De Excepción. Los Límites A Propósito De La Pandemia De Covid-19*, parte de que los derechos fundamentales y derechos humanos no son absolutos, ya que instrumentos internacionales facultan a los Estados parte para limitar o restringir ciertos derechos cuando se fundamentan principalmente de forma y fondo en el principio de proporcionalidad y razonabilidad. No obstante, lo anterior, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos dictan que, a pesar de la facultad de limitar algunos derechos internacionalmente reconocidos, estas medidas en estados de excepción no pueden obedecer a discriminación de ningún tipo, teniendo consonancia con el Comité de Derechos Humanos y la Corte IDH. Concluyendo así, que la actual situación de pandemia no escapa de estas directrices vinculantes.

Avance del segundo objetivo específico

Para el desarrollo del segundo objetivo específico, "Estudiar las obligaciones internacionales de los Estados parte del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos frente a la protección de derechos los derechos a la vida, salud e igualdad ante la ley a las personas migrantes en el contexto de una emergencia sanitaria." se realizó una matriz de análisis documental, tal y como se expresa en el acápite de metodología de la investigación.

Esta segunda matriz, está conformada por unas categorías de análisis principales y otras secundarias. Respecto a las principales, se tuvo en cuenta primero, el instrumento normativo que tiene el Estado Colombiano para ratificar tratados internacionales y que estos empiecen a regir dentro de nuestro sistema normativo. La segunda categoría principal, es la identificación del tratado internacional objeto de estudio, que, para nuestro caso en específico, sólo será la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ya con las categorías de análisis principales establecidas, se desprenden unas subcategorías, basadas en el estudio de las obligaciones emanadas por parte del Estado al momento de suscribir la CADH y aceptar la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, a través de sus providencias ha desarrollado el alcance de las obligaciones estatales con las personas sujetas a su jurisdicción sin discriminación alguna. No obstante, el Estudio se hizo en especial sobre tres derechos: Derecho a la vida (Art 4, CADH), Derecho a la salud e igualdad ante la ley (Art 24, CADH).

Respecto al derecho a la vida, la corte en el caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala establece que "el Estado es responsable por violación del derecho a la vida en el contexto médico, cuando por actos u omisiones se niegue a un paciente el acceso a la salud en situaciones de urgencia médica o tratamientos médicos esenciales" (Corte IDH, 2018). Relacionando el concepto anterior, con la actual situación de pandemia, podemos evidenciar que, en efecto, el Estado aún en ejercicio de su soberanía respecto de las personas que no son nacionales suyas, debe ser garante y respetuoso de los derechos fundamentales, como lo es el derecho a la vida.

Reiterando la premisa anterior, la corte ha expresado en otras sentencias como Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile "ha reconocido que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos, y que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (Corte IDH, 2018).

En relación con esto, en lo concerniente al derecho a la salud, si bien es cierto no se encuentra taxativamente consagrado en la convención, este alto tribunal en el caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala, "reconoció la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), en general, y del derecho a la salud, en particular, en virtud del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", En este sentido, es importante señalar que la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1.1 de la CADH implica, según el criterio de la Corte, la dimensión positiva de "crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados" Caso Velásquez Rodríguez Vs. Hondura (1998). Es decir, es condición transversal del derecho a la salud que el Estado garantice un trato igualitario a todas las personas, y que adopte medidas positivas respecto de quienes se encuentren en una situación de vulnerabilidad o riesgo, caso en el que se acentúa la obligación de adoptar medidas positivas (Domínguez, 2016).

Finalmente, en lo que respecta al derecho a la igualdad ante la ley, tipificado en el artículo 24 convencional, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende "directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona" (OC-18/03).

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la

ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos, Caso Yatama Vs. Nicaragua (2015). Por otra parte, el Protocolo de San Salvador destaca que el derecho a la salud incluye la obligación de adoptar medidas para prevenir y tratar las enfermedades epidémicas y endémicas.

CONCLUSIONES PARCIALES

El trabajo realizado hasta ahora permite concluir parcialmente, que se identificó de manera puntual la existencia de material normativo y jurisprudencial tanto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde se garantiza y protege los derechos y libertades de las personas migrantes cuando se encuentran en la jurisdicción de Estados receptores, especialmente derechos relacionados con la protección a la vida, la salud y la igualdad ante la ley de sus derechos, fundados en la no discriminación y protección de grupos vulnerables que no pueden ser limitadas ni siquiera en estados de excepción, lo que en últimas, demuestra la importancia de nuestra investigación para Colombia en el contexto actual como a futuro, en aras de identificar sus obligaciones con las personas migrantes y no incumplirlas, pues esto acarrearía un gasto patrimonial en reparaciones muy significativo.

Los instrumentos internacionales que protegen los Derechos Humanos permitieron a esta investigación conocer cuáles son las obligaciones internacionales de los Estados frente a la protección y garantías de los derechos de la población migrante. A partir de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Con estos resultados parciales, también es posible evidenciar que los Estados se encuentran facultados para firmar o ratificar tratados de índole internacional en materia de Derechos Humanos, en los cuales, adquieren unas obligaciones internacionales y que de no cumplirlas, traen consigo unas consecuencias como tener que estar en un litigio internacional, ya que todos estos tratados han sido creados por la comunidad internacional con la finalidad de salvaguardar los derechos mínimos del ser humano sin importar el territorio donde se encuentre.

Por otro lado, del avance del segundo objetivo se logró evidenciar la relevancia de la jurisprudencia de la Corte IDH teniendo en cuenta sus pronunciamientos, la cual ha sido reconocida por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-442 del 2011, así;

“es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad”

Tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH, es importante porque son realmente numerosos los casos donde el Estado Colombiano ha sido condenado al pago de indemnizaciones y reparaciones no pecuniarias por vulnerar los derechos convencionales de las víctimas en el territorio de nuestro país, y esta situación se torna nuevamente preocupante cuando se evidencia que en determinados momentos el Estado Colombiano es el país con más sentencias falladas en su contra sobre el resto de Estados americanos parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, teniendo en cuanta que El Espectador el 29 de diciembre del año 2018 expuso información que es verificable desde la relatoría de la página web de la Corte IDH, donde el Estado Colombiano en el año 2018 fue el país del continente con más condenas ante esta jurisdicción regional, por lo que es clara y evidente la situación a la que el Estado debe hacer frente, porque no son simples sentencias, ya que si analizamos detenidamente sentencia año por año, podremos hallar recalcado las debilidades institucionales y los problemas sociales que llevamos padeciendo por años y no son atendidos. Y en el mismo sentido, Investigaciones han abordado el alarmante número de casos en que el Estado Colombiano ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos humanos en razón a las condiciones de nuestro ordenamiento jurídico y por la violencia interna que aun hoy no cesa. (Stand, S. L. R. 2013).

En este orden de ideas, los derechos estudiados por esta investigación son inalienables e imprescriptibles y por tal motivo, los Estados no se pueden excusar en una situación de emergencia pública para emprender acciones que dejen en un estado de vulnerabilidad a un grupo poblacional como lo es en específico las personas migrantes. Sino por el contrario, deben reforzar sus políticas públicas para garantizar los derechos fundamentales.

REFERENCIAS

Burgos, M. (2010). *Atención en salud para migrantes: un desafío ético*, Chile. Universidad de Concepción. Facultad de Medicina.

Corte Constitucional de Colombia (2011). *Sentencia C-442* del 25 de mayo del 2011. Expediente D-8295. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-442-11.htm

Convención Americana de Derechos Humanos de noviembre de 1969

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (2018). *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* párrs. 165 y 166. Corte IDH.

Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala (2018). *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de agosto de 2018.

Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile (2018).* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018.

Corte IDH. *Caso Caso Yatama Vs. Nicaragua (2015).* Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03.

Cabieses, B., Gálvez, P., & Ajraz, N. (2018). *Migración internacional y salud: el aporte de las teorías sociales migratorias a las decisiones en salud pública.* Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública, 35, 285-291.

Domínguez Valverde, Cecilia Andrea. (2016). *Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio.* Revista chilena de derecho, 43(1), 189-217. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100009

El Espectador. (2018). *Colombia, el país con más condenas de la Corte Interamericana en 2018.* 29 de diciembre. Disponible en: https://www.elespectador.com/colombia2020/pais/colombia-el-pais-con-mas-condenas-de-la-corte-interamericana-en-2018-articulo-857518

Llugdar, E. (2020). *Límites del poder del estado para restringir Derechos en estados de excepción.* Los límites de Los límites a propósito de la pandemia de covid-19. Universidad Santo Tomás. https://repository.usta.edu.co/handle/11634/27405

Martínez, M., (2009). *Ciencia y arte en la metodología cualitativa*, México: Editorial Trillas.

Pavez-Soto, I., & Colomés, S. (2018). *Derechos humanos y política migratoria*. Discriminación arbitraria en el control de fronteras en Chile. Polis (Santiago), 17(51), 113-136.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - 16 dic. 1966

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - 16 dic 1966

Sandoval, C. (2002). *Investigación Cualitativa.* En Briones, G. et al. Especialización en Teoría, Métodos y Técnicas de Investigación Social. Editorial Arfo. (p.p. 11-311)

Stand, S. L. R. (2013). *Condenas al Estado colombiano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Nuevo Derecho, 9(12), 95-106. Disponible en: http://revistas.iue.edu.co/revistasiue/index.php/nuevoderecho/article/view/638/954

Zambrano, D. (2020). *Migrantes detenidos.* Reconocimiento del derecho al acceso a la salud ante el COVID-19. Encuentros. Revista De Ciencias Humanas, Teoría Social Y Pensamiento Crítico., (12), 27-42. https://doi.org/10.5281/zenodo.3951174

¿CUÁLES VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO NO HAN SIDO RECONOCIDAS POR EL ESTADO COLOMBIANO?

A 10 AÑOS DE LA LEY DE VÍCTIMAS

Zaida Natalia Doria Velandia[4]
Angélica María Martínez[5]
31 de mayo de 2021

RESUMEN

La problemática que aborda este capítulo se basa en la pregunta "¿cuáles víctimas del conflicto armado no han sido reconocidas por el estado colombiano?" introduciendo al lector en un breve análisis de la ley de víctimas y cómo después de 10 años de su entrada en aún hay personas que a pesar de vivir hechos considerados como victimizantes no han sido reconocidas e incluso la materia probatoria resulta difícil para acreditar el esclarecimiento de estos hechos.

De acuerdo a los años que han transcurrido se ha victo una grave afectación a los ganaderos, quienes fueron forzados a desplazarse de sus tierras y hoy buscan la restitución de estas, por eso se han formado organizaciones que buscan proteger los derechos y ahora la reparación de las víctimas, como lo es la corporación Rosa Blanca frente a delitos sexuales y reclutamiento forzado. El objetivo planteado por los ponentes es abordar y demostrar la falta de reconocimiento y los avances para la aceptación y catalogación como víctimas para que sean reparadas integralmente, aportando a los avances de paz y reconciliación tal como se referencia en el caso 007 de la JEP y de esta forma llegar al perdón nacional, más allá de tiempo y la edad, creando sensibilización y conciencia frente a cada historia.

PALABRAS CLAVE: Ley de víctimas reconocimiento de víctimas delitos sexuales, reclutamiento forzado, ganaderos y restitución de tierras.

ABSTRACT

The problem addressed in this paper is based on the question "which victims of the armed conflict have not been recognized by the Colombian state?" introducing the reader to a brief analysis of the victims' law and how after 10 years of its entry into force there are still people

4 Estudiante de octavo semestre de derecho de la universidad Sergio Arboleda y miembro del semillero de derechos humanos.
5 Estudiante de noveno semestre de derecho de la universidad Sergio Arboleda y miembro del semillero de derechos humanos.

who, despite having lived through events considered as victimizing, have not been recognized and even the evidentiary matter is difficult to prove the clarification of these facts.

According to the years that have passed, there has been a serious affectation to the cattle ranchers, who were forced to be displaced from their lands and today seek the restitution of these lands, that is why organizations have been formed that seek to protect the rights and now the reparation of the victims, such as the Rosa Blanca Corporation in the face of sexual crimes and forced recruitment. The objective proposed by the speakers is to address and demonstrate the lack of recognition and progress in the acceptance and cataloging as victims so that they can be fully repaired, contributing to the progress of peace and reconciliation as referred to in case 007 of the JEP and in this way reach national forgiveness, beyond time and age, creating awareness and awareness of each story.

KEYWORDS: recognition of victims - sexual crimes, forced recruitment, cattle ranchers and land restitution.

INTRODUCCIÓN

Durante la época del conflicto armado en Colombia se presentaron violaciones a los derechos humanos, protegidos por la constitución y su bloque de constitucionalidad, en respuesta del Estado en brindar una reparación de las víctimas se expidió la ley 1448 de 2011, la ley de víctimas, en la cual se trazaron los mecanismos para el restablecimiento de derechos, integrar a las víctimas y de esta manera reconstruir el tejido social quebrantado durante el conflicto.

En el camino de reparar a las víctimas mediante los mecanismos establecidos en la ley, donde se plasma el papel importante de dar prioridad a las mujeres víctimas de conflicto en el camino de la restitución de sus derechos e integración a la vida en sociedad. Adicionalmente, tenemos el caso de los ganaderos que aunque son considerados como víctimas han presentado dificultades en el acceso a procesos de reparación y restablecimiento de derechos establecidos en la ley. De la misma manera en la ley se presenta una carencia importante al no contemplar como víctimas del conflicto armado a los empresarios, que al no reconocerse esta calidad, no tiene la posibilidad de ser reparadas por el Estado de manera integral al igual que las demás víctimas, vulnerado su derecho a la igualdad.

FUNDAMENTO DE LA LEY

1. De los principios de la ley a la noción de victima.

La ley de víctimas (Ley 1448 de 2011), entró en vigencia el 10 de junio de 2011 y el pasado 8 de enero fue prórrogada por la ley 2078 del 2021, por tanto tendrá una vigencia hasta el 10 de junio de 2031; Siendo esta una oportunidad para quiénes de manera individual o colecti-

va hayan sufrido daños a partir del 1 de enero de 1985 como consecuencia de violaciones graves a sus derechos a causa del conflicto armado. (Ley 1448, 2011, art. 3)

Dicha ley se rige por principios que apuntan al reconocimiento de la víctima, un trato digno, igualitario y diferencial en cuanto al valor con el que cada persona debe ser tratada conforme a sus condiciones y el daño sufrido, al igual que prioriza el debido acompañamiento en el proceso, desde brindar la información completa para que ejerzan sus derechos como acompañar a las víctimas en los proceso de restauración que se lleven a cabo hasta garantizar la sostenibilidad que permitan mantener la progresividad y gradualidad del cumplimiento de la ley y de esta manera apuntar a lograr la reconciliación nacional, la paz duradera y sostenible (Ley 1448 de 2011,Título I y II)

Al hablar de las victimas la ley 1448 de 2011 no define ni modifica el concepto de victima (Sentencia C-253A/12, 2021) sino que identifica quienes son reconocidos como como tal conforme al contexto en que se ha desarrollado la ley, teniendo presente los hechos victimizantes tales como los actos terroristas, atentados y combates, Enfrentamientos, hostigamientos, Amenazas, delitos contra libertad y la integridad sexual | en desarrollo del conflicto armado, Desaparición forzada, Desplazamiento forzado, Homicidio, masacre, Minas antipersonas o misiles sin explotar, Artefactos explosivos improvisados y secuestro, tortura, vinculación de niños, niñas y adolescentes a actividades relacionadas con grupos armados, despojo y abandono forzado de bienes o inmuebles. (Decreto 4800, 2011)

A partir de los hechos victimizantes se reconoce que las víctimas son muy diversas, grupos étnicos, grupos indígenas, afrocolombianos, gitanos, mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, defensores de las víctimas y personas que hayan sufrido daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. (Ley 1448, 2011, art. 4) Además de los mencionados se incluyó como víctima a algunos parientes, o personas a cargo de quien sufrió físicamente el daño o la restricción de su derecho fundamental (Ley 1448, 2011, art. 3, parágrafo 2)

2. Minorías que aparentemente han sido excluidas de la ley de victimas

2.1. Personas que fueron reclutadas y se desmovilizaron después de los 18 años.

El artículo 3 de la ley de víctimas en el parágrafo 3 es claro al citar que:

"Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad."

Ante esto la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) de la JEP considera a los niños reclutados bajo la denominación de "niño soldado."

Además de esto, en la Séptima Conferencia Nacional Guerrillera, realizada en 1982, con respecto a las personas reclutadas se resolvió que:

"deben ser desde los 15 hasta los 30 años de edad" (JEP, 2019)

Sinembargo la historia es la evidencia que se incorporaron menores de quince años y esto influye en la capacidad del autor para cometer una conducta sin olvidar que a muchas de estas personas se les cambió su identidad.

"Este fenómeno cuenta con un elevado nivel de impunidad. Frente a 4.219 investigaciones que aparecen en los sistemas de información de la Fiscalía General de la Nación, apenas se reportan diez sentencias condenatorias." (JEP, Justicia Especial para la Paz, sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y determinación de los hechos y conductas., 2019)

Ante esta problemática se han reconocido organizaciones sociales que se han unido para complementar la información de los informes de las víctimas, la alianza por la niñez trabaja por la defensa y garantía de los derechos de los niños y la corporación Rosa Blanca trabaja en la defensa de las mujeres que fueron víctimas de violencia sexual durante el reclutamiento infantil que vivieron por parte de la ex guerrilla de las FARC. (Sarmiento, 2019)

Las cifras que el conflicto armado ha dejado en torno a las víctimas de acuerdo al archivo de reclutamiento forzado del centro de memoria histórica, según el Observatorio de Memoria y Conflicto (OMC) del Centro Nacional de Memoria Histórica son 17.778 niños, niñas y adolescentes fueron reclutados y utilizados por los grupos armados legales e ilegales de los cuales el 25,89% corresponde a niñas y adolescentes mujeres, mientras que el 71,27% a niños y adolescentes hombres. (Sarmiento, Centro Nacional de Memoria Historica, 2020)

Además, frente a esta realidad en marzo de 2019 la Justicia Especial para la Paz (JEP) ha abierto el caso 007 que versa sobre el reclutamiento y la utilización de niños y niñas en el conflicto armado colombiano y busca abarcar hechos que ocurrieron entre el 1 de enero de 1971 y el 1 de diciembre de 2016; esta decisión se tomó en base a un informe llamado "Una guerra sin edad". (JEP, 2019)

2.1.1. Fundamentos de Rosa Blanca.

El reclutamiento forzado es una realidad que se ha vivido en Colombia por más de 60 años y no se puede desconocer que en la actualidad sigue vigente, un estudio de Unidad de Investigación Periodística de la Institución Universitaria Politécnico Gran colombiano, titulada "Los menores nunca salieron de la guerra" encontró que tras la firma del Acuerdo de Paz en 25 departamentos de los 32 que tiene Colombia cuentan con municipios en alerta por reclutamiento ilícito y utilización de menores de edad para la guerra, es decir, el 78% de los departamentos del país. (García Puerto, 2020)

El caso 007 de la JEP, es un avance hacia el reconocimiento de las víctimas del reclutamiento independientemente de su edad actual, pues si el objeto de la ley es apuntar a la reconciliación nacional y la paz se debe cubrir a las victimas sin limitar el conflicto armado pues será desproporcionado a la hora de buscar la reparación de las víctimas, por tanto debe cobijar el periodo histórico en el que Colombia estuvo inmerso por varias décadas y a su vez produjo graves violaciones al derecho internacional humanitario. (JEP, Los grandes casos de la JEP, 2019)

Este avance contrapone la negación publica que miembros de la ex guerrilla de las FARC dicen sobre el reclutamiento, insisten que no hubo reclutamiento en sus filas puesto que nadie ingresaba a la guerrilla en contra de su voluntad. (Springer, 2012)

Sinembargo ¿cómo hablar de la voluntad de un menor para entrar a la guerrilla? , ante esto la Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia (Coalico), han dicho que:

"Esta situación está viciada por su entorno: problemas de violencia intrafamiliar, su situación económica, la falta de oportunidades para tener un proyecto de vida, el poco acceso a la educación, entre otras circunstancias. Estos contextos crean el imaginario de que hacer parte de un grupo armado sí es un opción para salir adelante o tener ingresos económicos."

Se puede concluir que en el marco del conflicto armado se evidencia que un error que se ha cometido frente al reclutamiento es delimitar la guerra a la edad, no se puede dejar que la responsabilidad recaiga solo hasta que se dé el cumplimiento de la mayoría de edad puesto que por una lado la protección en la ley para reconocer a una persona como víctima de este hecho es los 18 años, sinembargo para las FARC el reclutamiento ocurrió en mayores de edad, es un punto de partida para apoyar el hecho de que el Estado no puede desconocer que se deben reconocer a quienes fueron coaccionados al haberles limitado su derecho a la libertad independientemente de su edad.

2.2. Las mujeres víctimas de acceso carnal violento.

Las investigaciones realizadas por las naciones Unidas demuestran que 43 de cada 100 mujeres afectadas por el conflicto armado interno han sido víctimas de distintas formas de violencia basadas en su género. (Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, Septiembre 2005)

La ley de víctimas en su principio diferencial reconoce la necesidad de brindar medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral conforma características particulares de la población, en estas garantías reconoce que las mujeres son un grupo de mayor riesgo y se debe proteger su derecho de vivir libres de violencia buscando cuidarlas de sus agresores y la vulnerabilidad ante ellos así como también

establece la atención para los derechos sexuales y reproductivos de las víctimas. (Ley 1448, 2011, art. 13)

Aunque muchas mujeres no fueron combatientes si fueron blancos directo como víctimas colaterales de violencia física, psicológica y sexual debido a sus relaciones afectivas como hijas, madres, esposas, compañeras o hermanas, a través de ellas los actores armados pretendían intimidar y castigar a las mujeres por los vínculos con miembros del bando contrario (Humanos-, S,A).

Para la protección de las víctimas de violación sexual, la corporación Rosa Blanca, conformada en 2017 debido a que no han sido reconocidas como víctimas ya que no hicieron parte del conflicto, eran mujeres militantes de las FARC, sinembargo aunque perpetraron los hechos victimízantes como autoras ellas fueron reclutadas siendo menores de edad. Públicamente, Rosa Blanca, ha denunciado ante el Congreso de la República que los delitos sexuales cometidos contra sus integrantes por comandantes y guerrilleros sean sancionados por la Justicia Penal Ordinaria y que no tramitados por la Jurisdicción Especial para la Paz. (Sarmiento, 2019)

Esta solicitud se basa en la manera diferencial en cuanto a la forma de sancionar, puesto que en la ley 1957 de 2019 se establece que el tribunal para la Paz impondrá tres tipos de sanciones enfocadas en medidas de reparación con función restaurativa y reparadora frente a los daños causados a las víctimas por tal motivo no consideran que sea una integra reparación y mucho menos que se esté cumpliendo el debido proceso a partir del respeto de los principios fundamentales que tiene como base la ley de víctimas.

2.2.1. Fundamentos de la corporación Rosa Blanca.

La corporación Rosa Blanca ha luchado contra el descontento del proceso que se lleva a la hora de sancionar, puesto que las víctimas han tenido que ver a sus victimarios subir al congreso y a cargos importantes sin antes haber pagado su condena, por tanto, es entendible que no quieran que la JEP sea quien lleva sus procesos, sino directamente la jurisdicción ordinaria.

Las víctimas de los crímenes sexuales cometidos por las FARC solo esperan que la sociedad en su conjunto reconozca sus testimonios como un aporte a la verdad. Como lo expresa Yudy Tovar, fundadora de la corporación para el centro de Memoria Histórica:

"Que nos escuchen, que conozcan cada testimonio y que se pongan en el lugar de cualquier víctima. De las Farc, o del Estado o de los paramilitares. Ojalá no nos vean como enemigas de la paz. Nosotras la anhelamos, pero con una verdad". (Sarmiento, 2020)

Se puede concluir que se necesita un mayor apoyo en cuanto a la protección de los derechos de la mujeres que fueron víctimas de violación pues la realidad es que probar hechos que ocurrieron hace más de 20 años resulta ser muy complejo a la hora de que

medicina legal pudiese comprobar que ocurrieron, por tanto así como han dicho las mujeres de la corporación cada historia debe ser acompañada, analizada y escuchada, pues al no estar ocurriendo esto de forma oportuna se evidencia una incoherencia con los principios que rigen en la ley, recordando que uno de sus principales acuerdos era manejar el testimonio de las víctimas a partir de la buena fe y respetando el debido proceso a partir de este, por tanto no se están esclareciendo los hechos y la protección de los derechos de las víctimas. (Ley 1448, 2011, art. 3)

2.3. Ganaderos

Los ganaderos se encuentran protegidos por la ley de víctimas en su artículo 74 en su numeral 2, inciso b, cuando se refiere aquellos en los que por las situaciones de violencia se hubiere cometido concentración de propiedad que generará afectaciones en el uso de la tierra como es el caso de la ganadería extensiva, donde se establecieron como víctimas directas del conflicto armado en Colombia, debido al despojo que sufrieron de sus tierras y de la misma manera de su ganado por medio del cual ejercían su actividad comercial, lo que fue una evidente violación a sus derechos afectando entre otras cosas su estabilidad económica. (Contexto ganadero. 2015) Por medio de la le y de víctimas al implementarse la restitución de tierras como mecanismo de reparación para que el Estado entrara actuar en favor de las víctimas, restableciendo sus derechos y evitar que vuelvan a ser quebrantados.

De esta manera para reparar a las víctimas, en este caso los ganaderos, se crearon mecanismos como el de restitución de tierras, donde aquellas personas que en el marco del conflicto armado hubieran padecido, siendo propietarios, despojo o abandono forzado, puedan ante los jueces municipales y del circuito especializados en restitución de tierras para llevar a cabo este proceso y en los casos donde no se encuentre dicha especialidad por facultad legal sean llevados por los jueces del circuito o municipales y en su ausencia en ciertos rincones del país el juez promiscuo. (Ley 1448,2011)

A la realización de este proceso ante el juez determinado y al producirse sentencia ejecutoriada, se procederá a llevar a cabo la entrega del bien, estableciendo la plena propiedad, en los casos donde sea inviable llevar a cabo esta restitución como son los casos donde el inmueble se encuentra en una zona de alto riesgo, haya sido destruido total o parcialmente, implique un riesgo para la vida o integridad o se hayan presentado despojos sucesivos, habrá lugar a que se dé una compensación en especie en reemplazo del bien anterior con similares características y para proteger los derechos del restituido no podrá ser transferible dicha propiedad, por ningún acto entre vivos por los siguientes dos años contados a partir del momento en que se entregó dicho predio. (Ley 1448, 2011)

Con lo anterior, aunque por parte de la ley se creó el mecanismo óptimo para llevar a cabo este proceso de restitución se han presentado dificultades a la hora acceder a la

justicia por parte de los ganaderos, por esta razón, se creó FEDEGAN (Federación Colombiana de Ganaderos), como herramienta para facilitar el acceso de los ganaderos como víctimas al proceso de restitución de tierras ante el Estado, donde se les brinda asesoría y apoyo para lograr de manera efectiva el restablecimiento de sus derechos y de la misma manera que por parte de esta federación se hagan visibles a los ganaderos como víctimas del conflicto armado en Colombia. (Fedegan. 2011).

Con el fin de restablecer los derechos de los ganaderos y así mismo evitar que se haga uso ilegal de la ley, es donde la fundación FEDEGAN cumple un papel fundamental al *"evidenciar públicamente los atropellos que se pueden derivar de una aplicación equivocada y amañada de la Ley, cuando se dan espacios de reclamación o de interpretaciones judiciales que claramente violan los principios de la propia Ley 1448 de 2011 y nuestra Constitución Política"* (Comentó en diálogo con contexto ganadero Guillermo Naar, presidente de la junta directiva de Fundagán.), por lo que se busca brindar una facilidad para los ganaderos, ya que no ha sido posible llevar a cabo su proceso de restitución de manera integral, por lo que de esta manera, mediante el apoyo de FEDEGAN, puedan tener una guia en su proceso con una efectiva representación y de esta forma recuperar su patrimonio de toda una vida de trabajo, siendo protegidos de las falsas víctimas que pretenden hacerse pasar por propietarios perjudiquen a los ganaderos por el uso ilegal de la ley. (Contexto ganadero.2015)

2.3.1. Fundamentos de los ganaderos.

Los ganaderos eran víctimas ciertas dentro del conflicto, ya que al igual que las demás que existieron en el marco del conflicto estas fueron despojadas de sus tierras y al mismo tiempo de su actividad comercial, donde en la mayoría de casos se trataba de la fuente principal de ingresos que tenían estos hogares para subsistir, al vivir este despojo se encontraban siendo vulnerados sus derechos humanos. (Fedegan. 2011)

Con todos los vejámenes anteriormente mencionados que tuvieron que sufrir las víctimas, se creó la ley 1448 de 2011 donde se busca principalmente por parte del estado crear un mecanismo para el restablecimiento integral de derechos, adicionalmente para el caso particular de los ganaderos se vio necesaria la creación del observatorio de derechos humanos y derecho internacional humanitario como instrumento de apoyo y acompañamiento para los ganaderos para llevar a cabo sus procesos de restitución de tierras y reconocimiento de las conductas delictivas que se sufrieron durante el conflicto (FEDEGAN. 2011)

Los ganaderos tenían una grave afectación debido a que en un principio era difícil su acceso a la ley de víctimas, al no ser reconocidas como tal dentro de la ley, por esta razón, con la fundación FEDEGAN, se buscó y se logró dar ese papel importante a los ganaderos como afectados directos del conflicto armado en Colombia, de esta manera se visualizaron las víctimas en el inicio no tenían tal reconocimiento, como se

evidencia en el libro "acabar en el olvido" (Fundación Colombiana de ganadería. Acabar en el olvido. 2009) para que fueran tenidas y entendidas por el Estado como titulares para ejercer la acción de reparación de restitución de tierras.

2.4. Los empresarios

Durante el conflicto armado en Colombia se evidenciaron violaciones contra los derechos humanos que afectaron gravemente a la población colombiana, al mismo tiempo durante esta época ocurrió una afectación considerable a la economía del país

> *"La violencia ejercida por los actores armados al margen de la ley contra las empresas ha sido de toda clase, desde asesinatos, secuestros, extorsiones, hasta la destrucción física de la propiedad privada, saboteo y terrorismo. Los criminales que han participado en el conflicto armado han cometido toda clase de violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario" (Papel de las empresas en el Preacuerdo. 2019. P 7)*

De esta manera no solo se han visto afectadas propiamente las empresas, sino al mismo tiempo las personas que están detrás de ellas, que no solo contribuyen a la construcción de una economía sólida en el país como son los empresarios, sino al mismo tiempo generan empleo brindando la oportunidad de una mejor calidad de vida a cada vez a más colombianos. Durante el desarrollo del conflicto armado en Colombia además de las afectaciones económicas, se produjo adicionalmente, que los trabajadores sufrieran directamente hechos de violencia y además de estos graves hechos, se perdieran trabajos directos lo que generó un perjuicio a varias familias en el país. (Papel de las Empresas en el Posacuerdo. 2019)

Aunque son evidentes las vulneraciones que sufrieron las empresas durante la época de la violencia en Colombia, estas no fueron consideradas como víctimas dentro de la ley, lo que no les permite acceder a los mecanismos legales establecidos para las garantías de reparación y no repetición, lo que no da la posibilidad para reclamar justicia y restablecer sus derechos, generando como consecuencia que estas empresas no participen en la reconstrucción del tejido social. (Papel de las empresas en el Posacuerdo. 2019)

La definición de víctima que nos trae el derecho internacional Humanitario como

> *"toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario"*

Se puede entender a partir de esta definición que las empresas configuran como víctimas efectivas en el escenario internacional, ratificado por Colombia y aunque esta

definición también es traída por la ley de víctimas, esta trata la víctimas más como persona natural e individual, por lo que de acuerdo a la definición internacional, como personas jurídicas, debe por parte de la ley entenderse como víctima respetando el bloque de constitucionalidad y de esta manera brindar las garantías ofrecidas por la ley para cumplir con las garantías de reparación y no repetición.

2.4.1. Fundamentos de las empresas.

Las empresas y más propiamente los empresarios sufrieron violaciones a sus derechos durante el marco del conflicto armado en Colombia que no pueden ser desconocidos por el Estado y mucho menos por el ordenamiento jurídico, al no ser incluidos dentro de la ley, se re victimiza, ya que, no solo fueron víctimas del conflicto armado sino además lo son del posconflicto, al no tener mecanismos efectivos para reclamar justicia por los vejámenes sufridos, ni ningún tipo de garantía que sea ofrecida por el Estado, lo que desencadena en una gran vulneración de derechos, los que deberían ser reconocidos en un Estado de derecho como el nuestro. (Papel de las empresas en el Posacuerdo. 2019)

Si fueran tenidas como víctimas efectivas dentro de la ley, al brindar los mecanismos de reparación y restitución de derechos, se lograría el restablecimiento de derechos por parte de las empresas como personas jurídicas, generado en primer lugar, continuar con la actividad empresarial, que generaría un beneficio a la economía del país y en segundo lugar, entre más empresas vuelvan a funcionar de manera correcta se aumentaría la generación de empleo, lo que generaría un impacto positivo no solo a los empresarios en el camino de lograr ejercer plenamente su actividad empresarial, sino a su vez a los trabajadores y sus familias mejorando su calidad de vida.

Adicionalmente, al contribuir por parte de las empresas con la generación de empleo, se podría plantear por parte del Estado plantear la posibilidad de generar más incentivos para las mismas. Hoy en día solo se cuenta con la ley 870 de 2017, en la que "configura un sistema de Pago por Servicios Ambientales (PSA) y otros incentivos a la conservación de los recursos naturales" (Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga. 2019). En el que se busca aumentar la inversión empresarial en zonas del posconflicto, que en la práctica herramienta ha sido difícil al ser implementada, ya que, no se cuenta con un mapa correcto diseñado por el Estado para llevar a cabo la ejecución de este.

De esta manera resulta importante destacar las empresas, que durante la época de conflicto armado en Colombia sean reconocidas como víctimas en el paso de una construcción social, en primera medida para restablecer los derechos que fueron afectados de manera gravosa y adicionalmente, en el camino de construir país, estas contribuyan al desarrollo de la economía en la que se generen cada vez más empleos, mejorando la calidad de vida y aún más en las zonas donde se padeció más fuerte la

violencia, para que por medio de ella se brinde otra alternativa de trabajo, alejando a las personas de caer nuevamente en la ilicitud y en conductas que afectan al país.

CONCLUSIONES

Existen instituciones como la corporación Rosa Blanca que luchan por el reconocimiento de sus víctimas en base a el reclutamiento forzado.

- Muchas personas incluso menores de la edad, fueron privados de su libertad siendo sometidos e incluso reclutados y a hoy continua la lucha para que sean reconocidos.
- Se busca demostrar que los procesos son lentos, para los que representan la voz de quienes sufrieron violaciones con un lapso superior a 20 años se ha hecho complicado y recurrir a ser escuchadas ha sido su forma de hacer valer el debido proceso conforme al respeto de los principios, tales como la buena fe y el esclarecimiento de la verdad pidiendo que a su vez que sus victimarios sean juzgadas desde la jurisdicción ordinaria y no desde el privilegio que la justicia especial para la paz les ha dado, pues han tenido que ver como se les otorgan cargos públicos sin que verdaderamente paguen por los crímenes cometidos.
- Al momento de acceder a la justicia los ganaderos presentan dificultad para ser reconocidos dentro del conflicto como víctimas, es por ello que se hace necesario la implementación y cumplimiento por parte de FEDEGAN, ya que gracias a ella es posible acceder a los mecanismo proporcionados por la ley de víctimas en el camino de lograr una reparación integral.
- De esta manera es como hoy en día ellos ejercen los mecanismos de reparación, como es la restitución de tierras, para tener representación a la hora de adelantar sus procesos ante los órganos judiciales, ratificando su papel como víctima ante el Estado y de esta manera lograr el restablecimiento de sus derechos, su vida en sociedad y logrando un beneficio para el sector ganadero, siendo así un aporte de importancia en la economía del país.
- Los empresarios efectivamente fueron víctimas dentro del conflicto armado en Colombia, ya que ellos al igual que otros sufrieron afectación de sus derechos, de esta manera el Estado está llamado a reconocer su papel de víctimas, ofreciendo herramientas efectivas para brindar la debida reparación. Al no ser brindados estos mecanismos para que las empresas como personas jurídicas ejerzan su defensa al igual que las demás víctimas del conflicto, se desconoce su derecho a la igualdad y al acceso a la justicia que debe ser garantizado por el Estado.
- De esta manera se evidencia la importancia de ser reconocidas como víctimas, en el camino de restablecer sus derechos y adicionalmente, no caer en la revictimización por

parte del Estado al no ofrecer los mecanismos necesarios para su defensa y restitución, lo que genera aún más vulneraciones a sus derechos. Así las empresas siendo reconocidas como víctimas y por parte del Estado se ofrecieran las herramientas necesarias se logra un beneficio a la economía y adicionalmente, se genera más empleo, mejorando la estabilidad económica de familias en el país.

REFERENCIAS

Congreso de Colombia. (10 de junio de 2011). *Ley de víctimas.* [Ley 1448-2011]. DO: [Diario oficial 48096]/ Recuperado de: https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-1448-de-2011.pdf

Presidencia de Colombia. (20 de diciembre de 2011). *Reglamento de la ley 1448 de 2011.* [Decreto 4800-11]. DO: [Diario oficial 48280]/ Identificación de los instrumentos, estrategias y mecanismos que garantizan la participación efectiva de los grupos de víctimas. Dichos mecanismos deben reflejar los sectores sociales victimizados y los hechos victimizantes que cobija la Ley 1448 de 2011. Recuperad de: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10186.pdf

Sentencia C-253A/12, Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. (Corte Suprema de Justicia 29 de Marzo de 2021).

JEP. (01 de Marzo de 2019). *Los grandes casos de la JEP.* Recuperado el 2021 de 05 de 24, de 007: https://www.jep.gov.co/Especiales/casos/07.html

ONU. (29 de noviembre de 1985). *Concepto internacional de victimas en: Declaracipon sobre los principios fundamentales de Justicia para las victimas de delitos y del abuso de poder.* . Recuperado el 20 de 05 de 2021, de Resolución 40/34.

(JEP). (06 de Marzo de 2019). Recuperado el 24 de Mayo de 2021, de Colombia: JEP abre caso 007: *Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado colombiano*, 6 Marzo 2019, disponible en esta dirección: https://www.refworld.org.es/docid/5c87fcc04.html

JEP. (01 de Marzo de 2019). *Justicia Especial para la Paz, sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y determinación de los hechos y conductas.* Recuperado el 2021 de 05 de 24, de Auto No. 029 de 019- Auto que abre el caso 007.: Justicia Especial para la Paz, sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y determinación de los hechos y conductas.

JEP. (01 de Marzo de 2019). JEP. Recuperado el 24 de 05 de 2021, de *Los grandes casos de la JEP:* https://www.jep.gov.co/Especiales/casos/07.html

JEP. (01 de Marzo de 2019). *Los grandes casos de la JEP.* Recuperado el 2021 de 05 de 24, de 007: https://www.jep.gov.co/Especiales/casos/07.html

Sarmiento, D. (09 de Abril de 2019). *Centro Memoria.* Recuperado el 24 de Mayo de 2021, de Corporación Rosa Blanca: https://centrodememoriahistorica.gov.co/tag/corporacion-rosa-blanca/

Sarmineto, D. (15 de Enero de 2020). *Centro Nacional de Memoria Historica.* Recuperado el 24 de 05 de 2021, de Archivo de reclutamiento forzado,: https://centrodememoriahistorica.gov.co/tag/reclutamiento-forzado/

Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer. (Septiembre 2005). *Informe sobre la Situación de las Mujeres en Colombia.*

Humanos-, C. I. (S,A). *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia.* Recuperado el 24 de Mayo de 2021, de MANIFESTACIONES DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES AGRAVADAS POR EL CONFLICTO ARMADO: cidh.oas.org/countryrep/ColombiaMujeres06sp/III.htm

JEP. (S,A). *Justicia Especial para la Paz.* Recuperado el 24 de 05 de 2021, de Servicio al cidadano: https://www.jep.gov.co/ServicioAlCiudadano/Paginas/preguntas.aspx#:~:text=La%20justicia%20ordinaria%20es%20de,el%20conflicto%20armado%2C%20por%20quienes.

Sarmiento, D. (09 de Abril de 2019). *Centro Nacional de Memoria Historica*. Recuperado el 24 de 05 de 2021, de Corporación Rosa Blanca.: https://centrodememoriahistorica.gov.co/tag/corporacion-rosa-blanca/#:~:text=P%C3%BAblicamente%2C%20Rosa%20Blanca%2C%20ha%20denunciado,para%20la%20Paz%20(JEP).

Colombia, C. p. (23 de Julio de 2020). *Reclutamiento forzado: un delito que ningún grupo armado ha reconocido en Colombia.*

García Puerto, M. A. (13 de Feb de 2020). *Los menores nunca salieron de la guerra, Politécnico Grancolombiano.* Obtenido de Unidad de investigación periodistica.: https://reclutamientomenores.poligran.edu.co/.

JEP. (01 de Marzo de 2019). *Los grandes casos de la JEP.* Recuperado el 2021 de 05 de 24, de 007: https://www.jep.gov.co/Especiales/casos/07.html

Sarmiento, D. (14 de Enero de 2020). *Centro Nacional de Memoria Historica.* Recuperado el 24 de Mayo de 2021, de Corporación Rosa Blanca.

Springer, N. (2012). *Cómo corderos entre lobos.* Colombia: ISBN en tramite.

William Varela . (9 de Abril de 2020). reunión virtual con la Comisión de Paz del Senado, al conmemorarse el Día Nacional de la Memoria y Solidaridad con las Víctimas del Conflicto, tal como lo estipula la Ley 144 *"Lo que quiere una víctima es no volver a repetir lo que le sucedió como víctima"*. Recuperado el 24 de 05 de 2021, de Congreso de la repblica de Colombia.: http://www.senado.gov.co/index.php/prensa/lista-de-noticias/967-lo-que-quiere-una-victima-es-no-volver-a-repetir-lo-que-le-sucedio-como-victima

Congreso de la república. 10 de junio de 2011. Artículo 74. *Ley de víctimas.* Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#2

Congreso de la República. 10 de junio de 2011. *Ley de victimas.* Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#2

Constitución política de Colombia. 1991. *Articulo 58.* Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Contexto ganadero. *Uso indebido de Ley de Víctimas perjudica a dueños legítimos de tierra. 30 de septiembre de 2015.* Recuperado de: https://www.contextoganadero.com/politica/uso-indebido-de-ley-de-victimas-perjudica-duenos-legitimos-de-tierra

Federación colombiana de ganaderos. Recuperado de: *https://www.fedegan.org.co/programas/ganaderia-y-derechos-humanos*

Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga. 2019. *Las empresas en el posacuerdo.* Recuperado de: https://imgcdn.laRepública.co/cms/2019/09/10210530/LIBRO-Paper-las-empresas-en-el-Posacuerdo-final-copia-comprimido_compressed.pdf

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos yde violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Recuperado de: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx (17/11/17).

DECONSTRUYENDO LA MATERNIDAD: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Sabrina Pojmaevich Guyet[6]

RESUMEN

Este trabajo se inicia a partir de las contradicciones legales y jurisprudenciales observadas en los distintos países sobre la gestación por sustitución.

El presente capítulo tiene por objetivo desentrañar si la gestación por sustitución constituye la realización de los derechos humanos y si es una manera de "desromantizar" la maternidad y romper con roles de género asignados a la mujer o si, por el contrario, es un camino hacia la esclavitud o explotación de la mujer gestante.

Con esa finalidad se investigó la jurisprudencia tanto a nivel regional e internacional, la doctrina de especialistas en el tema y la presencia o no de legislación.

Se puede establecer que esta es una temática que encuentra opiniones contrarias tanto dentro de la doctrina como de la jurisprudencia, debido a que, por un lado, puede tratarse de una nueva forma de esclavitud de las mujeres o cuerpos gestantes y, por el otro, se trata de amplitud de derechos en la libertad y autodeterminación de los cuerpos de las mujeres. Las disidencias previamente nombradas tienen como consecuencia inmediata que la gestación por sustitución no sea abordada en forma uniforme por los estados y esté prohibida, permitida o regulada dependiendo del país que se trate.

Se concluye que la incidencia negativa o positiva que esta modalidad de procrear tiene en la vida y los derechos fundamentales de las personas que se ofrecen de gestantes dependerá exclusivamente del tratamiento y de la regulación que brinde el estado donde se lleve a cabo tal procedimiento.

PALABRAS CLAVE: gestación por sustitución, maternidad, derechos humanos

UNRAVELING MOTHERHOOD: SURROGACY

ABSTRACT

Legal and judicial precedent contradictions have led to the writing of this paper which seeks to unravel whether human rights are impacted by surrogacy and if this method of reproduction

6 Estudiante de Grado en Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina

breaks highly romanticized standards of motherhood and gender stereotypes, or if it leads to female slavery and exploitation of surrogate mothers.

To determine this, regional and international case law, specialists' opinions, and the existence or absence of surrogacy laws were reviewed. This research shows that there are discrepancies between and within legal opinions and case law. In some cases, it is considered that through surrogacy women gain rights and are able to exercise bodily integrity, and, in some others, surrogacy is regarded as a form of female slavery. Surrogacy legislation varies from state to state, and soit may be prohibited, allowed, or regulated.

The positive or negative impact this alternative method of reproduction has on the life and fundamental rights of the surrogate person will depend on the treatment and regulation given by the state in which the procedure takes place.

KEY WORDS: surrogacy, motherhood, human rights

INTRODUCCIÓN

El capítulo abordará en primer lugar el concepto y las distintas acepciones de la gestación por sustitución, luego las posturas feministas sobre la temática, continuando con la recepción que posee la misma en los distintos estados, y si éstos la regulan o no; para, finalmente, establecer su relación con los derechos humanos de las partes implicadas en dicha técnica.

DESARROLLO

1. Terminología y Concepto

En cuanto a los términos que se utilizan para denominar a esta figura no existe consenso. Esta modalidad es usualmente conocida como maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de vientre, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler, madres gestantes, entre otros.

La noción de maternidad supone cuestiones mucho más amplias que el acto de gestar y parir, por lo que dicha maternidad está reconocida en cabeza de la madre comitente, quien posee voluntad procreacional, y no así en la mujer o cuerpo gestante. Por otra parte, el verbo subrogar es definido como "sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa" (Real Academia Española, s.f), siendo poco apropiado, ya que esto implica que la gestante también aporte su material genético, lo cual no ocurre en la gran mayoría de los casos, donde éste es donado por una tercera persona.

A su vez, hablar de alquiler, de vientre o de útero, es reducir a la mujer o persona gestante a que sea un mero instrumento puesto a la merced de los deseos de paternidad y/o maternidad de otras personas, por lo cual estas terminologías resultan peyorativas.

Así, se entiende que la denominación más acertada, en coincidencia con Souto Galván (2005), es la de "gestación por sustitución", definida por Lamm (2013) como:

> Forma de reproducción humana asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente. (p.24)

2. Posturas feministas

Dentro de las corrientes feministas (radical, de clase, cultural, inter-seccional, liberal, entre otras), se han delimitado en esta temática tres posturas, una en contra, una ecléctica y otra a favor. (Romeo Echeverría, 2019)

Postura en contra

Esta posición es tomada principalmente por el feminismo radical, afirmando que la gestación por sustitución constituye una forma de esclavitud moderna, por cosificar a la mujer, debido a que es tratada como una incubadora humana para gestar al hijo/a de otras personas, lo cual importa un menoscabo a su libertad, autonomía personal e integridad psíquica.

Asimismo, supone una explotación del cuerpo de la gestante, porque por lo general, la gestación por sustitución es realizada entre parejas que tienen una posición económica favorable y que contratan con una mujer en situación de pobreza o de bajos recursos económicos. Frente a esto, es discutible si las mujeres están eligiendo libremente o si su voluntad está socialmente y económicamente influenciada.

Jurídicamente, se entiende que el contrato celebrado entre comitentes y gestante es inmoral y por ende de nulidad absoluta, ya que las personas no pueden ser objeto de comercialización ni de relaciones jurídicas. (Lamm, 2012)

Por otra parte, para este sector, la técnica fortalece la idea de familia convencional o tradicional, respondiendo a un sistema "heteronormativo" donde la pareja monógama es la base de la familia, y en el caso de parejas homosexuales privilegia el vínculo biológico. (Ekman, 2017)

Postura ecléctica

Este sector conformado principalmente por el feminismo cultural, apunta hacia una visión mixta o intermedia, que establece que la gestación por sustitución únicamente debe ser aprobada cuando es altruista, es decir, cuando no existe un contrato con remuneración o

dinero a favor de la mujer gestante. Este contrato a título gratuito, resguarda así la integridad de la mujer, que en este caso está prestando su consentimiento libremente, sin presión económica alguna.

Postura a favor

Esta es la postura más amplia y es defendida por el feminismo liberal. Establece que la gestación por sustitución debe ser aprobada y regulada por todos los países, refutando así las posiciones anteriormente mencionadas.

En torno a la cosificación de las mujeres gestantes, se alega que esta técnica es liberadora para ellas, debido a que las mujeres tienen habilidad para contratar y así lograr empoderamiento, autonomía y control sobre el propio cuerpo. Acatar la postura doctrinaria negatoria de la gestación por sustitución es reducir a la mujer en sus elecciones y subestimarla en su capacidad de consentir. (Lamm, 2018)

En relación a la remuneración que se le otorga a la mujer, hay que establecer que no implica de ninguna forma explotación hacia su cuerpo ni tampoco importa dudas en cuanto a la libertad o no de contratar. Por el contrario, se argumenta que si sólo se permite la celebración de contratos a título gratuito, es decir, altruistas, se estaría alimentando la existencia de prácticas clandestinas, ya que seguirán existiendo promesas de pago (por ejemplo: los gastos médicos del embarazo), pero en este caso, estas promesas serían informales y la mujer gestante no tendría así protección alguna, no pudiendo presentar un recurso legal en caso de tener que exigir el pago. Además, otorgar una retribución económica a la gestante, permite respetar su capacidad de prestar un servicio que compromete su integridad y salud física y emocional.

Por otro lado, se afirma que el contrato a celebrar no tiene por objeto jurídico a las personas, sino que su objeto es la gestación, entendiéndose que es plenamente válido con el libre consentimiento de las partes.

Finalmente, la gestación por sustitución, al contrario de lo que establece la postura contraria, es ampliatoria de los modelos o tipos familiares teniendo en cuenta la voluntad procreacional y dejando de lado los vínculos biológicos.

3. Recepción de la figura en el derecho comparado

En lo que respecta a la regulación legal que presenta la gestación por sustitución en cada Estado cabe destacar que éstos tienen pleno margen de apreciación nacional sobre la temática. Así, existen países que la prohíben, otros que la permiten sólo cuando es altruista y países que la regulan ampliamente.

En torno al primer grupo, se encuentran países como Francia, Alemania, Suecia, España o Italia, que establecen que la técnica en cuestión puede servir a intereses comerciales y llevar a

la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. El fin perseguido por estos Estados es prevenir y eliminar la gestación por sustitución.

Con relación al segundo grupo, existen países que regulan esta técnica únicamente cuando es altruista y bajo ciertas reglas y condiciones, como por ejemplo, Canadá, Grecia o Australia. Estos Estados, establecen de forma previa cláusulas contractuales que deben ser cumplidas por las partes en cuestión, por ejemplo, que la mujer gestante sea capaz, o que se cumpla un plazo de 6 meses posteriores al parto para que la mujer gestante decida si desea entregar al niño o a la niña que dio a luz.

Finalmente, en el último grupo, se encuentran Estados como Ucrania, India o Rusia. Estos países permiten la gestación por sustitución en forma amplia, y la regulan de tal manera que las partes no vean menoscabados sus derechos. Se establece un control médico y de clínicas, se otorgan recursos legales en caso de controversias entre las partes y se establecen reglas como por ejemplo, la plena información hacia la mujer gestante principalmente sobre el procedimiento e implicancias de la técnica.

Cabe destacar asimismo, que existen países que nada dicen al respecto, existiendo así una laguna legal y jurídica. Tal es el caso de Argentina, que en la normativa, más precisamente en el Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el 1 de agosto del 2015, no prohíbe esta práctica pero tampoco la regula.

4. La gestación por sustitución y los derechos humanos en el orden internacional

En el ámbito de las normas internacionales aplicables, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enumera las fuentes del derecho internacional en su artículo 38, que establece:

> La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
>
> a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
>
> b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
>
> c. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
>
> d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.
>
> La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.

Ante a esto, en la actualidad no existe convención o tratado internacional que establezca algún parámetro sobre el cual se pueda constituir una regulación del procedi-

miento de la gestación por sustitución; empero, debemos examinar la segunda de las fuentes, es decir, la costumbre jurídica internacional. En este caso, la diversidad de los marcos normativos de los Estados impide establecer una práctica generalizada aceptada como derecho en la materia. Tampoco se encuentran consolidados principios generales del derecho como guía sobre cómo abordar la controversia.

Respecto a la última de las fuentes, las decisiones judiciales, cabe destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha llevado un cierto desarrollo en el tema, aportando análisis ético y jurídico de la gestación por sustitución, sinembargo, estos aportes no son suficientes para lograr un criterio legal unificado sobre la temática en cuestión. De todas maneras, el TEDH arrojó un poco de luz al tema con su Opinión Consultiva solicitada por el Estado de Francia el 10 de abril del año 2019, donde estableció que los Estados tienen margen de apreciación nacional en torno a la práctica en cuestión y que éstos deben permitir la filiación de los niños y niñas nacidas de esta práctica, con sus padres o madres de intención, aunque sea a través del instituto de la adopción.

En cuanto a nuestro Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana (Corte IDH) denota un grado aún menor de desarrollo jurisprudencial que el Tribunal Europeo, ya que en nuestro sistema la figura de la gestación por sustitución no ha sido siquiera mencionada o abordada.

A pesar de lo expuesto hay que comprender que la regulación de esta técnica de reproducción humana asistida significa la apertura de un abanico de derechos fundamentales tales como el ejercicio de la libertad personal, la autonomía personal y reproductiva, la protección familiar, la protección a la vida íntima, el derecho a la procreación, la integridad personal, el acceso a la salud reproductiva, el derecho a la dignidad, el respeto del interés superior del niño/a, el derecho a la identidad, entre otros. Estos derechos reconocidos por instrumentos internacionales en el Sistema Universal (ONU) y en los Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Humanos alcanzan tanto a las madres y/o padres comitentes, a la mujer o persona gestante y a los niños o niñas nacidas de esta práctica.

4.1. Derechos de las madres y/o padres comitentes

En un primer término, respecto a las parejas o personas comitentes, es decir, aquellas que tienen la voluntad procreacional de ser padres o madres, se ven favorecidas en la aplicación de esta técnica, ya que se otorga la posibilidad de formar una familia y se amplían los modelos de la misma (matrimonial heterosexual u homosexual, uniones convivenciales entre personas de igual o distinto sexo, familias monoparentales, ensambladas, etc.), debido a que por medio de la gestación por sustitución, se logra que los o las comitentes puedan tener un hijo/a con su material biogenético.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce el derecho de protección a la familia en su artículo número 17, y más precisamente la Corte Intera-

mericana en el caso Atala Riffo contra Chile, párrafo 142, ha constatado que en dicha Convención:

> …no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. (Corte IDH, 2012)

Se puede afirmar entonces, que la CADH protege el derecho a una familia en forma plural e inclusiva, y por ende, se ve reconocido el derecho a procrear para fundarla.

Este derecho a procrear debe interpretarse como la posibilidad de que todas las parejas o personas puedan reproducirse cuando así lo decidan, y también que escojan la manera de hacerlo, ya sea en forma natural o acudiendo a las técnicas de reproducción humana asistida (Lamm, 2013). En el mismo sentido se ha expresado la Corte IDH en el párrafo 143 del caso Artavia Murillo contra Costa Rica, en el que establece que el derecho de formar una familia es parte a su vez del derecho a la vida privada e íntima.

De esta manera, tratándose de un derecho humano y personalísimo, es responsabilidad y deber de cada Estado procurar el acceso de todas las personas que lo deseen a los métodos de reproducción humana asistida, incluyendo la gestación por sustitución. Que los países no regulen esta práctica se traduce en un menoscabo a los derechos fundamentales.

4.2. Derechos de la mujer gestante

La gestación por sustitución permite el pleno desarrollo y ejercicio del derecho a la integridad personal de la mujer o persona que decida gestar. Este derecho reconocido en el artículo 5 de la CADH está protegido en tres esferas: física, psíquica y moral, y su respeto y realización está relacionado estrechamente con el derecho a la dignidad.

Por un lado, no existe ningún estudio científico que haya encontrado algún tipo de trastorno en la psiquis de la mujer gestante al realizar esta práctica. Se ha refutado así la teoría de que el gestar o estar embarazada crea un vínculo casi irrompible entre la gestante y el niño o niña (Lamm, 2013). Por el contrario, en un estudio realizado a 34 mujeres gestantes se constató que ninguna de ellas presentó dificultad alguna a la hora de entregar a la niña o niño nacido a sus padres o madres comitentes, sino que a la inversa, se habían sentido muy felices con el proceso y la decisión tomada. (Jadva, 2009)

Por otro lado, trasladando la evidencia científica hacia un plano sociológico, hay que advertir que las posturas abolicionistas sobre poner en duda por motivos económicos el consentimiento de la mujer a la hora de celebrar el contrato para prestar la gestación, es subestimarla totalmente en su capacidad de decisión sobre su destino y su propio cuerpo. Permitir la gestación por sustitución es sinónimo de reconocimiento, empoderamiento y autonomía de las mujeres que deciden celebrar el contrato.

En este punto es necesario que los países reglamenten la gestación por sustitución y que asimismo tengan total control sobre las agencias o clínicas de fertilidad que brinden este servicio. Esta es la única forma de que no se cometan abusos o menoscabos contra los derechos de las partes, ya que las agencias estarían en la obligación de brindar la correspondiente información sobre la totalidad del proceso y sus efectos, y también de realizar un acompañamiento médico y psicológico a las partes.

4.3. Derechos de los niños o niñas

Es claro que los Sistemas Internacionales y Regionales de Protección de los Derechos Humanos han realizado esfuerzos para proteger y preservar el bienestar y los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Tal afirmación se desprende de la importancia que poseen dos conceptos en torno al derecho de los niños y niñas. Por un lado, el interés superior del niño, reconocido en el artículo 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, entendido como un principio rector para la elaboración de normas por parte del legislador y para la posterior aplicación de éstas en las decisiones de los órganos jurisdiccionales; y por otro lado, el derecho a la identidad relacionado con el derecho a la filiación, es decir, a la situación entre personas que el derecho coloca como padres o madres por un lado y como hijos o hijas por el otro.

Sobre este tema, se ha sostenido por una parte de doctrinarios/as, que existen posibles menoscabos para los niños/as que nacen como consecuencia de esta práctica. Se argumenta, como se estableció en el apartado anterior, que ésta puede provocar perjuicios al niño o niña por el quiebre del vínculo materno-filial que se establece durante la gestación, por las dificultades de aceptación social y por los inconvenientes que puede generar el tener que hacer frente a varias figuras maternas, siendo así un atentado contra el derecho a la identidad de los niños. Además, y principalmente, se sostiene que recurrir a la gestación por sustitución importa convertir al hijo o hija en objeto de comercio debido a que es atender más a los intereses de los futuros padres o madres que a los del niño/a y pretende convertir al niño/a en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto. (Lamm, 2012)

Sinembargo, el Comité de Bioética de España, en un Informe del año 2017 estableció que la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño, debido a que ha nacido en una familia que lo o la deseó, y además no hubiera existido de no haberse recurrido a dicha técnica. En la actualidad, no se han desarrollado estudios que arrojen pruebas de influencia negativa en la vida y derechos de los niños y niñas nacidas de esta práctica. Tampoco se ha podido demostrar a nivel físico, biológico y genético que el niño que nace se vea afectado negativamente por la separación con la mujer gestante, ni tampoco se ha podido establecer un vínculo afectivo desarrollado durante la gestación.

La falta de regulación jurídica uniforme sobre el tema, ha provocado problemas legales cuando dicha técnica se realiza entre personas de distintos Estados (lo que se denomina "turismo reproductivo"), porque una vez que el niño o niña nace, cuando la familia retorna a su país de origen, dicho país no reconoce la identidad del niño/a y declara la nulidad del contrato, tal como aconteció en el caso de las gemelas Mennesson en Francia. Esto provoca la vulneración a los derechos de la niña/o en su posibilidad de conocer su identidad, por lo que es necesario el rol activo del Estado para el acceso a la información sobre los orígenes biogenéticos y médicos.

CONCLUSIÓN

Para finalizar el presente escrito, se afirma que la gestación por sustitución no incide negativamente sobre los derechos humanos de ninguna de las partes implicadas en esta práctica, al contrario, dicha figura amplía el espectro de derechos reconocidos por los ordenamientos jurídicos, tanto a nivel interno como internacional.

La regulación de la gestación por sustitución supone la protección de dichos derechos fundamentales y previene la clandestinidad porque le otorga al Estado la intervención y control para que la actuación de las clínicas y agencias sea acorde a la ley y a los derechos humanos.

A modo de reflexión la existencia y reglamentación de esta modalidad colabora a que se superen las estructuras conservadoras y tradicionales sobre la familia y a que se rompa con el principio heredado del ya obsoleto derecho romano: "mater semper certa est", por el cual la maternidad siempre es reconocida y determinada por el acto del parto.

La sociedad es fluctuante y es primordial que los ordenamientos jurídicos de los estados acompañen estos cambios, se deben "desbiologizar" los vínculos como base de toda familia y además debe deconstruirse la idea de que gestar y parir son sinónimos de maternidad, debido a que una mujer puede disponer de su propio cuerpo y en consecuencia limitarse a gestar un niño o niña que será hijo/a de sus padres o madres de intención. Las mujeres no estamos determinadas al rol impuesto patriarcalmente por la sociedad de limitarnos a ser madres, muy por el contrario, somos personas de derecho libres, autónomas e independientes.

REFERENCIAS

Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica. *Serie C No. 257*. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Atala Riffo y niñas Vs. Chile. *Serie C No. 239*. Recuperado de https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Comité de Bioética de España. (2017) *Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.* Recuperado el 12 de febrero de 2021 de http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

Ekman, K. E. (2017). *El ser y la mercancía.* Prostitución, vientres de alquiler y disociación. Barcelona, España: Bellaterra.

Herrera, M. (2019). Manual de Derecho de las Familias. (2da Edición). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Jadva, V., Murray, C., Lycett, E., MacCallum, F., Golombok, S. (2003). *Surrogacy: the experiences of surrogate mothers.* Human Reproduction, 18, 2196 - 2204.

Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.* Barcelona, España: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

Lamm, E. (2012). *Gestación por sustitución: Realidad y Derecho.* INDRET, 3/2012.

Lamm, E. (2018). *Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo.* Autonomía y Protección de Derechos. Recuperado el 9 de febrero de 2021 de https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/12/03/repensando-la-gestacion-por-sustitucion-desde-el-feminismo/

Notrica, F., Cotado, F., Curti P. J. (2017). *La figura de la gestación por sustitución.* IUS, 11, 39, 154 – 172.

ONU. (1978). *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.*

ONU. (1989). *Convención Internacional de los Derechos del Niño.*

Real Academia Española. (s.f). *Subrogar.* En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 11 de febrero de 2021 de https://dle.rae.es/subrogar

Romeo Echeverría, A. (2019, 6 de diciembre). *Gestación subrogada y movimiento feminista. Una aproximación cuantitativa.* Encrucijadas, 18, Artículo a1806. Recuperado el 10 de febrero de 2021, de https://recyt.fecyt.es/index.php/encrucijadas/article/view/79209/

Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Souto Galván, B. (2005). *Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho.* Foro Nueva Época, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1/2005, 75-292.

DERECHO A LA DEFENSA EN EL MARCO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: EL RECONOCIMIENTO FACIAL

Marcela Méndez Panchá[7]
Efraín Velásquez Pérez[8]

RESUMEN

Una de las principales problemáticas que se presentan a la hora de asociar la Inteligencia Artificial (IA) con los ordenamientos jurídicos es la de establecer un marco normativo que proteja los Derechos Humanos (DDHH). Tal dilema se visibiliza tanto en el contexto internacional como nacional. En el caso de Colombia, recién se están gestando discusiones en torno a la aplicación de tecnologías de reconocimiento facial en la imputación de cargos a ciudadanos. Teniendo en cuenta tal planteamiento, surge este interrogante, ¿Cuáles son los impactos a los derechos humanos derivados del uso de sistemas de reconocimiento facial? Para responder lo anterior, se determinarán los principales aportes teóricos para esbozar un derecho a la defensa en el marco de la IA. Como eje principal se analizarán las discusiones en torno a la implementación normativa de los sistemas de reconocimiento facial, dado que es uno de los temas que más avances presenta. Para llegar a esto se utiliza una metodología de tipo exploratorio en donde se examinan diversas fuentes internacionales con el fin de ubicar criterios orientadores para establecer un Derecho a la defensa en las nuevas condiciones generadas del uso de las tecnologías de la información. Como resultado de este ejercicio se identifica una familiarización con los conceptos propios de la IA en conjunción con los DDHH. También se concluye que cuando se aplica las herramientas de reconocimiento facial pueden verse comprometidos el derecho a la defensa, igualdad, acceso a la justicia, dignidad humana, protección de la privacidad y al debido proceso.

PALABRAS CLAVE: reconocimiento facial, inteligencia artificial, protesta, Derechos Humanos, defensa.

7 Estudiante de Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia. Semillero de investigación Artificial Intelligence and Human Rights. Correo: est.lina.mendez3@unimilitar.edu.co.

8 Estudiante de Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia. Semillero de investigación Artificial Intelligence and Human Rights. Correo: est.efrain.velasquez@unimilitar.edu.co.

LEGAL DEFENSE IN THE FRAMEWORK OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE: FACIAL RECOGNITION.

ABSTRACT

One of the main problems that arise when associating Artificial Intelligence (AI) with legal systems is to establish a regulatory framework that protects Human Rights (HR). This dilemma is visible both in the international and national context. In Colombian case, the discussions are just taking place around the application of facial recognition technologies in the charge's imputation to citizens. Considering such an approach, the question arises: What are the impacts on human rights derived from the use of facial recognition systems? To answer the above, the main theoretical contributions will be determined to outline a right to defense within the framework of AI. As the main axis, the discussions around the normative implementation of facial recognition systems will be analyzed, since it is one of the topics that presents the most progress. To achieve this, an exploratory methodology is used where various international sources are examined to locate guiding criteria to establish a Right to Defense in the new conditions generated from the use of information technologies. As a result of this exercise, a familiarization with the concepts of AI in conjunction with human rights is identified. It is also concluded that when facial recognition tools are applied, the right to defense, equality, access to justice, human dignity, protection of privacy and due process are violated.

Keywords: facial recognition, artificial intelligence, protest, Human Rights, defense.

INTRODUCCIÓN

Los aportes de la Inteligencia Artificial (IA) en la ciencia jurídica son cada vez más visibles en países con un desarrollo computacional bastante elevado, así como aquellos con la capacidad normativa de adaptarse a esa nueva manera de administrar justicia. Dada su importancia, es vital esclarecer cómo la inteligencia artificial se desarrolló hasta el punto de tener un papel protagónico en la ciencia jurídica contemporánea.

Para ello es prudente tomar un punto de partida teórico a la hora de abordar la IA. Allen Newell, pionero en las investigaciones sobre este campo, fue el primero en dar una definición comprensible para personas no familiarizadas con la ciencia de la computación. En sus palabras (2020), la IA es el campo dedicado a la construcción de artefactos inteligentes, donde ¨inteligente¨ es lo que se operacionaliza a través de pruebas de simulación de inteligencia (…), entre otras pruebas de habilidad mental (Sección 2). Como se observa, tales máquinas tendrán un estatus de inteligencia a medida que emulen acciones humanas.

Bringsjord (2020) concluye que, con el paso de los años, el desarrollo de ese tipo de inteligencia ha sido tan avanzado que se especula con escenarios apocalípticos sobre el fin de la era

humana en unos cuantos siglos a manos de una máquina con una capacidad más poderosa de razonar y, por ende, superior en sentido biológico (Sección 9). Para la ciencia computacional contemporánea la mayoría de esas afirmaciones son falaces, por cuanto el marco de desarrollo de la IA siempre va a ser la razón humana. Por ende, cualquier máquina o dispositivo siempre va a estar restringido a los limites mismos de una persona.

Ahora bien, hay una latente preocupación sobre qué pueden hacer los humanos con esa IA que operan o programan. La humanización de la inteligencia artificial trae una serie de dudas a la comunidad internacional sobre el empleo no regulado de la tecnología de vanguardia manipulada por seres humanos. Esa imperfección de la conducta humana que puede ser replicada por un dispositivo es la principal fuente de polémica a la hora de hablar de derechos de los ciudadanos.

1. Inteligencia artificial y derecho a la defensa

El derecho a la defensa, definido y amparado por los principales sistemas jurídicos del mundo occidental es uno de los que se ha visto más flagelados por la implementación de IA; por ende, es conveniente hacer una contextualización de cómo opera este derecho en Europa y EE. UU., lugares donde quizá ha sido más tratada la polémica presentada en este escrito.

La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* afirma que: "1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente; 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa" (Unión Europea, 2007, pág. 20). Igualmente, se encuentra presente en 46 constituciones o cartas de derechos a lo largo del territorio europeo, así como en 3 directivas de la Unión Europea.

Asimismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) da las bases para los dos postulados europeos del derecho a la defensa. En el articulado sobre el derecho a un proceso equitativo se destacan cinco derechos a la defensa mínimos: ser informado, plazo para preparar su defensa, asistencia de defensor, promover interrogatorios y asistencia gratuita en caso de capacidades disímiles (pág. 10). Es decir, ambas normativas precisan el mismo sentido y alcance del derecho a la defensa.

En el ámbito de la Big data —o macrodatos—, espacio de conocimiento que nutre constantemente la IA, ya se han planteado dos vías legitimas de acceso a la defensa cuando la acusación proviene o se fundamenta en un método computacional. Rating (2016) explica que la primera vía consiste en una legitimación para actuar como parte activa y ejercer el derecho de pleno conocimiento y de audiencia; mientras que la segunda se basa en un acceso a los documentos o demás medio probatorios obtenidos de macrodatos, respetando el derecho de la privacidad de la contraparte (pág. 3).

Igualmente, el marco legal europeo ha comenzado a dar unos escuetos pasos en la relación entre la IA y el derecho a la defensa, como lo es la implementación del Reglamento Europeo de Protección de Datos donde existe un derecho básico de defensa frente a la

imputación con IA: "(…) una persona tiene derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en medios automatizados, si la decisión produce efectos jurídicos o afecta significativamente a la persona de modo similar" (Galindo, 2019, pág. 54). Sinembargo, no se niega la posibilidad de que esta decisión pueda ser permitida si hay una ley concreta que permita el uso de la IA y la big data como entes autónomos de imputación, ya que por el momento no hay sancionado ningún trato legislativo de esta naturaleza.

Otro punto importante es el uso de datos que puede hacer la IA, pues actualmente "las decisiones basadas en algoritmos no pueden utilizar categorías especiales de datos, a menos que la persona haya dado su consentimiento o que el proceso esté permitido por la legislación de la UE" (Galindo, 2019, pág. 54). En síntesis, la imputación automatizada tiene dos limites en Europa: debe ser por un órgano legal facultado y no se pueden usar datos que violen el derecho a la privacidad del acusado.

En el caso de EE. UU. y su particular sistema jurídico —*common law*[9] —, seguir el derecho a la defensa implicaría un trato específico a la normatividad de cada Estado y siguiendo su derecho consuetudinario es posible destacar dos fases en los derechos de todo acusado en la jurisdicción estadounidense. En primer lugar, la lectura de cargos, que consiste en "(…) informarle al acusado sobre los delitos que se le imputan" (Méndez, 2007, pág. 141) y en segunda instancia el juicio "(…) le otorga la oportunidad de ser oído y poder defenderse antes de que sea establecida su culpabilidad" (Méndez, 2007, pág. 141). Antes de esta última etapa, y como elemento propio de la lectura de cargos, Méndez (2007) destaca la posibilidad de llegar a un acuerdo reparatorio, bajo el cual se puede acordar tanto la pena como la multa, relegando al juez solo el papel de sentenciador, más no de decisor (pág. 142).

Flint (s.f.) sintetiza las garantías del acusado en tres momentos inviolables: "(i) tener los servicios de un abogado, (ii) no auto incriminarse y (iii) no sufrir registros o decomisos arbitrarios" (pág. 1); como se observa, estos son de un nivel primario en el tiempo respecto a la lectura de cargos. El mismo autor indica que los distintos Estados se adhieren en su mayoría a estas garantías por el principio de incorporación selectiva, en el que los legisladores federales adoptan los derechos que pueden considerarse como los más necesarios para que se mantenga el ideal de libertad y orden (págs. 2-3).

El sistema de acusación estadounidense, que busca ser simple y preciso, tiene en la IA y sus algoritmos de imputación un gran desafío para el derecho a la defensa. En los últimos años se ha venido perfeccionando en ese país el uso del algoritmo COMPAS[10], entendido como "una herramienta estructurada que valora el riesgo de reincidencia del procesado y las necesidades criminológicas del sujeto" (Martínez, pág. 485), cuyo fin radica en ofrecer

9 Debido al federalismo, cada Estado de ese país tiene potestad para dictar procedimientos y leyes autónomas. No obstante, y específicamente en el área del derecho penal, hay una tendencia a adoptar la normatividad criminal dictada por la costumbre, fundamento esencial de ese sistema jurídico (Méndez, 2007, pág. 141)

10 Por sus siglas en inglés: Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions.

predicciones criminales y evitar la comisión de delitos. La eficacia de este sistema ronda el 60% a nivel general, pero en algunos ítems presenta una tasa de precisión que cae al 20%, como es el caso de los delitos con origen violento (Caballero, 2020, párrafo 3).

Como era de esperarse, este algoritmo ha sido impugnado en varias cortes estadounidenses por las incongruencias que presenta respecto a la individualización de personas potencialmente violentas. Uno de los casos emblema ha sido el de la Corte Suprema de Wisconsin, donde se decidió que la herramienta COMPAS debe cumplir una función asistencial, —más no discrecional— a la hora de sugerir resultados al juez, encargado de la decisión final (Caballero, 2020, párrafo 14).

En ese sentido, el programa COMPAS es el gran ejemplo de cómo la IA irrumpe en el derecho a través del uso de algunas variables subjetivas, con criterios como dificultades financieras, bajo poder adquisitivo, pobreza asociada al pensamiento criminal, aislamiento social, entre otros, lo cual deja en evidencia que algoritmos como este carecen de objetividad. Otro ejemplo lo señala Propublica (2016) en su informe sobre el software Northpointe que, al elaborar puntuación de riesgo sobre personas con antecedentes para calificar su nivel de reincidencia, calificó negativamente a personas afrodescendientes con menos historial criminal que personas de otras razas (párrafo 19). Estos complejos antecedentes brindan un escenario preocupante con miras a un derecho a la defensa y otros derechos fundamentales que se violan[11].

Estas son solo dos de muchas iniciativas que están impactando el derecho a la defensa en el sistema jurídico de EE. UU. De tal manera que se debe advertir la peligrosidad de dar un papel protagónico a herramientas que no están aún en la capacidad de dar un veredicto de forma autónoma, por lo que se infiere que IA no tiene el potencial de reemplazar decisiones judiciales humanas:

> La IA no tiene el sentido lógico para entender la diversidad, por lo que el procesamiento de información por partes de sistemas de IA no sería igualitario para todos. No hay una forma técnica sencilla de otorgar la noción de discriminación positiva a un algoritmo, tal y como la razona un intérprete judicial humano. (Caballero, 2020, párrafo 16)

Esta dificultad no pertenece solamente a Estados Unidos o a Europa. La intromisión de la IA en el derecho de defensa es un asunto de preocupación internacional y local; Caballero (2020) concluye que no hay una delimitación clara de la comunidad internacional sobre los principios éticos concretos que afectan los derechos fundamentales de los ciudadanos (párrafo 19).

11 debe tomarse con cautela el hecho de que una máquina tome una decisión en temáticas tan sensibles e importantes, pues se estaría cayendo en un sesgo con fuertes tintes raciales y de ser así habría una vuelta inevitable a los controversiales postulados de Cesare Lombroso (1911) sobre los rasgos generales de la patología del hombre criminal (págs. 57-58).

Por supuesto, hay países en los que no ha llegado a tal extremo la IA, asunto que solo se dirimirá con el paso del tiempo y la adopción de tecnologías extranjeras en países con más avances en ese sector. Al examinar el caso de Colombia, se puede evidenciar que el derecho a la defensa está protegido constitucionalmente como se observa en el artículo 29 de la Constitución Política, que señala el derecho al debido proceso. Igualmente, hay jurisprudencia que fundamenta las garantías de cualquier acusado en la normatividad colombiana. El derecho a la defensa se señala de la siguiente manera:

> (L)o integran el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo básico es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite se puedan hacer valer sus derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia. (Corte Constitucional de Colombia, 2005, sección 3.2)

Esas facultades y garantías, al igual que en EE. UU. y Europa, adquieren especial protagonismo en el ámbito penal, por cuanto allí se fomentan escenarios donde puede ser vulnerado el derecho a la defensa. La Honorable Corte destaca dos formas de defender al acusado: "La primera, la defensa material, es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado, la segunda, la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un profesional del derecho" (Corte Constitucional de Colombia, 2009, sección 3.4).

Es decir, esa corporación se acoge en buena parte a las bases del derecho estadounidense (lectura de cargos y juicio) y los principios europeos (ser informado y tener asistencia de defensor).

Además, en la jurisprudencia colombiana se hace énfasis en la defensa técnica como la más relevante en el ejercicio de las garantías del acusado, pues brinda una apertura a los derechos contenidos en el principio anglosajón de la igualdad de armas, el cual:

> Constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues (…) los actores son contendores que se enfrentan a un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección. (Corte Constitucional de Colombia, 2005, sección 3.6).

En ese orden de ideas, hay un fuerte vínculo con el derecho a la defensa de EE. UU.; lo que implica aceptar las fragilidades de ambos ordenamientos respecto a las primeras instancias de defensa del acusado sin asistencia de abogado. Como se ha observado, los tres escenarios jurídicos planteados presentan problemáticas inconclusas respecto al derecho del acusado de controvertir decisiones judiciales. Lo anterior se acentúa en decisiones tomadas o asistidas por algoritmos que pretenden predecir la acción criminal; dicho ejercicio, como se evidenció terminó en la mayoría de los casos como una apología a la discriminación racial a partir de la predicción criminal.

2. Contexto internacional del reconocimiento facial y su vinculación con DDHH

Una de las tecnologías que más desata polémica a la hora de contemplar la violación del derecho a la defensa es la de reconocimiento facial ya que, como indica I-TECH (2007) en su estudio pionero, presenta un avance implacable y ha permitido individualizar la conducta humana en sus principales dimensiones sociales (pág. 2). Este aparente éxito de poder identificar con cierta rapidez a un individuo en espacio público debería ser usado con fines limitados por el derecho a la privacidad de los ciudadanos.

De hecho, ese desarrollo de algoritmos inicialmente fue contemplado con fines científicos y de modelamiento de conducta, más no para crear dispositivos de acusación y medios probatorios de dudosa calidad. Como aclara Lin (2000), el reconocimiento facial es uno de los pocos métodos biométricos que posee las ventajas de una alta capacidad y una baja intrusión, ya que tiene la precisión de un enfoque fisiológico sin ser intrusivo; por esta razón, (…) el reconocimiento facial ha llamado la atención de investigadores en campos que van desde la seguridad, la psicología y el procesamiento de imágenes hasta la identificación visual (pág. 1).

Esta técnica incursionó en el derecho a través del procesamiento de imágenes aplicado a las bases de datos de los departamentos de criminología en varios países del mundo. Esta función, totalmente pasiva, permitía obtener información con relativo grado de aproximación sobre criminales con antecedentes, así, el reconocimiento facial permitió hallar individuos con historial criminal que volvían a cometer conductas punibles. Sobre este asunto el informe de I-TECH (2007) asevera que el uso obvio de ese sistema es la aplicación de la ley, ya que, al presentársele una imagen de sujetos desconocidos, esa imagen se compara con todas las imágenes conocidas del sistema y emite una coincidencia (pág. 89).

Tales usos delimitan el análisis digital de rostros humanos como instrumento de análisis, siguiendo el principio de Lin (2000): entre todas las técnicas biométricas, el enfoque de reconocimiento facial posee una gran ventaja, que es su facilidad de uso (o no intrusividad) (pág. 6). Esa característica comenzó a exceder el derecho a la defensa al ser aplicada como mecanismo de imputación, lo cual puede ampliarse a otros escenarios como, por ejemplo, los de protesta social.

Precisamente el estallido de la pandemia, causada por el nuevo coronavirus, constituyó el incentivo final para que se desencadenaran fuertes movimientos sociales que rechazan grandes reformas a instituciones como la salud, la seguridad social, la educación, entre otras. Estas protestas, en algunas ocasiones, han desencadenado enfrentamientos entre manifestantes y fuerza pública. A causa de tal situación, el reconocimiento facial se ha establecido como una herramienta que asiste a entes fiscalizadores para determinar los datos concretos de ciudadanos que tal vez han participado en enfrentamientos con dispositivos policiales.

La facilidad con que la IA está ayudando a imputar potenciales acusados, ha causado alarmas en los principales países de occidente. A continuación, se retratan algunos casos del

contexto internacional, como es el caso de Estados Unidos, donde se han dado los escenarios más mediáticos a causa de las permanentes protestas de la comunidad afroamericana residente en ese país; específicamente en su querella social contra los abusos policiales. Como mencionó Meza (2020) a partir del uso de sistemas de reconocimiento facial de las empresas cmo IBM, Amazon y Microsoft, númerosas corporaciones estadounidenses hicieron público el uso de estos algoritmos por parte de las autoridades policiales (párrafo 5).

Meza (2020) indica en su artículo que IBM, empresa que anunció su retiro indefinido del rubro de los métodos de vigilancia ciudadana, desarrolló un algoritmo capaz de discriminar por género a ciudadanos de tez blanca, pero no de tez morena; por su parte Amazon, que tiene esta tecnología en suspenso, con su software Rekognition confundió a 28 legisladores del Congreso estadounidense con expresidiarios, de los cuales el 40% pertenecían a una minoría racial (párrafo 4). Así la cosas, hay una flagrante violación al derecho de la igualdad en el sentido del artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).

Razón más que suficiente para que el tema fuera objeto de estudio por parte de las Naciones Unidas, donde la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) (2020) aseveró que las nuevas tecnologías pueden usarse para "(…) limitar y vulnerar los derechos de los manifestantes, vigilarlos, localizar su ubicación e invadir su privacidad (párrafo 2)". Este organismo ha sido enfático en la reciente tendencia en malversar el fin de los macrodatos o la IA para así acrecentar el hostigamiento y la violencia contra el derecho a la protesta.

Hay una especial preocupación respecto a los mecanismos de reconocimiento facial en dichos escenarios, por ende, se recomienda a los Estados abstenerse de implementarla "para identificar a quienes participan en reuniones pacíficas y que no realicen grabaciones de los manifestantes, a menos que existan indicios fiables de que los participantes llevan a cabo actividades delictivas o se disponen a hacerlo" (ACNUDH, 2020, párrafo 9). En cuanto a los DDHH flagelados, la ACNUDH advierte (2020) que el uso de la tecnología de reconocimiento facial para identificar a las personas en el contexto de las reuniones tiene efectos adversos considerables sobre los derechos a la privacidad, la libertad de expresión y la reunión pacífica (pág. 9). Pero el eco que ha ocasionado el mal uso del reconocimiento facial, un diseño computacional que todavía no ha sido perfeccionado, no se queda solo en llamados como el de la ONU a EE. UU.

Frente a este panorama, la comunidad europea recientemente ha alzado la voz mediante dos manifiestos, pues en sus escenarios de protesta hay situaciones similares respecto al uso de la IA. Uno de ellos es el Libro Blanco de la Unión Europea sobre IA, el cual señala explícitamente que "Las repercusiones de la utilización de sistemas de IA de identificación biométrica remota en los derechos fundamentales pueden variar considerablemente en función del objetivo, el contexto y el alcance de dicho uso" (Comisión Europea, 2020, pág. 26), igualmente, depende de la legislación nacional contrastada con la del espacio europeo.

El otro documento es un comunicado expedido por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se afirma vehementemente que el objeto de análisis no debe ser cuáles derechos viola la IA, sino la formulación de políticas que la controlen para que no viole ningún derecho. Tomando eso en cuenta esta agencia (2020) en su más reciente comunicado se enfoca en darle un marco a la IA respecto al derecho a la defensa de los ciudadanos (pág. 1); es así como las decisiones generadas por la IA deben respetar todos los DDHH, de ahí la importancia de ese derecho en específico.

En mérito de lo expuesto, la IA no debe violar ni el debido proceso ni la defensa del ciudadano en caso de ser acusado mediante dicha herramienta, por lo que en caso de una impugnación "(…) las personas tienen que saber cuándo y cómo se utiliza la IA, así como de qué modo y dónde presentar una reclamación. Las organizaciones que utilizan la IA deben poder explicar el modo en que sus sistemas toman decisiones" (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2020, pág. 1).

Como se verá a continuación, Colombia y Latinoamérica en general están permeadas por la IA y el reconocimiento facial, por lo que es prudente analizar cómo se vulneran los DD HH en la región a partir de nuevas implementaciones tecnológicas.

3. Contexto nacional del reconocimiento facial y su vinculación con DDHH

La llegada de los sistemas de reconocimiento facial ha causado una gran incertidumbre en el espectro latinoamericano, ya que últimamente se han visto involucrados grupos minoritarios que en lo general corresponden a afrodescendientes, mujeres, personas trans e integrantes de determinadas etnias que han sufrido de discriminación y desigualdad.

Por ejemplo, en el año 2019 Brasil presentó una denuncia por el presunto sesgo racial en las tecnologías de reconocimiento facial allí implementadas, teniendo como fundamento la captura de 151 personas. De estas el 90% corresponde a afrodescendientes, lo cual ha motivado que en diferentes Estados de ese país realicen investigaciones por parte de organismos no gubernamentales para de esta forma determinar los sesgos discriminatorios y estudiar a fondo los indicadores de estas tecnologías, los cuales no son compartidos públicamente. (Folha de S.Paulo, 2020, párrafo 6)

Sin perder el entusiasmo, los gobiernos de diferentes países de Latinoamérica presentan la tecnología de reconocimiento facial como un gran avance en materia de seguridad, siendo esta un medio de prevención del crimen organizado. Esto por cuanto no solo reconocerá a sus integrantes, sino también puntos estratégicos de acción, rutas de escape y su modo de operar, asunto del que no escapa Colombia. Frente a tal furor no hay que olvidar derechos como el de la defensa, protegido en el artículo 29 de la Constitución Política el cual dicta que:

> El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas

> propias de cada juicio. (…) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa. (Presidencia de la República, s.f., pág. 5)

La normatividad nacional desarrolla el derecho de defensa en el marco del derecho al debido proceso, esto debido a que el primero es uno de los componentes fundamentales para la correcta aplicación del segundo. Ahondando en el concepto del derecho de defensa la Corte Constitucional en su jurisprudencia explica que es entendido "(…) como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos" (Corte Constitucional de Colombia, 2009, sección 6.3).

En Colombia la puesta en funcionamiento de los sistemas de reconocimiento facial tuvo lugar en el 2015, trayendo consigo una gran expectativa de innovación en la ciudad de Medellín, que llevó a la práctica esta tecnología en el estadio Atanasio Girardot situando 68 cámaras en puntos estratégicos para así evitar cualquier clase de incidente. Asimismo, como indica Silva (2020) en la ciudad de Cúcuta se implementó un sistema de cámaras de vigilancia en múltiples escenarios públicos (pág. 9). Pero como indica la misma fuente han dado lugar a una discusión referente a la vulneración de los derechos a la privacidad, a la intimidad, a la imagen, manipulación de información, entre otros, debido a que el poder decisional que se le otorga a esta tecnología es desproporcional a la cantidad de estudios que se hacen para determinar si es apta para que en su aplicación respete y vele por el cuidado de los DDHH.

Estos intentos de reducir la sensación de inseguridad por parte de mandatarios locales se ven reflejados en la intervención de zonas de tolerancia y espacios usados para el consumo de estupefacientes, el incremento de las sanciones a los delincuentes, la presencia de policía en aquellos puntos críticos y, además, una ubicación estratégica de sistemas de identificación biométrica. Este sistema, como afirma Silva (2020) no tiene como objetivo principal la eliminación del delito, sino la prevención de este con el empleo de videovigilancia que permiten la individualización de una persona sin requerir el empleo del personal de seguridad (pág. 16).

Falta por mencionar el caso más polémico de implementación de sistemas de reconocimiento facial presentado en Colombia y llevado a cabo especialmente en la ciudad de Bogotá. El 21 de noviembre del año 2019 se realizaron una serie de manifestaciones por el descontento social derivado principalmente de la propuesta de las reformas laboral, pensional y tributaria, no siendo los únicos motivos sino también el salario mínimo, la corrupción y muchas razones más que dieron paso a las diferentes centrales obreras a integrarse al Paro Nacional.

El 20 de noviembre del mismo año la Policía nacional anunció el uso de un nuevo artefacto que estaría acompañando las manifestaciones del 21 de noviembre al cual se le denomino ´Halcón´, siendo este un helicóptero equipado con la tecnología de reconocimiento facial que acompañaría las manifestaciones. En un artículo de El Tiempo se entrevista a Alejandro Rodríguez, uno de los pilotos del helicóptero, integrante de la Policía el cual explica que de esta

aeronave "lo que se busca es que las imágenes se enlacen directamente al software, (…) por medio de identificación biométrica, se llegue al nombre de la persona, y si tiene algún tipo de antecedente poder judicializarla" (El Tiempo, 2019, párrafo 5).

Este pronunciamiento por parte de la Policía Nacional un día antes de las concentraciones previstas para el 21 de noviembre, causó descontento y zozobra en la sociedad debido a que no se tenía conocimiento sobre el marco legal que cobijaba el uso de estas tecnologías, ni el paradero final de la información recolectada con ayuda del reconocimiento facial; la cual fue usada a discrecionalidad de las personas que tenían el dominio de los datos recolectados.

En una investigación hecha por el centro de estudios jurídicos y sociales Dejusticia (2021), se le preguntó a la Fiscalía General de la Nación sobre la cantidad de investigaciones que se habían iniciado gracias a la información que el sistema de reconocimiento facial había recolectado, teniendo como respuesta que no se tenía la información solicitada y por ende no se puede constatar que si quiera una persona haya sido investigada y mucho menos judicializada (párrafo 10).

Asimismo, dicha corporación remitió una solicitud de acceso a información pública a la Policía Nacional de Bogotá "preguntando si se habían realizado pruebas del sistema antes de su despliegue, cuáles eran las bases de datos utilizadas por el mismo y cuál es el soporte legal" (Dejusticia, 2021, párrafo 11). Como respuesta, indica la misma fuente, obtuvieron que se están llevando a cabo las respectivas pruebas y por ello las bases de datos no son públicas y por otra parte argumentando que el uso de estas tecnologías por parte de la Policía tiene fundamento en la responsabilidad que recae en la institución de mantener el orden público.

Como se puede evidenciar, este artículo fue publicado a inicios del año 2021, un poco más de un año después de las protestas de noviembre de 2019 y las respuestas entregadas por las entidades estatales son inquietantes ya que por parte de la Fiscalía se muestra total desconocimiento o renuencia sobre el tema; y en cuanto a la Policía Nacional, no realizó las pruebas correspondientes en tiempo debido para identificar si las bases de datos contaban con algún sesgo que pudiese repercutir los derechos de las personas sobre las que iba a actuar esta tecnología.

Si bien los cuerpos de policía cada día se enfrentan a nuevas modalidades del crimen y se buscan los mecanismos idóneos para poder prevenirlo y finalmente erradicarlo, no quiere decir que por medio de estos se deban ver afectados DD HH.

CONCLUSIONES

En las líneas anteriores se ha esbozado la inteligencia artificial aplicada al reconocimiento facial en conexión con los DD HH, recorrido que ha permitido observar un flagelo directo a derechos como como la protección de datos, libertad de expresión, intimidad, el derecho a la asociación y reunión pacífica, además del debido proceso en conexión con el derecho a la

defensa. Por ende, es inquietante la confianza depositada en la IA, más si se tiene en cuenta que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) la define como "(…) un sistema basado en una máquina que puede hacer predicciones, recomendaciones o tomar decisiones que influyen en entornos reales o virtuales a partir de un conjunto de objetivos definidos por un ser humano (Caballero, 2020, párrafo 3)".

Precisamente esa capacidad de toma de decisiones ha fundamentado la vulneración del derecho a la defensa, el cual queda sin herramientas ante una imputación con sesgo que se presume como confiable. No hay manera de fundamentar una buena defensa si no se modifican las variables que presumen los más recientes algoritmos a la hora de establecer una acusación formal; mientras tanto lo más recomendable va a ser la decisión principal a manos del juez, quien puede ser auxiliado por la IA, entre otros mecanismos.

De lo anterior se colige que la tecnología, más allá de revolucionar la ciencia jurídica, debe optimizar sus procesos mediante el perfeccionamiento de una función asistencial que facilite la toma de decisiones, pero que no interfiera en ellas. En ese sentido, los desarrollos de reconocimiento facial presentan muchas inconsistencias frente a análisis de imagen y, por ende, no son recomendados hasta el momento; por lo menos en lo relativo a casos que versen sobre decisiones que impacten a los DD HH. Tal problemática se eleva excapítulolmente cuando la IA se implementa para analizar rostros en escenarios de protesta, ya que variables como el movimiento, la visibilidad, el clima, entre otros, dificultan el desempeño de la herramienta y no se presta como un mecanismo viable de imputación penal.

En Colombia el surgimiento de los sistemas reconocimiento facial se efectuaron en aeropuertos, estadios y manifestaciones sociales; este último escenario siendo objeto de estudio debido a la carencia de un marco legal que garantice la protección de los derechos de quienes se ven expuestos a la implementación de este software en el ejercicio de un derecho legítimo. Así, se desconoce la finalidad de la información obtenida y la incidencia que esta pueden tener en la apertura de procesos en contra de la ciudadanía.

En definitiva, los impactos que la implementación de sistemas de reconocimiento facial genera en los derechos humanos en la actualidad son desfavorables, ya que la vulneración generada en diversas oportunidades visibiliza la necesidad de replantear la metodología usada en la creación de estas bases de datos para evitar en ellas la presencia de sesgos. Igualmente, se debe concientizar sobre el uso responsable de los sistemas de reconocimiento facial y contemplar en estos un criterio únicamente auxiliar en las decisiones tomadas por los diversos entes que decidan hacer uso de tal tecnología.

REFERENCIAS

ACNUDH. (2020). *Impact of new technologies on the promotion and protection of human rights in the context of assemblies, including peaceful protests*. Ginebra.

ACNUDH. (7 de Junio de 2020). *Las nuevas tecnologías deben reforzar el derecho a la protesta pacífica, no impedirlo, señala Bachelet a los Estados.* Obtenido de Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas: https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25996&LangID=S

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2020). *Es hora de garantizar que la inteligencia artificial es conveniente para Viena/Berlín.*

Bringsjord, S. (2020). *Artificial Intelligence.* Obtenido de The Stanford Encyclopedia of Philosophy: https://plato.stanford.edu/entries/artificial-intelligence/#WhatExacAI

Caballero, J. (2 de mayo de 2019). *Reconocimiento facial ¿El regreso de la criminología positivista?* Obtenido de https://derinformatico.uexternado.edu.co/reconocimiento-facial-el-regreso-de-la-criminologia-positivista/

Caballero, J. (4 de Febrero de 2020). *¿Puede la inteligencia artificial atentar contra los derechos fundamentales?* Obtenido de Departamento de Derecho informático - Universidad Externado de Colombia: https://derinformatico.uexternado.edu.co/puede-la-inteligencia-artificial-atentar-contra-los-derechos-fundamentales/

Comisión Europea. (2020). *Libro blanco sobre la inteligencia artificial.* Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza. Bruselas.

Corte Constitucional de Colombia. (2005). *Sentencia C-1194.* Obtenido de Relatoría de la Corte Constitucional: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-025-09.htm#_ftn14

Corte Constitucional de Colombia. (2005). *Sentencia T-068.* Obtenido de Relatoría Corte Constitucional: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-025-09.htm#_ftn5

Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia C-025.* Obtenido de Relatoría Corte Constitucional: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-025-09.htm#_ftnref5

Corte Europea de Derechos Humanos. (4 de Enero de 1950). Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Roma: Council of Europe.* Obtenido de https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

Dejusticia. (28 de Enero de 2021). *Día de la protección de datos: helicópteros, reconocimiento facial y protesta.* Obtenido de Dejusticia: https://www.dejusticia.org/dia-de-la-proteccion-de-datos-helicopteros-reconocimiento-facial-y-protesta/

Departamento de Derecho Internacional. (22 de Noviembre de 1969). *Organización de los Estados Americanos.* Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

El Tiempo. (20 de Noviembre de 2019). *Helicóptero halcón de la Policía estrena identificación facial.* Obtenido de El Tiempo: https://www.eltiempo.com/bogota/estrenan-helicoptero-halcon-con-reconocimiento-facial-en-paro-del-21-de-noviembre-435766

Flint, D. (s.f.). *Los Derechos de los acusados en la Constitución de los Estados Unidos de América.* Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/tablas/r17014.pdf

Folha de S.Paulo. (03 de 10 de 2020). *Reconocimiento facial.*info. Obtenido de https://reconocimientofacial.info/denuncian-sesgo-racial-en-tecnologias-de-reconocimiento-facial-brasilenas/

Galindo, F. (2019). *¿Inteligencia Artificial y Derecho? Sí, pero ¿cómo?* Democracia Digital e Governo Electronico, 2(18), 36-57.

Guerra, J. (29 de Noviembre de 2019). 21N *en Colombia, defender el anonimato en la protesta.* Obtenido de Derechos Digitales: https://www.derechosdigitales.org/14033/21n-en-colombia-defender-el-anonimato-en-la-protesta/

Hernández, D., & Piñeros, F. (2017). *Derechos Del Imputado/Acusado En Los Estados Unidos Desde Una Perspectiva.* Bogotá: Universidad la Gran Colombia. Obtenido de https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/5004/Derechos_imputado_EstadosUnidos_Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=El%20sistema%20acusatorio%20en%20Estados,juzgado%20por%20jurado%20imparcial%2C%20el

I-TECH *Education and Publishing.* (2007). Face Recognition. (K. Delac, & M. Grgic, Edits.) Viena: I-Tech Education and Publishing.

Lin, S.-H. (2000). *An Introduction to Face Recognition Technology.* Informing Science Special Issue on Multimedia Informing Technologies.

Lombroso, C. (1911). *Los Criminales.* Barcelona: Centro Editorial Presa.

Martínez, L. (s.f.). *Peligrosidad, algoritmos y due process: el caso state vs loomis.*

Méndez, M. (2007). *Los principios del proceso penal estadounidense y el caso de Michael Jackson.* Cuadernos Unimetanos, 11, 139-156.

Meza, A. (17 de Junio de 2020). *Sesgo racial y vigilancia masiva: la otra cara del reco-*

nocimiento facial. Obtenido de Revista Digital France 24: https://www.france24.com/es/20200617-sesgo-racial-y-vigilancia-masiva-la-otra-cara-del-reconocimiento-facial

Presidencia de la República. (s.f.). *Constitución Politica de Colombia.* Obtenido de Presidencia de la República: http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf

Propublica. (Mayo de 23 de 2016). *Machine Blas.* Obtenido de Propublica.org: https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing

Rating, S. (2016). *Derechos de la defensa en el Derecho de la Unión Europea.* Congrès de la Fédération des barreaux d'Europe, (págs. 1-8). Luxemburgo.

Silva, L. (2020). *El reconocimiento facial para la prevención del delito en aglomeraciones y su relación con los DDHH.* Bogotá. Obtenido de https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/37357/SilvaMarquezLauraJulieth2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Unión Europea. (2007). *Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea.* Obtenido de Agencia Europea de Derechos Fundamentales: https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/48-presuncion-de-inocencia-y-derechos-de-la-defensa

Villalobos, H. (2020). *El desarrollo tecnológico en materia policial: una receta de éxito para la prevención del delito.* (Neogranadina, Ed.) Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad, 15(1), 79-97. Obtenido de https://doi.org/10.18359/ries.4243

LA EFICACIA TERRITORIAL DE LA LÍNEA DE POLÍTICA PÚBLICA DE RECLUTAMIENTO FORZADO CON OCASIÓN A LA FIRMA DEL ACUERDO FINAL

Ligia Andrea Becerra Vanegas[12]

RESUMEN

El presente artículo explora la eficacia de la política pública en materia de reclutamiento forzado, teniendo en cuenta que fue rediseñada con el fin de atender su efectividad de cara al fenómeno social y que el Acuerdo Final estableció nuevas medidas de protección y atención especial a los menores de edad que salieron de los campamentos de las FARC-EP desde el inicio de las conversaciones de paz, así como aquellos que fueron retirados de las filas a la finalización del proceso de la dejación de armas. Aquí se evidencia que, a pesar del interés normativo en prevenir este flagelo, el reclutamiento forzado sigue siendo un fenómeno que afecta a los niños, niñas y adolescentes en la posteridad del conflicto y la desmovilización, en tanto, continúa la presencia, a nivel rural y urbano, de grupos al margen de la ley quienes siguen haciendo victimas de este delito a los menores. A fin de soportar las conclusiones de ese capítulo, se analizará el trabajo realizado por la CIPRUNNA[13], conforme al cual, preliminarmente, se puede comprobar la eficacia de la política en materia de reclutamiento forzado y su ineficacia.

PALABRAS CLAVE: Eficacia, política pública, reclutamiento forzado, acuerdo de paz.

THE TERRITORIAL EFFECTIVENESS OF PUBLIC POLICY AGAINST FORCED RECRUITMENT ON THE SIGNING OF THE COLOMBIAN FINAL PEACE AGREEMENT

ABSTRACT

This essay explores the effectiveness of public policy on forced recruitment, taking into account that it was redesigned in order to address its effectiveness in the face of the social phenomenon and that the Final Agreement established new protection measures and special

12 Abogada Corporación Universitaria Repúblicana de Colombia, con Especialización en derecho administrativo, en la Universidad Libre de Colombia, Bogotá. Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

13 Informes rendidos por la Comisión Intersectorial para la Respuesta Rápida a las Alertas Tempranas CIPRAT, el Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo, la CIPRUNNA, la Procuraduría General de la Nación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Fiscalía General de la Nación, la Unidad de Víctimas, la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, el Consejo Nacional de Reincorporación, Organización de las Naciones Unidas, Unicef

attention to minors of age who left the FARC-EP camps since the beginning of the peace talks, as well as those who were removed from the ranks at the end of the process of laying down arms. This essay portraits that, despite the normative interest in preventing this scourge, forced recruitment continues to be a scourge that affects children and adolescents in the posterity of the conflict and demobilization, while its presence continues, at the rural level and urban, of groups outside the law who continue to make minors victims of this crime. In order to support the conclusions of this essay, the work carried out by the CIPRUNNA will be analysed, according to which, preliminary, the effectiveness of the policy on forced recruitment and its ineffectiveness can be verified.

KEY WORDS: Efficacy, public policy, forced recruitment, peace agreement.

1. INTRODUCCIÓN

En la cotidianidad de la violencia en Colombia, se dio paso al desplazamiento forzado y reclutamiento de niños como una política metódica, sistemática, deliberada y dirigida atribuible a los grupos armados ilegales (FARC, ELN y paramilitares). Estas acciones estaban orientadas a incrementar la capacidad militar, apoyar sus necesidades de operación y asegurar el desarrollo de sus actividades. Se estima que no menos de 18.000 niños, niñas y adolescentes forman parte de estos grupos y de organizaciones criminales, y no menos de 100.000 están vinculados a sectores de la economía ilegal directamente controlada por estos mismos (Springer, 2012). De acuerdo al análisis realizado por Verdad Abierta (2015), entre 1999 y enero de 2015 el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) ha atendido a 5.708 menores provenientes de guerrillas, paramilitares y bandas criminales. Por su parte, la Consejería Presidencial (2021), indicó que conforme a la información que le reportan al ICBF, los menores de edad que ingresan al programa de desvinculados, los principales reclutadores son: el ELN con el 38% (196 casos) y los Grupos Armados Organizados residuales (GAOR, o disidencias de las FARC) con el 34% (177 casos), a los que habría que sumar los menores de edad desvinculados, que habían sido reclutados por las FARC antes de 2018. El 20% de los casos es atribuido a grupos delincuenciales organizados (GDO).

Ante este contexto, la presencia, a nivel rural y urbano, de grupos al margen de la ley es un potencial riesgo en materia de reclutamiento de menores, en tanto, los GAO siguen desarrollando acciones de reclutamiento en contra de los menores en los sectores más vulnerables de la población. En los últimos tres años, la Consejería Presidencial (2021) ha señalado que Antioquia registra 70 casos, seguido de Cauca y Nariño con 41 cada uno, Chocó 33, Norte de Santander 24, Caquetá 16, Putumayo 13, Córdoba 10, Meta 6, Amazonas 3 y Huila, Risaralda y Tolima con 2 casos cada uno.

En ese sentido, con el propósito de reducir la vinculación de personas menores de edad a los conflictos armados se han generado mecanismos de orden internacional que han sido

adoptados por Colombia para hacerle frente a esta problemática, la Consejería Presidencial de Colombia para los Derechos Humanos (2017), afirma que para el año 2000, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño es contundente al solicitar a los Estados partes que ningún menor de 18 años, miembro de las fuerzas armadas, participe directamente de las hostilidades, a la vez que prescribe reclutar o utilizar menores de 18 años en los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado. El Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en conflictos armados (2002) fortalece la aplicación de la Convención y aumenta su protección con miras a que los firmantes adopten medidas para que ningún menor de 18 años sea vinculado al conflicto armado.

Ahora bien, en el ámbito de la confrontación armada y la degradación de la guerra, se presentan graves violaciones de derechos humanos y múltiples infracciones al Derecho Internacional Humanitario, siendo los menores de edad las principales víctimas dentro de este contexto. En el estudio llevado a cabo por el Centro Nacional de Memoria Histórica (2017) se indica que de acuerdo con la base de datos del Observatorio de Memoria y Conflicto del CNMH, existen 16.879 registros de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados en el marco del conflicto colombiano que, más allá de la cifra de por sí significativa a la luz de la vulneración de derechos, lo que está detrás son las trayectorias de vida de niños, niñas y adolescentes cuyo devenir estuvo marcado por la guerra.

Este informe refiere que el fenómeno de reclutamiento de niños, niñas y adolescentes ha sido un proceso dinámico temporal y espacialmente en el que la participación de los grupos armados ha sido activa y sistemática, para lo cual evidenció que las guerrillas han sido los mayores reclutadores con un 69 por ciento del total de la muestra (8.701 casos); las FARC alcanza un 54 por ciento del total; los paramilitares un 27 por ciento; el ELN un 10 por ciento, y los GAPD un 7 por ciento (CNMH, 2017, p. 54).

En respuesta a esta situación y a lo definido por el Acuerdo Final (2016) en el que se estipulo que “Los menores de edad que hayan salido de los campamentos de las FARC-EP desde el inicio de las conversaciones de paz, así como los que salgan hasta la finalización del proceso de la dejación de armas, serán objeto de medidas de especial atención y protección” (p. 73), se dio paso a la consolidación de la línea de política pública de reclutamiento forzado en la que se define la protección integral de los derechos de los menores de edad vinculados al conflicto armado como un propósito compartido, conforme a la cual, fueron vinculadas varias entidades gubernamentales, cuyo objetivo es acordar, desarrollar y vigilar la implementación de medidas especiales para la protección de los menores.

En ese sentido, este ensayo plantea el interrogante sobre el grado de eficacia que ha tenido la línea de la política pública en los territorios, implementada por el gobierno colombiano para contrarrestar la no repetición de las vulneraciones del reclutamiento, utilización y uso de niños, niñas y adolescentes con ocasión a la suscripción del Acuerdo Final. Para abordar

esta cuestión, en primer lugar, se realiza un análisis al concepto de eficacia bajo la perspectiva del positivismo jurídico y realismo jurídico, en tanto su delimitación aporta claridad en la construcción de las normas jurídicas que al paso sirven para la formulación e implementación de la política pública de reclutamiento forzado.

Desde la teoría positivista del derecho (Kelsen, Hans., Bulygin, Eugenio y Walter, Robert, 2005, p. 11), en un análisis conjunto de los conceptos de eficacia y validez se establece que están mediados por una relación de condición. En ese sentido, la eficacia y la validez conjugan los elementos del ser y el deber ser, en tanto la primera produce consecuencias causales, es decir, que la norma es eficaz cuando es efectivamente aplicada y obedecida y, la segunda, está atada a la existencia de la norma, entonces, en la medida en que sea incorporada al ordenamiento jurídico, se pone de manifiesto a una comunidad y les impone obligaciones. Para Norberto Bobbio (1997) tal como lo cita la Corte Constitucional (C-873, 2003) determina si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige, otorgándole no solamente un carácter positivista sino además histórico-social, esto es, le confiere un valor sociológico -de la obediencia- que permite entender la norma más allá de un sentido estricto. Su concepción tal como lo cita (Leiva Ramírez, Aristizábal Pulgarín, Martínez Acosta y Muñoz González. 2011, p.30), se explica de que los conceptos de validez y justicia son categorías independientes de valoración incorporado en el ordenamiento jurídico. Así, la eficacia no se explica solamente desde la aplicación y obedecimiento de la norma, sino que, además, se relaciona con la aptitud que tiene la norma para generar las consecuencias que en derecho se esperan, lo que, en últimas, redunda en el grado de cumplimiento y utilidad que se genera de la normatividad.

En clave de esta cuestión, la eficacia de la política pública en materia de prevención del reclutamiento forzado depende, en parte, del nivel de trabajo que realiza la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales y el CIPRUNNA, pues los dos organismos actúan con el objetivo general de "prevenir el reclutamiento, utilización, uso y violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes por parte de los grupos armados organizados y de grupos delictivos organizados, […]" Ante este objetivo, la eficacia de la política es verificable del plan nacional de prevención del reclutamiento y la formulación de acciones que mitiguen estas dinámicas de vulneración de los derechos fundamentales de los NNA.

El presente ensayo examina que en el informe de entrega del cargo (Barbosa, F., 2020) a pesar del interés normativo en la prevención del reclutamiento de menores, el avance en el desarrollo de la política pública de reclutamiento forzado ha sido ineficaz, por cuanto el organismo que la lidera ha reportado la continuidad de este delito de lesa humanidad y evidencia del peligro de uso y utilización de niños, niñas y adolescentes en la posteridad del conflicto y la desmovilización, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos (2021), estimando así mismo que, desde 1999 hasta 2020 el Instituto Colombiano de Bienestar

Familiar, en adelante, (ICBF) registró el ingreso de 3.878 niños, niñas o adolescentes que fueron reclutados por las FARC, es decir, el 56% de los 6.931 menores de edad que han sido víctimas de este crimen de guerra.

Circunstancias que permitirán de forma correlacional exponer las conclusiones generales a las cuales arribó en el presente documento, de tal manera que esta dé lugar o no a la comprobación de la hipótesis planteada en cuanto a que las acciones generadas dentro del Estado encaminadas a promover la no repetición del reclutamiento, utilización y uso de niños, niñas y adolescentes por parte de los grupos armados organizados y de grupos delictivos han sido insuficientes a tres años de la firma Acuerdo Final, por cuanto los niños niñas y adolescentes siguen estando expuestos a graves violaciones de los derechos humanos.

2. GÉNESIS DEL RECLUTAMIENTO FORZADO Y SU TRATAMIENTO INTERNACIONAL

El reclutamiento forzado de menores de edad se ha identificado como un delito que vulnera los derechos de los NNA, en tanto su esencia contraría los preceptos de orden nacional e internacional que protegen a la niñez. Para Ramírez (2010), el reclutamiento de menores en Colombia es la vinculación de niños y niñas, menores de 18 años por parte de los grupos armados, que se valen de ellos como instrumentos de guerra, cercenándoles sus derechos fundamentales y empleándolos para la consecución de las finalidades de la organización criminal. Por su parte, los principios de París (2007., p. 7) definen el reclutamiento como aquella situación en la que el niño o niña menor de 18 años ha sido reclutada o utilizada por una fuerza o un grupo armados, en el que no solamente se configura con la participación directa en las hostilidades, sino que, además es involucrado en cualquier tipo de función, tales como combatientes, cocineros, porteadores, mensajeros, espías o con fines sexuales.

Como causas que motivan el ingreso de menores a los grupos armados, Montoya (2008) señala: "i) el uso de la fuerza para ser llevados a la guerra, ii) la atracción por las armas y el poder, iii) la incursión como método de escape de la pobreza de ellos y sus familias iv) la violencia intrafamiliar, el desempleo, v) la inseguridad social, vi) el temor vi) la intimidación y el miedo a perder la vida y vii) las promesas de mejores condiciones de vida que terminan en engaño" (p. 41). En cambio, Specht y Brett (como se citó en Montoya, 2008., p. 42) sustentan la existencia de otras causas que motivan a los jóvenes voluntarios combatientes y excombatientes al ingreso de estos grupos, aspectos tales como: la vulnerabilidad al abuso sexual, el desarrollo de la identidad y el lugar que ocupa en la sociedad.

En paralelo, Montoya (como se citó en Ortiz, 2017) señala que el reclutamiento puede ser ejercido de manera forzada o voluntaria, dado que en el primer caso, la vinculación con los grupos ilegales es dotada de armamento, uniformes, formación ideológica y entrenamien-

to, labores de mantenimiento para conservar el funcionamiento del grupo y de reclutamiento a otros jóvenes para contribuir a la estructura militar y en el segundo, la participación es indirecta, ejerciendo labores de cooperación, información y colaboración.

De acuerdo con el documento Impacto del conflicto armado en el estado psicosocial de niños, niñas y adolescentes, realizado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en conjunto con la Organización Internacional para las Migraciones y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Alarcón (2019) agrega que algunas de las funciones que desempeñan los niños son mensajería, vigilancia, raspado de hojas de coca, transporte de drogas ilícitas y reclutamiento de otros jóvenes, como miembros en su gran mayoría de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.

Estos oficios atribuibles a los grupos armados ilegales (FARC, ELN y paramilitares) han generado graves y masivas violaciones a los derechos humanos porque involucran dentro del conflicto armado a una población en situación de extrema vulnerabilidad como es el caso de los niños, niñas y adolescentes (Springer, 2012). Su utilización los hace víctimas del conflicto, debiendo ser reconocidos como sujetos de derechos que, por su condición de menores, prevalecen frente a los de cualquier otro ciudadano. Ortiz (2017).

En clave de este criterio se articula con lo expuesto por la Corte Constitucional (C-007, 2018) al señalar que quienes fueron reclutados u obligados a participar en el conflicto armado sin cumplir los 18 años de edad son víctimas de una seria violación a un *catálogo de derechos fundamentales*, en tanto entraron al conflicto armado antes de alcanzar la madurez; sufrieron la ruptura traumática de sus vínculos familiares; y enfrentaron el drama de asumir desde una etapa temprana de sus vidas el conflicto armado, de forma directa o indirecta, lo que refleja una doble situación de vulnerabilidad, que pudo hacerlos blanco de otros delitos y atentados a su dignidad, tales como (i) servidumbre o trabajos forzados; (ii) sometimiento a tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes; y (iii) diversas formas de agresión sexual.

Las diferencias ideológicas y políticas suscitadas al interior de las naciones han dado lugar a la creación de conflictos en los cuales, tanto las fuerzas regulares como irregulares han hecho uso de las herramientas puestas a su alcance para lograr su propósito. Al involucrar menores en el conflicto, se constata que los oficios impuestos contribuyen de manera significativa en el accionar de la guerra. Así, por ejemplo, la Corte Penal internacional (2017), al emitir la primera condena y orden de reparación en el caso de Thomas Lubanga en el marco del conflicto suscitado en la República Democrática del Congo, constató que se habían reclutado niños menores de quince años para utilizarlos activamente en las hostilidades, destacando como conductas punibles los castigos severos, entrenamientos forzados, guardias militares, entre otros. Además, Montoya (2008., p.39) señala como elemento estructural del reclutamiento, el rastreo en colegios y campamentos de desplazados como lugar ideal para enlistar a los niños niñas y adolescentes, pese al esfuerzo de sus familias

por impedir este accionar, así como la utilización de engaños y la coacción.

En el caso de Sierra Leona, el Tribunal Especial para la Paz dictaminó en el juicio de Charles Taylor que los grupos RUF/AFRC fueron responsables de "actos de terrorismo, esclavismo, violencia sexual y de cometer crímenes de reclutamiento/alistamiento y uso de niños soldados entre 1996 – 2000", concluyendo que existía un patrón institucionalizado para el reclutamiento de menores para ser utilizados en actos hostiles como parte de la estrategia operacional, Manrique de Lara, (2015, p. 81).

Lo anterior permite identificar que, pese a la instrumentalización dada al reclutamiento forzado por parte de organizaciones armadas en varias regiones del mundo con fines de explotación y lucro, existen organismos internacionales en compañía de tribunales de justicia que buscan sentar precedentes a nivel normativo y jurisprudencial con los cuales los estados pueden adoptar medidas en favor de la mitigación de este delito.

3. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL RECLUTAMIENTO FORZADO

El Derecho internacional ha desarrollado una estructura jurídica de protección prevalente como la Declaración de Ginebra (1924) la cual desarrolla las necesidades fundamentales de los niños. Seguidamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948, art. 25), establece el derecho al cuidado y la protección de la infancia y con la Declaración de los Derechos del Niño (1959) se promulga el interés superior del niño. Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, art. 24), la Convención Americana (1969, art. 19) y el Protocolo de San Salvador (1988, art. 16) estipulan el derecho a medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes como una garantía de corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado. Por su parte, los Protocolos I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1949, art. 77 y 4), prescriben la prohibición por parte de las fuerzas armadas o grupos armados de reclutar a menores de 15 años.

Por su parte, los principios de la ciudad del Cabo (1997) denominan a los niños, niñas y adolescentes involucrados en el conflicto armado como niños soldados, es decir, personas menores de 18 años que forman parte de un grupo sea o no al margen de la ley, cuyo fin es desempeñar una función distinta a la de ser un miembro de familia, esto es, cocineros, porteadores, mensajeros, entre otros y el Estatuto de Roma (1998, art. 8) consagró que el reclutar o alistar niños menores de 15 años constituye un crimen de guerra. Este mismo estatuto (art. 26) consagra la exclusión en el ámbito de su competencia respecto a los menores de 18 años por la presunta comisión del crimen.

A su vez, la norma superior colombiana (Const.,1991 art. 44) señala que la familia, el Estado y la sociedad tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Su protección estará encaminada

a la protección contra cualquier abuso y deberán ser reconocidos como sujetos de derechos que por su condición de menores prevalecen frente a los de cualquier otro ciudadano. Como parte de esta protección, el Estado en un primer avance, incorporó la convención sobre los derechos de los niños, adoptada en 1989 (ley 12, 1991, art. 38), la cual establece la obligación de los Estados Parte en adoptar *"[…] todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad, no participen directamente en las hostilidades"* y, así mismo, la abstención por parte de las fuerzas armadas en reclutar a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad.

Sobre este último aspecto, la Corte Constitucional (C-240, 2009) precisó que la distinción que existe en ciertas normas internacionales entre menores de 15 y menores de 18 no desvirtúa la prevalencia de los derechos de toda persona dentro del segundo rango en el orden interno, y recalcó que debe reconocerse la condición de víctimas a los menores que hagan parte de organizaciones armadas al margen de la ley.

A su vez, con ocasión la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, este órgano constitucional (C-007, 2018) al analizar la exequibilidad de la Ley 1820 de 2016, señaló que la expresión *"reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma"* debe entenderse así: *"el reclutamiento de menores de 15 años en el caso de conductas ocurridas hasta el 25 de junio de 2005, y el reclutamiento de menores de 18 años en el caso de conductas ocurridas con posterioridad a esa fecha"*. Esto quiere decir que, el reclutamiento de niños entre 15 y 18 años antes de la consolidación del estándar (28 de junio de 2005) no sería considerado un crimen de guerra, a menos que al momento de la mencionada consolidación siguieran vinculados a los grupos armados.

En el informe sobre actividades, la Corte Penal Internacional (2019) advierte que, conforme a su competencia en relación con crímenes de guerra en virtud de la ratificación hecha por Colombia al Estatuto de Roma, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz, identificó 8.839 niños niñas y adolescentes víctimas, incluyendo 5.965 hombres, 2.848 mujeres, y 26 víctimas cuyo género no fue registrado, asociados al reclutamiento y uso de menores.

Por su parte, la Defensoría del Pueblo (2020) afirmó que los grupos poblacionales al interior de los cuales hay mayor vulnerabilidad frente a la ocurrencia de reclutamiento forzado, uso y utilización por parte de los actores armados, son las comunidades indígenas; comunidades afrocolombianas; población campesina; mujeres, población con Orientaciones Sexuales e Identidades de Género Diversas; personas en condición de movilidad humana; población víctima de desplazamiento forzado; población en situación de migración forzada, particularmente población venezolana en situación de vulnerabilidad socioeconómica; poblaciones socialmente estigmatizadas; miembros de pandillas o combos y víctimas del conflicto armado.

En este caso, las características evidenciadas por organismos jurídicos y de protección resaltan la composición del reclutamiento en el que factores como la edad, el género y demás condiciones asociadas a la vulnerabilidad, resultan determinantes de cara a la formulación de una política pública en la cual se identifiquen los factores de riesgo como ejercicio en buscar medidas de protección y conservación que garanticen de manera eficaz las necesidades y particulares que subyacen a esta práctica nociva para los menores de edad.

4. LA EFICACIA DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE RECLUTAMIENTO FORZADO

Como avance en la promoción de la erradicación de este fenómeno y en dirección al marco normativo, el documento CONPES 3673 de 2010 diseñó la política pública de reclutamiento forzado con el fin de prevenir el reclutamiento, utilización, uso y violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes por parte de los grupos armados organizados y de grupos delictivos organizados, actualizada en virtud de la firma oficial el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, el 24 de noviembre de 2016 (en adelante el Acuerdo Final), a través del Decreto 1434 de 2018, el cual rediseñó la política pública denominada *"línea de política pública de prevención del reclutamiento, utilización, uso y violencia sexual contra NNA por parte de grupos armados organizados (GAO) y grupos delictivos organizados (GDO) para la protección y garantía de los derechos de la niñez y la adolescencia"*, en adelante, la política pública de reclutamiento forzado.

El propósito de esta política es atender la baja prevención del reclutamiento, utilización, uso y violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes por parte de los grupos armados organizados y de grupos delictivos organizados en Colombia (Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, 2019., p.32), la cual define como el deber permanente del Estado de adoptar todas las medidas a su alcance para que, con plena observancia de la Constitución y de las normas, se promueva el respeto y la garantía de los derechos humanos de todos los niños, niñas y adolescentes sujetos a la jurisdicción del Estado, en particular los derechos de protección integral de la Ley 1098 de 2006; se adopten medidas tendientes a evitar la aparición de riesgos o amenazas al derecho de ser protegidos contra el reclutamiento, la utilización, uso y la violencia sexual por parte de los GAO y GDO, y se diseñen e implementen mecanismos tendientes a garantizar la no repetición de tales vulneraciones en niños, niñas y adolescentes (p. 15).

Como instrumento jurídico de protección de los niños, niñas y adolescentes, la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales ejerce la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial para la prevención del reclutamiento, utilización y violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes, por grupos organizados al margen de la ley y por grupos delictivos organizados (CIPRUNNA), cuyo propósito es impulsar el cumplimiento y seguimiento de los compromisos y obligaciones internacionales en esta materia.

Como avance, el informe de gestión (Barbosa, F., 2020, p. 50) resalta que el fundamento de orden legal para la actualización de la política pública de reclutamiento forzado es el plan de desarrollo, con el cual la Consejería Internacionales puede adoptar un plan nacional de prevención del reclutamiento, en el que se incluya a las entidades que integran la CIPRUNNA para la formulación de acciones que mitiguen estas dinámicas de vulneración de los derechos fundamentales de los NNA. Así mismo, reseña que la priorización para el año 2018, estuvo a cargo de 11 entidades que integran la Comisión reportando a través de sus planes, programas y proyectos, 22 estrategias de prevención y en el año 2019, 16 entidades reportaron 29 estrategias de prevención. Información recaudada a través de los informes de riesgo y alertas tempranas presentados por el sistema de alertas tempranas y la Comisión Intersectorial para la Respuesta Rápida a las Alertas Tempranas, (p. 52) con el fin de identificar los municipios de mayor riesgo e implementar las acciones pertinentes de acuerdo a los recursos disponibles. Del mismo modo, refiere el informe que, durante el año 2019, hubo un equipo de fortalecimiento de capacidades locales para la implementación de la política en 17 departamentos y 95 municipios focalizados en el que se realizó una identificación, reconocimiento y construcción del contexto institucional; gestión interinstitucional; identificación de mecanismos de prevención y formulación e implementación de acciones en prevención de reclutamiento (p. 57).

La anterior trayectoria daría lugar a establecer en principio la participación en la formulación, planificación y seguimiento de la política pública de reclutamiento forzado de manera coordinada y articulada por parte de las entidades que integran la CIPRUNNA, sinembargo, puede identificarse diversos problemas que afectan su eficacia, Al respecto, en un análisis de intensidad realizado a esta Comisión, Herrera (2020., p. 27) concluye que i) al no tener un carácter deliberativo, ya que no se ocupa de los detalles técnicos de los instrumentos de planeación ni de la oferta específica, no existe una participación activa de todas las entidades que la integran, lo cual contribuye de manera negativa a la implementación de la política de reclutamiento forzado de manera efectiva, pues, según lo evidencia, en el año 2019 no se realizaron sesiones técnicas, es decir, su participación no satisface la dimensión de formulación de política pública. ii) En el ejercicio de la planificación de la política pública de reclutamiento forzado, las entidades miembros realizan ajustes de acuerdo a sus necesidades y competencias, sin tener en cuenta un proceso de planificación que articule de manera sistemática su implementación como comisión intersectorial. iii) Aunque la Secretaría Técnica realiza una focalización territorial, las actas de reunión no evidenciaron lineamientos para una armonización entre las entidades miembros para la implementación de la política pública como comisión intersectorial, sino la implementación de acciones para prevenir el reclutamiento de NNA en el territorio nacional desde la misionalidad de cada entidad, es decir, no existe unanimidad en la implementación de esta política pública. iv), no existe evidencia de una evaluación del cumplimiento de la política pública de prevención de reclutamiento de NNA por parte de la Secretaría Técnica.

Estas dificultades pueden evidenciarse en las observaciones dadas por la Defensoría del Pueblo (2021. p. 11), en las cuales se señala que, pese a existir una política pública para la prevención del reclutamiento, es preocupante la persistencia del reclutamiento, uso y utilización en Colombia, en tanto, las viejas dinámicas del conflicto han transformado nuevas modalidades de violencia con posterioridad a la firma del Acuerdo Final que confluyen en la continuidad de las vulneraciones de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Como recomendaciones que realiza la Fundación Ideas para la Paz (2020. p.24), en el abordaje de las causas profundas del reclutamiento y la utilización para mejorar la eficacia de los programas se encuentran las siguientes: i) Entender y disminuir los factores de riesgo que propician las dinámicas de reclutamiento y utilización, ii) Usar la evidencia para mejorar la eficacia de los programas, iii) Fortalecer la investigación y sanción de los responsables, así como proteger y reparar a las víctimas de este delito, entre otras.

CONCLUSIONES

Los NNA son víctimas de conflicto armado que debemos considerar que, en tal calidad, tienen derechos que por su condición de menores prevalecen frente a los de cualquier otro ciudadano, su indebida protección constituye una infracción al Derecho Internacional Humanitario, especialmente en su principio de distinción, cuyo objeto es separar el conflicto de las personas y los bienes en los que no se puede cometer actos de guerra, Protocolos I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1949, art. 50 y 4).

Colombia ha hecho un esfuerzo en adaptar al ordenamiento jurídico los postulados internacionales que atienden de manera favorable los mecanismos de protección contra toda forma que implique su reclutamiento en filas de grupos armados legales e ilegales. La Corte Constitucional en ejercicio de guarda supremo de la constitución ha delineado en favor del interés superior del niño, la arquitectura jurídica para efectivizar el acceso real a sus derechos.

Con la actualización de la política pública de reclutamiento forzado, se han evidenciado diversos problemas que afectan su eficacia, por un lado, la naturaleza de la comisión, por otro lado, el nivel de involucramiento de las entidades y del Estado (planificación). Estas deficiencias en el buen ejercicio de evaluación de la

política, carente en este caso, deberían permitir enfocar y dar un direccionamiento a la fase de formulación, la cual se encuentra aún vigente, conforme a lo advertido en último informe rendido por el consejero a la entrega del cargo. La falta de articulación por parte de las entidades que integran la comisión denota la disgregación en la implementación de acciones para la prevención del reclutamiento.

Estas contrariedades comprometen la eficacia de la política pública de cara a promover la no repetición del reclutamiento, utilización y uso de niños, niñas y adolescentes por parte de los grupos armados organizados y de grupos delictivos. La misionalidad de las entidades integradoras afectan ostensiblemente el correcto desarrollo de la política pública de reclutamiento forzado, el que pudiese dar paso al cumplimiento de los objetivos y las acciones trazadas por el Gobierno Nacional. Los hallazgos evidenciados no muestran que más allá de la fase de formulación de la política, se configure una efectiva ejecución a tres años de la firma Acuerdo Final, en tanto su delimitación territorial no profundiza las caracterizaciones de los menores que requieren de manera prioritaria la intervención del Estado para disminuir los factores de riesgo que propician las dinámicas de reclutamiento y utilización. La preocupación sigue latente por cuanto los niños niñas y adolescentes siguen estando expuestos a graves violaciones de los derechos humanos.

REFERENCIAS

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, (2016.). Recuperado de https://www.jep.gov.co/Documents/Acuerdo%20Final/Acuerdo%20Final.pdf

Alarcón Palacio, (2019) *Reclutamiento forzado de niños y niñas (abduction) en el conflicto armado colombiano: los menores de 18 años como víctimas con protección especial reforzada en el DIH y DIDH*. DOI: https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj138.rfnn

Bobbio N (1997). *"Teoría General del Derecho"*. (pp. 21). Bogotá, Colombia: Temis.

Centro Nacional de Memoria Histórica (2017), *Una guerra sin edad. Informe nacional de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado colombiano*, CNMH, Bogotá-Colombia. Recuperado de http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2018/una_guerra-sin-edad.pdf

Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, (2019). *Línea de política pública de prevención del reclutamiento, utilización, uso y violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados organizados (GAO) y grupos delictivos organizados (GDO).* Recuperado de: http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2019/Documents/191119-Linea-pol%C3%ADtica-Prevenci%C3%B3n-RUUVS.pdf

Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, (2021). *Reclutamiento de menores de edad no se acabó tras el acuerdo con las Farc: Consejera de DDHH.* Recuperado de http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2021/Paginas/110221-Reclutamiento-de-menores-de-edad-no-se-acabo-tras-el-acuerdo-con-las-Farc.aspx

Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, (2017). *Definir que se entiende por utilización es una tarea difícil*. Presidencia de la República de Colombia. ISBN 978-958-18-0438-2. Recuperado de http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2017/170213-web-AF-boletin_utilizacion-tarea-dificil.pdf

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 44 inc 2. 7 de julio de 1991 (Colombia). Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Convención Americana (1969, art. 19). *Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Recuperado de https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html

Corte Constitucional (30 de septiembre de 2003). *Sentencia C-873*. [MP Manuel José Cepeda Espinosa). Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-873-03.htm

Corte Constitucional (1 de abril de 2009). *Sentencia C-240*. [MP Mauricio González Cuervo). Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-240-09.htm

Corte Constitucional (1 de marzo de 2018). *Sentencia C-007*. [MP Diana Fajardo Rivera). Recuperado de *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-007-18.htm#_ftnref346*

Corte Penal Internacional, (2017). *Situation in the Democratic Republic of the Congo The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* [Situación en la República Democrática del Congo El Fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo]. CC-PIDS-CIS-DRC-01-016/17_Eng. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/LubangaEng.pdf

Corte Penal Internacional. (2019). *Informe sobre las actividades de examen preliminar. 9 de diciembre*. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2019-PE-Report-COL-SPA.pdf

Declaración de Ginebra (1924). Adoptada el 26 de diciembre por la Sociedad de Naciones. Recuperado de https://www.humanium.org/es/ginebra-1924/#:~:text=En%201924%2C%20la%20Sociedad%20de,de%20los%20adultos%20hacia%20ellos.

Declaración de los Derechos del Niño (1959). Resolución 1386 (XIV) de la Organización de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959. Recuperado de https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/

Declaración Universal de los Derechos Humanos, (1948, Art. 25). Resolución 217 A (III) de la Organización de las Naciones Unidas, París, Francia, 10 de diciembre de 1948. Recuperado de https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

Decreto 1434 de 2018: Por el cual se adopta la línea de política pública de prevención del reclutamiento, utilización, uso y violencia sexual en contra de niños, niñas y adolescentes por parte de los grupos armados, organizados y los grupos delincuenciales organizados. Presidencia de la República (3 de agosto de 2018) Recuperado de https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201434%20DEL%2003%20DE%20AGOSTO%20DE%202018.pdf

Defensoria del Pueblo Colombia, (2014). *Prevención del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes: Análisis de la política pública con enfoque étnico.* Recuperado de https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/informedefensorialreclutamiento.pdf

Defensoría del Pueblo (2020). *Dinámica del reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes en Colombia. Retos de la política pública de prevención.* Bogotá-Colombia. Recuperado de https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Dinamica-reclutamiento-forzado-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-%20adolescentes-Colombia.pdf?g_show_in_browser=1

Defensoría del Pueblo Colombia, (2021). *Reclutamiento forzado, uso y utilización de niños, niñas y adolescentes en Colombia. Recuperado de https://caracol.com.co/descargables/2021/04/20/7c0a70386b2bdadc1ead3ca64ec8c22c.pdf*

Fundación Ideas para la Paz. (2020). *El problema del reclutamiento y la utilización de niños, niñas y adolescentes: Desafíos y respuestas urgentes.* Notas de estabilización 02. Recuperado de: http://ideaspaz.org/media/website/FIP_NEST_ReclutamientoMenores_Final.pdf

Kelsen, Hans, Bulygin, Eugenio, Walter, Robert. (2005). *Validez y eficacia del derecho.* ISBN: 950-508-678-4. Astrea Virtual. Recuperado de: https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2446/reader?b=0062600

Lopera Buitrago, T. (2020-02.). *Análisis de la intensidad de la integración intersectorial de la Comisión Intersectorial para la Prevención del Reclutamiento, la Utilización y la Violencia Sexual Contra los Niños, Niñas y Adolescentes por Grupos Organizados al Margen de la Ley y los Grupos Delictivos Organizados (CIPRUNA):* estudio de caso. Universidad Externado de Colombia. https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/3452

Los Principios de Paris: Principios y directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados. (2007). UNICEF. Recuperado de: https://resourcecentre.savethechildren.net/node/3384/pdf/6093_0.pdf

Manrique de Lara, J. (2015). Niños Soldados: ¿Víctimas o Victimarios? Recuperado de: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13752/14376

Montoya, Ruiz. A, (2008). *Niños y jóvenes en la guerra en Colombia.* Aproximación a su reclutamiento y vinculación. Recuperado de file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-NinosYJovenesEnLaGuerraEnColombiaAproximacionASuRe-4851883.pdf

Ortiz Jiménez, William (2017). *Reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes: de víctimas a victimarios.* Revista Encuentros, Universidad Autónoma del Caribe, vol. 15-01. pp. 147- 161. DOI: http://dx.doi.org/10.15665/re.v15i1.692

Naciones Unidas (2020). Noticia informativa sobre el informe rendido por Virginia Gamba en un comunicado. *A pesar del proceso de paz, los niños colombianos siguen sufriendo.* Recuperado de https://news.un.org/es/story/2020/01/1468602

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, art. 24). *Resolución 2200* A (XXI) Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966. Recuperado de https://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2002). *Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas*, 25 de mayo de 2000, en vigencia a partir del 12 de febrero de 2002. Recuperado de https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opaccrc.aspx

Protocolo de San Salvador (1988, art. 16). *Asamblea General de la OEA*, San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en vigencia a partir de noviembre de 1999. Recuperado de https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/protocolo_san_salvador.html

Ramírez Barbosa, P. (2010). *"El reclutamiento de menores en el conflicto armado colombiano"*. Aproximación al crimen de guerra. Derecho Penal Y Criminología, 31(90), 115-136. Recuperado a partir de https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/452

Springer, (2012). *Como lobo entre corderos.* Del uso y reclutamiento de niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia. Recuperado de https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informe_como-CorderosEntreLobos.pdf

Verdad abierta. (2015). *¿Cuántos niños hay en la guerra?*. Bogotá -Colombia. Recuperado de https://verdadabierta.com/cuantos-ninos-hay-en-la-guerra

EL ESTÁNDAR DE DEBIDA DILIGENCIA EN EL DELITO DE LA TRATA DE PERSONAS ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Mariana Eusse Soto[14]

RESUMEN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el estándar de debida diligencia estricta como la obligación de un Estado de investigar las violaciones a derechos humanos que se hayan cometido en el ámbito de su jurisdicción. Para lo anterior debe considerarse que, incluso si finalmente no se le atribuye la autoría de las acciones a un agente del Estado, la obligación de investigar se mantiene, puesto que, si los hechos no son investigados con seriedad resultarían, en cierta medida, auxiliados por el poder público, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado. En igual sentido, si las violaciones a derechos humanos se dan en un ámbito de empresas privadas, se configuraría una vulneración a los deberes de prevención, supervisión, regulación, investigación y sanción.

No obstante, los diferentes elementos que configuran el delito de la trata de personas generan situaciones específicas que condicionan las investigaciones que deben ser adelantadas por los Estados. Por consiguiente, el estándar de debida diligencia es estudiado a la luz de las diversas modalidades del delito o sus posibles actores, y debe ser contrastado con las condiciones exigidas para la investigación de violaciones a derechos humanos, particularmente en el delito de la trata de personas, y los alcances que debe tener tal proceso.

Finalmente, fue posible concluir que es indispensable que el Estado realice una investigación ex officio, sin dilataciones, seria, imparcial y efectiva con el fin de proteger efectivamente los derechos de las víctimas, particularmente los de libertad personal, integridad personal y vida.

PALABRAS CLAVE: Estándar de debida diligencia, debida diligencia estricta, trata de personas, Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

---

14 Estudiante de cuarto año de derecho en la Universidad Libre – Seccional Pereira. Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas. Integrante del Semillero de Derechos Humanos.

THE DUE DILIGENCE STANDARD IN THE CRIME OF HUMAN TRAFICKING BEFORE THE HUMAN RIGHTS INTERAMERICAN SYSTEM

ABSTRACT

The Inter-American Court of Rights has defined the strict due diligence standard as the State's obligation of investigating human rights violations that have been committed within their jurisdiction. For the previous it must be considered that, even if the action's authorship is not attributed to State's agents, the obligation is sustained, considering that if the facts are not seriously investigated they would be, in a certain way, assisted by the public power, compromising the State's international responsibility. In the same way, if the human rights violations are developed within private companies, it would represent a violation to prevention, supervision, regulation and punishment duties.

However, the different elements that shape the crime of human trafficking generate specific situations that condition the investigations that must be elaborated by the States. This is why, the due diligence standard is studied under the diverse modalities of the crime or its possible actors, and it must be contrasted to the required conditions for the investigation of human rights violations, particularly regarding the crime of human trafficking and the extents of such process.

Finally, it was possible to conclude that it is essential that the State develops an ex officio investigation, without delays, serious, impartial and effective with the objective of protecting effectively the victim's rights, particularly personal freedom, personal integrity and life.

KEY WORDS: Due diligence standard, strict due diligence, human trafficking, Inter-American Human Rights System.

INTRODUCCIÓN

Las obligaciones de los Estados ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante "el Sistema Interamericano") tienen su origen en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante "la Convención"), los cuales determinan el respeto y garantía de los derechos y libertades reconocidos en el instrumento sin ningún tipo de discriminación, al igual que la necesidad de adoptar las medidas legislativas correspondientes para hacer efectivas las mencionadas garantías.

En el marco de lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte IDH" o "la Corte") ha determinado la existencia de un estándar de debida diligencia que se impone a los Estados en caso de graves violaciones a derechos humanos sucedidas en el ámbito de su jurisdicción. Dicho estándar se refleja en la obligación de los Estados de investigar seriamente los hechos de los cuales se deriva la vulneración con el fin de identificar a los responsables, imponer las sanciones correspondientes y garantizar una reparación adecuada a las víctimas.

De esta manera, la inobservancia de derechos humanos puede provenir de númerosos hechos o situaciones que se ven configuradas en diversos delitos. Particularmente, al referirse a la trata de personas es necesario tener en cuenta que el modus operandi de la conducta, sus posibles autores y el estado de las víctimas una vez son removidas de una posible situación de peligro, pueden acarrear nuevas particularidades que deben ser atendidas al momento de adelantar las investigaciones correspondientes.

Es por esto que la presente investigación jurídico-exploratoria realiza un análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos referente al estándar de debida diligencia estricta, estudiando los casos en que las actuaciones eran atribuidas tanto a particulares como a agentes del Estado.

Posteriormente, se estudian las condiciones y posibles implicaciones del delito de trata de personas, con el fin de identificar los presupuestos exigidos para la investigación de violaciones a derechos humanos, particularmente en el delito de la trata de personas, y los alcances que debe tener tal proceso.

1. EL ESTANDAR DE DEBIDA DILIGENCIA

En principio, se entiende que un Estado puede ser internacionalmente responsable por las violaciones a derechos humanos que hayan sido cometidas por agentes del poder público o con la aquiescencia de estos en el ámbito de su jurisdicción. Sinembargo, la Corte IDH ha establecido que la imputación puede verse materializada incluso si los actos infractores provienen de acciones adelantadas por particulares o si no fue posible identificar a su autor, comprometiendo así su responsabilidad internacional.

En el primer caso contencioso elevado al conocimiento de la Corte, conocido como Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, se evaluaron los límites de la obligación del Estado de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a derechos humanos, al igual que las ocasiones en las que podía verse comprometida su responsabilidad internacional bajo el mismo precepto. De esta forma, se señaló que dichas consecuencias pueden verse acarreadas no por el hecho en sí mismo, sino por la "falta de debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 36).

En el desarrollo de este aspecto, la jurisprudencia ha indicado que el deber de investigar se constituye como una obligación de medio o comportamiento, por lo que no se ve infringida si finalmente no se obtiene un resultado satisfactorio. Sinembargo, los factores de dificultad que puedan verse integrados a la investigación no deben impedir el cumplimiento de este deber ni conllevar a que sea considerado como una "simple formalidad". (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 34)

Por consiguiente, la Corte destaca que la realización de la investigación no puede encontrarse supeditada a una iniciativa procesal de las víctimas y sus familiares, o a los elementos proba-

torios aportados de manera privada, de manera que se funda como un deber jurídico propio del Estado. (ídem)

En esta misma línea, se ha sostenido que la inobservancia al deber de investigar puede conducir a la determinación de la responsabilidad internacional del Estado, frente a la violación a derechos humanos, en razón a su inactividad en el proceso de identificación y sanción de los responsables. De acuerdo con la jurisprudencia, la omisión, dilatación o falta de seriedad en la investigación de lo sucedido implica que, en cierta forma, la vulneración se vea "auxiliada por el poder público", sin importar si esta proviene de actos de particulares o de agentes del Estado. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 26)

No obstante, debe resaltarse que el Estado no puede considerarse internacionalmente responsable por todos los actos de particulares que generen violaciones a derechos humanos, ya que "el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de particulares" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 48). De esta forma, se torna necesario estudiar el alcance dado a las obligaciones mencionadas, ya que estas se activan de acuerdo a las características particulares de cada caso y no de manera automática ante la vulneración de derechos humanos.

El criterio usado por la Corte para identificar la posibilidad de atribuir a un Estado responsabilidad internacional por su inobservancia al deber de debida diligencia se encuentra ligado al estándar desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a los deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus propias relaciones.

En este aspecto, la Corte IDH cita a su homólogo europeo para señalar que la mencionada obligación positiva se vuelve exigible únicamente ante la conjugación de dos presupuestos: En primer lugar, la existencia de un riesgo real e inmediato de la vulneración a derechos humanos producto de los actos criminales de terceros. En segundo lugar, debe evidenciarse que las medidas al alcance de las autoridades no fueron adoptadas a tiempo y estas debían ser idóneas para prevenir o impedir la materialización del riesgo. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 100)

Por ende, el cumplimiento de la obligación de debida diligencia no se ve materializado solo con la creación o adecuación de un orden normativo de acuerdo a los lineamientos señalados con anterioridad, sino que a este debe sumarse una "conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 82). Adicionalmente, es posible aducir la vulneración a la obligación incluso si el Estado sí puso en práctica ciertas medidas de prevención y protección en caso de que estas no hayan sido suficientes o efectivas, pues terminarían por crear situaciones objetivas de riesgo.

1.1. La investigación ex officio

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que, ante las graves violaciones a derechos humanos, los Estados cuentan con la obligación inherente de investigar los hechos en virtud al derecho de las víctimas y sus familias de conocer la verdad sobre lo sucedido. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 56). Al respecto, la Corte IDH ha establecido que dicha investigación debe adelantarse ex officio, de manera seria, imparcial, efectiva y sin ningún tipo de dilataciones. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 134).

Por ende, dicho proceso debe adelantarse "por todos los medios legales disponibles" y debe perseguir los objetivos de "determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 108). En igual sentido, las victimas y sus familiares deben contar con la posibilidad de involucrarse en los procesos adelantados ante los jueces o tribunales competentes, garantizando que puedan ser escuchados dentro de un plazo razonable, como lo estipula el artículo 8 de la Convención Americana.

En la tarea de determinar las implicaciones del principio de plazo razonable, la Corte ha señalado que para la identificación de su razonabilidad es menester tener en cuenta 3 elementos principales, a saber: "a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 57). De esta forma, se ha considerado que las dilataciones prolongadas e injustificadas en el desarrollo de la investigación pueden constituir per se una violación al derecho de garantías judiciales, excluyendo los casos en los que el Estado aduzca las demoras a la complejidad del caso o las conductas de las partes en las actuaciones judiciales (ídem).

Finalmente, debe sostenerse que la investigación efectiva de las vulneraciones representa un "elemento fundamental y condicionante" en la protección de los derechos humanos que se ven transgredidos en estos casos, como la vida, la libertad e integridad personales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 108). De conformidad con esta obligación, la jurisprudencia ha reiterado que los Estados deben propender por remover los obstáculos de facto y de jure que puedan o hayan impedido el esclarecimiento de los hechos que conllevaron a las vulneraciones de los derechos contenidos en la Convención, de conformidad con el respeto al derecho al debido proceso. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 171).

2. EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

La trata de personas, inicialmente prohibida por el numeral primero del artículo 6 de la Convención Americana, ha sido ampliamente calificada como un delito de carácter plurio-

fensivo, y en ocasiones transnacional. Por lo anterior, las características de esta conducta y las obligaciones de los Estados en cuanto a su prevención y sanción son objeto de debate en diferentes escenarios internacionales con el fin de comprender a profundidad el delito y sus implicaciones.

En el análisis del primer caso contencioso en materia de trata de personas elevado al conocimiento de la Corte Interamericana, se estimó fundamental tener en cuenta tratados internacionales, diferentes de la Convención, que se encontraran formalmente relacionados, de manera que fuera posible interpretar efectivamente la trata de personas en virtud del artículo 31 de la Convención de Viena. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 62)

En vista de lo anterior, la definición de este delito usada ante el Sistema Interamericano es desarrollada por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante "Protocolo de Palermo"), el cual se conoce como el principal tratado internacional en materia de trata de personas. Este instrumento la define como:

> la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, pág. 44)

El concepto de trata de personas es usualmente ligado a otras conductas como la prostitución o explotación laboral al considerar que se trata de una situación conexa o previa a los mencionados delitos. Sinembargo, de la definición expuesta con anterioridad es posible reconocer que la trata se encuentra estructurada por diversos componentes que deben ser incluidos en su tipificación con el fin de ser efectivamente identificada.

De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a partir de la definición de la trata de personas es posible identificar tres elementos característicos, a saber: "i) acción (captación, …); ii) medios (amenaza, …) y iii) fines (explotación)" (Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, pág. 3)

Al enfocarse en el último de los elementos, es claro que a pesar de que la trata es generalmente evidenciada con fines de explotación sexual, este no es el único fin admitido para la conducta, ya que en la misma medida son incluidos "los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos" (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, pág. 45).

Por lo tanto, es posible concluir que esta práctica conlleva a númerosas afectaciones a los derechos humanos de las víctimas, dentro de los cuales se han señalado los derechos a la vida, integridad personal, autonomía, salud, libertad, a no sufrir esclavitud ni servidumbre, al

acceso a la justicia, a no ser víctimas de diversas formas de discriminación, e incluyendo amplias vulneraciones a derechos sexuales y reproductivos (Women's Link Worldwide, pág. 25).

Adicionalmente, las características particulares de ciertos grupos poblacionales pueden acrecentar sus situaciones de vulnerabilidad en el escenario del delito, haciendo que su elemento pluriofensivo se vea encuadrado por los tratantes según las particularidades identificadas en las víctimas como su edad, género, condición de discapacidad, situación de migración irregular, entre otros. De esta forma, las mujeres y niñas son objeto de trata debido a su género y son sometidas a comportamientos conexos que se ven específicamente ligados a este factor, los cuales son materializados en explotación y turismo sexual, trabajo forzoso en materia de trabajo doméstico y servicios, abusos sexuales, matrimonios forzosos, embarazos y abortos no deseados o forzosos y enfermedades de transmisión sexual. (Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2014)

De este modo, en ocasiones debe incluirse la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante "Convención de Belem do Para") a la normativa aplicable a los casos de trata al considerar que esta su objetivo es la protección efectiva de los derechos de las mujeres. Así, el artículo 2.b de este instrumento consagra la trata de personas como forma de violencia contra la mujer que puede verse acompañada de otras conductas como el abuso sexual, tortura, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en diversos escenarios (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Para").

3. LA DEBIDA DILIGENCIA REFORZADA

A pesar del reducido número de casos contenciosos referentes a la trata de personas elevados al conocimiento de la Corte IDH, es posible comprender las implicaciones del deber de debida diligencia en las circunstancias relacionadas a esta conducta. En primer lugar debe resaltarse que, de acuerdo a lo planteado en el acápite anterior, la trata de personas se considera una grave violación a derechos humanos que acarrea la vulneración a diversos presupuestos contenidos en la Convención Americana, además de encontrarse expresamente prohibida por dicho instrumento.

En esta materia, la Corte ha indicado que "cuando los Estados tengan conocimiento de un acto constitutivo de esclavitud o servidumbre, en los términos de lo dispuesto por el artículo 6 de la Convención amerciana, deben iniciar ex officio la investigación pertinente a efectos de establecer las responsabilidades individuales que correspondan" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 82). Por ende, el deber de los Estados de actuar con debida diligencia se ve activado frente a los indicios de posibles vulneraciones referentes a la trata, incluyendo las declaraciones de las víctimas sobre sus situaciones de vulnerabilidad a manos de agentes públicos o en el desarrollo de actividades de carácter privado.

Por otro lado, la Corte IDH ha reiterado que la protección a los derechos humanos no implica únicamente la obligación negativa de abstención de los Estados de realizar actos violatorios, sino que genera en igual medida una obligación positiva de adopción de medidas correspondientes a las necesidades de protección. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 87). A su vez, el alcance de dicha obligación no se ve limitado a medidas estatales, por el contrario, se extiende hasta las actividades en cabeza de sujetos privados, como las empresas, quienes cuentan con estándares específicos para el respeto y protección de los derechos humanos de acuerdo con los contextos en los que se vean efectuadas sus relaciones (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pág. 37).

A partir de dichos estándares, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión") ha considerado que el Estado adquiere nuevas obligaciones que se integran al deber de debida diligencia necesaria, las cuales se enmarcan en 6 puntos principales, a saber: "

> (i) el deber de adoptar un marco normativo adecuado y efectivo, (ii) el deber de prevenir las violaciones de derechos humanos, (iii) la obligación de supervisar y fiscalizar las actividades de las empresas y otros actores no estatales, (iv) el deber de garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información, (v) el deber de prevenir actividades ilegales y formas de violencia, y (vi) el deber de garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos en estos contextos. (Ibídem, págs 41, 42).

Por consiguiente, particularmente, en los casos trata de personas, servidumbre, trabajo forzoso o esclavitud, la obligación de debida diligencia de los Estados se ve compuesta por la creación de un marco jurídico adecuado, al igual que políticas de prevención y prácticas que permitan a las víctimas realizar denuncias eficaces, para lo cual todos los factores deben contar con una aplicación efectiva. Es por esto que la Corte ha determinado que los Estados deben contar con un rol activo en la prevención de estas conductas, por lo que deben identificar los casos en los que determinados grupos de personas pueden ser víctimas de trata con el fin de adoptar las medidas correspondientes para su protección. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 82)

Como resultado, la jurisprudencia advierte que ante la transgresión de derechos humanos en razón a la trata de personas, la obligación de debida diligencia adquiere un carácter reforzado, en virtud a la imperatividad de la norma de derecho internacional que prohibe la esclavitud y sus formas modernas. En igual medida, la Corte IDH especifica que el calificativo añadido al estándar atiende a "la gravedad e intensidad de la violacion de derechos por esa práctica". (Ibídem, pág 83)

Al adoptar un enfoque de género al respecto, la jurisprudencia señala que el deber de debida diligencia estricta o reforzada debe accionarse cuando el Estado tenga conocimiento

sobre el riesgo o la afectación materializada a los derechos de las mujeres, especialmente las vulneraciones a su integridad física, psicológica o sexual, o incluso su vida. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 49)

En este contexto, ante la desaparición de mujeres, el deber de debida diligencia estricta exige el despliegue de actividades de búsqueda exhaustivas, para lo cual es indispensable la coordinación entre autoridades policiales, fiscales y judiciales que adelanten las medidas correspondientes para determinar el paradero de las víctimas. Además, los procesos que surjan de las denuncias realizdas por las víctimas deben ser adecuados y deben conllevar a una investigación efectiva y célere. (Ídem)

Finalmente, se subraya que la obligación de investigar se activa desde el momento en que el Estado tuvo conocimiento de una posible situación de vulnerabilidad, por lo que el inicio del deber de debida diligencia debe determinarse de acuerdo a diversos elementos que se ven conjugados en este tipo de circunstancias. Para tales efectos, el Estado puede considerarse informado a través de diversas fuentes como una denuncia formal de las víctimas, alertas a las autoridades por parte de los ciudadanos o incluso la falta de atención a la fiscalización correspondiente de las actividades de empresas privadas.

CONCLUSIONES

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH es posible identificar la existencia del deber de debida diligencia que obliga a los Estados a realizar investigaciones ex officio en caso de graves violaciones a derechos humanos sucedidas en el ámbito de su jurisdicción. De acuerdo con los estándares de la Sistema Interamericano, dicha investigación debe adelantarse de manera seria, imparcial, efectiva y sin ningún tipo de dilataciones.

No obstante, la obligación de debida diligencia adquiere un carácter estricto o reforzado al referirse a casos de trata de personas, en virtud a las graves vulneraciones que esta práctica implica, al igual que en razón al carácter imperativo de las normas que prohiben su realización.

Adicionalmente, en caso de que las víctimas sean mujeres u otros grupos poblacionales especialmente protegidos también será posible agregar los calificativos de “reforzada” o “estricta” a la obligación de debida diligencia, al poner en riesgo derechos como la integridad personal, libertad personal y la vida.

Por otro lado, el deber de investigar se activa incluso si finalmente la autoría de la vulneración se atribuye a particulares, pues aunque, en principio, el Estado pueda ser internacionalmente responsable por los actos de los agentes del poder público, su inactividad o falta de diligencia en el proceso de investigación puede considerarse per se una trasgresión a los derechos de las víctimas, además de implicar que el acto vulneratorio se vea “auxiliado” por el poder público, haciendo que se vea comprometida la responsabilidad internacional del Estado.

REFERENCIAS

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo.*

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer *"Convención de Belem do Para"*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (Fondo).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989). Caso Godínez Cruz Vs. Honduras (Fondo).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia (Fondo).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia (Fondo).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Caso Kawas Fernández Vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Cosas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Caso López Soto y otros Vs. Venezuela (Fondo, Reparaciones y Costas).

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2000). *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.*

Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (2014). *Los Derechos Humanos y la Trata de Personas.* Nueva York y Ginebra.

Women's Link Worldwide. (2011). *Los derechos de las mujeres migrantes. Almería: la historia que nadie cuenta.*

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD APLICABLES A COLOMBIA

María Valentina Castillo Moreno[15]
Alejandro Avendaño Sandoval[16]
Jhon Alexander García Vergara[17]

RESUMEN

El tema objeto de estudio es la institucionalización de las personas con discapacidad mental, mecanismo que goza de aceptación y validación desde los componentes sociales, culturales, médicos y jurídicos. Por tanto, el presente capítulo tiene por objetivo general determinar cuáles son los estándares internacionales de la institucionalización de las personas con discapacidad mental aplicables a Colombia y, para la consecución del mismo, se usa el método deductivo y descriptivo, ya que se parte desde lo general, es decir, desde los conceptos relacionados con la institucionalización y la discapacidad, hasta lo particular, con el análisis de la práctica internacional frente a casos concretos de discapacidad mental. Obteniendo como resultado la vulneración de los derechos a la personalidad jurídica, integridad personal y salud. Lo anterior, pone de relieve la necesidad imperiosa de promover un enfoque tanto de igualdad como de equidad de parte de la Comunidad Internacional, los Estados y la sociedad en general con el fin de poder incluir y no discriminar a las personas con discapacidad mental.

PALABRAS CLAVE: Institucionalización, discapacidad, discapacidad mental, integridad personal, personalidad jurídica, salud.

ABSTRACT

The object of this research is the institutionalization of the persons with mental disability, this device enjoys with the validation and acceptation from the social, cultural, medical and legal components for this reason, the present research has for general object to determinate what are the international standards of the institutionalization for people who has mental disabilities.

And in order to develop this one, has been used the deductive and descriptive method because it starts since general, that means the most relevant concepts allied with the institutionali-

15 Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada e integrante del Semillero Derechos Humanos y Litigio Interamericano. Correo est.maria.castillo2@unimilitar.edu.co

16 Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada e integrante del Semillero Derechos Humanos y Litigio Interamericano. Correo est.alejandro.aven@unimilitar.edu.co

17 Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada e integrante del Semillero Derechos Humanos y Litigio Interamericano. Correo est.jhon.garcia@unimilitar.edu.co

zation and disability. To the particular, with the review of the international practice about the concretionary cases of mental disability. This one allowed to got as a result the vulneration of the juridical personality, personal integrity and health rights.

For this reason, by means of show the imperious requirement for the international community and Estates to focus to the equality and equity in order to include and no discriminate the people with mental disability.

KEYWORDS: Institutionalization, Disability, Mental Disability, Personal Integrity, Health

INTRODUCCIÓN

Para cumplir con nuestro objeto de estudio de identificar los estándares internacionales para la institucionalización de los derechwos de las personas con discapacidad mental aplicables a Colombia, y, para la consecución del mismo, manejamos el método deductivo y descriptivo aplicado como se describe a continuación.

Abordamos en el primer ítem los conceptos base de la investigación en cuanto a los términos de discapacidad, discapacidad mental e institucionalización. Seguidamente en el segundo ítem, se recopilaron los instrumentos internacionales tales como convenciones, pactos, protocolos y principios, en los que se consagran los derechos de estas personas y, del mismo modo, los organismos a cargo de velar por su cumplimento, en los cuales, el Estado Colombiano se ve involucrado al ser un Estado parte. En el tercer ítem del escrito se ve reflejado que la institucionalización de las personas con discapacidad mental ha sido un tema poco relevante para la sociedad en general a lo largo de la historia. Estas personas, al ser internadas en un centro especial u hospitalario para tratar su enfermedad se pueden ver inmersas en vulneraciones a sus derechos durante los procedimientos de internación, los cuales deben ser garantizados por los Estados y protegidos por organismos internacionales, pero que generalmente olvidamos o no prestamos la atención que requiere en razón a la falta de conocimiento del tema.

Es de anotar, que la temática de investigación goza de amplia información y fuentes teóricas, sinembargo, existe un vacío considerable a la hora de evaluar su práctica a nivel internacional, pues al hacer el barrido general por los estándares y organismos aplicables a Colombia, nos encontramos con pocos precedentes que nos ayuden a entender y nos den a conocer las situaciones por las que pasan las personas con discapacidad mental en relación con sus derechos al estar internadas.

DESARROLLO

1. ¿Qué se entiende por discapacidad, discapacidad mental e institucionalización?

La acepción de la discapacidad ha evolucionado con el transcurrir del tiempo, pues en sus inicios fue concebida desde lo médico como la exteriorización de un estado patológico a

consecuencia de alguna enfermedad o causa adversa que dificulta la realización de una actividad cotidiana (Aparicio, 2009). Definición que fue adaptada a un enfoque biopsicosocial, el cual la entiende no solamente como una consecuencia biológica o psicológica, sino que, además, se deriva de las limitaciones que puedan tenerse con la interacción dentro del contexto social y cultural (Aparicio, 2009).

Sinembargo, en épocas recientes, ha sido concebida desde un enfoque de derechos, en virtud de los diferentes instrumentos internacionales que consagran y desarrollan los derechos de las personas con discapacidad. Esta nueva percepción adapta los contextos médicos, psicológicos y sociales de la discapacidad al de la dignidad humana, la cual apareja el no ser entendida como una característica individual, sino como una falta de adopción de parte de la sociedad frente a las necesidades de las personas con discapacidad.

Respecto a la discapacidad intelectual es importante resaltar lo establecido por la Asociación Internacional para el Estudio Científico de las Discapacidades Intelectuales (en adelante AAIDD):

> La discapacidad intelectual es un estado individual que se caracteriza por presentar limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual como en la conducta adaptativa, tal y como se manifiesta en las habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas, y por ser originada antes de los 22 años. (American Association on Intellectual and Developmental Disabilities, AAIDD, 2021)

Concepción que no es absoluta, pues hay factores que la pueden complementar o cambiar:

> La discapacidad intelectual de un individuo no es una entidad fija e incambiable. Va siendo modificada por el crecimiento y desarrollo biológico del individuo y por la disponibilidad y calidad de los apoyos que recibe. En una interacción constante y permanente entre el individuo y su ambiente. (Flórez, 2021, pág. 10)

Por otra parte, para Erving Goffman el término de instituciones hace referencia a un "lugar de residencia y de trabajo donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un considerable período de tiempo comparten en su encierro una rutina diaria administrada formalmente" (Goffman, 1961, pág. 202).

Al interior de estas instituciones, se evidencia la vulneración de derechos como la salud, integridad personal y reconocimiento de la personalidad jurídica cuando se adelantan tratamientos invasivos sin el consentimiento de las personas, aun cuando tienen capacidad para decidir sobre su cuerpo. Consentimiento que estará viciado cuando los profesionales de la salud no cumplan con su obligación ética y legal de explicar de forma clara y amplia los distintos procedimientos y sus consecuencias.

Frente a este tipo de procedimientos se presenta y es latente la dicotomía existente, por un lado, de quienes abogan por la prohibición amplia de tales prácticas por considerarlas una violación a las libertades fundamentales, por otro, están quienes las justifican en condicio-

nes específicas. "En general, se acepta la internación involuntaria cuando tal intervención procura dos propósitos fundamentales: i) Restablecer la salud del enfermo mental, cumpliendo además con la exigencia jurídica en legitimar la privación de la libertad. ii) Prevenir daños a terceros o autoagresión". (Pinto, 2012. Pág. 3)

2. Normatividad internacional.

A continuación, se describirán los principales instrumentos internacionales que le son aplicables a Colombia, como lo son La Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención Americana de Derechos Humanos, y Convención Interamericana para la Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación Contra Las Personas Con Discapacidad, los cuales se complementan con los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas. Estos instrumentos son de suma relevancia por el hecho de que consagran las directrices que deben seguir los Estados con respecto a la aplicación y protección de los derechos de las personas con discapacidad mental, y en particular, en un contexto de institucionalización.

A. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD)

En el año 2006 es aprobada en Nueva York la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CRPD), siendo el instrumento legal e internacional más importante e influyente en el marco de la protección de los derechos y libertades de las personas con discapacidad, el cual entró en vigor en 2011 para Colombia.

Teniendo en cuenta la evolución de la discapacidad y los diferentes modelos que la han conceptualizado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se basa en los principios que sustentan el modelo social, es decir, percibe la discapacidad desde la existencia de barreras físicas, sociales y arquitectónicas que limitan la participación en igualdad, y no como una deficiencia corporal (Muyor, 2018).

Por otro lado, se puede evidenciar que el objetivo de la CRPD es "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente" (2006, art 1). El CRPD reafirma que mandatos como el respeto a la dignidad, a la autonomía individual, a la libertad e independencia deben ser principios de actuación para con las personas con discapacidad, sinembargo, con medidas como la institucionalización esto podrían verse vulnerados.

Ejemplo de lo anterior y que se relaciona con el derecho a la libertad personal, se presenta cuando se adopta de forma arbitraria medidas como la institucionalización ya que "en ocasiones, el hecho de tener una discapacidad es utilizado para negar este derecho, o al menos, a no considerarlo del mismo modo como al resto de personas" (Palacios, 2008, pág. 289).

Por otro lado, la CRPD al protegerlas contra la tortura (art 15), la violencia, los abusos (art 16) y al garantizar su salud (art 25) e integridad personal (art 17), reconoce que al ser sometidas a un internamiento arbitrario en instituciones mentales las pone en riesgo de vulneración de sus derechos, pues "la falta de autonomía funcional de muchas personas con discapacidad que viven con sus respectivas familias o en instituciones, les conduce a una mayor posibilidad de ser objeto de situaciones de explotación, violencia o abusos" (Palacios, 2008, pág. 290). En relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la CRPD aboga por el reconocimiento de la autonomía de los individuos con diversidad funcional sin ningún tipo de distinción frente a las demás personas. Es más, el establecimiento del sistema de apoyos tiene como propósito que las personas con discapacidad puedan ejercer su libertad y autonomía plena, dejando atrás el antiguo sistema de sustitución (Palacios, 2008).

> Las personas con discapacidad se ven muy a menudo forzadas a vivir en residencias o instituciones estatales, sin que por lo general se reflexione sobre el modo en que ello afecta o puede afectar su autonomía, pero sobre todo sin tener en cuenta si dicho internamiento se ha producido en condiciones de verdadera libertad de elección, y en cumplimiento de las garantías legales necesarias para privar de libertad a una persona (2008, p. 295).

En definitiva, los principios y derechos consagrados en la CRPD hacen que la institucionalización practicada bajo el modelo rehabilitador sea contraria con la norma internacional, en razón a que este marco normativo tiene como base el enfoque de derechos y el modelo social, y genera directrices que están encaminadas a que las personas con discapacidad mental puedan ejercer sus derechos con libertad, autonomía e independencia y desarrollar su vida en comunidad, escenario que no se presenta con la institucionalización por ser un instrumento que busca aislar a las personas de la sociedad.

B. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue firmada por el Estado colombiano el día 22 de noviembre del año 1969 y fue incorporada a su ordenamiento jurídico mediante la Ley 16 de 1972, en ella se protege el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica a todas las personas (art. 3), es decir, que los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos y los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen la existencia de todos los ciudadanos que se encuentren en su territorio sin distinción alguna. Protege el derecho a la integridad personal, por lo tanto, nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5), estos derechos son aplicables a las personas con discapacidad atendiendo a la característica de inalienabilidad de los Derechos Humanos.

C. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante CEDPP), fue suscrita en la ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1997, ante la preocupación por parte de la CIDH debido a la situación de discriminación en contra de las personas con discapacidad física, mental o sensorial. Su elaboración se da con el fin de reafirmar que todas las personas con discapacidad gozan de los mismos derechos y libertades fundamentales que las demás personas. Fue incorporado dentro del ordenamiento jurídico colombiano el 31 de julio del 2002 mediante la ley 762/02.

La CEDPP consagra las directrices que deben tomar los Estados para prevenir y eliminar las diferentes formas de discriminación en contra de las personas con discapacidad, entre estas aquellas con una condición de discapacidad mental.

Para esto, la CEDPP, establece que los medios idóneos sean todos aquellos que busquen la eliminación de la discriminación en razón de la discapacidad. Algunos de estos son asegurar que las personas que deban aplicar lo establecido en este instrumento se encuentren capacitadas para ello; detectar de forma temprana, tratar, rehabilitar, educar, y suministrar los servicios necesarios a las personas con una condición de discapacidad respetando su independencia y asegurando su calidad de vida. Por otro lado, se aclara que la interdicción no constituirá algún tipo de discriminación siempre y cuando sea declarada bajo los parámetros de la necesidad y en virtud del bienestar de la persona.

Un aspecto importante a tratar sobre este instrumento en relación a nuestro objeto de estudio, es el que se encuentra establecido en el artículo 4 del documento, allí, tipifica obligaciones a los Estados respecto a la ayuda que deben brindar para el tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad por medio de la investigación científica y tecnológica, esto para que logren una vida independiente y autosuficiente con el fin de que gocen en igualdad de condiciones los derechos que cualquier otra persona tiene.

PRINCIPIOS Y BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS AMÉRICAS

Este documento inicia su elaboración en el año 2005 por iniciativa de la Relatoría sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, durante el proceso de elaboración de estos principios, intervinieron gobiernos de los Estados Miembros de la OEA, expertos, universidades, agencias internacionales y organizaciones no gubernamentales nacionales, regionales e internacionales. Tres años después y a través de la Resolución 01/08, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó de manera unánime estos principios el 31 de marzo de 2008.

Los motivos que dieron origen para suscribir el documento, se encuentran sustentados en el mismo, al momento que la CIDH se pronuncia diciendo:

> OBSERVANDO CON PREOCUPACIÓN la crítica situación de violencia, hacinamiento y la falta de condiciones dignas de vida en distintos lugares de privación de libertad en las Américas; así como la particular situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad mental privadas de libertad en hospitales psiquiátricos y en instituciones penitenciarias (2008, pág.2).

Conforme a las disposiciones que se encuentran en los principios, es de evidenciar que los mismos no van dirigidos única y exclusivamente a las personas privadas de la libertad por delitos o actos en contra de la ley, sino que se incluyen grupos adicionales como los niños y niñas, las mujeres, los adultos mayores recluidos en otras instituciones públicas o privadas, los migrantes, solicitantes de asilo o de refugio, apátridas y personas indocumentadas, personas privadas de la libertad en el marco de los conflictos armados y, lo más importante en relación con el objeto de estudio, las personas privadas de la libertad en instituciones por tener alguna discapacidad mental independientemente si pertenecen a uno de los grupos anteriormente mencionados; tal y como lo vemos plasmado en el tercer principio en su numeral 3.

> Principio III Libertad personal.
>
> 3. Medidas especiales para las personas con discapacidades mentales
>
> Los sistemas de salud de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas en favor de las personas con discapacidades mentales, a fin de garantizar la gradual desinstitucionalización de dichas personas y la organización de servicios alternativos, que permitan alcanzar objetivos compatibles con un sistema de salud y una atención psiquiátrica integral, continua, preventiva, participativa y comunitaria, y evitar así, la privación innecesaria de la libertad en los establecimientos hospitalarios o de otra índole. La privación de libertad de una persona en un hospital psiquiátrico u otra institución similar deberá emplearse como último recurso, y únicamente cuando exista una seria posibilidad de daño inmediato o inminente para la persona o terceros. La mera discapacidad no deberá en ningún caso justificar la privación de libertad.

Es importante precisar que tal y como lo vemos en el principio anterior, la CIDH busca a toda costa emplear la desinstitucionalización, de esta forma, en el evento que se dé la privación de la libertad de una persona con discapacidad mental, esta siempre se debe llevar a cabo como última medida teniendo en cuenta que la misma conlleva una serie de procedimientos previos que tienen la finalidad de garantizar todas las alternativas posibles y así evitar la privación de la libertad.

De acuerdo con lo expuesto por los principios en mención, se pueden extraer las condiciones por las cuales se practica la privación de la libertad de una persona con discapacidad o la institucionalización en un centro hospitalario o especial, en aras de reconocer el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral:

- Debe existir claramente la posibilidad de daño inmediato o inminente por parte de la persona con discapacidad mental hacia ella o a terceros
- La mera discapacidad no justifica la privación de libertad
- Se prohíben actos de tortura, o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Las órdewes de aislamiento serán autorizadas por autoridad competente y estarán sujetas al control judicial
- Autorización por un médico competente
- Registro médico individual del paciente
- Notificación a sus familiares o representantes legales
- Cuidado y supervisión por personal médico calificado
- Las órdenes de aislamiento serán autorizadas por autoridad competente y estarán sujetas al control judicial

En concordancia de lo anterior debe existir la necesidad de salvaguardar intereses legítimos relativos a la seguridad interna de los establecimientos, y proteger derechos fundamentales, como la vida e integridad de las mismas personas privadas de libertad o del personal de dichas instituciones (CIDH, 2008).

III. PRÁCTICA INTERNACIONAL SOBRE INSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL

A nivel internacional, existen organismos que tienen como función la evaluación y aplicación de los diferentes instrumentos que desarrollan los derechos de las personas con discapacidad. Dentro de estos está el Comité Sobre Los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, no son los únicos que existen, pero estos son los más relevantes para el objeto de estudio "estándares internacionales para la institucionalización de personas con discapacidad mental aplicables a Colombia", en razón de su competencia reconocida por el Estado colombiano y por los precedentes establecidos a la fecha en la región.

i) COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante CPDP, consagra en el artículo 2 de su protocolo facultativo, la posibilidad que tienen las personas con

discapacidad de presentar comunicaciones debidamente fundamentadas, si estas consideran que se les está vulnerando sus derechos. Una vez recibida la comunicación, el CPDP dará respuesta a la misma y se manifestará mediante una recomendación, cuando sea procedente.

En el marco de nuestro objeto de estudio es de señalar que el CPDP se ha pronunciado en 2 casos que tratan sobre la institucionalización de las personas con discapacidad, los cuales son: X vs Argentina y D.R vs Australia, y que serán descritos a continuación.

En relación con el caso X, se debe indicar que el autor de la comunicación, estaba recluido en centro penitenciario debido a un proceso penal seguido en su contra por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal (TOF) N° 1 de San Martín (Argentina). Durante el cumplimiento de su pena, el autor fue intervenido quirúrgicamente en su columna el 27 de enero de 2010, seguidamente, y como consecuencia de su cirugía, sufre un accidente cerebrovascular que le genera "hemianopsia homónima izquierda en ambos ojos y trastornos en el equilibrio de orden perceptivo, cognitivo y de orientación visoespacial". (Caso x vs argentina, comunicación n 08/12. pág. 2)

Para darle un óptimo tratamiento debido a su discapacidad física y mental, fue internado en el instituto FLENI para iniciar el programa de rehabilitación y estabilización. El 7 de abril del 2010, el autor habría recuperado en gran parte su estado de salud, por lo que según el mismo instituto no era necesario que siguiera internado de manera permanente, sino que debía acudir en adelante con un programa de rehabilitación ambulatorio llamado "hospital de día". Ante este parte médico, el autor temía tener que volver al centro penitenciario en su estado de discapacidad, por lo que solicita la medida de arresto domiciliario, con el fin de tener a una persona que lo asista con su discapacidad de manera permanente y mudarse cerca del instituto FLENI para cumplir el tratamiento con frecuencia diaria.

No obstante a lo anterior, el 6 de agosto de 2010 el Tribunal rechazó su solicitud de detención domiciliaria, pese a que el parte médico del instituto y dos médicos del cuerpo médico forense de la Corte Suprema de Justicia, determinaron que para un tratamiento adecuado para el autor requería asistencia de terceros y que, en principio, no era posible realizar el tratamiento de manera integrada en un establecimiento penitenciario, en razón a los traslados entre los lugares de reclusión y la institución tratante que podían incidir negativamente debido a la distancia y movimientos bruscos que afectan su columna inestable.

Con el transcurrir del tiempo (2010-2013), el autor se veía sometido a irregularidades en el tratamiento de su discapacidad puesto que, de manera frecuente era trasladado del hospital del centro penitenciario, el cual no estaba en condiciones de brindarle la atención requerida, a los diferentes institutos que sí estaban en la capacidad de atenderlo, pero que pese a las actuaciones judiciales solicitadas por el autor el Tribunal siempre las denegaba exponiendo que no era necesario que el autor fuera atendido en un centro especializado, aludiendo que el centro penitenciario contaba con toda la infraestructura, personal y ele-

mentos necesarios para el tratamiento de su salud; y ordenaba reiteradamente que el autor retorna a la celda del hospital del centro penitenciario.

Los inconvenientes esgrimidos por el autor se traducen en que:

> En su caso, no podía acceder al baño ni a la ducha ya que existía un escalón que no podía sortear por sus propios medios; fue colocado en una celda ubicada en el primer piso, por lo que no podía acceder al patio en planta baja; no podía tener una higiene personal suficiente y apropiada, y, en general, debía realizar todas las actividades básicas en la cama; tenía escaras en la piel por decúbito; y era imposible tener un contacto oportuno con el personal de enfermería. (Caso x vs argentina, comunicación n 08/12. pág. 3)

Adicionalmente, el autor no contaba con una silla de ruedas para movilizarse, sino que únicamente disponía de una silla de plástico, en la que tenía que hacer sus necesidades, en razón a que el lugar solo contaba con 1 enfermero para atender a todos los pacientes del centro penitenciario y pese a sus llamados no recibía atención de manera oportuna. Agrega que, en ningún momento, el lugar le brindó rehabilitación visual y que tampoco recibió rehabilitación neurocognitiva.

Los impedimentos puestos por parte del Tribunal para que el señor X recibiera atención especializada en un instituto como el FLENI, derivaron en que el estado de salud del autor se fuese deteriorando cada vez más, por lo cual, a pesar de no agotar la totalidad de los recursos internos, el autor expone que estos se han prolongado de manera injustificada y que en la práctica no recibe tratamiento médico indicado de manera oportuna y eficiente, encontrándose su integridad física y psíquica en grave peligro.

Por los hechos mencionados anteriormente, el autor afirma ser víctima por parte del Estado al vulnerársele sus derechos a: Accesibilidad, Derecho a la vida, Acceso a la justicia, Libertad y seguridad de la persona, Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Protección de la integridad personal, Salud, Habilitación y rehabilitación.

El Comité acoge los argumentos expuestos por el autor y dictamina la responsabilidad de Argentina por infringir las normas contenidas en los artículos 9, párrafo 1, apartados a) y b), 14, párrafo 2 y 17 de la Convención; además, considera que:

> El Estado parte tiene la obligación de reparar los derechos que asisten al autor en virtud de la Convención, realizando los ajustes en el lugar de detención que garanticen su acceso a las instalaciones físicas y servicios penitenciarios, en igualdad de condiciones que otras personas detenidas. El Estado parte también debe reembolsar al autor los costes legales incurridos en la tramitación de esta comunicación. Por otra parte, en atención al delicado estado de salud del autor, el Comité solicita al Estado parte velar por que, en el marco de la autonomía del paciente a consentir o recha-

> zar un tratamiento médico, el autor tenga acceso a cuidados sanitarios adecuados y oportunos de acuerdo a su estado de salud, y acceso continuo y pleno a un tratamiento de rehabilitación adecuado. (Caso x vs argentina, comunicación n 08/12. Pág. 11)

En complemento, el Comité emite recomendación general y dispone que, con respecto a la institucionalización y privación de la libertad de las personas con discapacidad, se debe trabajar para que estas puedan vivir en forma independiente y tengan la posibilidad de participar plenamente en todos los aspectos de la vida en el lugar de detención, garantizando el acceso a tratamientos médico y de rehabilitación. De igual forma, el Comité recomienda realizar ajustes razonables, en referencia a las condiciones más gravosas y de mayor sufrimiento físico y psicológico de estas personas que puedan convertirse en formas de trato cruel, inhumano o degradante y afectación de la integridad física y psicológica del individuo.

Por otra parte, en el asunto D.R, quien fue internado en una institución psiquiátrica el 8 de julio de 1998 por padecer una discapacidad mental e intelectual, su ingreso se dio con la finalidad de recuperar y desarrollar las aptitudes necesarias para vivir y trabajar en comunidad con la mayor independencia posible. Al transcurrir el tiempo, para el año 2000 el personal médico de la institución le informa a D.R que se encontraba en condiciones de recibir el alta, pero con la condición de tener a disposición un alojamiento y servicios de apoyo apropiados en la comunidad. El señor D.R no tenía un lugar para vivir, por lo que desde ese momento y hasta el año 2010, el personal médico de la institución en nombre del internado solicitó una vivienda social y servicios de apoyo en la comunidad, pese a lo anterior, dichas solicitudes no prosperaron por razones financieras y D.R siguió internado.

Cabe resaltar, que los asuntos financieros del señor D.R quedaron sujetos a la administración del Fideicomisario Público de Queensland, por lo que no puede administrar personalmente su pensión, es por esto, que D.R manifiesta su inconformismo en relación con la manera que fue tratada su discapacidad, además, según su testimonio, el Jacana Centre es una institución que concede muy poco margen de privacidad a los internados, expone que tiene una habitación propia pero su privacidad queda en entredicho, puesto que el personal y los demás internados pueden entrar en cualquier momento, incluso cuando él no quiere. Añade también, que la institución dispone de muy pocos lugares que le permitan guardar objetos personales, los cuales pueden ser robados o dañados en cualquier momento, del mismo modo el señor D.R manifiesta que tampoco le permiten realizar por sí mismo tareas de la vida cotidiana, a pesar de estar en condiciones de hacerlo dados los avances logrados en el tratamiento de su discapacidad.

El 9 de septiembre de 2011, los abogados que representaban al señor D.R denunciaron los hechos mencionados ante la Comisión de Derechos Humanos de Australia, ente que envió una carta pidiendo respuesta a los jefes de los organismos públicos pertinentes de Australia y Queensland, en el comunicado se indicaba también que el autor no podía presentar una denuncia basada en la Ley de la Comisión de Derechos Humanos de Australia relativa

a las acciones u omisiones del poder ejecutivo, ya que la competencia de la Comisión se limitaba a las acciones de carácter administrativo. Ante tal respuesta, los abogados del señor D.R le advirtieron que con toda probabilidad los tribunales desestimarían su denuncia de discriminación por motivos de discapacidad, basado en dichas suposiciones, el autor decide no continuar las actuaciones.

Por lo mencionado anteriormente, el autor sostiene, además, que no tiene por sí mismo la capacidad de entablar actuaciones judiciales de discriminación por motivos de discapacidad, ya que está sometido a una orden de administración en virtud de la Ley de Tutela y Administración de Queensland del 2000. De esta manera, solo puede interponer actuaciones judiciales a través del Fideicomisario Público y con la autorización de este último. (Caso D.R vs Australia, comunicación Nª 14/2013. Pág. 3)

Por todas estas circunstancias, el señor D.R, autor de la comunicación, considera que le vulneraron sus derechos que lo asisten de: Libertad y seguridad de la persona, Libertad de desplazamiento y nacionalidad, Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, Respeto de la privacidad, Habilitación y rehabilitación, Nivel de vida adecuado y protección social de la Convención.

Pese a lo anterior, el Comité en su decisión no se pronuncia sobre las condiciones en las que fue internado el señor D.R , debido a que el autor de la comunicación no agotó los recursos internos en su totalidad, además, argumenta que el señor D.R si está en la capacidad de acudir a la vía legal a través de sus representantes y acceder a los mecanismos internos de protección para su caso, ya que de lo contrario no hubiese enviado la comunicación de su caso al CRDP por intermedio de sus representantes y, es por esto último, que no se le vulnera el derecho de acceso a la justicia (art 13), accesibilidad (art 9) e igual reconocimiento como persona ante la ley (art 12) consagrados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

ii) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Ahora bien, en el marco del sistema interamericano la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en adelante Corte IDH, conocerá de todos los casos referentes a la presunta violación de la Convención, siempre y cuando los Estados Parte hayan aceptado su competencia y, además, se hayan agotado el trámite correspondiente ante la Comisión.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte IDH ha recibido dos casos referentes a la institucionalización de personas con discapacidad mental, los cuales son “Ximenes Lopes vs Brasil” y “Guachala Chimbo y Otros vs Ecuador”. Sinembargo, solo en el caso de Ximenes Lopes se ha emitido el fallo correspondiente, mientras que en el caso de Guachala Chimbo, la Corte IDH, hasta la fecha no ha emitido la respectiva decisión. Por esta razón, a continuación, se aborda únicamente el primero de ellos.

El señor Damião Ximenes Lopes, por alteraciones funcionales del cerebro desarrolló una discapacidad mental orgánica. Por lo cual, en el año 1995 fue necesario internarlo en la Casa de Reposo Guararapes, durante dos meses. En el momento que volvió a su hogar, se encontraba con un mejor estado, sinembargo, tenía heridas en las rodillas y tobillos. Cuando se le preguntó al señor Ximenes sobre aquello este respondía que había sido víctima de violencia.

Unos años después, el 1° de octubre de 1999, fue necesario acudir a la Casa de Reposo Guararapes para institucionalizar nuevamente al señor Ximenes Lopes, por problemas de nervios y falta de consumo de medicinas necesarias para su salud. En el momento que fue admitido el señor Ximenes se encontraba en perfecto estado físico.

Sinembargo, el 4 de octubre de 1999, su madre, Albertina Ximenes, fue a visitar a el señor Damião Ximenes al centro, pero encontró a su hijo en un estado físico deplorable, con heridas, la ropa rota, dificultades para respirar, alterado y pidiendo auxilio. Eventualmente, el doctor Francisco Ivo Vasconcelos, director clínico del centro, le recetó algunos medicamentos sin haber realizado algún tipo de examen o revisión sobre el señor Ximenes. Horas después de lo sucedido, el señor Damião Ximenes Lopes había fallecido, en circunstancias de violencia.

Dentro del proceso adelantado por la Corte IDH, se pidió que se declarara culpable al Estado brasileño por la violación de los derechos de la vida e integridad personal al señor Damiao Ximenes Lopes. De todas formas, el Estado brasileño aceptó en su momento las pretensiones de la Comisión y de los representantes de víctimas. Lo cual conllevo a que asumiera todas las consecuencias que eventualmente consideró la Corte IDH por este caso.

Sinembargo, la Corte IDH estableció ciertos parámetros al ser la primera sentencia referente al tema de la violación de derechos de personas con discapacidad en un contexto de institucionalización.

En un primer momento se hace mención a que los Estados tienen la obligación, no sólo de salvaguardar los derechos humanos, sino que, además, no vulnerarlos y esto por medio de su marco jurídico interno. En particular, cuando se trata casos relacionados con la vulneración de la vida e integridad física, la Corte IDH ha sido enfática al establecer que son derechos que no pueden suspenderse en ninguna circunstancia.

Sinembargo, cuando ocurren vulneraciones a la integridad física, la Corte IDH ha establecido que:

> Las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y, por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos (Ximenes Lopes vs Brasil, 2006, pág.56).

Frente a lo anterior, se debe tomar en cuenta las circunstancias particulares de la presunta víctima de tortura o tratos crueles para definir si efectivamente existió tal vulneración a su integridad, en especial cuando se habla de una persona con discapacidad mental, la cual podría ser susceptible a cierto grado de vulnerabilidad en comparación con el resto de la población.

Por otro lado, al establecer que los Estados tienen el deber de prestar una atención médica eficiente y eficaz a las personas con diversidad cognitiva, esta deberá hacerse teniendo en cuenta los principios del tratamiento psiquiátrico, en el cual se debe respetar la intimidad y la autonomía de las personas, en especial cuando las personas con discapacidad mental se encuentran en un contexto de institucionalización. Sinembargo, la misma Corte IDH, establece, que la autonomía en estos casos no es absoluta debido a la posibilidad de que ciertas personas no puedan comunicar su voluntad de forma efectiva, para lo cual los representantes de estas tomarán aquellas decisiones. Lo anterior debe tomarse como la excepción y tener presente que la regla general es que toda persona tiene la autonomía y capacidad para comunicar o expresar su voluntad.

Por otro lado, la Corte IDH toma 2 aspectos en cuenta frente a la práctica de la institucionalización, los cuales son: i) garantizar unos cuidados mínimos y condiciones de internación dignas, y; ii) el uso de la sujeción.

En el caso del señor Ximenes Lopes, la Corte IDH considera que en la Casa de Reposo Guararapes no existían condiciones internas dignas para el señor Ximenes y los demás pacientes, y menos unos cuidados mínimos. Por otro lado, la sujeción al ser un método de restricción de movilidad y autonomía de la persona, el cual se emplea particularmente para proteger la integridad del paciente y de las demás personas, este acto debe realizarse por profesionales y de la forma menos restrictiva posible. Sinembargo, al señor Ximenes Lopes solo lo maniataron por la espalda por un tiempo injustificadamente prolongado y sin ningún tipo de cuidado médico.

La Corte IDH teniendo en cuenta lo anterior y el allanamiento por parte del Estado brasileño, lo declara responsable por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, artículos 4 y 5 respectivamente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del señor Damiao Ximenes López, esto al evidenciar negligencia por parte del Estado en su deber de cuidar a las personas con discapacidad mental y más cuando se encuentran en un estado de institucionalización, y de no haber controlado y vigilado a la Casa de Reposo Guararapes dentro del contexto de que al ser esta institución prestadora de un servicio de salud, era obligación del Estado vigilar y fiscalizar, como lo establece la Constitución y diferentes leyes brasileñas.

CONCLUSIÓN

Se evidencia entonces que la discapacidad ha tenido una evolución hasta al ser hoy concebida desde la dignidad humana, dejando atrás las exclusivas definiciones científicas del término, lo que permitió el reconocimiento y la consagración de los Derechos de las personas con

discapacidad, prueba de ello son los instrumentos como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, así como las interpretaciones basadas en favor de éstas de tratados generales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Civiles y Políticos.

Por otra parte, en la práctica internacional se identifican pocos precedentes sobre institucionalización, entre ellos tenemos los asuntos: i) X vs Argentina, ii) D.R vs Australia y iii) Ximenes Lopes vs Brasil, no obstante, es de recalcar que a nivel interamericano la Corte IDH en el caso "Ximenes Lópes vs Brasil" desarrolló el alcance y la aplicación de los derechos de las personas con discapacidad, de manera especial sobre contextos como la institucionalización.

En relación con la institucionalización se identifica que es un mecanismo que vulnera los derechos a la personalidad jurídica, integridad personal y salud de las personas con discapacidad cuando no se tiene en cuenta su autonomía y libertad. Razón por la cual es imperiosa la necesidad de promover por parte de la comunidad internacional, los Estados y la sociedad en general, un enfoque de igualdad e inclusión y no seguir con el de discriminación al que se ven enfrentadas día a día las personas con discapacidad mental.

No obstante, es de valorar que Colombia intenta seguir tanto los estándares de los instrumentos internacionales que le son aplicables y los lineamientos proferidos por los órganos internacionales, como la Corte IDH y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y prueba de ello ha sido la expedición de la Ley 1996 del 2019, con la cual pretende, principalmente, dotar de capacidad a las personas con discapacidad mental, quienes dentro del ordenamiento jurídico colombiano no la poseían.

REFERENCIAS

American Association on Intellectual and Developmental Disabilities. (30 de abril de 2021). Definición de Discapacidad Intelectual. https://www.aaidd.org/intellectual-disability/definition

Aparicio Ágreda, Lourdes. (2009). *Evolución de la conceptualización de la discapacidad y de las condiciones de vida proyectadas para las personas en esta situación.* Revista de la Universidad Pública de Navarra, 129-138. https://www.google.com/url?sa=t&rct=-j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwik_MzvrO_wAhWlSjABHYHFA24QFjAAegQIAxAD&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fservlet%2Farticulo%3Fcodigo%3D2962512&usg=AOvVaw1zinqVJRlslUp7g3EkgkEF

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/08, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. (13 marzo 2008, pág.2). Recuperado de: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp

Comité Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad. Caso X vs Argentina, comunicación 08/12. Pág. 11. http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%252fPPRiCAqhKb7yhshZEsQpq2VmlaFuT3ws7ySG0tusxMhIs5xrQnpbfrqnciF%252fuTYUqOOdVccS0ag4xDCIN4N%252fPcQcZ6z5T0Ogd2QRy3o0zinngkdV68GOYHtB9hFA0Rdsk6zhoPBrrbXCXOiDwPoCloPH6EhsZZa0HlA8%253d

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Caso D.R vs Australia, comunicación Nª 14/2013. Pág. 3 http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhssBJ9E3UTYMV65MVabAyM%2FT4g5vvT5%2FWtUO531LLsKnSiJZbN1Zcn2RLjDMBCXMGhsNPhbG2ugViDyJAB1YtcOwoTdb4i4g%2F8YsnKCEHTMKxr0ISixBDq721rwErPXQLAg%3D%3D

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs Brasil. Sentencia del 4 julio de 2004. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

Flores, Jesús. (2021). *Discapacidad mental*, pág. 10. Recuperado de: https://www.downciclopedia.org/images/neurobiologia/Discapacidad-intelectual.pdf

Goffman, Erving. (1961). *Internados: Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales.* Amorrortu Editores. https://ddd.uab.cat/pub/papers/02102862n6/02102862n6p198.pdf

Muyor Rodríguez, Jesús. (2018). *La (con)ciencia del Trabajo Social en discapacidad: Hacia un modelo de intervención social basado en derechos. Universidad de Almería.* https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjYtKT2q-_wAhVNRjABHdHLDGgQFjADegQIBBAD&url=https%3A%2F%2Fwww.semanticscholar.org%2Fpaper%2FLa-(con)ciencia-del-Trabajo-Social-en-la-hacia-un-Rodr%25C3%25ADguez%2F5b24a6add3e3d8739123ee931076c43ee9e2ef40&usg=AOvVaw0scvI0STPQgf947SoU9jyr

Palacios, Agustina. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Editorial Ediciones Cinca. https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf

Pinto, B (2012). *Los Sistemas de Salud mental: del Modelo Asilar a la promoción de derechos fundamentales. Superintendencia Nacional de Salud, Bogotá Colombia.* https://www.academia.edu/33893715/Los_sistemas_de_salud_mental_del_modelo_asilar_a_la_promocion

FALENCIAS DEL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO: MÁS ALLÁ DE LAS DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA SUBSIDIADO Y CONTRIBUTIVO

Luis Enrique Ayerbe Morales[18]
María Paula Collazos Prieto[19]

RESUMEN

El sistema de salud colombiano presenta una baja calidad tanto en el régimen subsidiado como en el contributivo. Esta problemática obedece a situaciones como la desfinanciación, la falta de personal médico, especialmente en áreas como urgencias y unidades de cuidados intensivos, así mismo la falta de acceso a ciertos medicamentos y tratamientos, especialmente aquellos que aún siguen siendo considerados como estéticos. El Gobierno nacional colombiano viene implementando una serie de mecanismos orientados a mejorar las falencias en el sistema de salud. Estas falencias en el sistema de salud constituyen una de las principales motivaciones de acciones de tutela y han sido objeto constante de revisión por la corte constitucional; sinembargo, las falencias persisten. La presente investigación se ocupa del interrogante ¿Cuáles son las principales falencias que existen en el sistema de salud colombiano? Esta investigación es de naturaleza socio-jurídica, tiene un enfoque de derechos humanos y entrega un diagnóstico de las fallas del sistema de salud colombiano. Asimismo, analiza las políticas que se han adoptado para disminuir los factores de desigualdad en los regímenes de salud subsidiado y contributivo. El enfoque es cualitativo debido a que se acerca al conocimiento de la realidad social a través del estudio del fenómeno, a partir de fuentes académicas, jurídicas y de las medidas que ha implementado el gobierno nacional. Las principales fallas detectadas son el desfinanciamiento, la corrupción, la tercerización laboral del personal médico, la existencia de prácticas de integración vertical y la falta de cobertura que conduce a que usuarios del sistema de salud deban ser atendidos en entes territoriales distintos a donde residen.

PALABRAS CLAVE: Sistema de salud, régimen contributivo, régimen subsidiado, derechos fundamentales, cobertura en salud, políticas públicas.

18 Estudiante de la Facultad de Derecho sede Campus de la Universidad Militar Nueva Granda, miembro del semillero de investigación en Derechos Humanos Ubuntu. correo: est.luis.ayerbe@unimilitar.edu.co

19 Estudiante de la Facultad de Derecho sede Campus de la Universidad Militar Nueva Granda, miembro del semillero de investigación en Derechos Humanos - Ubuntu. correo: est.maria.collazos@unimilitar.edu.co

INTRODUCCIÓN

El Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) de Colombia fue creado en el año de 1993 (Ley 100). Los sistemas de salud se basan en entidades públicas y privadas en las cuales las principales fuentes de financiación son cotizaciones de trabajadores y empleadores, que financian el régimen contributivo y los impuestos obtenidos y generados en los recursos fiscales que contribuyen económicamente al régimen subsidiado. Dentro del sistema de salud se encuentran las EPS e IPS, estas últimas tienen la función de prestar el servicio y entregar los medicamentos establecidos y que cubre el Plan Obligatorio de Salud -POS.

Este trabajo describe la estructura del sistema de salud colombiano, así como los factores que conllevan a que exista una desigualdad entre el régimen subsidiado y contributivo. Esto se realiza con el fin de demostrar de que si existe un desbalance que ha conllevado a que se vulneran algunos derechos humanos de los afiliados. Esta descripción de cada factor se realizó mediante la investigación de bases académicas y artículos científicos centrados en los distintos percances, ventajas, desventajas, problemáticas que ha atravesado y atraviesa el sistema de salud colombiano.

Esta investigación tiene por objetivo general analizar las falencias que existe en el sistema de salud colombiano entre los regímenes subsidiado y contributivo. El documento se divide en tres partes. En la primera se describe la estructura del sistema de salud colombiano. La segunda parte se ocupa de identificar las principales falencias de dicho sistema de salud. La tercera plantea posibles soluciones a las falencias que presenta el sistema de salud colombiano.

1. ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO

El Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) es la organización de instituciones que el Estado colombiano propuso para garantizar el servicio y el derecho a la salud de cada ciudadano. Este sistema cuenta con unos parámetros legales establecidos en la Ley 100 de 1993, en la Ley 1122 de 2007, en la Ley 1438 de 2011 y el Decreto 780 de 2016

El sistema de salud en Colombia está compuesto por un amplio sector de seguridad social financiado con recursos públicos y un decreciente sector privado. Su eje central es el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). La afiliación al sistema es de carácter obligatorio y se realiza en cada una de las entidades promotoras de salud (EPS), públicas o privadas, que reciben las cotizaciones y, a través de las instituciones prestadoras de servicios (IPS), ofrecen el Plan Obligatorio de Salud (POS) o el POS-S para los afiliados al régimen subsidiado (RS).

El sistema en salud en Colombia se compone de tres entes:

El estado (Gobierno): actúa como ente de coordinación, dirección y control. Sus organismos son: El Ministerio de la Salud y Protección Social (Colombia).

Los aseguradores: Son entidades privadas que aseguran a la población, actúan como intermediarias de los recursos que entrega el estado en forma de prima cada año denominada

Unidad de Pago por Capitación -UPC-. Son las entidades promotoras de salud (EPS) y las administradoras de riesgos laborales (ARL).

Los prestadores: son el Instituto prestador de salud (IPS), son los hospitales, clínicas, laboratorios, etc. Que prestan directamente el servicio a los usuarios y aportan todos los recursos necesarios para la recuperación de la salud y la prevención de la enfermedad, los profesionales independientes de salud (médicos, enfermeros, etc.) y los transportadores especializados de pacientes (ambulancias)

En el Sistema general de Seguridad Social en Salud de Colombia las entidades encargadas administrar los riesgos que tengan que ver con salud por enfermedad general o por enfermedad de accidentes ocasionados en actividad laboral, son las siguientes:

Entidades promotoras de salud (EPS)

La función principal de las EPS es organizar y garantizar, la prestación de los servicios de salud que se encuentran en el POS (Plan Obligatorio de Salud) y son las responsables de la gestión de riesgos derivados de la enfermedad general o no ocupacional. Es posible vincularse a salud por medio de dos formas de aseguramiento, mediante el sistema del régimen contributivo y el de régimen subsidiado, en el contributivo se encuentran vinculados aquellos empleados y empleadores con capacidad de pago quienes hacen un aporte cada mes para salud y pensión.

En el régimen subsidiado se cobija a todas las personas pobres y vulnerables en donde los servicios de salud están amparados con los recaudos de solidaridad de los demás entes participantes en el sistema. La EPS contributiva o la EPS subsidiada son las responsables de la afiliación, el registro de los afiliados y el recaudo de sus aportes. Las EPS contratan los servicios de salud con las IPS (hospitales, clínicas, laboratorios, etc.). La Superintendencia de Salud define cuales organizaciones privadas califican como empresas promotoras de salud (EPS) basándose en ciertos criterios como lo son la infraestructura, capital, número de usuarios afiliados, funcionalidad y cubrimiento. Las EPS tienen la obligación de garantizar a sus afiliados el Plan Obligatorio de Salud y para cumplir con esa obligación deben conformar una red de servicios con sus propias instituciones de salud o contratando servicios con distintas empresas prestadoras de salud o IPS.

Administradoras de riesgos Laborales (ARL)

Son aquellas encargadas de cubrir los eventos que provienen de riesgos ocupacionales o de trabajo. Cada empleador tiene la obligación de afiliar a sus empleados a una ARL. El valor total del aporte le corresponde al empleador. Con esa afiliación se cubren todos los gastos de salud que ocasionen los accidentes o enfermedades laborales, así como el pago de los días por incapacidad. La atención de los accidentes o enfermedades será realizada por la EPS a la que se encuentre afiliado quien cobrará los gastos ocasionados a la ARL.

Financiación del Sistema

Las principales fuentes de financiación son:

- El Sistema General de Participaciones
- Los aportes de cada trabajador y empleador al régimen contributivo que también aporta a los sistemas de pensiones y riesgos profesionales.
- Explotación de los juegos de suerte y azar a cargo de la Empresa Territorial para la Salud (ETESA), además de la coparticipación que hacen otros recursos de menor cuantía.

Los aportes que hacen las personas al sistema, se evidencian principalmente a través de los regímenes contributivo y subsidiado.

Régimen Contributivo

Requiere del pago de cotizaciones de forma obligatoria para los asalariados y grupos de población con capacidad de pago con lo cual se extiende la protección al cónyuge o compañero(a), a los hijos menores de 18 y hasta los 25 años, si son estudiantes de tiempo completo o presentan alguna discapacidad.

Vinculación través de contrato laboral, servidores públicos, pensionados y jubilados y trabajadores independientes con capacidad de pago.

La cotización establecida por la Ley 100 pero ajustada por la Ley 1122 de 2007, corresponde al 12,5% del ingreso base de cotización, que no podrá ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente, siendo previsto en su totalidad directamente por el trabajador independiente y por los pensionados o en el caso de un trabajador asalariado, por el empleado (que aporta el 4%) y su empleador (que contribuye con el 8,5%).

Aquellas personas que cuenten con ingresos superiores a dos salarios mínimos legales mensuales, contribuyen además con medio punto adicional como solidaridad con el régimen subsidiado, a través de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA.

Régimen Subsidiado

Aquellas personas sin capacidad de pago y aquellas que no tienen suficiente para pagar cotizaciones obligatorias (personas que ganan menos de dos salarios mínimos), son ubicados y seleccionados mediante la aplicación de la encuesta socioeconómica (SISBEN).

Estas encuestas las aplican entidades territoriales, para verificar que estas personas cumplen con requisitos que les permite recibir subsidios totales o parciales del régimen subsidiado para ellos y sus familiares.

Esta afiliación se financia mediante aportes del estado como fuente principal y de manera complementaria con transferencias reglamentadas de solidaridad del régimen contributivo.

2. FALENCIAS EN EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO

El sistema de salud lleva varios años dentro de una crisis. Innumerables intentos para poner orden han resultado fallidos. El último capítulo, además, invoca un espíritu de linchamiento sobre las EPS, muy alentado desde algunos gremios y organismos de control del Estado, bajo la tesis de atacar la corrupción, aquel cáncer nacional.

Es un argumento válido pero sesgado, ya que, como evidencian las noticias de los últimos días y la historia del sector, la corrupción no es exclusiva de las EPS, ni del sector de la salud. Al final, las corruptas no son las empresas, sino las personas que las dirigen. Es evidente que el sistema tiene muchos aseguradores que no merecen ese nombre. Pocos están protegiendo a sus afiliados con ética y responsabilidad. Pero de ellos no se aprende.

La Ley 100 de 1993 ha sido la única en el mundo que ha movido dos controles simultáneamente: el aseguramiento de toda la población y la transformación completa del sistema de los hospitales. Se esperaba que, usando eficientemente los recursos existentes, se lograría que todos los colombianos accedieron a los servicios, justificado en el objetivo final de generar equidad en salud en un país tan desigual como lo es Colombia.

Sinembargo, antes del año 1993, el sistema era bastante inequitativo: cubría el 74,3% de las necesidades de atención médica de los más adinerados. En contraste, solamente el 16% de las personas de escasos recursos lograban acceder a los servicios médicos. De acuerdo con la Encuesta Calidad de Vida 2010, la cobertura actual de servicios médicos es 71% y 83%, respectivamente. El esfuerzo valió la pena.

Lo anterior también explica un primer gran problema del sistema vigente: la demanda desbordó completamente a la oferta. De un 20% de asegurados en 1990, pasamos al 92% en 2012. La tasa de hospitalización es más parecida a la de un país europeo que a los países latinoamericanos, y es prácticamente igual para ricos y pobres. La provisión de medicinas creció del 53% de las fórmulas en 2003, al 79% en 2010. La diferencia se llama régimen subsidiado, o "el Sisbén", como coloquialmente se conoce la población.

El segundo problema es que el sistema está gravemente desfinanciado. El Gobierno cuenta solamente con $28 billones para financiar la salud; $600.000 pesos por colombiano al año. El resto es gasto de la población, por fuera del sistema.

El tercer problema es una profunda divergencia de objetivos. Esto ha ocasionado, un profundo daño a su aceptación por parte de la población y la incredulidad sobre la capacidad de los gobiernos para regular. La respuesta del Estado ha sido errónea y se ha orientado a incentivar el sobreconsumo a través de decisiones judiciales y normas antitécnicas que conducen a lo que los expertos en seguros denominan "consumo desproporcionado" : el de servicios de salud es un mercado único, donde el Gobierno, como comprador de aseguramiento, impone el precio (UPC), define las características del producto (POS) y transfiere el riesgo. Todo ello sin información suficiente, después de 20 años. Como respuesta al desfinanciamiento, desde

EPS, IPS y proveedores se ha impuesto una feroz cacería por rentas para mantener su sostenibilidad, a través de diferentes mecanismos, como los recobros y el no pago de los servicios prestados. Ese sí es el mercado salvaje, donde todos pierden, no el mercado regulado y transparente que debía existir.

La población colombiana tiene varios tipos de enfermedad, especialmente concentrada en los más pobres y los residentes de las regiones del país que no se han integrado al desarrollo, en donde los indicadores de desnutrición y mortalidad infantil triplican los promedios nacionales.

La solución más simple parece ser cerrar las EPS. El equilibrio en el sistema de salud es precario. Las necesidades siempre superan los recursos disponibles: humanos, financieros e institucionales. El bien común debe reorientar los objetivos políticos y gremiales. Se debe superar la ruleta rusa de sus agendas públicas, en donde se anteponen los intereses. Estamos arriesgando a la población colombiana a retroceder a ese pasado en que los médicos aceptaban que los pacientes tendrían un destino diferente en los hospitales "de caridad", porque no tenían la posibilidad de pagar los medicamentos y procedimientos que les debían haber salvado la vida.

REGULACIÓN JURIDICA EN MATERIA DE SALUD

El marco jurídico sobre el sistema de seguridad social en salud en Colombia contempla normas y leyes que a continuación abordaremos. Comenzaremos con la más importante, la Ley 100 de 1993 que a partir de su Libro II nos menciona todo lo referente a la salud. Comprende el objeto, los principios, los integrantes, funciones, características entre otras cosas sobre el sistema de salud.

A partir del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 se describe los dos tipos de participantes dentro del sistema de salud: los afiliados mediante el régimen contributivo y los afiliados al régimen subsidiado.

Los afiliados al régimen contributivo son las personas que se encuentran vinculadas a través de contrato laboral, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Las personas afiliadas al régimen subsidiado son la población más pobre y vulnerable del país en el área rural y urbana, y dentro de este grupo tienen vital importancia las personas que son madres en estado de embarazo, parto, postparto y período de lactancia, mujeres cabeza de familia, niños menores de un año, menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, personas mayores de 65 años, campesinos, comunidades indígenas, trabajadores, profesionales independientes. artistas, deportistas, periodistas independientes, maestros de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

En el capítulo II, De los Afiliados al Sistema, la Ley 100 de 1993 en el artículo 159 establece:

Garantías de los afiliados. Se garantiza a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:

1. La atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud del artículo 162 por parte de la entidad promotora de salud respectiva a través de las instituciones prestadoras de servicios adscritas.
2. La atención de urgencias en todo el territorio nacional.
3. La libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley.
4. La escogencia de las Instituciones Prestadoras de Servicios y de los profesionales entre las opciones que cada Entidad Promotora de Salud ofrezca dentro de su red de servicios.
5. La participación de los afiliados, individualmente o en sus organizaciones, en todas las instancias de asociación, representación, veeduría de las entidades rectoras, promotoras y prestadoras y del Sistema de Seguridad Social en Salud."

De esta forma, el gobierno intenta entregar al usuario una serie de garantías mínimas para la pronta atención en centros médicos, la entrega de medicamentos y la libre de escogencia a la EPS e IPS en la cual desea estar afiliado.

Ahora bien, el artículo 162 de la mencionada ley explica el Plan Obligatorio de salud POS y qué beneficios entrega. El cual menciona que: "Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan. (art. 159, ley 100, 1993)

Además, menciona que para las personas afiliadas al régimen contributivo el contenido del POS será contemplado por el decreto-ley 1650 de 1977 y para los afiliados del régimen subsidiado el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud deberá diseñar un programa para que sus beneficiarios alcancen en Plan Obligatorio de Salud del Sistema contributivo.

La corte constitucional también se ha pronunciado acerca de los derechos que tiene cada persona en ambos regímenes en el momento de escoger su EPS y que estas cumplan con garantías para prestar un buen servicio. Ha dicho que:

> SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Libre escogencia de entidades que prestan el servicio
>
> En el marco jurídico desarrollado por la Ley 100 de 1993, y de acuerdo con los principios generales consagrados en la Constitución Política, el artículo 153 se ocupa de regular los principios especiales que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Uno de tales principios es el de la "libre escogencia", en virtud del cual se permite la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y

> prestación de los servicios de salud, y se asegura a los usuarios libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de los servicios de salud, de acuerdo con las condiciones de oferta de servicios; con lo cual, a través de dicho principio se garantiza el derecho de los afiliados al SGSSS de elegir libremente la entidad que estará a cargo de atender sus requerimientos en salud. (Sentencia T-011, 2004)
>
> Aun cuando el ejercicio del derecho a la "libre escogencia" se encuentra sometido al cumplimiento de las condiciones previstas. Dichos condicionamientos no resultan exigibles en aquellos casos en que exista "una mala prestación o suspensión del servicio", configurando estas dos situaciones una excepción a la regla. Bajo este entendido, la ineficiencia en la prestación de los servicios de salud requeridos por el usuario o su suspensión injustificada, le permiten a este ejercer legítimamente y sin limitaciones su derecho a la "libre escogencia", es decir, adoptar en cualquier tiempo la decisión de cambiar la entidad promotora de salud. Ello, en el entendido que con dicha prerrogativa se busca preservar la vida y la salud del afiliado en condiciones dignas y justas. Dentro de las razones que llevan a los usuarios del sistema a cambiar de E.P.S. o A.R.S, está entonces la de obtener la prestación de un buen servicio de salud, que garantice su bienestar físico y mental, y una subsistencia en condiciones dignas y justas. (Sentencia T-011,2006)

De esta forma, la ley ha otorgado a los colombianos derechos y garantías sobre el servicio de salud con el objetivo de que no tengan problema en acceder a este tanto por dificultades económicas o en acceder al servicio.

De esta forma la Ley otorgó a los usuarios la libertad de elegir la Empresa Promotora de Salud cuyas características llenen de la mejor manera sus expectativas. I igual que el derecho a escoger IPS y los profesionales de su mayor gusto. Adicionalmente se estableció la prohibición de que las Empresa Administradoras de Planes de Beneficios no pueden presionar u obligar al beneficiario a seleccionar un especifico prestador.

La Resolución 13437 de 1991, que trata sobre el Decálogo de los derechos de los pacientes, señala entre otros aspectos que todo paciente debe "ejercer sin restricciones su derecho a elegir libremente al médico y en general a los profesionales de la salud, como también a las instituciones de salud que le presten la atención requerida, dentro de los recursos disponibles del país."

El Gobierno Nacional presentó un proyecto de ley que propuso un nuevo modelo de salud, redefiniendo la organización del Sistema de Salud. En Bogotá (D.C.) El 16 de febrero de 2015, luego de su trámite en el Congreso de la República y del control previo en la Corte Constitucional, el presidente para ese entonces, Juan Manuel Santos Calderón y el ministro Alejandro Gaviria Uribe sancionaron la Ley Estatutaria de Salud, que convierte a la salud en un derecho fundamental autónomo.

Se especifico que la prestación en el servicio de urgencias es de carácter obligatorio, no requiere autorización, tampoco pertenecer a una especifica EPS o estar afiliado a alguna de estas. El proyecto de ley ordinaria mantiene los logros que se lograron alcanzar con la Ley 100: cobertura de salud para todos los ciudadanos colombianos y protección financiera de los hogares, de manera que nadie se encuentre en la pobreza cuando padezca alguna enfermedad de riesgo común o de actividad laboral.

CONCLUSIONES

Uno de los principales factores de desigualdad que encontramos en esta investigación es el desfinanciamiento que hay en el régimen subsidiado de salud ya que en el régimen contributivo se financia con las cotizaciones que realizan los empleadores y trabajadores para que ellos reciban un buen servicio de salud en caso de accidente laboral o patología de riesgo común, sinembargo, el sistema subsidiado se financia con lo que entrega el estado anualmente que serían aproximadamente $600.000 pesos por afiliado, y el resto lo tiene que cubrir dicha persona, entonces es un gasto más que se le suma a la economía al ciudadano subsidiado de bajos recursos.

La Ley 100 de 1993 ha sido la única en el mundo que ha movido dos controles simultáneamente: el aseguramiento de toda la población y la transformación completa del sistema de los hospitales. Se esperaba que, usando eficientemente los recursos existentes, se lograría que todos los colombianos accedieron a los servicios, justificado en el objetivo final de generar equidad en salud en un país tan desigual como lo es Colombia. A pesar de esto, frente al tema de los dineros que reciben las EPS, se evidencio que el problema no se encuentra en estas, sino en los funcionarios que las administran, pues la corrupción ataca notablemente la prestación del servicio público de salud.

Frente a lo explicado en este documento, la ley 100 no cumple con todos los objetivos que se establece en la norma, puesto que, las personas con escasos recursos son las que más sufren de enfermedades como lo son la desnutrición y esto se evidencia en las cifras de mortandad anuales en Colombia, y se afirma que estas personas no se encuentran siquiera afiliadas al régimen subsidiado de salud.

Como soluciones en primera medida el gobierno ha buscado hacer cambios en la ley 100, cono lo fue establecer la salud como un derecho fundamental autónomo, y en segundo lugar hay que implementar la garantía a la atención de las necesidades de salud en los departamentos bajo su propia red de atención de cada régimen en el mismo ente territorial, y eliminar la práctica de contratar servicios de atención de salud en entes territoriales distintos a donde reside el afiliado.

REFERENCIAS

Bernal-Acevedo, O., & Forero-Camacho, J. C. (2011). *Sistemas de información en el sector salud en Colombia*. Revista Gerencia y Políticas de Salud, 10(21), 85-100.

Bottia, M., Sosa, L. C., & Medina, C. (2012). *El SISBEN como mecanismo de focalización individual del régimen subsidiado en salud en Colombia: ventajas y limitaciones.* Revista de Economía del Rosario, 15(2), 137-177.

Calderón, C. A. A., Botero, J. C., Bolaños, J. O., Martínez, R. R. (2011). *Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas.* Ciência & Saúde Coletiva, 16, 2817-2828.

Carolina D, Castelblanco C, Vélez C. (2018). *Sistema de salud en Colombia, visto desde un modelo de múltiples lados.* Revista Divergencia. oct;103–10.

Gallor Linares LM, Hernández Monroy DA, Nieto Vanegas JA (2017). *Explicación y Análisis del Sistema De Seguridad Social En Salud En Colombia.* Revista Digit ISOCUANTA. 2(2145–1419):12.

Ministerio de salud (2007). *Circular externa 53 de 2007*. Recomendación para concertar la Distribución del Gasto en Salud de la UPC del Régimen Subsidiado.

Pinilla, K. F. (2010). *La competencia regulada en el sistema de salud colombiano.* Lebret, (2), 73-99.

Ruiz, Gómez, Fernando. (2012). *Los tres males del sistema de salud.* Artículo de opinión – Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.

Sánchez Amorocho, C. E. (2017). *Desigualdades en salud entre regímenes subsidiado y contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia* (Master's thesis, Maestría en Salud Pública).

Suárez-Rozo, L. F., Puerto-García, S., Rodríguez-Moreno, L.M., Ramírez-Moreno, Jaime. (2017). *La crisis del sistema de salud colombiano: una aproximación desde la legitimidad y la regulación.* Revista Gerencia y Políticas de Salud, vol. 16, pp. 34-50. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

Vargas-Lorenzo, I., Vázquez-Navarrete, M. L., Mogollón-Pérez, A. S. (2010). *Acceso a la atención en salud en Colombia.* Revista de salud pública, 12, 701-712.

IMPACTO DE LA PANDEMIA EN LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN COLOMBIA[20]

Jessica Lorena Gómez Sánchez[21]

RESUMEN

La violencia de género constituye una violación a los derechos humanos, en especial a la igualdad, a la vida y a la libertad, siendo una problemática estructural que responde a patrones históricos y culturales asociados al patriarcado. Con el advenimiento de la pandemia causada por el Covid-19 buena parte de la población colombiana se ha visto obligada a permanecer en confinamiento, en muchos casos agudizando problemáticas económicas y familiares preexistentes. La pregunta de investigación de la que parte este trabajo es ¿de qué manera el confinamiento obligatorio causado por la pandemia ha impactado en la violencia contra las mujeres por razón del género? El objetivo principal es evaluar el impacto de la pandemia en la violencia contra la mujer en Colombia a través de un análisis estadístico del período 2015-2020. Para alcanzar el objetivo ya mencionado, se realizó una revisión documental y jurisprudencial, analizando las principales instituciones nacionales sobre la violencia de género en Colombia, tales como Forensis (Instituto Nacional de Medicina Legal y ciencias forenses); y SIVIGE (Sistema Integrado de información sobre violencia de género). Así mismo se realizó una encuesta virtual, a mujeres víctimas de violencia, sobre el conocimiento que tienen de los mecanismos de protección. Se encontró que entre las víctimas es frecuente la desinformación sobre los mecanismos que las protegen y la poca utilización de la denuncia.

PALABRAS CLAVE: Género, mujer, violencia, patriarcado, víctima.

IMPACT OF THE PANDEMIC ON VIOLENCE AGAINST WOMEN IN COLOMBIA

ABSTRACT

Gender violence constitutes a violation of human rights, especially equality, life and freedom, being a structural problem that responds to historical and cultural patterns associated with patriarchy. With the advent of the pandemic caused by Covid-19, a good part of the Colombian

20 Este capítulo es producto de la investigación formativa desarrollada por la autora en el marco de su trabajo en el semillero de investigación en Derechos Humanos Ubuntu liderado por la docente Adelaida Ibarra Padilla.

21 Estudiante de 5 semestre del Programa de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada sede Campus. Miembro del semillero de investigación Ubuntu. Correo Electrónico: est.jessica.gomez2@unimilitar.edu.co.

population has been forced to remain in confinement, in many cases exacerbating pre-existing economic and family problems. The research question from which this work starts is how has the mandatory confinement caused by the pandemic impacted on gender-based violence against women? The main objective is to evaluate the impact of the pandemic on violence against women in Colombia through a statistical analysis of the period 2015-2020. To achieve the aforementioned objective, a documentary and jurisprudential review was carried out, analyzing the main national institutions on gender violence in Colombia, such as Forensis (National Institute of Legal Medicine and forensic sciences); and SIVIGE (Integrated Information System on Gender Violence). Likewise, a virtual survey was carried out on women victims of violence, on their knowledge of the protection mechanisms. It was found that among the victims, ignorance of the mechanisms that protect them and the little use of the complaint are frequent.

KEYWORDS: Gender, woman, violence, patriarchy, victim.

INTRODUCCIÓN

La violencia de género constituye una violación a los derechos humanos, y abarca todo acto de violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer que tiene como resultado un daño físico, sexual o psicológico, incluyendo amenazas, coacción o privación de la libertad. La OMS (2017) informa que una de cada tres mujeres en el mundo ha sido víctima de violencia en cualquiera de sus tipos, como: sexual, física, psicológica e infligida por otra persona. Un gran número de los casos corresponden a agresiones por parte de la pareja. El derecho de las mujeres a vivir sin violencia está consagrado en una pluralidad de instrumentos internacionales que han sido integrados al ordenamiento jurídico colombiano por medio del bloque de constitucionalidad.

En Colombia la violencia contra la mujer tiene un recorrido histórico de gran importancia. Anteriormente no se protegían los derechos de las mujeres ni se reconocía como ciudadana. En la constitución de 1886 solo se reconocía como ciudadanos a los hombres alfabetos y poseedores bienes, la mujer no era reconocida como tal y no contaba con facultad de elegir ni ser elegida, y a partir del matrimonio era su esposo quien administraba sus bienes.

A partir del siglo XX, se protegen los derechos de la mujer en el país a través de cambios legislativos que dieron a una mayor equidad entre hombres y mujeres. En 1932 se le otorgó a la mujer la capacidad que perdía al casarse, es decir, la potestad suprema de su esposo. En 1957 se le otorga a la mujer el derecho a ser ciudadana: a elegir y ser elegida. Con la ley 20 de 1974 se delimitó la patria potestad a ambos cónyuges en la familia y se cambiaron las normas que daban poder únicamente al hombre. Con la constitución de 1991 se prohíbe cualquier forma de discriminación en la sociedad colombiana en razón del sexo o etnia. La ley 1257 de 2008 registró por primera vez explícitamente en la legislación colombiana la identificación de las violencias contra las mujeres por el hecho de ser mujeres. Esta ley añade los conceptos de

daño y sufrimiento en los campos sicológico, físico y sexual, así como el daño patrimonial y el daño económico (García, Y. 2011)

Durante el confinamiento causado por el covid-19, según la fiscalía, las llamadas a la línea de atención 155 aumentaron en un 112%. El observatorio colombiano de las mujeres al analizar el número de llamadas de 2019 y 2020, evidenció que en el año 2019 se recibieron 602 llamadas efectivas en promedio 55 diarias y en el periodo de 2020 se recibieron 1.221 en promedio 111 diarias, es decir, que el aumento es significativo. De lo anterior, surge la formulación del problema; ¿de qué manera el confinamiento obligatorio causado por la pandemia ha impactado en la violencia contra las mujeres por razón del género?

El objetivo principal de esta investigación es evaluar el impacto de la pandemia en la violencia contra la mujer en Colombia. Para alcanzar este objetivo se realizó una revisión documental, analizando las estadísticas de las principales instituciones nacionales sobre la violencia de género en Colombia, tales como Forensis (Instituto Nacional de Medicina Legal y ciencias forenses); y SIVIGE (observatorio Nacional de Violencia de Género). Se aborda un estudio doctrinal y jurisprudencial de la violencia contra la mujer en Colombia, seguido de un análisis de la encuesta virtual realizada, para determinar qué tanto conocen las mujeres víctimas de violencia sobre los mecanismos de protección. La investigación busca proporcionar información que será útil para la comunidad académica en pro de propuestas más efectivas, que permitan el mejoramiento de programas y políticas contra la violencia contra la mujer.

La investigación tiene un enfoque mixto. Es cuantitativo porque estudia datos numéricos debido a que permite un acercamiento al registro que se obtiene por años, analizando a profundidad el aumento y/o disminución de la violencia contra la mujer en nuestro país, y es cualitativo porque estudia datos, el comportamiento, efectos durante la pandemia y conocimiento que tienen las mujeres sobre los mecanismos de protección en caso de ser víctima de violencia. Tiene un alcance descriptivo toda vez que busca analizar las propiedades y rasgos importantes de la violencia contra la mujer. De igual manera, se identificaron los factores relevantes que intervienen en el fenómeno, y su conexión con las estadísticas.

El documento se encuentra dividido en cuatro partes. La primera consiste en una revisión doctrinal y jurisprudencial de la violencia contra la mujer. La segunda presenta un análisis estadístico de la violencia contra la mujer del período 2015-2020. La tercera presenta los resultados de una encuesta a mujeres víctimas de violencia. Por último, se presentan las conclusiones.

1. ESTUDIO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Para abordar el fenómeno social relacionado a la violencia contra la mujer, es necesario conocer que el punto de inicio se remite a las Naciones Unidas (Conferencia de Beijing 1995) en la cual se define “violencia contra la mujer como cualquier acto basado en el género que resulte en daños psicológicos, sexuales, físicos, incluyendo amenazas”. Ello refiere a cualquier actuación que, fundamentada en dogmas, cree un desequilibrio en las relaciones

entre hombres y mujeres, que someta a esta última a diversas formas de violencia, con el objetivo de sustentar y replicar dicha jerarquía social. (de Alencar Rodriguez , 2012)

En el estudio histórico del confinamiento desde una perspectiva de género hay que tener en cuenta que cualquier confinamiento ya sea por motivos económicos, políticos o sanitarios, afecta a la sociedad en general como en el caso de la pandemia causada por el covid-19, agudizando problemas sociales ya existentes. Desde el comienzo de la pandemia los datos internacionales y nacionales señalan que la violencia contra las mujeres y las niñas se ha intensificado en todo el mundo debido al confinamiento familiar. Los principales factores que contribuyen al aumento de la violencia desde el comienzo del confinamiento son: "preocupaciones económicas, sanitarias y de seguridad, condiciones de vida limitadas, aislamiento con los maltratadores, restricciones de movimiento o espacios públicos desocupados" (ONU, 2020). De igual manera, el secretario general de Naciones Unidas, Antonio Guterres, manifestó que "para muchas mujeres y niñas, la mayor amenaza se cierne sobre ellas en el lugar en el que deberían sentirse más seguras: en su casa" (ONU, 2020). (Mateos, 2020).

Según Lagarde de los Ríos, *en Cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, presas y locas* (2005), para las mujeres existe un cautiverio natural previo a cualquier otro:

"El cautiverio caracteriza a las mujeres por su subordinación al poder, su dependencia vital, el gobierno y la ocupación de sus vidas por las instituciones y los particulares, y por la obligación de cumplir con el deber ser femenino, concretado en vidas sin alternativas" (Lagarde, 2005). Esto quiere decir, que las mujeres de forma genérica ya viven en cautiverio, y el confinamiento solo suma o intensifica más al que las mujeres están sometidas en su diario vivir, debido a que la misma sociedad acostumbró a las mujeres a una subalternidad sometiendo sus vidas a una sociedad clasista y patriarcal.

Según Miguel Lorente, en su artículo *Violencia de género en tiempos de pandemia y confinamiento*, el confinamiento:

"Crea las condiciones idóneas para que los elementos de la violencia de género se potencien: aísla aún más a las mujeres, aumenta el control por el medio de la clausura formal en el hogar, facilita la impunidad al aumentar las barreras para que las mujeres puedan salir de la violencia y crea un contexto que facilita el uso de cualquiera de sus formas ante el más mínimo estímulo" (Lorente, 2020).

En el conflicto armado colombiano, las mujeres han sido víctimas de violencia de género durante muchos años, en especial violencia física, psicológica y sexual donde muchas de estas mujeres han sido víctimas de prostitución forzada y embarazos tempranos claramente no deseados ocasionados por los distintos grupos al margen de la ley como las Farc y ELN-EP. De igual manera, el Estado colombiano ha reconocido a través de jurisprudencia que las mujeres colombianas están sometidas a muchos riesgos a causa del conflicto armado Colombiano durante la última década. (Quintero, 2016). Así mismo, en el conflicto armado, los actos de violencia sexual son considerados como crímenes de lesa humani-

dad, es por eso, que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda consideró como crimen de lesa humanidad la violación sexual, entendida como: "un atentado contra la seguridad de la mujer e incluyó el concepto del desnudo forzado y la penetración sexual por la fuerza" (Valdivia, 2018).

Es de importancia resaltar los avances jurisprudenciales que se han tenido a través de los años y los criterios de la corte sobre la protección efectiva de los derechos de la mujer y en especial de aquellas mujeres que sufren maltrato por parte de su pareja. Es así como en la sentencia T-382 de 1994 amparó los derechos a la vida, la integridad física, y el derecho de los niños de tener una familia, de una mujer que venía siendo agredida en el seno de su hogar por su pareja sentimental.

Para la Corte, la violencia de género "es un fenómeno fundado en factores sociales como la desigualdad y la discriminación de las mujeres y por ello una estrategia eficaz para erradicarla requiere de una respuesta integral del Estado, que comprenda no solo el ámbito penal, sino que incluya otras medidas jurídicas y sociales complementarias". La sentencia T-878 de 2014 , señaló que el Estado tiene obligaciones a la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra cualquier persona por razón de su género, analizando el caso de una mujer que había sido víctima de discriminación y de violencia para lo cual debe: "a) garantizar a todos y todas, una vida libre de violencia y discriminación por razón del sexo; b) prevenir y proteger a las mujeres y las niñas de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida en su contra; c) investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer".

La violencia doméstica para la Corte, "es aquella que se propicia por el daño físico, emocional, sexual, psicológico o económico que se causa entre los miembros de la familia y al interior de la unidad doméstica". Esta se puede dar por acción y omisión de cualquier miembro de la familia. Y la violencia sicológica "es la que se ocasiona con acciones u omisiones dirigidas intencionalmente a producir en una persona sentimientos de desvalorización e inferioridad sobre sí misma, que le generan baja de autoestima. Este tipo de violencia no ataca la integridad física del individuo sino su integridad moral y psicológica, su autonomía y su desarrollo personal y se materializa a través de constantes y sistemáticas".

La violencia contra la mujer en pareja únicamente no depende del machismo, sino del aprendizaje temprano de la aceptación de la violencia en general como forma de resolver problemas o de imponer voluntades. Este tipo de violencia se puede aprender desde la infancia en la familia, de forma directa (bofetones, maltrato psicológico) o de forma vicaria (peleas entre los padres, maltrato físico o psíquico entre ellos) o en el entorno social (peleas en la escuela, discriminación o discrepancias en las relaciones sociales). (Echeburúa, 2019). Para llegar a la violencia de pareja contra la mujer puede ser a través de distintos caminos como: la ira, celos, abuso del alcohol, drogas, falta de comunicación, falta de habilidad para solucionar problemas, descontrol en las relaciones de pareja, y el estrés. El

modelo propuesto por Farmer y Tiefenthaler (1997) señala que el cónyuge abusador ejerce violencia principalmente por medio de factores sicológicos, como la autoestima, subordinación de poder y la percepción de control (Rueda, 2011).

En la sentencia (T-012 de 2016), se señaló que las autoridades judiciales deben: "(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la re victimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres ".

Por su parte, la Corte Constitucional (SU-080-20) infiere que la violencia de genero implica 3 características; "El sexo de quien sufre la violencia y de quien la ejerce: la ejercen los hombres sobre las mujeres" determinado directamente que es un fenómeno que afecta por sobre todo a las mujeres. "La causa de esta violencia: se basa en la desigualdad histórica y universal, que ha situado en una posición de subordinación a las mujeres respecto a los hombres" reiterando la fundamentación dogmática anteriormente explicada, y "La generalidad de los ámbitos en que se ejerce: todos los ámbitos de la vida, ya que la desigualdad se cristaliza en la pareja, familia, trabajo, economía, cultura política, religión" con lo cual determina los diversos escenarios y situaciones, en las cuales se pueden presentar dichas actuaciones violentas o coercitivas contra las mujeres.

Las mujeres víctimas de violencia en primera media, antes de acercarse a cualquier entidad, deben acudir a las líneas de atención en las que se solicita acompañamiento previo en caso de estar en situación de vulnerabilidad y sufrir algún tipo de violencia por razón de género. Esto se hace para brindar mayor reacción de las autoridades en los casos de violencia contra la mujer, dando medidas preventivas donde la mujer puede llamar, denunciar e informar acerca de su situación con el fin de prevenir el feminicidio, el daño emocional y las afectaciones en salud. Las líneas a las que puede llamar son: 01-8000-112137- Línea púrpura Distrital "Mujeres que escuchan mujeres"; 155- Línea a nivel Nacional de Orientación a mujeres víctimas de violencias; 195- Línea Gral. De los trámites y servicios ofrecidos por la Alcaldía Mayor de Bogotá. Así mismo puede realizar la respectiva denuncia directamente en la fiscalía, o puede acercarse a: Unidades de Reacción Inmediata (URI); Salas de atención al usuario (SAU); Centro de atención e investigación Integral a las víctimas de De-

litos Sexuales (CAIVAS). Centro de atención Penal Integral a victimas (CAPIV). Por último, puede instaurar una acción de tutela cuando vea afectados sus derechos fundamentales.

2. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER DEL PERÍODO 2015-2020

Según medicina legal en Colombia los casos de violencia de género han incrementado de manera continua hasta el año 2019. Estas cifras revelan que los casos de violencia contra la mujer hasta el año 2019 habían aumentado cada año considerablemente, sinembargo, en el año 2020 hubo en descenso significativo por causa del confinamiento donde muchas mujeres tuvieron que estar encerradas junto a su pareja sentimental. Las conductas violentas basadas en el género son reflejo de patrones culturales y sociales que determinan una asignación específica de las funciones y el espacio social para cada género. Ello es problemático cuando a la mujer se le asigna un rol subordinado al cumplimiento de dicho parámetro social por medio de las diversas fuentes de violencia. Del estudio realizado se analizaron los siguientes resultados:

Ilustración 1 - Boletín Epidemiológico (elaboración propia)

La tabla 1 representa los casos reportados en el periodo 2015-2020 de violencia contra la mujer en Colombia. Según los casos reportados al SIVIGILA de los años de 2015 a 2019 se vino registrando un aumento significativo en los casos de mujeres víctimas de violencia reportando en 2015 (72.386), en 2016 (93.828), en 2017 (99.229), 2018 (109.470) y en 2019 un total de (128.340). Sinembargo en 2020, con la llegada del confinamiento causado por el covid-19 se registró un descenso de los casos reportados al SIVIGILA con un total 76.366 para el año 2020. Realizando un análisis comparativo: En cuanto a la violencia física sufrida por las mujeres en el año 2019 fue de 63. 573 y en 2020 39.058; en violencia sexual en el año 2019 fue de 34.161 y en el 2020 de 18.171; y en cuanto a la violencia psicológica en 2019 fue 10.031 y en 2020 de 6.128. De igual manera, es importante señalar

que aunque se vio una disminución de los casos reportados, las mujeres en los años 2019 y 2020 siguen siendo las principales víctimas de violencia por razón de género debido a que en 2019 fueron víctimas el 77,7% las mujeres y en 2020 77,0%.

La Fiscalía señala que en comparación al año 2019, en el 2020 entre marzo 25 a noviembre 13, incrementaron en 112% las llamadas realizadas a la línea 155 de atención a mujeres víctimas de violencias. Así mismo, que el descenso de casos se debe a que muchas mujeres se abstienen de reportar por factores como dependencia económica, dependencia emocional y miedo al agresor, teniendo en cuenta que, según la ONU, muchas mujeres colombianas durante el confinamiento perdieron su empleo y se vieron obligadas a depender de su pareja siendo esto una razón para no denunciar ni tomar medidas en caso de violencia.

3. ENCUESTA DEMOGRÁFICA PARA ESTUDIO DE MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA

Se realizó una encuesta a través de formulario google a 802 personas de Colombia con el fin de estudiar a las mujeres víctimas de algún tipo de violencia. La encuesta fue la siguiente: *https://forms.gle/geAcTnFHzaXvzBF78*

La primera pregunta, analiza cuántos hombres y cuántas mujeres respondieron la encuesta.

En total respondieron 802 personas, de las cuales 552 son mujeres y 250 son hombres. La encuesta está enfocada a analizar las mujeres víctimas de violencia, sinembargo, es de importancia evaluar el conocimiento que tienen las personas sobre los mecanismos de protección a las víctimas de violencia por razón de género.

En la segunda pregunta se estudia las distintas regiones del país de dónde realizaron la encuesta. Se evidenció gran participación de Norte de Santander y Santander del Sur, Bogotá y Cundinamarca. Se registró de la siguiente manera: Norte de Santander y Santander del sur 482 personas, Bogotá D.C. 177, Cundinamarca 59, Nariño 15, Tolima 3, Antioquia 15, Magdalena 7, Casanare 5, Quindío 3, Caquetá 9, Caldas 10, Valle del cauca 11, y Arauca 6.

En la tercera pregunta se analizó el estrato socioeconómico, teniendo como resultado: De los encuestados 79 personas pertenecen al estrato1, 218 personas al estrato 2, 352 al estrato 3, 103 personas al estrato 4, 43 personas al estrato 5 y 7 personas al estrato 6.

En la cuarta pregunta:

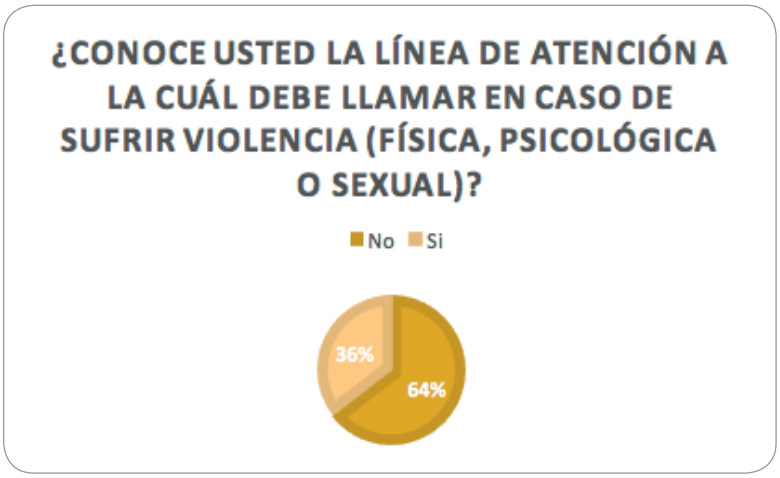


Ilustración 2. Conocimiento de las líneas de atención. (Elaboración propia)

Se realizó esta pregunta con el fin de estudiar si las personas encuestadas conocían las líneas de atención en caso de sufrir violencia Física, psicológica o sexual tenido como resultado que; no el 64,5%, es decir, 517 personas no saben a dónde llamar y que si conocen el 35,5%, es decir, 285 personas. En la quinta pregunta: ¿A dónde se dirigiría en caso de sufrir violencia por razón de género por parte de su pareja sentimental? Se obtuvo como resultado lo siguiente; NO saben: 215; Donde un familiar (Hermana, padres, primos): 77; Un psicólogo: 9; Policía Nacional: 289: Comisaría de familia: 74; Fiscalía: 102; Hospital: 15; Secretaría de la mujer: 2; Bienestar familiar: 8; No hacen nada: 9; Consultorio Jurídico: 2.

Ahora bien, a partir de la sexta pregunta, analizo únicamente las mujeres víctimas de violencia debido a que son las más afectadas por la violencia de género. Teniendo como resultado lo siguiente:

De las encuestadas, 202 mujeres han sido víctimas de algún tipo de violencia. En la séptima pregunta en cuánto a: Si su respuesta a la pregunta anterior fue afirmativa, ¿Realizó usted la respectiva denuncia?, sólo 60 mujeres de las 202 mujeres que han sufrido algún tipo de violencia, han denunciado a su agresor. En la octava pregunta: ¿Ha perdonado al maltratador(a) y continuado la relación con este(a)? Se obtuvo como resultado de las 202 mujeres víctimas de violencia 136 han perdonado a su maltratador y continuado con la relación. Esto se realizó con el fin de llegar al fondo de la problemática.

CONCLUSIONES

De las estadísticas analizadas se encontró como resultado la deficiencia de la atención inmediata y la desinformación por parte de las víctimas y de los que no han sido víctimas debido a que solo 285 personas de 802 encuestados conocen las líneas de atención. Además, según las encuestas, solo 60 personas de 202 mujeres han denunciado a su agresor, es decir, hay

poco uso de los mecanismos de protección de las víctimas de violencia por razón de género.

De acuerdo Sistema Integrado de información sobre violencia de género en 2019 se reportaron más casos que en el 2020, sinembargo, la fiscalía señala que las líneas de atención estuvieron saturadas durante el confinamiento por llamadas de atención a mujeres víctimas de violencia, a esto se le suma, que pocas mujeres reportaron y solicitaron ayuda por temor a su agresor y/o por dependencia económica y emocional. La pandemia en la violencia contra la mujer ha impactado de forma negativa debido a que se intensificó la dependencia económica, el miedo a la pareja, el poco uso de los mecanismos que protegen a las víctimas de violencia y un mayor vacío en el reporte de los casos. Por último, se comprueba la teoría de la OMS (Organización mundial de la salud) que una de cada tres mujeres a nivel mundial ha sufrido algún tipo de violencia, ya que, según la encuesta realizada de 552 mujeres 202 han sufrido violencia por razón de género en nuestro país, es decir, 1 de cada 3 mujeres.

REFERENCIAS

Corte constitucional . Sala plena. (25 de febrero de 2020). *Sentencia SU 080*. {MP José Fernando Reyes}.

Corte Constitucional. Sala primera de revisión. (28 de marzo de 2017). *Sentencia T 184*. {MP Maria Victoria Calle Correa}.

Corte Constitucional. Sala sexta de revisión. (15 de diciembre de 2014). *Sentencia T* 967. {MP Gloria Stella Ortiz Delgada}.

Corte Constitucional. Sala Novena de revisión. (22 de enero de 2016). *Sentencia T* 012. {Mp. Luis Ernesto Vargas}

De Alencar Rodriguez , R. (2012). *Violencia de género en la pareja: una revisión teórica.* Barcelona: Psico. Recuperado el 10 de Octubre de 2020, de https://core.ac.uk/download/pdf/132083860.pdf

Echeburúa, E. (2019). *Sobre el papel del Género en la violencia de pareja contra la mujer.* España: Anuario de psicología jurídica. Universidad del País Vasco. Págs. 77-79.

García, Y., varios. (2011). *Violencia de género desde el año 2008 hasta el año 2011 en Colombia y su incidencia en la ciudad de Pereira.* Universidad Libre. Pereira. Págs. 11-15.

Lagarde, M. (2005). *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.

López, C., Canchari, R., & Sánchez, E. (2017). *De género y guerra: nuevos enfoques en los conflictos armados actuales*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Tomo III. Págs. 1-33.

Lorente, M. (2020). *Violencia de género en tiempos de pandemia y confinamiento.* Revista Española de Medicina Legal. Volumen 46. pp. 139-145

Mateos, C. (2020). *La pandemia en la sombra. Mujeres víctimas de violencia de género confinadas frente a una doble amenaza en la Covid-19.* Ediciones complutenses. Pág. 1-13

ONU (2020): *Declaración entre organismos sobre la violencia contra las mujeres y las niñas en el contexto de la COVID-19.* Disponible en: https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/news%20and%20events/__stories/2020/inter-agency-statement-vawandcovid_es.pdf?la=es&vs=1700

Padilla, A. E. (2014). *¿Por qué los derechos de la mujer Colombiana continúan siendo vulnerados en la actualidad?* Recuperado de: http://hdl.handle.net/10654/13556

Perojo, V. (2013). *La violencia contra la mujer: abordaje en profesionales de la atención primaria desde una perspectiva bioética.* Cuba, Escuela Nacional de salud pública. Págs. 395-405.

Peyrú, G. (2019). *Catalizadores de la violencia de género: Mujeres en riesgo.* Bogotá: Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia. Págs. 15-30

Poveda, M. (2017). *Mecanismos y recursos jurídicos de la mujer víctima de violencia en Colombia.* Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. Págs. 50-100

Quintero, A. M. (2016). *Violencia de género en el conflicto armado.* Recuperado de: http://hdl.handle.net/10654/14738.

Rozo, Lizeth.(2020). *Herramientas para el mejoramiento del conocimiento em materia de Derechos Humanos.* Bogotá; Universidad Militar Nueva Granada. Págs. 24-74. Recuperado de: https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/37822

Rueda, L. (2011). *La violencia sicológica contra las mujeres en Colombia.* Revista de economía del Rosario. Págs. 1-25.

Ruiz, E. J. (2015). *Efectividad de las medidas de protección para proteger de la violencia intrafamiliar a la mujer.* Recuperado de: http://hdl.handle.net/10654/6625.

Sánchez, M. (2012). *Violencia contra la mujer: La perspectiva de género en las decisiones judiciales.* Cuaderno venezolano de sociología Nº 21. Págs. 1-18.

Sistema Integrado de información sobre violencia de género. (2015-2020). Número de casos reportados al Sivigila. Obtenido de: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0NTA4NmEtMjdiYi00MmUyLWE4Y2YtMGU4NzYxNTBhY2EwIiwidCI6ImE2MmQ2YzdiLTlmNTktNDQ2OS05MzU5LTM1MzcxNDc1OTRiYiIsImMiOjR9

United Nations. (2010). *Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer.* New York : United Natios publications. Disponible en : http/search.ebscohost.com.ezproxy.umng.edu.co/login.asp?direct=true&db=nlebk&AN=856152&site=ehost-live.

Valentin, R. (2011). *La violencia doméstica en la mujer de la edad mediana.* Revista cubana de obstetricia y ginecología. Págs. 367-374. Disponible en: http://search.ebschohost.com.ezproxy.umng.edu.co/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=67674605&site=ehost-live.

Valdivia, V. (2008). *La violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos.* Derecho PUC. Págs. 81-110. Disponible en: http://search.ebsohost.com.ezproxy.umng.edu.co/logis.aspx?direct=true&db=a9h&AN=40096794&site=ehost-live

IMPLEMENTACION DEL PUNTO NACIONAL DE CONTACTO EN COLOMBIA

Andrés David Jiménez Rodríguez[22]

RESUMEN

En mayo de 2011 se actualizaron la directrices de la OCDE para empresas multinacionales con el fin de otorgar lineamientos por parte de los gobiernos hacia las empresas para generar una conducta empresarial responsable de acuerdo al contexto global, las mencionadas directrices guardan respaldo en los puntos nacionales de contacto (en adelante PNC), que son mecanismos constituidos por los gobiernos de los diferentes estados adherentes con el fin de promover y garantizar el cumplimiento de estas por lo tanto estos mecanismos extrajudiciales guardan una gran importancia para el cumplimiento de los principios de la OCDE y la garantía de derecho fundamental del acceso a la justicia y la remediación integral de los daños que se puedan ocasionar por el incumplimiento de los mencionados principios, por lo tanto se va a dilucidar como ha sido la implementación de este mecanismo en Colombia y cual ha sido su eficacia de acuerdo al marco internacional y las instancias específicas que se han presentado.

IMPLEMENTATION OF THE NATIONAL POINT OF CONTACT IN COLOMBIA

ABSTRACT

In May 2011 the OECD guidelines for multinational companies were updated in order to provide guidelines by governments towards companies to generate responsible business conduct according to the global context, the aforementioned guidelines are supported in the national points of contact (hereinafter PNC), which are mechanisms established by the governments of the different adhering states in order to promote and guarantee compliance with these, therefore these extrajudicial mechanisms are of great importance for compliance with the principles of the OECD and the guarantee of the fundamental right of access to justice and the comprehensive remediation of the damages that may be caused by the breach of the aforementioned principles, therefore it will be clarified how the implementation of this mechanism has been in Colombia and what has been its effectiveness according to the international framework and the specific instances that have been entrant.

---

22 Estudiante de la Universidad Militar Nueva Granada, Facultad Derecho, Miembro activo del semillero de Derechos Humanos y Empresas.

LAS LÍNEAS DIRECTRICES DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO

Después acabada la segunda guerra mundial se vivió una gran crisis económica y social en Europa por lo que Estados Unidos puso en marcha el plan Marchal con el cual se buscó brindar apoyo económico a las naciones que se encontraban en crisis después de la guerra, para dar funcionamiento a esto el 16 de abril de 9148 se creó la Organización Europea para la Cooperación Económica (en adelante OCDE), esta organización tuvo como principios promover la cooperación para el desarrollo económico intraeuropeo a través de la reducción de aranceles y el liberalismo económico (OECD, s.f).

El 14 de diciembre de 1960 se llevó a cabo la convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelanta OCDE) mediante la cual se reestructuro la OECE debido a la integración de Estados Unidos y Canadá a la Organización, en esta nueva organización se tuvieron como fines principales "a) realizar la más fuerte expansión posible de la economía y del empleo y a un aumento del nivel de vida en los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera y a contribuir así al desarrollo de la economía mundial; b) contribuir a una sana expansión económica en los países miembros y en los no miembros en vías de desarrollo económico; c) contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria, conforme a las obligaciones internacionales" (OECD, s,f).

En 1976 la OCDE emitió la Declaración Sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales y las Directrices para Empresas Multinacionales, esta declaración estuvo conformada por cuatro instrumentos el Trato Nacional, las Exigencias Contradictorias, los Incentivos y Desincentivos para la Inversión Internacional y las Directrices para Empresas Multinacionales, estos instrumentos fueron emitidos con el fin que de abarcar temas que desbordaban el aspecto económico el cual en un inicio era el tema principal de la organización, esta ampliación de las competencias se debió a que para esa época se habían consolidado nuevos estados con gran abundancia de materias primas y poca participación internacional por lo que se podían ver afectados por la operación de las empresas multinacionales, con esta declaración se buscó mejorar la implementación de la inversión extranjera en los países en vía de desarrollo para que las empresas fueran agentes principales en la promoción del desarrollo económico y social (Cantun Rivera, 2015, p. 617-619).

las Directrices para empresas multinacional fueron el elemento más importante de la declaración ya que este instauro por primera vez una regulación para la conducta empresarial en beneficio de los países en vía de desarrollo principalmente, y desde entonces se han venido revisando las Directrices de acuerdo con los cambios de la economía global y su última revisión fue en el año 2011 en la cual se hará énfasis.

Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (en adelante Líneas Directrices o Directrices) son recomendaciones emanadas de la integración de los estados adheridos a la OCDE con el fin de establecer estándares para que la empresas que intervienen en sus

territorios de manera directa o indirecta puedan tener una conducta empresarial responsable con los diversos temas que se acogen en las Directrices tales como Derechos Humanos, medio ambiente, empleo y derechos laborales, luchas contra la corrupción, entre otros, para promover su contribución positiva al progreso económico, medioambiental y social en todo el mundo, así mismo estas directrices en su segunda parte establecen procedimientos para la implementación de las mismas donde encontramos los Puntos Nacionales de contacto

Para entender más claramente esta nueva revisión se debe destacar el surgimiento de los Principios Rectores en Empresa y Derechos Humanos de Naciones Unidas el 21 de Marzo de 2011 los cuales significaron un avance muy importante para la materialización de los Derechos Humanos pues a través de estos principios se generó un marco orientador que sistematizo la normativa existente enfocándola en tres pilares Proteger, Respetar y Remediar, estos pilares marcan los ejes fundamentales que deben seguir tanto empresas como Estados para cumplir con sus obligaciones en materia de Derechos Humanos y en virtud del ultimo el pilar de remedias, se promueve la aplicación de mecanismos extrajudiciales para la remediación de las vulneraciones causadas a los Derechos Humanos, pilar que esta directamente relacionado con los PNC

la última revisión de la Directrices fue estructural y como consecuencia de esto se emitió un código de conduta empresarial responsable más integral, entre los cambios introducidos a las Directrices se deben destacar los siguientes:

Un nuevo capítulo sobre derechos humanos, acorde con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para "Proteger, Respetar y Remediar".

Un enfoque nuevo y amplio en relación con el principio de la debida diligencia y con la gestión responsable de la cadena de suministro, que implica un avance significativo en comparación con las anteriores propuestas.

Una guía de procedimiento más clara y estricta para fortalecer el papel que juegan los PNC, mejorar su desempeño y fomentar la equivalencia funcional. (OCDE, 2013).

De acuerdo con lo anterior se debe que estas Directrices se encuentran dentro del ámbito del Soft Law lo que significa que no existen una sanción coercitiva por el incumplimiento de estas normas lo que no necesariamente significa que sean ineficaces sino que representan un primer gran avance hacia la regulación vinculante del tema, además de esto los países tienen la oportunidad de legislar dentro de su orden jurídico interno sobre estos temas haciendo sus propias normas vinculante con un respaldo internacional, a esto se le suma que el hecho de que sean voluntarias no significa que sea incumplidas pues las empresas que hacen caso omiso a estos instrumentos adquieren una mala imagen lo que les genera problemáticas a la hora de entablar relaciones comerciales con otras empresas, con los organismos internacionales y con los mismos estados, lo que le acarrearía grande pérdidas económicas lo que en

última termina generando una voluntariedad obligada para la empresas cuyo fin último es obtener ganancias contribuyendo al desarrollo económico y social (Fernández Martínez, 2020).

Una vez establecido un marco general de la Directrices se debe ahondar en los PNC ya que estos son los organismos que deben desarrollar los estados para implementar las Directrices, este mecanismo tiene una doble función, por un lado, la de promover y divulgar las Líneas Directrices en todos los sectores de la sociedad pertinentes y por el otro ser intermediario, haciendo uso de la conciliación y mediación, en problemáticas producto del incumplimiento de las Directrices.

En Colombia se implementó el PNC a través del Decreto 1400 de 2012 en cabeza del ministerio de comercio, industria y turismo en la dirección de inversión extranjera y servicios

Presentación del caso específico y Evaluación Inicial

De acuerdo a esta norma cualquier persona interesada podrá presentar un caso específico ante en PNC por el incumplimiento de la Líneas Directrices, esta presentación debe ser por escrito y cumplir con los requisitos del articulo 14 del decreto en cuestión, posterior a esto el PNC emite un recibido al interesado, una vez recibido el caso se tendrán 10 días para correr traslado a la empresa implicada, en el caso en que faltare información en la documentación presentada inicialmente se le solicitara al interesado que la allegue en un plazo de 10 días, posterior al traslado realizado a la empresa esta tiene un termino de 20 días para dar sus alegatos y aportar la pruebas pertinentes, después te culminados las anteriores dirigentes el PNC podrá realizar audiencia individuales con cada parte y solicitar más información si los considera pertinente.

El PNC debe hacer una evaluación inicial del caso en los 2 meses siguientes a la respuesta de la empresa para establecer si continuara con el trámite del caso de manera total o parcial o si no continuara con este, esto lo debe hacer de acuerdo con los siguientes criterios:

A. Si el caso específico está dentro del ámbito de las Directrices.

B. La identidad de la parte que presentó el caso específico y su interés en la materia.

C. Si el caso específico está debidamente sustentado y presentado de una manera clara.

D. Si aparentemente existe una relación entre las actuaciones de la empresa multinacional y el asunto planteado en el caso específico.

E. La relevancia de las leyes y procedimientos aplicables, especialmente las decisiones judiciales.

F. La manera en que casos similares están siendo o han sido tratados en procedimientos nacionales o internacionales.

G. Si el examen del caso específico contribuirá al cumplimiento de los objetivos e incrementará la eficacia de las Directrices.

H. Si existe una sentencia o pronunciamiento judicial frente a los hechos del caso específico que sea vinculante para las Partes. (Decreto 1400, 2012)

Antes de publicar la evaluación inicial esta será enviada a las partes para que hagan sus comentarios en un plazo de 5 días para que el PNC los tenga en cuenta a su criterio

Mediación

Después de aceptado un caso durante la evaluación inicial el PNC ofrecerá sus buenos oficios para la resolución del conflicto, esta mediación se puede llevar a cabo por personas diferentes al PNC, durante esta etapa se debe evaluar si los conflictos en cuestión son susceptibles de mediación

El procedimiento de la etapa de mediación no podrá durar más de 6 meses contados a partir de la terminación de la etapa de evaluación inicial, y se desarrollará de la siguiente manera:

1. El mediador se reunirá de manera individual con las partes para conocer sus puntos de vista y explicar el proceso y su alcance
2. Posteriormente se reunirá con las partes conjuntamente para conocer los puntos vista y facilitar la comunicación asertiva entre las partes a través de fórmulas de arreglos
3. Si se llega a un acuerdo se redactará y firmará un documento que lo contenga
4. Si la mediación fracasa se deberá consignar por escrito e informar a las partes el procedimiento a seguir

EVALUACIÓN FINAL

Cunado no se logre llegar a un acuerdo o se llegue a un acuerdo parcial el PNC dentro del término de tres meses contado a partir de la terminación de la etapa de mediación procederá a realizar un examen final del caso para emitir las recomendaciones pertinentes para lograr el cumplimiento de la Directrices de la OCDE, esta comunicación final debe ser remitida a las partes para que dentro de los 10 días hábiles siguientes realicen sus comentarios los cuales pueden se incorporados al documento final si así se decide, por último la comunicación final será publicada en la página web del PNC y remitida a las partes.

En la actualidad se han presentado 5 casos ante el PNC:

1. El 29 de julio de 2016 se instauro Instancia específica presentada por el Sindicato Nacional de Trabajadores Enfermos y Discapacitados del Sector Minero (SINTRADEM), la Federación General del Trabajo, Oficina del Cesar (CGT Cesar), y la Confederación General del Trabajo, Colombia (CGT Colombia) alegando el no cumplimiento de las Directrices de Principios Generales, Derechos Humanos, Empleo y Relaciones Laborales por parte de Drummond Ltd., una empresa de carbón estadounidense que opera en Colombia, esta instancia fue acepta-

da y mediada por el PNC sinembargo a pesar de los buenos esfuerzos de todas las partes no se logró llegar a un acuerdo por lo que el PNC termino emitiendo unas recomendaciones finales con miras a dar cumplimiento a las Directrices. (OCDE, 2018)

2. Instancia específica presentada por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Gastronómica, Hotelera y Turística de Colombia el 15 de octubre de 2016 alegando el incumplimiento de los Capítulos de Empleo y Relaciones Industriales y Derechos Humanos de los líneas Directrices por parte de Hodecol SAS, empresa con sede en Panamá, que opera en Colombia, este caso fue rechazado a través de la evaluación inicial emitida el 1 de marzo de 2017 debido a que todas las peticiones realizadas corresponden únicamente a la jurisdicción laboral ya que temas como la calidad de empleador de una sociedad sobre sus empleados, o la existencia de la figura de la sustitución patronal, o la existencia de un sindicato específico, o la validez de una convención colectiva son temas propios de las competencias del juez laboral y por lo tanto no son asuntos que puedan ser objeto de mediación. (OCDE, 2017)
3. El Sindicato Nacional de ExxonMobil-Colombia (SINTRAEXXOM) el 23 de octubre de 2017 presento Instancia específica por el supuesto incumplimiento de los Capítulos IV y V de las Líneas Directrices, relativos a Derechos Humanos y Empleo y Relaciones Laborales respectivamente por parte de ExxonMobil Colombia SA (ExxonMobil), sinembargo el PNC decidió rechazar el caso debido a que el conflicto colectivo ya había sido resulto por un laudo arbitral el cual fue apelado ante la Corte Suprema de Justicia la cual lo rechazo la apelación por lo que el PNC no puede discutir un conflicto que ya fue dirimido por la jurisdicción legal, en cuanto al presunto despido injustificado del trabajador Carlos Andrés Trujillo no es competencia del PNC debatir sobre este asunto el cual es propio de la competencia de la jurisdicción laboral y en cuanto a la persecución sindical el PNC considera que no es competente para decidir sobre el debido proceso para las sanciones por el incumplimiento de la normatividad interna de la empresa (OCDE, 2018)
4. Un Sindicato de industria presento el 6 de noviembre de 2018 instancia especifica por el incumplimiento de los capítulos de empleo y relaciones laborales de las Directrices por parte de una empresa de comunicaciones que opera en Colombia, este caso no fue aceptado debido a que se suspendió por la espera de un decisión judicial y posteriormente de un acuerdo directo, el PNC estuvo al tanto de si el solicitante tenía la intención de continuar con el proceso a lo cual este acepto pero sin allegar la información actualizada necesaria por lo que en últimas no se acepto el caso (OCDE,2020)
5. El 3 de marzo de 2020 se presentó una Instancia específica presentada por un particular sobre un supuesto incumplimiento del capítulo cuarto sobre los Derechos Humanos de las Directrices de la OCDE por parte de una compañía financiera y de seguros, sinembargo, el PNC no acepto el caso debido a que este no puede tener injerencia en el cumplimiento de

los requisitos legales preestablecidos para acceder a la prensión de sobreviviente los cuales según los hechos no fueron cumplidos a cabalidad (OCDE,2020)

De acuerdo a los casos que se han presentado hasta el momento se evidencian varias problemáticas en cuanto a la eficacia del PNC, en primer lugar se observo que los solicitantes no tienen claro cuales son las competencias del PNC puesto que los confunde con un órganos jurisdiccional con capacidad de resolver situaciones jurídicas propias de los jueces, esta problemática esta directamente ligada al pensamiento litigioso tradicional que se tiene en la sociedad puesto que lo recurrentes toman el proceso como un litigio en el cual no enfocan el problema hacia un punto en común en el cual las dos partes realicen concesiones para conseguir un mutuo beneficio.

Las anteriores problemáticas a su vez están ligadas a la poca difusión que ha tenido el PNC dentro de la sociedad pues a pesar de que se ha hablado de fortalecer los mecanismos extrajudiciales como lo es el PNC en documentos como los Planes de Acción Nacional en Empresas y Derechos Humanos, en la Estrategia Nacional para la Garantía de los Derechos Humanos, el plan nacional de desarrollo de 2018-2022 (OCDE,2019, p. 12), se puede evidenciar en la pagina del PNC que se han realizado eventos con el fin de fomentar el conocimiento de este mecanismo pero según los casos vistos las organizaciones y los ciudadanos aun no han logrado comprender el fin de este, por lo que es necesario ampliar el espectro de la información haciendo uso de las tecnologías que hoy en día promueven el conocimiento.

Aunque el PNC no se ha desarrollado de la mejor manera no se puede desacreditar su importancia para lo sociedad pues si bien existen aspectos por mejorar es claro que este mecanismo representa una oportunidad para que exista un cambión en el paradigma de la justicia dentro de las sociedad pues es a partir de estos mecanismos de entendimiento que se lograra tener una verdadera justicia en el tema de las empresas multinacionales, claro esta siempre con miras a la obtención de mecanismos vinculantes coercitivos, pero en la actualidad se debe seguir promoviendo este tipo de iniciativas para que la empresas y sociedad trabajen de la mano para logran un pleno cumplimiento de los Derechos Humanos y no generar ásperas que terminen desdibujando el rol fundamental que ha jugado el sector privado a lo largo de la historia en el desarrollo social.

REFERENCIAS

Cantú Rivera, H. (2015). *La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional*. Anuario mexicano de derecho internacional, 15, 611-658. Recuperado en 30 de mayo de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100016&lng=es&tlng=es

Fernández Martínez, F. (2020). *Las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales y su puesta en práctica por los puntos nacionales de contacto.* Lex social: revista de los derechos sociales. 10 (2).101-129. doi: https://doi.org/10.46661/lexsocial.5066

OCDE. (s.f). *Organización para la Cooperación Económica Europea.* Recuperado de: https://www.oecd.org/general/organisationforeuropeaneconomicco-operation.htm

OCDE. (s.f). *Convención de la OCDE.* Recuperado de: https://www.oecd.org/acerca/documentos/convenciondelaocde.htm

OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es

OCDE. (2020). *Una compañía financiera y de seguros y un particular.* Recuperado de: http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/co0005.htm

OCDE. (2020). *Sindicato y empresa de comunicación que opera en Colombia.* Recuperado de: http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/co0004.htm

OCDE (2018). *ExxonMobil Colombia SA (ExxonMobil) y el Sindicato Nacional de ExxonMobil-Colombia (SINTRAEXXOM)*. Recuperado de: http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/co0003.htm

OCDE. (2017). *Hoteles Decamerón Colombia SAS (Hodecol SAS) y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Gastronómica, Hotelera y Turística de Colombia (SINTHOL).* Recuperado de: http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/co0001.htm

OCDE. (2018). *Drummond y el Sindicato Nacional de Trabajadores Enfermos y Discapacitados del Sector Minero (SINTRADEM), la Federación General del Trabajo, Oficina del Cesar (CGT Cesar), y la Confederación General del Trabajo, Colombia (CGT Colombia).* Recuperado de: http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/co0002.htm

OECD (2019), *Responsible Business Conduct Country Fact Sheet* - Colombia OECD Publishing, Paris.

Presidente de la República de Colombia. (2012). *Decreto 1400*. DO: 48480.

INGRESO DE GRUPOS AL MARGEN DE LA LEY AL CORREGIMIENTO DE CHINOBLAS, MUNICIPIO DE PIVIJAY, MAGDALENA.

Dora Esther Plata García[23]
Nidys Carolina Torres Pérez[24]

RESUMEN

Bastante se ha escrito respecto de la violencia en nuestro país, muchas regiones han sufrido el azote de ese flagelo. A principios de 1995, con la llegada de grupos paramilitares y guerrilleros que se disputaban los territorios del Magdalena, infundieron terror, zozobra y miedo entre sus habitantes. Estos grupos fueron aumentando en la medida que acrecentaban sus ingresos debido al cobro de extorsiones, vacunas y de impuestos a los grandes terratenientes de la zona, ganaderos y demás. La primera llegada al Magdalena de estos grupos al margen de la ley inicia en los municipios principales, como Pivijay y Fundación, expandiéndose en toda la zona, al ubicarse entre los límites de la Magdalena y Cesar, inicia el siniestro y la desgracia de todos los habitantes de las poblaciones aledañas. En esta investigación abordaremos como Objetivo General el de "Determinar las consecuencias que ocasionó el ingreso de grupos al margen de la ley a los Municipios del Magdalena, especialmente en el corregimiento de Chinoblas" y se justifica porque en ella se pretende dar a conocer cuáles fueron las consecuencias que ocasionó la incursión de estos grupos en la población. La metodología utilizada se apoya en el paradigma Histórico hermenéutico, con un enfoque cuantitativo y cualitativo, el método es el inductivo. La investigación es de tipo descriptivo, la población objeto de estudio serán los habitantes del corregimiento de Chinoblas ubicado en el Magdalena. La principal conclusión se encuentra en la violación de los derechos más elementales del ser humano como lo son el derecho a la salud, a la seguridad, a la libertad y principalmente a la vida.

PALABRAS CLAVE: Grupos al margen de la ley, Corregimiento de Chinoblas, Municipio de Pivijay.

---

23 Dora Esther Plata García, estudiante de tercer semestre del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez sede Barranquilla, integrante del grupo de investigación de investigaciones Andrés Bello del semillero Rafael Wenceslao Núñez Moledo. Email: dplatag18@curnvirtual.edu.co

24 Nidys Carolina Torres Pérez, estudiante de tercer semestre del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez sede Barranquilla, integrante del grupo de investigación de investigaciones Andrés Bello del semillero Rafael Wenceslao Núñez Moledo. Email: ntorresp18@curnvirtual.edu.co

ENTRY OF GROUPS OUT OF THE LAW TO THE CORREGIMENTO DE CHINOBLAS, MUNICIPALITY OF PIVIJAY, MAGDALENA

ABSTRACT

Enough has been written about the violence in our country, many regions have suffered the scourge of this scourge. At the beginning of 1995, with the arrival of paramilitary and guerrilla groups that disputed the territories of Magdalena, they instilled terror, anxiety and fear among its inhabitants. These groups were increasing as their income increased due to the collection of extortions, vaccines and taxes from the large landowners in the area, ranchers and others. The first arrival in Magdalena of these groups outside the law begins in the main municipalities, such as Pivijay and Fundación, expanding throughout the area, being located between the limits of Magdalena and Cesar, initiates the sinister and misfortune of all the inhabitants of the neighboring towns. In this research we will address as a General Objective that of "Determining the consequences caused by the entry of illegal groups to the Magdalena Municipalities, especially in the town of Chinoblas" and it is justified because it is intended to make known what they were. the consequences caused by the incursion of these groups into the population. The methodology used is based on the Historical hermeneutic paradigm, with a quantitative and qualitative approach, the method is inductive. The research is descriptive, the study population will be the inhabitants of the Chinoblas district located in Magdalena. The main conclusion is found in the violation of the most elementary rights of the human being, such as the right to health, security, liberty and mainly to life.

KEYWORDS: Groups outside the law, Corregimiento de Chinoblas, -Municipality of Pivijay

INTRODUCCIÓN

La historia de Colombia en los últimos sesenta años ha estado marcada por el conflicto armado. En sus inicios, la desigual repartición de la tierra y la falta de espacios para participación política dieron cabida al uso de la violencia y la lucha armada. Un método que en los años siguientes se fue reforzando con la irrupción del narcotráfico, el narcoterrorismo, la presencia de nuevos actores políticos y armados en un contexto de lucha revolucionaria, guerra fría y guerra contra el terrorismo que han ido transformando el conflicto en su razón de ser y en sus métodos de subsistencia. En este contexto, los grupos armados han justificado el uso de la violencia por considerarla el único método para poder transformar la sociedad y con la intención de no permitir cambios considerados como ilegítimos. Así pues, la fractura creada por las desigualdades, el uso de la violencia y la lucha por el poder ha marcado las dinámicas sociales y políticas que han tenido lugar en Colombia desde que se instauró la República (S.XIX) hasta el día de hoy, cuando Colombia abre un nuevo capítulo en su historia con los actuales procesos de paz. (Affairs, 2014)

Pivijay se estableció en un lugar prospero sin riesgo de inundación alguna, esto derivo a que se convirtiera en eje de producción agrícola y ganadera donde se le dio importancia a su mercado regional, lo que acarreo su declaración como municipio en 1912, Con el estatus de municipio se puede ver como Pivijay creció en todo el siglo XX. Siguiendo estas lógicas de crecimiento se logra apreciar en el censo de 1993 que el municipio contaba con una población de 43.851 habitantes, de los cuales 22.865 eran mujeres y 20.995 hombres. En el 2005, año en que se realizó el último censo en Colombia, el número de habitantes del municipio se había reducido, para ese momento se contaba con una población de 35.379, esto debido básicamente a los desplazamientos forzados a los que se vieron avocados los habitantes de la zona. La riqueza de sus tierras, aunadas al pujante sector agrícola y ganadero y a su posición geoestratégica, la convirtieron en un punto privilegiado para los intereses de los actores armados ilegales. Movimientos guerrilleros como el ELN (ejército de liberación nacional) se ubicaron en esta zona del Magdalena desde los años noventa, como lo cita el portal de ACNUR (alto comisionado de las naciones unidas para los refugiados). Para la década de los 80s y comienzo de los 90s nuevas fuerzas sociales y políticas empiezan a tener renombre en la región debido a ciertos momentos como el aumento de una competencia en el escenario político todo esto en un momento donde las negociaciones de paz con la guerrilla se convirtieron en otro factor que intervino en el crecimiento de los grupos paramilitares. Este aspecto usualmente se sortea, pero este tuvo una gran influencia en la percepción de inseguridad de las elites locales reacias a ceder el poder político. La incursión de las AUC al Departamento del Magdalena se da para finales de la década de los 90 del siglo pasado e inicios del siglo XXI, como lo muestra León Valencia "en el Magdalena el bloque norte llega en el año 2000 y subordina a todas las estructuras paramilitares ya existente y, al mismo tiempo, somete sin mayor resistencia a los dirigentes políticos y a los poderes locales, fraguándose una de las más extensas alianzas políticas de que se tenga noticia". (Polo, 2019) El corregimiento de Chinoblas era un pueblo próspero, lleno de campesinos y jornaleros que trabajan la tierra, para sacar adelante a sus familias, y debido a la incursión de grupos sus sueños fueron arrebatados y quebrantaron todas sus esperanzas y sus familias. Los jóvenes que, lograron salir del pueblo lo hicieron porque no les gustaba ese camino, así que se dedicaron a trabajar en otras ciudades. Muchos de los campesinos de este lugar se quedaron por falta de oportunidades, y apoyo del gobierno siguiendo con los cultivos heredados por sus padres, lastimosamente muchos de los hijos de estos aún siguen en el pueblo sin hacer nada, sin estudiar, trabajar ni emprender, por este motivo el pueblo dejó de ser un lugar próspero, y muchas de las tierras se han perdido. El inicio de esta problemática empezó a principios de 1995, con la llegada de grupos paramilitares y de guerrilla que disputaban los territorios de la magdalena, infundiendo terror, zozobra y miedo entre sus habitantes. Estos grupos fueron aumentando debido al cobro de extorsiones, vacunas y de impuestos a los grandes terratenientes de la zona, ganaderos y demás. La primera llegada de estos grupos al margen de la ley inicia en los municipios principales, como Pivijay y Fundación, regando en toda la zona el inicio de un nuevo mando, conformado por Rodrigo Tovar Pupo alias Jorge 40, al ubicarse entre los límites del magdalena y Cesar, inicia el

siniestro y la desgracia de todos los habitantes de las poblaciones aledañas. Cuando aumentó la delincuencia, secuestros, asesinatos en muchos pueblos del Magdalena a causa de la delincuencia común, como consecuencia del crecimiento de la "bonanza marimbera", los grandes ganaderos y campesinos, vieron en los paramilitares la solución a todos los problemas de orden público que se venían presentando, sin tener en cuenta que esta decisión traería más desgracias a sus familias y a la misma población civil. Al resolver los problemas de orden público que se venían presentando en los pueblos, caseríos, y veredas del Magdalena, se sienten con la autoridad de mandar sobre estos, iniciando una ola de "talleres comunales" en los cuales enseñaban a los jóvenes la ideología que ellos manejaban y él porque era bueno, rentable, e ideal pertenecer a las filas del paramilitarismo. Muchos de estos jóvenes del corregimiento de Chinoblas, fueron engañados con falsas promesas de un futuro mejor para sus familias, al llevarlos lejos de su residencia fueron acribillados y enterrados a las afueras del pueblo. Estos grupos se presentaban en las casa, y negocios de la población a impartir ordenes sobre lo que debían o no hacer, disponían de mercancías, carros, camiones y hasta mujeres, nadie podía oponer resistencia a las barbaries que cometían; cuando la guerrilla empezó a tomar fuerza en el Magdalena debido a las disputas de los territorios, y para infundir miedo entre los pobladores, asesinaban a los más influyentes del pueblo, por supuestas colaboraciones que estos tenían con los otros grupos, pero en este caso que más podían hacer los pobladores, si le negaban algo a algún grupo el otro los asesinaría, y la cadena seguiría. Este grupo armado fue el causante de la ola más grande de asesinatos, secuestros, torturas y desapariciones de campesinos, ganaderos y habitantes de la región, por lo cual muchos debieron huir de sus casas dejando todo abandonado instalándose en ciudades como Santa Marta y Barranquilla, huyendo de la barbarie que cometían estos grupos en contra de su dignidad, acabando lo que con tanto sacrificio construyeron, destrozando familias, dejando huérfanos a muchos niños, sumiendo al pueblo y a los habitantes que aún quedan en una gran pobreza.

Como objetivo general se tiene el "Determinar las consecuencias que ocasionó el ingreso de grupos al margen de la ley a los Municipios del Magdalena, especialmente en el corregimiento de Chinoblas". Como objetivos específicos se abordarán los siguientes: Describir los hechos que suscitaron que los grupos al margen de la ley ingresaran al corregimiento de Chinoblas; Revisar el índice de desplazados que ocasionó el ingreso de los grupos al margen de la ley; Identificar las consecuencias que se generaron con los años en los pobladores y el casco rural.

La presente investigación se justifica dado que con ella se pretende dar a conocer cuáles fueron las consecuencias que ocasionó el ingreso de grupos al margen de la ley a los municipios del Magdalena, especialmente en el corregimiento de Chinoblas. Lo cual es necesario analizar debido a todos los problemas que se presentaron y aún en la actualidad se siguen presentando en este corregimiento; transformando para mal a un caserío prospero dedicado a cultivos, ganados, y con ganas de salir adelante y ofrecer un mejor futuro a las generaciones próximas. Tal vez son muy pocas las personas que tienen conocimiento de este pequeño caserío y por ende todos los sucesos que arrasaron con el antiguo y alegre Chinoblas, dejando

un corregimiento paralizado, triste y abandonado, tanto por su población nativa, como por los entes gubernamentales.

La metodología utilizada en esta investigación es el paradigma Histórico hermenéutico. Busca reconocer la diversidad, comprender la realidad; construir sentido a partir de la comprensión histórica del mundo simbólico; de allí el carácter fundamental de la participación y el conocimiento del contexto como condición para hacer la investigación. (Gil, 2011). El enfoque utilizado en esta investigación es cuantitativo y cualitativo, debido a que vamos a hacer una recolección de documentos y de datos estadísticos para desarrollar cada una de las etapas de nuestro trabajo. (Sampieri, 2014). El método que se utilizó para esta investigación es el inductivo, ya que permite realizar un abordaje desde conocimientos, teorías particulares sobre los sucesos ocurridos en el corregimiento de Chinoblas, para crear una conclusión general a partir de estas. El modelo inductivo, que etimológicamente se deriva de la conducción a o hacía, es un método basado en el razonamiento, el cual "permite pasar de hechos particulares a los principios generales" (Leon & Toro, 2005). También conocida como la investigación estadística, se describen los datos y características de la población o fenómeno en estudio. Este nivel de Investigación responde a las preguntas: quién, qué, dónde, cuándo y cómo. Que se plantean a manera de objetivos. (Peña, 2012). La población de una investigación está compuesta por todos los elementos (personas, objetos, organismos, historias clínicas) que participan del fenómeno que fue definido y delimitado en el análisis del problema de investigación. Para seleccionar la muestra, primero deben delimitarse las características de la población. La muestra es intencional ya que el investigador selecciona intencionalmente los elementos que constituirán la muestra. Este procedimiento puede dar muestras altamente representativas o bien poco representativas, esto dependerá de las habilidades del investigador. (Toledo). Para la investigación la muestra objeto de estudio serán 5 habitantes del corregimiento de Chinoblas, Magdalena. Las técnicas que utilizaremos para resolver las fases de nuestro proyecto son análisis de texto, entrevistas, encuestas y documentos. En este caso, los datos provienen directamente de la población o una muestra de esta. Estas fuentes contienen información original, que ha sido publicada por primera vez y que no ha sido filtrada, interpretada o evaluada por nadie más. Son producto de una investigación o de una actividad eminentemente creativa. (Soberón & E, 2008) Fuentes secundarias de Información. Son las que contienen información primaria, sintetizada y reorganizada. Están especialmente diseñadas para facilitar y maximizar el acceso a las fuentes primarias o a sus contenidos. Parten de datos pre-elaborados, como pueden ser datos obtenidos de anuarios estadísticos, de Internet, de medios de comunicación, de bases de datos procesadas con otros fines, artículos y documentos relacionados con la enfermedad, libros, tesis, informes oficiales, etc. (Soberón & E, 2008)

La principal conclusión a la que se llegó son los efectos más notorios de esta problemática la cual se pueden encontrar en la violación de los derechos fundamentales a la que fueron sometidos los habitantes, violando el derecho a la salud, a la seguridad, a su libertad y principalmente a la vida. Además de las consecuencias vividas, en los pobladores, campesinos

y jornaleros. La educación y seguridad de los niños que habitaban este corregimiento fueron vulneradas, dejando sin escuela a más del 20% de los niños y jóvenes que aun cursaban educación primaria.

DESARROLLO

Consecuencias que se generaron con los años en los pobladores y el casco rural

Con el desplazamiento al que se vieron sometidos los pobladores, el pueblo se sumió en una pobreza extrema, su nivel socio económico, psicológico y social fue afectado a tal magnitud que a pesar de los años estos cambios vividos en esa época aún siguen latentes en sus mentes y corazones, y que a consecuencia de todo esto su vida cambio y se partió en dos; aunque muchos afrontaron con entereza estos cambios que les sobrevinieron con el desplazamiento, cuando recuerdan los hechos ocurridos vuelven a quebrarse por dentro.

En las siguientes entrevistas se muestra claramente las consecuencias que le ha tocado vivir a cada poblador y a sus familias, y como en la actualidad siguen luchando con el fantasma de la guerra.

A los entrevistados se les hicieron las siguientes preguntas:

1. ¿Qué edad tenía cuando llegaron los grupos armados a Chinoblas?
2. ¿Cuáles fueron los primeros grupos que llegaron?
3. ¿Cómo le afectó a usted y a su familia la llegada de estos grupos?
4. ¿Cómo afronto esta situación?
5. ¿Cómo se relacionaban los actores del conflicto con la comunidad?

A las que cada entrevistado respondió lo siguiente:

Entrevistado 1

Cuando los grupos al margen de la ley ingresaron al pueblo yo tenía 60 años, ellos decían que eran paramilitares que actuaban en los pueblos de alrededor, afectó muchísimo mi familia, llegaron armados y requisaron toda mi casa y me dieron 24 horas para irme del pueblo si no me mataban, era comerciante, tenía mi tienda ya de casi 40 años. No tuvimos más remido que irnos hacia barranquilla, cerré el negocio huyendo, tuve mucha pérdida económica, me robaron todo lo que tenía en mi casa. La mayoría del pueblo huyó, podría decir que más del 90% de los habitantes dejaron todo y salieron del pueblo para salvar sus vidas; los que no contaron con suerte o más bien con tiempo para salir, fueron asesinados.

Entrevistado 2

Cuando los grupos armados ingresaron al pueblo yo tenía 55 años, el primero que llegó fue el frente 19 de las Farc, perseguían a los campesinos para matarlos, yo era campesino trabajaba en fincas y tenía una huerta.

Eso fue muy terrible, no dormíamos, nuestra vida cambió muchísimo al llegar a Barranquilla por huir de esa violencia, la primera vez que llegaron lo hicieron intimidando a las personas, todos debieron asistir a la primera reunión, sentíamos como si hubiese llegado el diablo; actualmente me siento muy triste debido a las secuelas que dejaron estos grupos al ingresar a nuestro pueblo, ha sido muy difícil superar lo que vivimos en esa época.

Entrevistado 3

Cuando llegaron al pueblo tenía 29 años, recuerdo que le primer grupo fueron los paramilitares, su llegada nos afectó emocional y económicamente, el desplazamiento fue muy fuerte dejamos todo tirado nuestras casas, negocios, fincas, y debimos llegar a un albergue aquí en barranquilla, le doy gracias a Dios porque estamos con salud; al llegar aquí me tocó trabajar de taxista, ya que allá trabajaba en otra área, tenía mejores ingresos y negocios, teníamos una mejor calidad de vida, actualmente aun siento las consecuencias de esa época, es una huella que nunca se borra, gracias a Dios no hubo muertos en nuestra familia, en el pueblo masacraron muchas personas, amigos y conocidos; debido a la llegada no pude salir adelante en mis estudios ya que no puede terminar mi carrera, y laboralmente nos afectó mucho ya que nos tocó empezar de cero nuevamente en esta ciudad.

Entrevistado 4

Cuando llego el primer grupo armado tenía 19 años, recuerdo que fue el frente 19 de las FARC. Su llegada afectó mucho nuestra parte económica y emocional, afrontamos este hecho manteniéndonos al margen de la situación, unidos como núcleo familiar y desplazándonos en cuanto fue posible. Aparte del daño económico fue psicológico cuando llegaron las masacres por parte de los grupos paramilitares y el daño social, porque tocó enfrentar un nuevo proceso cultural y por el abandono de la familia. Inicialmente de manera traumática por el abandono de la casa, del hogar de todos los bienes, la falta de dinero, de alimentos, iniciar de cero, suspender proyectos y demás. Cuando llegaron usaron lenguaje agresivo y amenazante luego entablaron "vínculos de amistad" con algunos residentes del pueblo, pero finalmente terminaron asesinándolos y despojándolos de todo.

Entrevistado 5

Soy víctima del conflicto armado, por los hechos de homicidio y desplazamiento. Tenía 17 años cuando hicieron la primera aparición, el primer grupo fue la guerrilla, al comienzo solo se escuchaba que pasaban por las afueras del pueblo y las fincas, ellos hicieron presencia en Chinoblas en el mes de noviembre, teníamos mucho miedo, angustias, ya que no estábamos

acostumbrados, debido a que el ejército, ni la policía hacían presencia en el pueblo. La primera vez llegaron de paso, preguntando por los paramilitares, al poco tiempo empezamos a escuchar que los paramilitares iban a hacer presencia, y el temor aumento, ya que si la guerrilla se enteraba podrían asesinar a sus habitantes, eso causaba angustia y las fiestas del pueblo en diciembre no se realizaron, las fiestas patronales, solo se hicieron las eucaristías. El 9 de Diciembre se metieron los paramilitares, recuerdo que me acaba de levantar, ya que debido al temor que nos enfundaban las noticias, no sabíamos si nos tocaba salir corriendo, y así estar listos y preparados; ese día llegaron, estaba lavándome la cara cuando los vi pasar, y escuche que hablaban de una reunión y el que no se presentara lo asesinaban, de inmediato les dije a mis papás, la reunión era en la entrada principal del pueblo, llamaron a tres familiares, todos primos míos, afortunadamente no estaban allí, al comienzo estaban muy ofuscados, al final de la reunión casi asesinan a un joven por su parecido con un guerrillero ya que dicho parecido era muy grande y además estaba manco, menos mal mi padrastro dijo que él no era guerrillero que era buen muchacho, y siempre había vivido en el pueblo, finalmente no fue asesinado; después de esta reunión llegaban más seguido. Nos afectó mucho emocional y psicológicamente, ya que ellos a cualquier hora llegaban a las casas del pueblo tocando, nos daba mucho miedo porque no sabíamos si iban por los carros o a sacarnos para matarnos, muchas veces dormían en nuestras casas ya que se creían la autoridad del pueblo, la angustia era muy grande, no estábamos tranquilos, solo con verlos nos afectaba demasiado; siempre cuando llegaban, nosotros tratábamos te mantener la calma, Dios fue el pilar fundamental de todo lo que vivíamos, sinembargo, tratamos de seguir, ya que allí teníamos todo, era nuestro hogar. Debimos salir adelante porque sabíamos que ellos no se iban a ir de allí; como familia estuvimos unidos, nos tocaba colaborar con todo lo que pedían, carros, casas, lavar la ropa, cocinar y todo lo que ellos querían, acabaron con la paz y la tranquilidad del pueblo; vivir esas situaciones con estos grupos nos cambió la vida que estábamos acostumbrados a vivir los daños materiales fueron inmensos, dimos un giro de 360 grados. Después de tanto tiempo, en 2005 fuimos víctimas directas de este grupo, por que el 8 de mayo ellos llegaron y quitaron los celulares, y con engaños hicieron sacar el carro a mi hermanastro, llevándolo a la finca de mi mamá, cuando llegaron a la finca cerraron las entradas y asesinaron a mi padrastro y a mi hermanastro. Allí mismo se llevaron al zapatero del pueblo y lo desaparecieron, no solo a él si no a muchas personas muy queridas y reconocidas del pueblo. Después de dos días de los asesinatos se dieron cuenta que eran inocentes y que las acusaciones fueron infundadas. A raíz de esos hechos nos cambió todo, se apoderaron de todo, no nos dejaron sacar nada ni la ropa, de allí empezamos de cero, esto nos dolió porque lo que perdimos era fruto del trabajo de nuestros padres, de la noche a la mañana todos esos frutos se fueron, ya que ellos arbitrariamente hicieron uso de ellos. Nos tocó venirnos a la ciudad y empezamos a recibir ayudas por la unidad de víctimas, y pastoral social. Las marcas y secuelas están allí no se superan nunca, el dolor de todo lo que vivimos, de volver a recordar no es fácil. El pueblo no volvió a ser el mismo, se perdió la paz, la tranquilidad, dejaron marcas, nada volvió a ser lo mismo debido a la incursión de los grupos armados, muchas personas que no tenían nada, se vinieron con

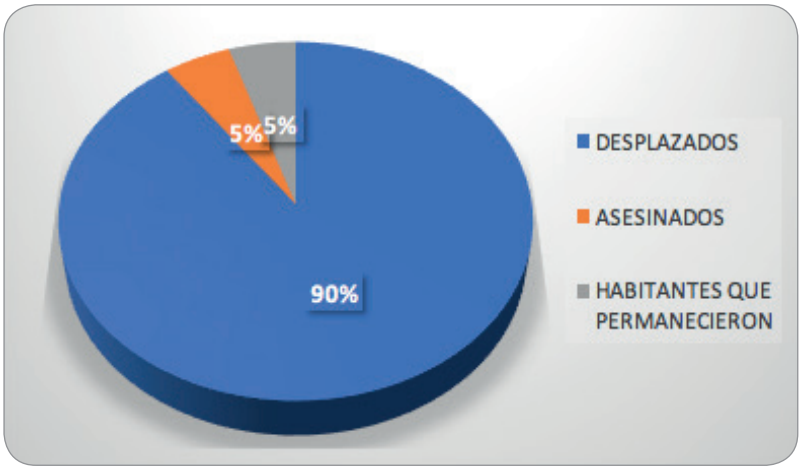
las manos vacías, sin trabajo, sin un techo a donde refugiarse, viviendo bajo condiciones infrahumanas, a pesar de las adversidades, nos superamos, todos somos profesionales, aprendimos a convivir con el dolor, pero es muy difícil superarlo.

Índice de desplazados que ocasiono el ingreso de los grupos al margen de la ley.

El desplazamiento forzoso en el que se han visto involucrados muchas personas a nivel nacional y especialmente los pobladores del corregimiento de Chinoblas, municipio de Pivijay, Magdalena, ha sido la mejor muestra de violación a sus derechos humanos. Los homicidios colectivos, selectivos, amenazas, bloqueo del ingreso económico y el sustento que estos pobladores traían a su familia fueron las principales causas del desplazamiento forzoso de las familias que habitaban este corregimiento.

Por lo tanto, en el siguiente grafico anexamos la muestra del porcentaje de desplazados víctimas del ingreso de los grupos armados al corregimiento de Chinoblas, que fue tomada por los testimonios de algunos pobladores que fueron desplazados.

Grafica 1. Porcentaje de víctimas y desplazados en Chinoblas, Magdalena.



Fuente: Elaboración propia.

Para calcular el índice de desplazados consultamos a una funcionaria que trabaja en la unidad para la atención y reparación integral a las victimas la cual es también habitante de este corregimiento, y nos dio un porcentaje aproximado del desplazamiento y asesinatos ocurridos en esta población. A la cual le realizamos la siguiente pregunta: ¿Según tu conocimiento y vivencias en el corregimiento de Chinoblas Magdalena, cual consideras que fue le porcentaje de desplazados y habitantes asesinados?

Al anterior interrogante la funcionaria respondió lo siguiente:

En el registro único de victimas la mayoría de la población aparece como desplazada, sinembargo, cuando se abrió la oficina de víctimas y desplazados en el municipio de Pivijay, muchos

de las personas regresaron a dar su testimonio del desplazamiento al que fueron sometidos, debido a esto un porcentaje de las victimas regresaron al pueblo ya que no contaban con medios para seguir sosteniendo a sus familias en la ciudad. Con esto el número de desplazados inicial se redujo considerablemente y el corregimiento volvió a ser habitado.

El 90% de los habitantes del corregimiento fue desplazado por los grupos al margen e la ley, el 5% de los habitantes que se negó a salir fueron asesinados, y el 5% restantes debido a su edad y no tener las condiciones económicas para abandonar su lugar de residencia debieron quedar allí.

Actualmente hay más de 200 personas desplazadas debido a que nunca volvieron al corregimiento y no aparece su registro en la unidad de víctimas, haciendo imposible tener una cifra exacta de los desplazados y los desaparecidos.

CONCLUSIONES

Este proyecto pretendió analizar las consecuencias ocasionadas al ingresar los grupos al margen de la ley en el corregimiento de Chinoblas Magdalena, en donde pudimos evidenciar claramente que el desplazamiento forzoso al que fueron sometidos sus habitantes tuvo efectos devastadores en sus vidas y entornos familiares.

Los efectos más notorios de esta problemática la podemos encontrar en la violación de los derechos fundamentales a la que fueron sometidos los habitantes, violando el derecho a la salud, a la seguridad, a su libertad y principalmente a la vida. Además de las consecuencias vividas, en los pobladores, campesinos y jornaleros. La educación y seguridad de los niños que habitaban este corregimiento fueron vulneradas, dejando sin escuela a más del 20% de los niños y jóvenes que aun cursaban educación primaria.

De esta forma, el desarrollo social, económico y cultural de la comunidad se ve truncado por actos tan crueles como los secuestros, asesinatos, posesión ilegal de predios, entre muchos más, y que de manera intimidante restringió el acceso a condiciones que buscaban el mejoramiento de la calidad de vida de los pobladores y sus familias vulnerando sus derechos como ciudadanos.

Las implicaciones políticas que surgieron debido al desplazamiento y asesinato de los pobladores, ha sido nula, ya que este corregimiento está sumido en el olvido por parte de sus gobernantes y de la fuerza pública, ocasionando más desplazamiento y aumento de la violencia en la región.

En definitiva, este proyecto pudo establecer que el efecto dañino que género el ingreso de grupos al margen de la ley al corregimiento de Chinoblas Magdalena, tuvo como consecuencia un inmenso deterioro social, económico y cultural, siendo como principal objetivo restituir los derechos violados a las víctimas del conflicto armado.

REFERENCIAS

Affairs, C. B. (2014). *Conflicto en Colombia: antecedentes históricos y actores*. Recuperado el 13 de Abril de 2021, de Conflicto en Colombia: antecedentes históricos y actores: https://www.cidob.org/publicaciones/documentacion/dossiers/dossier_proceso_de_paz_en_colombia/dossier_proceso_de_paz_en_colombia/conflicto_en_colombia_antecedentes_historicos_y_actores

Cairampoma, M. R. (2015). *Tipos de Investigación científica: Una simplificación de la complicada incoherente*. REDVET, 15.

CRIN. (s.f.). Obtenido de https://archive.crin.org/en/docs/Secuestro.pdf

ELHERALDO.CO. (18 de Febrero de 2015). *Las teorías del origen del conflicto armado en Colombia.* El Heraldo.

española, r. a. (2021). *Real academia española.* Obtenido de https://dle.rae.es/muerte

Gil, R. M. (2011). *Diseño de proyectos de investigación cualitativa.* En R. M. Gil, Diseño de proyectos de investigación cualitativa (pág. 30). Buenos Aires: Noveduc Libros.

Leon, I. H., & Toro, y. J. (2005). *Paradigmas y metodos de investigación en tiempos de cambio.* En I. H. Garrido, Paradigmas y metodos de investigación en tiempos de cambio. (pág. 211). Carabobo, Venezuela.: Episteme Consultores Asociados C. A.

Peña, R. M. (2012). *Metodología de la investigación.* Universidad Nacional de Educacion Enrique Guzmsn, 26.

Polo, N. E. (2019). *Autodefensas unidas de Colombia en Pivijay y Magdalena 1996-2006.* Cartagena, Colombia.

Reglamentarios, l. d. (2012). ministerio del interior . Obtenido de https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/caminosParaLaMemoria/descargables/ley1448.pdf

Sampieri, R. H. (2014). *Metodología de la investigación.* En R. H. Sampieri, Metodología de la investigación (pág. 643). México D.F.: McGraw-Hill.

Sexual, v. (2021). medline plus. Obtenido de https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001955.htm

Soberón, U. E., & E, Z. A. (2008). *FUENTES DE INFORMACIÓN PARA LA RECOLECCIÓN DE.*

Toledo, M. e. (s.f.). *Población y Muestra.* Mexico: Universidad Autónoma del Estado de Mexico.

Torres, B. (2006). *Metodología de la investigación: para la administración, economía, humanidades y ciencias.* En B. Torres, Metodología de la investigación: para la administración, economía, humanidades y ciencias. Ciudad de Mexico: Pearson Education.

Tortura, a. p. (2019). apt. Obtenido de https://www.apt.ch/es/que-hacemos/prevencion-de-la-tortura/definicion-de-tortura

Violencia. (2021). *organizacion mundial de la salud*. Obtenido de https://www.who.int/topics/violence/es/

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Kimberly Sucely Ramírez Díaz[25]
Universidad Rafael Landívar

RESUMEN

Históricamente el agua ha sido concebida desde diferentes puntos de vista, la tendencia hasta antes del año 2000, fue considerarla como un bien económico, desde una perspectiva civilista. Por lo cual, con el objetivo de profundizar y esclarecer cómo se revirtió dicha tendencia a nivel internacional, se analizarán los diferentes tratamientos que ha tenido para finalmente ser considerada como derecho humano, y la tendencia actual en Guatemala.

Con el reconocimiento expreso como derecho humano, desde el año 2010, la evolución ha sido constructiva. En contraposición, Guatemala no cuenta con regulación interna que corresponda al trato actual que se le ha dado al agua, lo cual deriva en que el trato sea de índole administrativo al considerar el agua como recurso y no como derecho.

Por ello se considera necesario tratar a profundidad las temáticas señaladas, a través de la metodología jurídico-proyectiva, para arribar a una perspectiva de criterios concretos respecto al trato como derecho humano que debe tener el agua, no solo en el derecho internacional, sino también a nivel interno.

PALABRAS CLAVES: agua, derecho humano, recurso.

THE EVOLUTION OF THE HUMAN RIGHT TO WATER IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

ABSTRAC

Historically, water has been conceived from different points of view, the tendency until before the year 2000 was to consider it as an economic good, from a civil perspective. Therefore, in order to deepen and clarify how this trend was reversed at the international level, the different

25 Estudiante de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, Campus de Quetzaltenango, Guatemala, participante de Moot Couts en materia de Derechos Humanos. Cursó y aprobó el Diplomado en Defensa Internacional de los Derechos Humanos avalado por la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza y el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos.

treatments that it has had to finally be considered as a human right, and the current trend in Guatemala will be analyzed.

With the express recognition as a human right, since 2010, the evolution has been constructive. In contrast, Guatemala does not have internal regulations that correspond to the current treatment that has been given to water, which results in the treatment being of an administrative nature, considering water as a resource and not as a right.

For this reason, it is considered necessary to deal in depth with the aforementioned issues, through the legal-projective methodology, to arrive at a perspective of specific criteria regarding the treatment as a human right that water should have, not only in international law, but also internally.

KEY WORDS: water, human right, resource.

INTRODUCCIÓN

El derecho humano al agua fue reconocido expresamente en el año 2010 por la Asamblea y el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través de la resolución 64/292, pues hasta ese momento había presentado distintos matices en la regulación jurídica, vinculándolo al derecho a la vida o el derecho a la salud.

Aunque el trato preferente había sido concretado desde el año 2002 con la emisión de la Observación General No. 15 por el [Comité DESC] ya que reconoció la importancia que reviste por ser un líquido vital y no solo para los seres humanos, sino para todo ser vivo, además de establecer los elementos que deben cumplirse para considerar garantizado este derecho.

Aunque actualmente los tratados internacionales no lo reconocen como derecho autónomo -únicamente en instrumentos de soft law-, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se puede establecer que es justiciable de manera autónoma al considerarse que está incluido dentro del catálogo de derechos protegidos por el artículo 26. No obstante, como parte de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales [DESCA] reviste un carácter progresivo.

Pese a ello, se ha evidenciado que uno de los mayores problemas de este derecho sigue siendo el acceso, disposición y calidad por gran parte de la población mundial, lo cual demuestra la urgencia de la protección y tutela por parte de las legislaciones internas en concordancia con lo establecido a nivel internacional, puesto que existen países -como Guatemala- en los que el trato a el agua aún sigue siendo concebido como un recurso y no como derecho.

Por lo tanto, esta investigación tiene como finalidad presentar la cronología y avances que se han tenido en el derecho internacional de los derechos humanos respecto al derecho humano al agua, para llegar a ser considerado como tal, y generar obligaciones concretas para los Estados, las cuales consisten en adecuar la legislación interna, y asegurar protección, dispo-

nibilidad, acceso y calidad a este derecho. Además, se citará como ejemplo la situación actual de Guatemala respecto a la evolución del mismo.

EVOLUCIÓN EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA

La evolución histórica del derecho humano al agua, tiene precedentes en el derecho romano, que consideró el agua como una cosa común, razón por la que, los ríos de flujo continuo y sus orillas estaban fuera del comercio, «el agua, aunque se halle en una finca privada, no es objeto de propiedad; su consumo es común, sin perjuicio del *ius prohibend*i del propietario de la finca para impedir la entrada en ella sin su permiso» (Terrazas Ponce, 2012), por ello, se puede acotar que desde sus inicios la regulación sobre el agua consideraba que no podía ser un bien exclusivo de los particulares, sino debía ser una cosa común.

El derecho humano al agua ha sido reconocido desde las instituciones decimonónicas del derecho civil hasta la actualidad, progresivamente, a través del uso común del agua primero, los servicios públicos luego en una esfera administrativa, y –más recientemente–como derecho humano, formando de esta manera una protección y regulación simultánea y múltiple a través de diversos subsistemas (Pinto Mauricio, 2016, pág. 35).

Por ello, es menester hacer notar que, el agua como derecho humano [aunque no como derecho autónomo] tuvo una reseña importante desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que consagra el derecho a la vida [artículo 3] y a un nivel de vida adecuado [artículo 25]. Pues, su grado de necesidad en el desarrollo y sostenibilidad de la vida humana fue el inicio del debate global para encuadrar la categoría que posteriormente se le daría a este derecho.

Posteriormente en el año 1976 la entrada en vigencia del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC] se constituye como el punto de partida más importante entre los convenios internacionales respecto al derecho al agua. Aunque no aclara su condición como derecho, pues únicamente hace referencia a el derecho a un nivel de vida adecuado y a la salud.

No obstante, este tratado es el primer tratado vinculante de Derechos Económicos Sociales y Culturales a escala internacional, que, consagró este tipo de derechos. Pues muchos años tuvieron que pasar para que el derecho al agua fuera reconocido por la Organización de Naciones Unidas (Andrade, 2018, pág. 104) como se hará notar más adelante.

Desde la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata [Argentina] en 1977 se hizo énfasis en que todos los pueblos, cualesquiera que sea su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas (ONU. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH), 2010, págs. 3-4).

Así también en el Programa 21, aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, se discutió sobre la cantidad básica de agua requerida para satisfacer las necesidades humanas. Posteriormente, otros planes de acción han mencionado el agua potable y el saneamiento como un derecho humano.

En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994, los Estados afirmaron que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, lo que incluye alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuados. En el mismo sentido, en el Programa de Hábitat, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos [Hábitat II] en 1996, el agua y el saneamiento también se consideraron parte del derecho a un nivel de vida adecuado (ONU. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH), 2010, pág. 4), lo cual refleja que ya para entonces, se consideraba el agua, como base fundamental para hacer posibles otros derechos.

Por ello con la Observación General No. 15 del Comité DESC en el año 2002, se analizó el derecho al agua fundamentado en los artículos 11 y 12 del PIDESC, con lo cual se delimitaría su contenido normativo y las obligaciones de los Estados parte de las Naciones Unidas, pues establece que los Estados deben asegurar que todas las personas puedan disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso vital, personal y doméstico.

Para arribar a esa conclusión el Comité DESC se fundamentó en el párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC, donde se enumeran una serie de derechos que dimanan del derecho a un nivel de vida adecuado «incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados», y los considera indispensables para su realización. En este contexto, subrayó que el uso de la palabra «incluso» indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva.

Concretamente, consideró que el derecho al agua se encuadra en la categoría de las garantías esenciales para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia (Observación General 15 “El derecho al agua”, 2002). Es decir, que existen otros derechos que pueden relacionarse, puesto que la enumeración hecha no se limita a consagrar que los mismos sean los únicos. De esta manera en el ámbito del sistema universal la tendencia de proteger el agua, en principio no lo consideraba como un derecho en sí, sino por su importancia natural y la conexión que se consideró que tenía con otros derechos -lo cual le daba la calidad de derecho derivado-.

Sinembargo, a través de la resolución 64/292 de julio del año 2010, titulada «El derecho humano al agua y el saneamiento» se reconoció que el derecho al agua potable y saneamiento, es un derecho humano, esencial para el disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. Meses más tarde, la resolución A/HRC/15/L.14 del Consejo de Derechos Humanos, reiteraría este reconocimiento. Pues ambas resoluciones constituyen un hito clave para el reconocimiento y exigibilidad de este derecho.

Si bien, este reconocimiento no está contenido en un tratado internacional con efectos vinculantes, denota la intención de Naciones Unidas por reconocer el citado carácter de este

derecho. Resulta importante señalar que un aspecto significativo de estas resoluciones es que introducen la consideración del derecho al saneamiento. Por ello, en el año 2011 el cargo que en 2008 fue creado como «Experto Independiente sobre la cuestión de las obligaciones relativas al acceso al agua y saneamiento», pasó a llamarse «Relator especial sobre el derecho humano al agua y saneamiento».

Por otra parte, el reconocimiento en tratados internacionales de derechos humanos que fuesen vinculantes -instrumentos de hard law- concretamente empezó a partir de la entrada en vigor del Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, el cual es el primer tratado internacional que contiene una previsión sobre el derecho al agua, ya que, el artículo 14.2 inciso h) establece que las mujeres deben «Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones» (resaltado propio) es decir, se establece la garantía del abastecimiento de agua a las mujeres, a través del derecho a gozar de unas condiciones de vida adecuadas.

Seguidamente, el Convenio Sobre los Derechos del Niño de 1989 reconoce en el artículo 24.2 inciso c), el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (Serrano Tur, 2014, pág. 84). El citado artículo establece «Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas […] **agua potable salubre**, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente» (resaltado propio).

En este caso, se vincula la garantía del suministro del servicio de acceso al agua potable y servicios de saneamiento al derecho a la salud, y como suele ser frecuente cuando se relacionan estos dos derechos, se introduce una referencia a la protección del medio ambiente, con especial atención a la protección de las aguas dulces –y de la salud– frente a su contaminación (Serrano Tur, 2014, pág. 84).

Así también, el Convenio General sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, en su artículo 28, relaciona el acceso al agua potable a servicios de abastecimiento e incluso de saneamiento, al hecho de que el precio a pagar por dichos servicios sea asequible para todas las personas. Sinembargo, en este caso, lo establecido se limita a la garantía de que las personas con discapacidad puedan acceder a unos servicios de agua y saneamiento adecuados, sin entrar a valorar los supuestos y la forma en que se puede dar una situación de discriminación en el acceso a dichos servicios (Serrano Tur, 2014, pág. 85).

Por otra parte, el reconocimiento del derecho al agua potable y saneamiento en el Derecho Internacional Humanitario, si bien, no aparece en los Convenios de Ginebra de 1949, sí lo hace en sus protocolos adicionales. En este sentido, el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y el Protocolo Adicional II relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional de 1977 concuerdan en establecer la prohibición de: «atacar, des-

truir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, **las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego**» (resaltado propio).

Lo interesante de la regulación en el Derecho Internacional Humanitario es la importancia que se le ha dado a preservar el agua e incluso las obras de riego en tiempo de guerra, es decir, se prioriza en evitar que la privación de este derecho sea utilizada como arma de guerra y por ende llegue a constituir una vulneración de otros derechos fundamentales que se encuentran directamente relacionados con el mismo.

Aunque el derecho al agua en la actualidad no está reconocido expresamente como un derecho humano independiente en los tratados internacionales sino únicamente en instrumentos de soft law, las normas internacionales de derechos humanos comprenden obligaciones específicas en relación con el acceso al agua potable que paulatinamente han ido incorporando tribunales internacionales en sus resoluciones.

EVOLUCIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], aunque no regula de manera expresa el derecho humano al agua, consagra una serie de derechos humanos [tales como el derecho a la vida, a la integridad personal y al principio de igualdad y no discriminación], que están estrechamente vinculados con el acceso al agua y el saneamiento como condiciones inherentes para la realización de aquellos.

Este derecho tampoco figura en el Protocolo Adicional de 1988, conocido como «Protocolo de San Salvador». Aunque este último instrumento, reconoce el derecho a un medio ambiente sano al establecer en su artículo 11 que «toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos». El reconocimiento de este derecho constituyó un avance al vincular el derecho a un medio ambiente sano y la defensa de los servicios públicos básicos como garantía del mismo.

De esta manera, en el Sistema Interamericano el derecho humano al agua se ha desarrollado de dos maneras: I) desde la protección que se le dio al estar vinculado con la protección de determinados grupos vulnerables y consecuentemente la subordinación en la protección de otros derechos humanos, es decir, como derecho derivado. Y, II) como derecho autónomo, partiendo de la justiciabilidad de los DESCA, y la relación que tiene con la protección al medio ambiente sano.

El derecho al agua como derecho derivado tiene vinculación con el derecho a la vida, específicamente por el acceso al agua, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han considerado, junto a otros elementos, que el acceso al agua potable y salubre es un requisito

indispensable para el pleno disfrute del derecho a la vida digna que deriva de la interpretación del artículo 4 de la Convención Americana (CIDH., 2015, pág. 490).

Cabe hacer énfasis que, entre las condiciones necesarias para una vida digna, la Corte se ha referido al acceso y calidad del agua en su jurisprudencia [Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005, párr. 167; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Párr. 156-178; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Párr. 195-213] e indicó que estas condiciones impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, además de la relación con otros derechos [Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 noviembre de 2015].

Por otra parte, existe continuidad en el razonamiento establecido por la Corte IDH desde la Opinión Consultiva 23/17 [al establecer el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo, y la posibilidad de ser justiciable a través del artículo 26 de la CADH] hasta el Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina de 2020, pues en este último, la Corte IDH analizó por primera vez el derecho humano al agua y al saneamiento de forma autónoma, para ello usó como fuente normativa el artículo 26 de la CADH, así como el artículo 11 del PIDESC, y adoptó los contenidos desarrollados en la Observación General No. 15.

Siendo así la Corte IDH en lo conducente estableció:

«[…] El derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua. […] cuya inclusión en el citado artículo 26 ya ha quedado establecida en esta Sentencia […]» (Caso Comunidades indígenas mienmbros de la asociación Lhaka Honat (Nuestra Tierra) vs. Argentina., 2020, pág. 77).

Lo relevante de este caso es que, si bien, el núcleo principal del reclamo versaba sobre la regulación y reconocimiento de la propiedad comunal de las comunidades en su territorio ancestral, el reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento se conduce por el reconocimiento del derecho al medio ambiente y la interdependencia de los derechos humanos.

Cabe mencionar que la CADH consagra en el artículo 1.1 la obligación de los Estados de respetar los derechos reconocidos en dicho instrumento y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y, en el artículo 2 desarrolla el deber de adoptar disposiciones de derecho interno [legislativas o de otro carácter] que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en la CADH. Ambas obligaciones son aplicables al artículo 26 de la CADH, de la cual deriva el derecho al agua [como se estableció en la sentencia del Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina].

De este modo, la Corte IDH incorpora en sus decisiones los contenidos enunciados del derecho humano al agua y al saneamiento dando cuenta con ello, de la posibilidad de perseguir la responsabilidad internacional de los Estados partes de la CADH ante la violación del derecho humano al agua y saneamiento. Lo cual refleja que, en la actualidad, el derecho humano al agua ha pasado de ser un "bien económico" a un verdadero «derecho humano» al menos desde la perspectiva del derecho internacional.

SITUACIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN GUATEMALA

Ahora bien, en Guatemala ha de indicarse que no existe disposición normativa que haya consagrado de forma expresa que el agua es un derecho humano. No obstante, en la sentencia de amparo de 28 de septiembre de 2015, expediente 4617-2013, se hace relación de la existencia de un derecho al recurso hídrico, lo cual se hace en los siguientes términos:

« […] aun cuando no figure expresamente en la Constitución, existe un derecho al agua que comprende el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, sin obviar la importancia que este recurso tiene incluso para los ecosistemas; y que impone al Estado las obligaciones de respetar, proteger y cumplir, en los términos apuntados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General número quince […]».

De esta manera, la situación actual radica en que no se cuenta con ningún tipo de regulación que corresponda al trato actual que se le ha dado al agua como derecho humano en el derecho internacional, pese a que el artículo 127 de la Constitución Política República establece respecto al régimen de aguas, que: «una ley específica regulará la materia», al día de hoy no se cuenta con la misma.

Lo que deriva en que el trato que se le da se basa en consideraciones de índole administrativa que considera el agua como recurso y no como derecho. Lo que particularmente llama la atención es que, pese a que han transcurrido 35 años desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de Guatemala [al año 2021], el régimen jurídico del país aún no cuenta con la respuesta a ese mandato constitucional que contiene el artículo 127.

Lo anterior, ha originado que se presenten inconstitucionalidades por omisión pues la ausencia de una ley específica que regule la materia hace que la regulación del régimen se integre supletoriamente por una diversidad de disposiciones contenidas en diferentes leyes. Esa dispersión, regulación incompleta y antigüedad de las normas en el régimen de aguas, constituyen un importante obstáculo que dificulta el desarrollo ambiental y el desenvolvimiento adecuado del derecho humano al agua en el país.

En el expediente 3722-2007 de fecha 5 de febrero de 2009, en ocasión de haberse planteado inconstitucionalidad general parcial, el accionante adujo que la regulación sobre el agua contenido en la normativa civil era inconstitucional por no constituir lo ordenado en el mandato

contenido en el artículo 127 constitucional. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala desestimó el planteamiento, pero estableció:

«[…] esta Corte considera que existe **una omisión de un mandato constitucional por parte del Congreso de la República, al no emitir una ley que regule el régimen de aguas**, pues tal circunstancia, ha propiciado que existan normas que no armonizan con la Ley suprema, por lo que se exhorta al Congreso de la República a crear y a emitir la respectiva ley […]» (resaltado propio).

Aunado a ello, el 10 de diciembre de 2013 fue resuelta la acción de Inconstitucionalidad general por omisión absoluta, que figura dentro del expediente 1135-2013 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, pues los accionantes indicaron que la omisión legislativa respecto de emitir una ley que regule la materia del régimen de aguas viola:

«a) lo establecido en el artículo 127 constitucional, que contempla la existencia de un mandato expreso, directo, concreto e imperativo que impone al legislador la obligación de regular la materia de régimen de aguas por medio de la emisión de una ley específica; b) el artículo 44 de la Constitución, pues el derecho al agua ha sido reconocido como un derecho humano, de manera que al no regularse el régimen de aguas implícitamente se está vulnerando aquel derecho […]» entre otros derechos constitucionales.

Además, en el expediente 452-2019, de fecha 7 noviembre de 2019, los solicitantes plantearon una inconstitucionalidad parcial de ley de carácter general por omisión porque, «según su parecer, al regular el régimen de aguas, lo hacen de manera incompleta y discriminatoria, lesionando derechos, valores, principios, disposiciones constitucionales y estándares de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad».

Aunado a ello, resaltaron la especial relación de los pueblos indígenas con las aguas, y que «el actual régimen legal que lo regula se orienta a la privacidad de los derechos de propiedad, uso, goce y aprovechamiento, anteponiendo la comercialización, la explotación intensiva para usos industriales, agropecuarios, extractivos y energéticos […]». Además, consideraron necesaria la existencia de mecanismos de regulación que protejan el agua desde la perspectiva indígena, lo que repercutirá en el hecho que exista agua suficiente para todos los habitantes.

Lo interesante de esta sentencia es que, en la parte resolutiva, no solo se exhortó en el sentido que se hizo en los fallos citados, sino también orientó a que el cuerpo legal que se emita observe el mandato constitucional de regular el régimen de aguas "de acuerdo con el interés social", pues establece:

«II) En razón de lo considerado, se formula exhortación al Congreso de la República para que, en un plazo razonable y en atención a lo considerado en esa sentencia, emita la ley a que hace referencia el artículo 127 de la Constitución Política de la República, en la cual se regule lo relativo al régimen de aguas, "de acuerdo con el interés social"; para ello, deberá tener en cuenta: i) la naturaleza fundamental del derecho al agua; ii) la singular percepción –material y espiritual– de los pueblos indígenas sobre el agua; y iii) lo expresado sobre ese tema en

observaciones, resoluciones y declaraciones emanados de órganos de la Organización de Naciones Unidas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en otros estándares internacionales».

Lo anterior demuestra la existencia de un trato diferenciado a nivel interno respecto al trato como derecho humano que se le ha dado al derecho al agua en el creciente desarrollo que ha tenido en el derecho internacional de los derechos humanos, y la necesidad de cumplir con el mandato constitucional en concordancia con el régimen internacional. El cual se recalca, es un derecho en construcción y cambio pues está sujeto a la progresividad, pero ello no implica que los Estados dejen de utilizar al máximo sus recursos disponibles para garantizar su acceso a la población.

REFERENCIAS

Alvaro, C. A. (s.f.).

Andrade, C. A. (2018). *El Derecho al Agua en el Derecho Internacional: Obligaciones internacionales que emanan del concepto de agua como derecho.* Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 3-4.

Caso Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honat (Nuestra Tierra) vs. Argentina., Serie C No. 400 (Corte IDH. 6 de febrero de 2020).

CIDH. (2015). *Informe anual de la audiencia temática regional sobre derechos humanos y el agua en las Américas, celebrada durante el 156° período de sesiones.*

Inconstitucionalidad parcial de ley de carácter general por omisión, Expediente 3722-2013 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 5 de junio de 2013).

Observación General 15 *"El derecho al agua"* (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). (Comité DESC 2002).

ONU. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH), P. d.-H. (2010). *"Folleto informativo No 35: El derecho al agua"*, . 3-4.

Pinto Mauricio, M. L. (2016). *Origen, evolución y estado actual del derecho al agua en América Latina.* Revista bioderecho, 35.

Serrano Tur, L. (2014). *Aguas dulces y Derecho Internacional: el agua como bien común y como derecho humano desde la perspectiva del desarrollo sostenible.* Barcelona, España.: Huygens Editorial.

Terrazas Ponce, J. D. (agosto de 2012). *La tutela jurídica del agua en el Derecho Romano.* Obtenido de Scielo: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000200007

MATERNIDAD SUBROGADA, LAGUNAS DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN COLOMBIA Y LEGISLACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Sharon Valeria Rodriguez Villa[26]
Hanna Sofia Escallon Eraso[27]

RESUMEN

Dada la falta de marcos jurídicos y legales en Colombia, diferentes factores se han visto altamente versados en riesgo para las partes involucradas en la práctica de la maternidad subrogada, puesto que, al momento de su aplicabilidad a un caso específico se generan situaciones perjudiciales de manera objetiva y subjetiva a toda la población; por lo anterior, a través del derecho comparado se busca observar los diferentes lineamientos que sirvan para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano, tomando principalmente el derecho comparado de la República India y Francesa, para conocer, identificar y estructurar criterios sobre la aceptación total, parcial, o prohibición de la misma, cuyas bases descansan sobre elementos culturales, sociales, económicos y políticos que puedan resultar influyentes, con el fin de evitar abusos en relación a la clandestinidad o el comercio desmedido que puedan generarse. Ahora bien, el análisis es guiado a través de un paradigma naturalista y un enfoque histórico hermenéutico, dado que se busca interpretar y comprender los motivos que dan inicio a la práctica de este método de concepción asistido, considerado desde un contexto cultural y social. Es así que, surge la necesidad de regulación cuando el contrato de maternidad subrogada en Colombia, se guía con normas de derecho privado prevaleciendo la autonomía de la voluntad, sin una legislación que estructure los modos de aplicación, dejando en libertad a las partes para pactar a su arbitrio el contrato, arguyendo que este es existente y válido, desconociendo así los contratiempos que puedan suscitarse.

PALABRAS CLAVE: maternidad subrogada, República de Colombia, República India, República Francesa, derecho comparado.

26 Estudiante de Derecho. Universidad Mariana. San Juan de Pasto, Nariño, Colombia. Correo electrónico: shrodriguez@umariana.edu.co

27 Estudiante de Derecho. Universidad Mariana. San Juan de Pasto, Nariño, Colombia. Correo electrónico: hescallon@umariana.edu.co

SURROGACY, GAPS IN THE COLOMBIAN LEGAL SYSTEM AND LEGISLATION IN COMPARATIVE LAW

ABSTRACT

Given the lack of legal and juridical frameworks in Colombia, different factors have been seen highly versed in risk for the parties involved in the practice of surrogacy, since, at the time of its applicability to a specific case, it generates harmful situations in an objective and subjective way for the whole population; therefore, through comparative law we seek to observe the different guidelines that serve to regulate surrogacy in the Colombian legal system, taking mainly the comparative law of the Indian and France Republic, to know, identify and structure criteria on the total, partial acceptance or prohibition of the same, whose foundations are based on cultural, economic and political elements that can be influential, in order to avoid abuses in relation to clandestinity or excessive trade that may be generated. Now, the analysis is guided by a naturalistic paradigm and a hermeneutic historical approach, since it seeks to interpret and understand the reasons that give rise to the practice of this method of assisted conception, considered from a cultural and social context. Thus, the need for regulation arises when the surrogacy contract in Colombia is guided by private law rules prevailing the autonomy of the will, without a legislation that structures the modes of application, leaving the parties free to agree to their discretion the contract, arguing that is existing and valid, thus ignoring the setbacks that may arise.

KEY WORDS: surrogacy, Republic of Colombia, Indian Republic, French Republic, comparative law.

INTRODUCCIÓN

A partir de los avances tecnológicos en los diferentes campos, se han venido desarrollando nuevas técnicas y procedimientos que contribuyen a facilitar la concepción de seres humanos, entre estos se encuentran los llamados métodos de reproducción asistida como lo son la programación del ciclo femenino, la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la maternidad subrogada o comúnmente llamada alquiler de vientres. Esta última como tema de investigación ha sido definida por la doctrina como:

> El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este (Gómez, Yolanda. 1994, p 136).

Ahora bien, la maternidad subrogada, a pesar de ser una esperanza para las personas deseosas de ser padres, aún no cuenta con una regulación expresa en Colombia, dejando así vacíos

que podrían ser controversiales al momento de suscitarse dificultades entre los padres contratantes y la madre subrogada, como podría ser el caso de ya no querer entregar al hijo o que el mismo nazca con alguna enfermedad que produzca el rechazo de los padres, entre otros; se concluye entonces que,

> A pesar, de la falta de marcos jurídicos y legales en Colombia, este tipo de práctica para la Corte Constitucional, resulta un "mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas", poniendo de manifiesto la necesidad de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes, la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido y los conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre los involucrados (El Espectador. 2016).

En la actualidad existen diversas legislaciones que permiten y prohíben la maternidad o gestación subrogada. Dentro de los países que permiten este tipo de práctica se encuentra Canadá, Australia, Ucrania, Rusia, Estados Unidos (California, Oregón), India, entre otros; en contraposición a estos, países como China, Camboya, Francia, entre otros, prohíben su realización. Sinembargo, dentro de la legislación Colombiana no se ha tomado en cuenta las diferentes regulaciones a lo largo del mundo; además, por parte del Estado Colombiano se ha querido polarizar y desestimar que estas prácticas son comunes y palpables en la realidad social, de igual manera se ha venido dilatando la posibilidad de alcanzar una regulación propia del tema, tal como se ha evidenciado a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los diversos intentos regulatorios que se han presentado, esto es, los proyectos de Ley Nº 46 de 2003-Senado, Nº 196 de 2008 – Cámara de Representantes y Nº 37 de 2009, que no lograron consolidarse. Recuérdese entonces, que en Colombia no existe una regulación especial vigente sobre los contratos de maternidad subrogada, a pesar de que la Corte Constitucional ha reconocido la necesidad de tenerla y también debido a la ocurrencia de varios intentos legislativos fallidos (Rodríguez, Camilo y Martínez, Karol. 2012).

Si el alquiler de vientres se deja en el plano de un negocio, es factible que se pueda compartir la postura de que todas/os las/os implicadas/os deban obtener ganancia de él, es la lógica del capitalismo. Se tiene una mercancía, el vientre de la mujer, se compra si se tiene el poder adquisitivo para ello (Sánchez, Amparo. 2017). No obstante, los participantes en este tipo de pactos involucran sus derechos fundamentales como a fundar una familia (Constitución Nacional, Artículo 42), la asistencia por parte del Estado Colombiano a una mujer que se encuentre en estado de embarazo (Constitución Nacional, Artículo 43), igualdad ante la ley (Constitución Nacional, Artículo 13) e incluso su integridad física y mental. De este modo, resulta vital analizar las situaciones y perspectivas en relación a la maternidad subrogada, a fin de percibir e identificar las problemáticas que se puedan ir presentando en Colombia, así como permitir, fomentar e impulsar el desarrollo de la sociedad para instruir a la practicidad y beneficio de toda la comunidad, de igual manera–, debe velarse por la estabilidad partiendo desde el núcleo familiar y social para gozar de protección e igualdad, por lo anterior, se busca estudiar la normatividad de la República Francesa y la República India, gracias al derecho

comparado con el fin de establecer las posibles posturas y contribuciones que se puedan acoger al ordenamiento jurídico Colombiano.

MATERNIDAD SUBROGADA, LAGUNAS DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN COLOMBIA Y LEGISLACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Teniendo en cuenta los altos índices de desempleo y pobreza que se presentan en Colombia, la práctica de la maternidad subrogada, como mecanismo de procreación asistida se ha visto progresivamente utilizada como una fuente de ganancia económica en la prestación o alquiler de una madre sustituta que llevase en su vientre el hijo de otro; es así que, dada la falta de marcos jurídicos y legales en el país, factores como la salud, la seguridad, protección y economía se ven altamente versados en riesgo para ambas partes practicantes, conjunto con aquellos funcionarios y profesionales que ejercen en el campo de la abogacía quienes al momento de la aplicabilidad a un caso se enfrentan a lagunas normativas que no permiten dar claridad respecto del respaldo o prohibición de la práctica.

Por lo anterior, a través de pautas investigativas se ha buscado dar respuesta a la problemática de ¿Cómo regular en la legislación colombiana la maternidad subrogada desde el derecho comparado con la República India y la República Francesa a partir del año 2009 al año 2021?, permitiendo conocer, identificar y estructurar criterios respecto de la aceptación total o parcial, o prohibición de la misma versada sobre factores culturales, sociales, económicos y políticos que puedan resultar influyentes, con el fin de evitar abusos en relación a la clandestinidad o el comercio desmedido que pueda devenir de la misma, teniendo .la finalidad de estructurar criterios diferenciadores entre la República de Colombia respecto de la República India, la República Francesa, y demás Países para la formulación de posibles contribuciones que pueden darse a raíz del derecho Comparado.

Ahora bien, el análisis es guiado bajo un paradigma naturalista y un enfoque histórico hermenéutico, buscando interpretar y comprender los motivos que dan inicio a la práctica de este método de concepción asistido, considerado desde un contexto cultural y social; es así que, por medio del marco teórico se profundiza, en las diferentes teorías que respaldan la investigación, a través de conceptos, legislaciones y pensamientos críticos a nivel nacional e internacional, teniendo como principal referente las siguientes invstigaciones:

- VALIDEZ Y EFICACIA DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO - LAURA VICTORIA CÁRDENAS ROJAS. Abarca el estudio de derechos involucrados con el fin de proteger y materializar el derecho a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”, regulado en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, además, de permitir el estudio de la maternidad subrogada como un contrato atípico valido.

- LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO - HERNANDO URIBE VARGAS. Busca analizar e investigar la perspectiva del contrato dentro de la práctica de la maternidad subrogada y cuál podría ser el posible rumbo del mismo si se llegase a legislar.
- MATERNIDAD SUBROGADA EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO Y PRINCIPALES APORTES INTERNACIONALES AL TEMA - KARLA MARIANA CADAVID PULGARIN, AMALIA BARRERA CORREA. A partir del cual se estudia la maternidad subrogada como un procedimiento utilizado a nivel mundial que ha suscitado debate respecto a su permisión o prohibición.

Ahora bien, en Colombia "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad" (Constitución Nacional, Artículo 5), reconociendo así los derechos que son inherentes al ser humano e implícitamente consagra a la familia como una base importante dentro de la sociedad, sin discriminar la manera en que se constituyan los vínculos de una familia.

"Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes." (Constitución Nacional, Artículo 42 N° 6). El Estado reconoce igualdad de derechos a todos los hijos que se conciban por una pareja, en razón de garantizar la protección de los niños, además, busca salvaguardar directamente la seguridad de la familia misma.

La maternidad subrogada debe analizarse desde la perspectiva que apoya a aquellas personas impedidas para concebir pero que desean constituir una familia gracias a la ayuda de otro, en virtud de elegir la manera por la cual desea convertirse en padre o madre responsable de sus hijos, además de contar con la asistencia que debe brindar el Estado en el respaldo del método a utilizar para generar condiciones de igualdad a aquellos que se limitan biológicamente. Tal cual se menciona dentro del artículo 43 Constitucional:

> La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviese desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (Constitución Nacional, Artículo 43).

Dentro del estudio de la maternidad subrogada a nivel internacional, si bien las legislaciones internas son discordes con la legislación colombiana, debe puntualizarse que comparten aspectos en común para hablar acerca de protección de derechos de manera mundial a través de La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) el 10 de diciembre de 1948 en París, donde de los 58 Estados miembro, 48 votaron a favor entre estos Francia, India y Colombia, todo esto para proteger derechos de carácter político, civil, social, culturales y económicos, de allí que la maternidad subrogada al ser una manera de conformación de familia se encuentra igualmente protegida tal como se menciona en la declaración de 1948,

Artículo 16.

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Ahora bien, a falta de normatividad para el Estado colombiano, se tendrá en cuenta las diversas posturas que se han tomado en otros Estados, y así aportar alternativas para una regulación en Colombia.

Dentro del espectro internacional también se ha evidenciado la protección que se brinda a la familia y la salud reproductiva de la cual esta sea llevadera, así se evidencia en el Bloque de Constitucionalidad conforme a los tratados y convenios internacionales: "Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos" (ONU, 1979).

La República de Francia no aprueba la práctica y comportamiento de la maternidad subrogada, tal y como lo menciona "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle", lo que significa que: cualquier convención relacionada con la procreación o el embarazo en nombre de otros es nula. (Código Civil Francés. Título I Capítulo II, artículo 16 literal 7. (1804). Ya que este método de reproducción asistida se considera una forma de comercialización del cuerpo de la mujer además de ser una ruptura completa a los lazos de filiación que se constituyen por el embarazo.

> El presidente del Instituto Bioético Europeo, Ethienne Montero Redondo, señaló en una conferencia impartida en la Universidad de Navarra que si se legalizaran los vientres de alquiler sería una contradicción para el término de la filiación, se produciría una filiación fragmentada. No obstante, recordó que no es que los derechos de los vástagos de las parejas infértiles se queden en el aire, pero que si se produjera este hecho supondría la cosificación del niño y la eliminación del vínculo con la madre.
>
> El experto explicaba que si se legalizaban los vientres de alquiler se reconocía entonces el derecho al abandono de esa criatura por parte de la madre cuando naciera y se le autorizaría a deshacerse de sus derechos y deberes en su progenitura. (La Información. 2014)

También el Código Penal Francés establece que se: "penaliza a aquella persona por el hecho de intermediar, con fines lucrativos, entre una persona deseosa de adoptar un niño y un padre

deseoso de abandonar a su hijo nacido o por nacer" (CPF. Artículo 227 literal 12. Ley nº 94-653 de 29 de julio de 1994 art 4 Diario Oficial de 30 de julio de 1994).

En contraposición de esta teoría francesa, encontramos lineamientos jurídicos que aceptan la práctica de la maternidad subrogada como es el caso de la República India, la cual después de haber sido considerada el útero del mundo, ha tenido diferentes momentos en la historia y es en la actualidad que se pronuncia expresamente la aceptación de esta práctica con ciertas limitaciones impuestas por el Estado. En el año 2015 a la gestación asistida en la República India se incorporaron ciertas limitaciones para dicha práctica, las cuales determinaban que solo ciudadanos de origen Indio, aquellas parejas heterosexuales que sean extranjeros, los cuales se encuentren casados por al menos dos años y que su país de origen permita dicha práctica podrán acceder a una reproducción asistida en la república India; sinembargo, en el año 2016 a través de la Ley, aprobada el 21 de noviembre del mismo año bajo el nombre Surrogacy (Regulation) Bill. Se incorporan nuevas disposiciones para constituir la Junta Nacional de Subrogación, las Juntas de Subrogación del Estado y el nombramiento de autoridades apropiadas para la regulación de la práctica y el proceso de subrogación y para asuntos relacionados con eso o incidentales a esto, además la madre sustituta quien será la gestante lo hará sin remuneración económica, es decir, de manera altruista, y deberá ser un familiar cercano a la pareja.

> La prohibición y limitación generaron polémica, incluso protestas por parte de las mujeres que se dedicaban a la subrogación, pero expuso algunos de los grandes problemas con esta industria: la explotación de los cuerpos de las mujeres, el abuso hacia las mujeres pobres que dependían del alquiler de vientres, el incumplimiento de los contratos, así como la propia estipulación de estos contratos y el poder de decisión de las mujeres en ellos (Bolívar, Alejandra. 2018)

El objetivo es terminar con los escándalos acontecidos en la India en torno a la gestación subrogada, el "negocio de los vientres de alquiler", las llamadas "granjas de mujeres" y, en definitiva, la mala praxis en relación a esta técnica (Álvarez, Natalia. 2019), evitando que la maternidad subrogada se convierta en un negocio lucrativo y de explotación a la mujer.

> La doctora Nalini Mahajan, directora del Hospital Mother and Child (Madre e hijo) de Nueva Delhi, con 40 años de experiencia en el ámbito de la infertilidad, argumenta con rudeza: "Creo que el motivo es que ha habido parejas de hombres homosexuales que contrataban a cinco subrogadas a la vez para después vender a los niños en Bangkok y otras ciudades. ¿Por qué una pareja normal, de hombre y mujer, querría hacer algo así? De esta forma, el Gobierno indio encuentra la excusa perfecta para seguir condenando lo que contradice la moral del país y que, en sus libros de derecho, bajo la sección 377, se define como "sexo en contra del orden natural" (Rollano, Laura. 2017).

Ahora bien, el primer avistamiento jurisprudencial en Colombia sobre la maternidad subrogada lo encontramos en la sentencia T-968 de 2009, donde se relata el caso de una pareja de

nombres Salomón y Raquel, quienes tenían problemas de infertilidad que impedían la concepción de un hijo, por lo anterior, realizaron un contrato de maternidad subrogada con una joven de escasos recursos llamada Saraí, esto con el fin de que el semen del hombre contratante fecundara el óvulo de Raquel, y este óvulo ya fecundado fuera gestado por la mujer contratada; sinembargo, este proceso no pudo llevarse a cabo de la manera en que fue previsto ya que los óvulos de Raquel no pudieron ser utilizados, consecuentemente correspondió a Saraí aportar los suyos. Posteriormente, Salomón se encargaba de pagar la EPS de Saraí y cubrir sus gastos de manutención, es así que del embarazo asistido nacieron dos hermosos mellizos, los cuales Saraí ya no deseaba entregar a la pareja contratante, razón por la cual decidió huir ocultando el nacimiento de los bebés, y a su vez omitiendo de los registros al padre.

Más adelante, el ICBF interfiere revocando la custodia de los mellizos a Saraí, es ahí cuando Salomón decide iniciar un proceso de privación de custodia y patria potestad e interponer una demanda en la cual se solicitó el permiso para sacar a los niños del país y llevarlos a Estados Unidos, permiso que después de un análisis profundo fue conferido por el juzgado décimo de familia de Cali. La decisión de la sentencia se basó en el contrato de maternidad subrogada celebrado entre las partes involucradas dando a entender que la madre biológica renunció a sus derechos sobre los menores, sinembargo, se le otorgó a Saraí el beneficio de mantener contacto con los niños.

La Corte Constitucional abordó el caso estableciendo la protección y materialización de los derechos de los niños, recalcando que estos gozan de prevalencia constitucional. Esclareció también, que los padres debían asumir la custodia de manera solidaria, además, solo serían separados de Saraí si esta faltare a sus deberes como madre. Cabe mencionar que en el caso Saraí incluso cambio su domicilio en condiciones precarias a uno capaz de ofrecer un ambiente saludable a sus hijos, y aún si Salomón tuviere mejores condiciones de vida esto no significaba que podría separar a los menores de su madre biológica, teniendo en cuenta además que el estado económico de Saraí le impedía viajar a Estado Unidos.

La honorable Corte también expreso que basándose en la doctrina no hubo realmente lugar a un contrato de maternidad subrogada, puesto que para ello no debe existir un vínculo biológico entre la madre gestante y los menores, esto quiere decir, que el material genético debe ser sólo de la pareja contratante, y tal como se demuestra en este caso se rompió con los requisitos de dicho contrato.

Este suceso es fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano ya que la sentencia dictaminó criterios respecto a la gestación por sustitución y puso en evidencia la necesidad de regular la práctica para no generar ni incumplimientos, ni vulneración de derechos.

Complementario a esto, a partir de la historia se podrá evidenciar los primeros indicios o antecedentes de esta práctica, sinembargo, el análisis se realiza universalmente puesto que resulta de vital importancia ejemplificar el nacimiento de la práctica a partir de sus raíces históricas. El primer antecedente se encuentra nada más y nada menos que en la biblia donde

narra que Saray, la esposa de Abram, no le había dado hijos. Pero, como tenía una esclava egipcia llamada Agar. Saray le dijo a su esposo:

— El Señor me ha hecho estéril. Por lo tanto, ve y acuéstate con mi esclava Agar. Tal vez por medio de ella podré tener hijos (Génesis 16:1-16). Es así que en 1910 A.C. nace un niño de nombre Ismael, este fue el primer niño nacido por medio de la gestión subrogada tradicional" (S.a 2010).

Encontramos también diferentes hitos históricos que han contribuido a lo que hoy conocemos como la maternidad gestacional, la cual es el estigma social del siglo XXI:

Países como Estados Unidos (en particular el Estado de California) han sido pioneros en el sector de la gestación subrogada, "en 1980 se firmó el primer acuerdo comercial de gestación subrogada que permitió a la gestante Elizabeth Kane recibir 10 000 dólares por dar a luz al bebé de otra pareja" (Pérez, Andrea. 2018)

De igual manera existen casos donde mujeres mayores adultas han realizado este tipo de práctica. En 2007, Ann Stolper, una mujer de 58 años dio a luz a sus propios nietos, gemelos, puesto que su hija Caryn Chomsky debido al diagnóstico de un cáncer cervical no podía concebir por sí misma, de allí que nació la idea de implantar los óvulos de su hija con el esperma de su esposo.

En el año de 2019, la justicia francesa después de 15 años de lucha judicial falló a favor de que Sylvie Mennesson Digure apareciera en el registro civil como la "madre de intención", de las gemelas Valentina y Fiorella nacidas de un alquiler de vientre en Estados Unidos, si bien por peculiaridades del caso se le fue otorgado este reconocimiento, cabe aclarar que no por ello la práctica es aceptada en dicho país.

A partir de todo el análisis realizado y la información recolectada, la maternidad subrogada como controversia social a nivel universal amerita especial atención por parte de la legislación colombiana, para así generar protección y seguridad a la salud y vida de las personas que practican este método de concepción asistida; obteniendo así como resultados, que la inobservancia y desatención de esta temática vulnera los derechos de la madre gestante y del menor, esclareciendo que en este "contrato" se involucran diversas esferas que ponen en tela de juicio la reglamentación de aspectos como el registro civil, la filiación, la impugnación de la maternidad, la normatividad penal, la permisión de salida del país y las demandas judiciales, toda vez que el contrato de maternidad subrogada en Colombia se guía con normas de derecho privado prevaleciendo la autonomía de la voluntad, sin una legislación que estructure los modos de aplicación, dejando en libertad a las partes para pactar a su arbitrio el contrato, arguyendo que este es existente y válido puesto a que lo avala el artículo 1502 del Código Civil Colombiano, que en contraste con situaciones y hechos semejantes dentro de diferentes países desemboca en el descontrol de la práctica, instrumentalizando y comercializando el cuerpo de la mujer.

CONCLUSIONES

Si bien en Francia no se permite ni se reconoce esta práctica, en India si lo hacen, sinembargo, se pudo evidenciar de manera palpable que el descontrol en esta práctica instrumentaliza el cuerpo de la mujer traducida en su comercialización, tanto así que vulnera los derechos de la gestante como del menor, de ahí que los distintos sucesos en India han provocado la promulgación de límites para el acceso a esta práctica.

Ahora bien, desde una perspectiva legal, la práctica de la maternidad subrogada debería gozar de una seguridad y protección de derechos real y material, es así que, Colombia no debe ser indiferente a esta práctica, los niveles de pobreza son muy altos, y no se está lejos de que el coloquialmente llamado alquiler de vientres sea una práctica frecuente en el país, debe aceptarse que es una realidad, y si bien se plantea una aceptación de la misma, esta deberá limitarse, de ahí que dependerá de un minucioso estudio por parte del Congreso de la República establecer cuáles deben ser dichos límites, lo que sí se puede esclarecer es que de ninguna manera se debe mercantilizar esta práctica, puesto que el fin debe ser la promoción y protección de la familia no el crecimiento de índices económicos a nivel nacional.

REFERENCIAS

Constitución Política de Colombia. (1991).

Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). Recuperado de: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf

Bolívar, A. (2018). *¿Por qué India decidió prohibir el alquiler de vientres?* Recuperado de: https://www.la-critica.org/por-que-india-decidio-prohibir-el-alquiler-de-vientres/

Gómez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana.* Madrid, Marcial Pons. p. 136.

El Espectador. (2016). *Alquiler de vientre en Colombia: una práctica ni regulada ni prohibida*. Recuperado de: https://www.elespectador.com/noticias/politica/alquiler-de-vientre-en-colombia-una-practica-ni-regulada-ni-prohibida/

Rodríguez, C. y Martínez, K. (2012). *El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense*. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200003#n7

Sánchez, A. (2017). *¿Maternidad subrogada o alquiler de vientres?* Recuperado de: https://desarrollo.lasillavacia.com/silla-llena/red-de-las-mujeres/historia/maternidad-subrogada-o-alquiler-de-vientres-62266

Cárdenas, L. (2015). *Validez y Eficacia del Contrato de Maternidad Subrogada en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.* Recuperado de: https://doctrina.vlex.com.co/vid/validez-eficacia-contrato-maternidad-648110209

Uribe, H. (2010). *La Ineficacia del Negocio Jurídico en el Derecho Privado Colombiano.* Recuperado de: file:///C:/Users/c240/Downloads/1927-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4247-1-10-20151102.pdf

Cadavid, K. y Barrera, A. (2016). *Maternidad Subrogada en el Sistema Jurídico Colombiano y Principales Aportes Internacionales al Tema.* (Tesis de Pregrado). Universidad CES-Medellín. Recuperado de: https://repository.ces.edu.co/bitstream/10946/2221/1/Maternidad_subrogada.pdf

Código Civil Francés. (1804). Recuperado de: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2020-11-07

La Información. (2014). *Francia no quiere que los hijos de vientres de alquiler tengan la nacionalidad.* Recuperado de: https://www.lainformacion.com/asuntos-sociales/francia-no-quiere-que-los-hijos-de-vientres-de-alquiler-tengan-la-nacionalidad_u6thk6nulumqk4k8flxsy1

Código Penal Francés. (1994). Recuperado de: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/2020-11-07

Surrogacy (Regulation) Bill. (2016). Recuperado de https://www.prsindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy%20(Regulation)%20Bill,%202016.pdf

Álvarez, N. (2019). *Gestación subrogada en la India – ¿Qué dice la nueva ley?* Recuperado de: https://babygest.com/es/india/#que-supone-este-cambio-en-la-legislacion

Rollano, L. (2017). *India pretende cerrar la puerta a la maternidad subrogada a gais y extranjeros.* Recuperado de: https://www.latino-news.com/india-pretende-cerrar-la-puerta-a-la-maternidad-subrogada-a-gais-y-extranjeros/

Pérez, A. (2018). *Historia de la gestación subrogada en Estados Unidos.* Recuperado de: http://derechocivilandreaperez.blogspot.com/2019/03/historia-de-la-gestacion-subrogada-en.html

Scotto, R. (2014). *Mères porteuses: «Nos filles ne seront plus les fantômes de la République»* Recuperado de: https://www.20minutes.fr/societe/1411599-20140626-meres-porteuses-filles-plus-fantomes-republique

PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CONCEBIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA

Dany Alejandra Téllez Archila[28]
Rafael Andrey Pulido Parra[29]

RESUMEN

La presente investigación pretende establecer dentro del sistema jurídico colombiano e internacional el impacto que produce en el derecho fundamental a la personalidad jurídica del niño y niña por haber sido concebido mediante el uso de la técnica de reproducción humana asistida utilizando material genético ajeno a las partes que celebran el contrato de gestación subrogada en Colombia. la metodología que se emplea para el desarrollo del proyecto es de carácter cualitativo fundado en el paradigma histórico - hermenéutico, en tanto que, para responder al primer objetivo específico se aplicará como instrumentos la matriz de análisis documental al sistema normativo y jurisprudencial de carácter nacional e internacional que regula el derecho a la personalidad del niño y niña. Como resultado de la ejecución del primero objetivo se logró evidenciar que tanto la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y los tratados internacionales entre otros la Convención Americana de los Derechos del niño regulan y protegen de manera expresa los derechos a la personalidad jurídica de los niños y niñas, entre otros, el derecho a tener un nombre, apellido, estado civil y una familia.

PALABRAS CLAVE: Personalidad Jurídica, Técnicas de Reproducción Humana a Asistida, Material Genético, Contrato, Gestación Subrogada

LEGAL PERSONALITY OF CHILDREN CONCEIVED USING ASSISTED HUMAN REPRODUCTION TECHNIQUES IN THE SURROGACY CONTRACT.

ABSTRACT

This research aims to establish within the Colombian and international legal system the impact that it produces on the fundamental right to the legal personality of the boy and girl for

---

28 Estudiante de sexto semestre del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, y miembro del Semillero de Investigación Holístico. Correo: d_tellez@unisiomon.edu.co Tel: 3204200762.

29 Estudiante de segundo semestre del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, y miembro del Semillero de Investigación Holístico. Correo: r_pulido@unisimon.edu.co Tel: 3174007760.

having been conceived through the use of the assisted human reproduction technique using genetic material foreign to the parties that They celebrate the surrogacy contract in Colombia. The methodology used for the development of the project is of a qualitative nature based on the historical-hermeneutical paradigm, while, to respond to the first specific objective, the matrix of documentary analysis will be applied as instruments to the normative and jurisprudential system of a national and international law that regulates the right to personality of the boy and girl. As a result of the execution of the first objective, it was possible to show that both the Political Constitution, the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court and international treaties, among others the American Convention on the Rights of the child, expressly regulate and protect the rights to legal personality of boys and girls, among others, the right to have a name, surname, marital status and a family.

KEYWORDS: Legal Personality, Assisted Human Reproduction Techniques, Genetic Material, Contract, Surrogacy.

INTRODUCCIÓN

El sentimiento que genera la germinación de la vida humana, plantea grandes retos frente al enfoque tradicional de la maternidad que se relaciona de manera exclusiva al embarazo, la gestación, el parto y la crianza del nuevo ser, es decir reducido simplemente al aspecto biológico (Moore, 2009), cuando en realidad, la maternidad trasciende al contexto social, en tanto que, la familia es el núcleo esencial de la sociedad constituida por la agrupación de seres humanos entrelazados por vínculos consanguíneos, civiles y que se procrean de manera natural o utilizando las técnicas científicas de reproducción humana (TRHA), adelantos científicos que permiten a millones de mujeres materializar su derecho de acceder a la maternidad y formar una familia de manera biológica.

El contrato de gestación subrogada o como también se le denomina maternidad subrogada, es un acuerdo de voluntades entre la parte comitente y la madre gestante encaminado a generar obligaciones recíprocas, con el fin de llegar por medios científicos a generar vida humana mediante el uso de la Técnicas de Reproducción asistida (TRHA), que visto desde una óptica de la inclusión, permite a la madre comitente celebrar un contrato con la mujer gestante para llegar a ser la madre legal, pues se "reconoce que la madre educacional o afectiva es la que se hace cargo de la crianza y generalmente coincide con la mujer comitente, que es quien impulsó todos los trámites y aparece como la más interesada en tener un hijo" (Ruiz. 2013, p.6)

En aquella dirección, la Corporación de Cierre Constitucional Colombiana en la sentencia (T-968/09) se refirió a su parte motiva al contrato de Gestación Subrogada estableciendo incluso lineamientos jurídicos para su conformación al referirse a los requisitos axiológicos de existencia apoyándose en el Artículo 42 superior que autoriza la conformación del núcleo familiar con apoyo en los medios científicos, pero, sin efectuar de manera directa y expresa

la regulación jurídico - jurisprudencial o prohibición del contrato de gestación subrogada, hoy de ejecución frecuente pero en el anonimato en el seno de la comunidad. Por esta situación la Honorable Corte en dicha providencia puntualizó la responsabilidad legislativa del congreso de la república en establecer los lineamientos legales en la materia, con el fin de evitar situaciones jurídicas que vulneraran los derechos de la mujer gestante, los padres comitentes y en especial los derechos fundamentales de los niños o niñas.

Dentro de las formalidades de las técnicas de reproducción asistida, se ven inmersas dos figuras contractuales, por un lado, un negocio jurídico privado por la mujer gestante y la madre comitente, y por el otro, el contrato celebrado con el centro clínico o médico particular que va a estar encargada del proceso de procreación con aquellas personas que no pueden concebir de manera natural, partiendo de la base, que la utilización de los avances científicos y tecnológicos permiten mejorar y dar solución a esta precaria condición de la mujer.

La nueva concepción del Estado Social de Derecho en que se encuentra construido el Estado Colombiano, fundado en principios, valores y derechos fundamentales, el derecho que tiene toda persona a la vida, tener una familia y al trato igualitario son pilares fundamentales del reconocimiento y protección a la dignidad humana (poder tomar decisiones sin discriminación alguna), garantizándose de esta manera a la persona desde el nacimiento, la protección de "una serie de derechos fundamentales que le permiten, el goce de personalidad jurídica, y su individualización de los demás seres vivientes" (Galindo, 1991, pp 301-306).

De acuerdo con la metodología de carácter cualitativo fundado en el paradigma histórico - hermenéutico, y utilizando como instrumento la matriz de análisis documental aplicada al sistema normativo y jurisprudencial nacional e internacional que regula el derecho a la personalidad jurídica del niño y niña, se develó en la ejecución del primer objetivo específico, que tanto la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y los tratados internacionales entre otros la Convención Americana de los Derechos del niño regulan y protegen de manera expresa los derechos a la personalidad jurídica de los niños y niñas, entre otros, el derecho a tener un nombre, estado civil y una familia.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El presente estudio de investigación gira en torno a siguiente planteamiento polémico: ¿Cómo el sistema jurídico colombiano e internacional regula el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica de los niños y niñas concebidos mediante la técnica de reproducción humana asistida, cuando el material genético proviene de un tercero ajeno a las partes que celebran el contrato de gestación subrogada?

DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO

El concepto moderno de familia

Fluyen multiplicidad de conceptos sobre esta importante institución familiar, que pueden ser vista desde las diferentes formas del saber doctrinal y jurídico, en tanto que esta ha venido evolucionando a través de los diferentes estados de la evolución humana. Se afirma entonces desde el campo de la psicología, constituye un grupo de personas "caracterizado por una relación sexual suficientemente definida y permanente para promover a la procreación y educación de la prole o como a la agrupación relativamente permanente y socialmente autorizada de padres e hijos". (Gómez y Villa. 2014. P. 12).

El Artículo 42 superior, (Asamblea Nacional constituyente. Constitución política 1991). determina en su supuesto normativo que la familia como núcleo fundamental de la sociedad puede conformarse por "por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla". Así mismo expresa que los hijos procreados mediante asistencia científica tienen iguales derechos y deberes.

Ahora bien, de acuerdo con el concepto de familia basado en la normativa del Sistema Interamericano conforme el Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad." La Convención no indica a qué tipo, o tipos, de familia se refiere. El derecho a la constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como también, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que expresa en el Artículo 16, que la familia es el elemento natural y esencial de la sociedad, recayendo en el Estado el deber de proteger a dicha Institución.

Acuerdo sobre asistencia a la niñez entre la República de Colombia y la República de Chile ambos Gobiernos reconocen y garantizan los derechos de los niños respecto del cuidado familiar, la filiación, el estado civil, la identidad Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño: "Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso, la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" (Diario, 11 agosto 1998. P. 113).

Ahora bien, según el caso Karen Atala Riffo y Niñas vs. Chile se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de

protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El Tribunal ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas. CASO (Atala Rifo y Niñas Vs. Chile. Sentencia 24 de febrero 2012)

Reconocimiento de las técnicas de Reproducción humana Asistida. (TRHA).

Las técnicas de reproducción humana asistida surgieron como consecuencia de estos avances, de la mano de la evolución biotecnológica. Ellas presentan como objetivo principal, maximizar las posibilidades de fertilización y de embarazo viable, mediante la creación de métodos alternativos, sin relaciones sexuales mediante, para finalmente permitir la maternidad o paternidad a personas de que otro modo no pueden hacerlo (Guzmán.2001, p. 29).

Así mismo se podría decir que las técnicas de reproducción humana asistida son procedimientos que se pueden inferir a través de gametos y embriones, por medio de la inseminación artificial y la fecundación in vitro.

Cabe resaltar que respecto al pronunciamiento de las técnicas de reproducción humana asistida la Corte Constitucional desde la Sentencia T- 968/2009, con los avances científicos sobre las técnicas de reproducción humana asistida se ha pronunciado de esta manera " las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que "Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes."

Ahora bien, de acuerdo con la Sentencia SU 074/20, emanada de la Corte desde los primeros años, la Corte Constitucional ha estudiado casos que involucran la garantía de derechos reproductivos a través de tratamientos de fertilidad. El acceso a este tipo de procedimientos se ha ampliado de forma progresiva, hasta el punto de haberse garantizado la práctica de tratamientos de fertilización in vitro mediante la acción de tutela, previo el cumplimiento de rigurosos requisitos. En este sentido, se observa que actualmente existen dos posiciones jurisprudenciales en relación con los tratamientos de reproducción asistida. Por una parte, la Corte ha negado por regla general el acceso a dichos procedimientos mediante la acción de tutela, pese a que ha admitido excepciones relacionadas con el principio de continuidad y la garantía del derecho a la salud. Por otra, esta Corporación ha garantizado, a partir de un enfoque basado en varios derechos fundamentales –igualdad, libre desarrollo de la personalidad, autonomía y derechos reproductivos–, la posibilidad de practicar estas intervenciones clínicas, siempre y cuando se cumplan estrictas exigencias.

Cabe resaltar lo expuesto por la CIDH en el caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica sentencia 28 de noviembre de 2012, cuando explico, que las técnicas de re-

producción humana asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen "la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones para el establecimiento de un embarazo". En consideración a lo expuesto por la CIDH, reconociéndose que la prohibición de la fecundación in vitro no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir tener hijos biológicos a través del acceso a la fecundación in vitro. El cumplimiento de esta medida será supervisado por la Corte en forma conjunta con la supervisión correspondiente al cumplimiento de la Sentencia del caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica.es necesario que Colombia contemple como una prioridad la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en el caso de no aportar el material genético en ninguna de las partes en el contrato de gestación subrogada.

Durante el desarrollo del temario, se acudió a los resultados ofrecidos en la investigación denominada Regulación de la donación de gametos y embriones en las técnicas de reproducción humana asistida: ¿anónima o abierta En ella se aborda procedimientos de reproducción humana asistida, como en el caso de las TRHA heterólogas, es decir, cuando se produce mediante la donación de material genético de un tercero (s) ajeno o anónimo, es decir cuando el material genético proviene de donadores, procediendo mediante tratamientos que permiten ayudar a personas que no pueden procrear de manera natural, el cual han sido el objeto de debates incesantes de las TRHA en el aspecto, si deberían realizarse anónimamente o en secreto las donaciones de gametos y embriones. ? (Esparza-Pérez, 2019. P.15).

Por otro lado, la investigación de Suárez, B. Fuentes, E. (2015) referida al reconocimiento de la personalidad jurídica: Analiza el surgimiento y una transcendencia de la figura conceptual al reconocimiento de la personalidad jurídica en el sistema interamericano, destacando que no existe una descripción compleja en el texto de la convención, abordando la personalidad jurídica conforme el artículo 3° de la Convención, expresa el derecho que tiene determinada persona a que se le reconozcan como sujeto de derechos y obligaciones, garantizando sin discriminación y en condiciones de igualdad, no solo a personas individualmente sino a colectivos protegidos por los derechos humanos, surgiendo la conexión necesaria entre la obligación del Estado de brindar protección y de reconocer los derechos a la personalidad jurídica de las personas y la consecuencia que conlleva su imposibilidad de ejercicio y además de probar su existencia jurídica, dado a su condición humana, está sujeta al reconocimiento de una personalidad jurídica aludido a la aptitud de adquirir y contraer derechos, y que puede ser visto desde una dimensión material, que engloba la titularidad de derechos y su ejercicio en el andamiaje jurídico, y por otro lado formal, que consiste en la acreditación como tal ante la ley, mediante inscripción en el registro civil, pues a partir de allí, se incluye en el orden institucional de un Estado.

El contrato de gestación subrogada

Si bien es cierto, para otorgar una mayor formalidad a esta técnica de reproducción, se ha visto la necesidad de acudir a la celebración de este contrato donde se establece entre las partes, por un lado, la madre comitente y la mujer sustituta, puesto que celebran este negocio debido a que la mujer que gesta y da a luz, no aporta sus óvulos, y debe ceder todos sus derechos sobre el menor recién nacido vivo a favor de la madre comitente.

Sinembargo, es un nuevo reto para la humanidad, ya que no se cuenta con una ley que la ampare o la prohíba, si se ha tratado de legislar sobre el tema, pero no se ha logrado ningún avance, no obstante, la Corte constitucional a través de la sentencia (T 968/2009) estableció que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sinembargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que "Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes." La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

El derecho fundamental a la personalidad jurídica de los niños y niñas

Mediante la sentencia (T-240/2017) se entiende el derecho a la personalidad jurídica como un derecho inherente de su naturaleza que tiene la persona por el solo hecho de su existencia legal al momento de nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

Es mediante tales mecanismos procesales, a juicio de la Corte, que el legislador buscó garantizar derechos de raigambre constitucional, asociados a elementos inalienables de la persona y la familia. Así como sucede con los derechos a la personalidad jurídica (art. 14); a tener una familia, ya sea por vínculos naturales o jurídicos; a disfrutar del estado civil (art. 42); y especialmente, frente a menores de edad, a ejercer plenamente y con carácter prevalente sus derechos, entre ellos, el nombre y apellido.

Con posterioridad, la Corporación extendió el contenido de este derecho, al señalar que la persona también goza, por el solo hecho de existir, de ciertos atributos que son inseparables de ella. Desde la Sentencia C-109 de 1995[74], que moduló las causales para impugnar la presunción de paternidad, la Corte Constitucional puntualizó que la personalidad jurídica "no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo

ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho". Es así como, la Corte ha reiterado que la personalidad jurídica está estrechamente relacionada con el ejercicio de cada uno de los denominados atributos de la personalidad: nombre, nacionalidad, domicilio, estado civil, capacidad y patrimonio.

Ahora bien, de acuerdo al registro civil: como atributo de la personalidad jurídica del niño, tal y como lo establece el DECRETO 1260 DE 1970 ARTÍCULO 1º.es el documento que prueba el estado civil de una persona, es decir, su situación jurídica en la familia y la sociedad determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones.

Además, el Artículo 25 del Código de infancia y adolescencia, los niños y adolescentes tienen el derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre. Artículo 44 de la Constitución política expresa: Son derechos fundamentales de los niños: Su nombre y nacionalidad y a tener una familia y no ser separados de ella. El Decreto 1260 DE 1970 Artículo 3º. Toda persona tiene derecho, al nombre que por ley le corresponde. es decir, comprende, el nombre y apellido; el Artículo 1 de la Ley 75 de 1968 tiene reconocimiento de la personalidad jurídica, que puede ser firmado mediante el acta de nacimiento por escritura pública, por testamento, y por la manifestación expresa y directa hecha ante un juez, en todas partes.

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación se justifica, porque, a partir de la celebración de contratos de gestación subrogada en Colombia, el Estado debe actuar de manera oportuna en el reconocimiento de derechos del niño o niña nacido mediante asistencia científica. Asimismo, es relevante, porque aporta los lineamientos jurídicos aplicables a la determinación del derecho a la personalidad jurídica del niño o niña, cuando el material genético implementado en las técnicas de reproducción humana asistida proviene de un tercero ajeno a las partes contratantes. Finalmente, la ejecución del proyecto de investigación tendrá un alto impacto ya que mediante el derecho comparado busca proponer la admisión de la figura jurídica de la filiación asistida en el ordenamiento civil, en procura de establecer una seguridad jurídica en la protección de los derechos fundamentales del niño o niña en el contrato de gestación subrogada.

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

En este orden de ideas se plantea en el proyecto de investigación como objetivo general el siguiente: "Analizar en el sistema jurídico colombiano e internacional, el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica de los niños y niñas concebidos mediante técnica de reproducción humana asistida, cuando el material genético proviene de un tercero ajeno a las partes que celebran el contrato de gestación subrogada".

De lo anterior se obtienen cuatro objetivos específicos: (i) Identificar en el sistema jurídico nacional e internacional la regulación del derecho a la personalidad jurídica de los niños y niñas. (ii) Comparar los elementos de validez jurídica del contrato de gestación subrogada en el orden nacional e internacional. (iii) Establecer las interpretaciones jurídicas y teóricas frente a la filiación asistida en Colombia. (iv) Proponer mediante el derecho comparado una estructura de aplicación jurídica de la filiación asistida.

METODOLOGÍA

En la presente investigación, se lleva cabo mediante la aplicación de la metodológica con enfoque cualitativo, puesto que se centró en el estudio de los derechos fundamentales y de manera específica a los de la personalidad jurídicas de los niños y niñas, que son procreados utilizando técnicas de reproducción humana asistida por la ciencia y la incidencia en el derecho a la personalidad cuando se utiliza material biológico diferente a las partes que participan en el contrato de gestación subrogada, partiendo del estudio y análisis del sistema normativo colombiano y jurisprudencial a nivel nacional, e internacional, si tenemos en cuenta, se va a estudiar mediante la recolección datos mediante los instrumentos adecuados "la realidad en su contexto natural, para comprender la realidad social. (Sandoval.2002, que a la postre facilitaran el análisis de información para la creación de conceptos y la comprensión a través de una matriz de análisis documental para obtener información documental y legal que permitan el dominio para organizar los aportes argumentativos, y con base en ello se obtuvieron ejes temáticos como objeto de estudio (Sandoval, C. 2002). Igualmente, la metodología implementada en nuestro proyecto de investigación en curso toma diferentes enfoques entre estos, el paradigma Histórico hermenéutico porque mediante el análisis de los textos normativos y jurisprudenciales nacionales e internacionales se comprende la realidad anterior que ayuda "establecer la forma de recolectar los datos y a desarrollar el estudio de estos". (Martínez, M.2009).

Como también implementamos el método Hermenéutico puesto que es la comprensión de la realidad social que se asume bajo la metáfora de un texto particular, en el desarrollo y el análisis político, derivada de las normas y jurisprudencias nacionales e internacionales sobre los derechos de la personalidad jurídica de los niños que puede ser interpretado mediante caminos metodológicos con particularidades muy propias que la hacen distinta a otras alternativas de investigación. (Sandoval.2002).

RESULTADOS

En el desarrollo de los objetivos trazados en la presente investigación y especialmente en el dirigido a Identificar en el sistema jurídico nacional e internacional la regulación del derecho a la personalidad jurídica de los niños y niñas, con la aplicación de la matriz de análisis documental diseñada para tal efecto, obtuvieron los siguientes resultados:

Se logró evidenciar los derechos de la personalidad jurídica de los niños y niñas, por medio el cual se identificaron normas nacionales y tratados internacionales, como también sentencias de la corte constitucional y jurisprudencias internacionales para extraer la información necesaria así: en la primera columna, se encuentran el nombre de las leyes, normas y jurisprudencias utilizadas para el desarrollo de nuestro proyecto de investigación en curso, en la siguientes columnas identificamos los conceptos, conclusiones y los doctrinantes identificados en las sentencias de la corte constitucional, y posteriormente en la última columna se precisaron los resultados de nuestro primer objetivo específico el cual consiste en identificar la regulación existente frente a la personalidad jurídica de los niños y niñas.

De acuerdo a lo anteriormente mencionado, por medio de la matriz de análisis documental se logró identificar que a través de la Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos, se ha encargado de desarrollar el concepto y alcance jurídico de la personalidad jurídica, tal y como lo estableció en la Sentencia C-109/95 cuando señaló que el derecho a la personalidad jurídica es aquella *"capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones*", desprendiéndose de esta determinación, los atributos para hacerla efectivo, como el derecho que tiene la persona a tener un nombre.

El constituyente Uribe (1991), reconoce que la doctrina ha señalado como atributos de la personalidad el derecho que tiene la persona a tener un *"nombre, domicilio, estado civil, patrimonio, nacionalidad y la capacidad"*. (p.14). Posteriormente, así mismo en mención a la Sentencia C-004/1998, El derecho a la personalidad jurídica hace énfasis a unos atributos o características que tiene la persona como nombre, apellido y Estado civil. conforme a la sentencia mediante el nombre, se logra individualizar a las personas en sociedad, y mediante el apellido, se logra vincularlo con una familia. (Andrés Bello) Artículo 44 de la Constitución política dice: Son derechos fundamentales de los niños: Su nombre y nacionalidad y a tener una familia y no ser separados de ella. Decreto 1260 de 1970 en el Artículo 3º preceptúa que "toda persona tiene derecho a su título individual, al nombre que por ley le corresponde. El nombre comprende, el nombre, los apellidos," así mismo, el decreto 1260 de 1970 en su Artículo 1º es el documento que prueba el estado civil de una persona, es decir, su situación jurídica en la familia y la sociedad determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones.

Ahora bien, conforme a la sentencia (T-240/2017) la personalidad jurídica como "un derecho fundamental inherente a todas las personas por el solo hecho de su existencia" es decir que conforme el (art 90 c. civil) especifica el inicio de la persona principia al nacer, al separarse completamente de su madre. Analizando la constitución política Artículo 14 "toda persona tiene derecho a su personalidad jurídica" se puede deducir que es un derecho exclusivo que es único, de la persona natural, que principia al nacer y al separarse completamente de su madre, el cual es el primer derecho que se tiene y que debe ser reconocido en un sentido jurídico-político.

En este orden, conforme a la Ley 1098 de 2006 el Ortivo 25, establece que "Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil". En ese sentido encontramos en primer lugar, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en su artículo 3, el deber de los Estados contratantes de garantizar a los sujetos que se encuentren bajo su jurisdicción, el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica, en su Artículo 1º numeral 2º expresa que para los efectos de esta Convención "persona es todo ser humano", es imperativo y categórico hacer mención a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su Artículo 6º en el cual se establece: "todo ser humano tiene derecho, en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica". Asimismo, la Convención sobre los derechos del niño en su artículo 7 y 8 manifiesta que el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (atributos de la personalidad), y posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por Colombia en virtud de la Ley 74 de 1968, en su Artículo 16 establece: "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

De acuerdo al párrafo anteriormente expresado, la corte ha puntualizado en otras sentencias como especialmente en este caso representa un valioso precedente en materia de derechos de la personalidad jurídica de los niños y niñas, puesto que es uno de los primeros casos como el Caso de las Niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico contra la República Dominicana (2005) "ha reconocido que La CIDH sometió el caso ante la Corte Interamericana quien entendió que el Estado Dominicano violó los derechos a la adopción de medidas de protección, a la igualdad y no discriminación, a la personalidad jurídica y al nombre de las niñas al negarse a emitir los certificados de nacimiento e impedirles el ejercicio de derechos de ciudadanía debido a su ascendencia.

La Corte reconoció que el derecho a la nacionalidad era la vía para el ejercicio del resto de los derechos y que negar a los niños/as el certificado de nacimiento significaba negarle su membresía a una comunidad política. En consecuencia, requirió del Estado la adopción de medidas para revertir la situación de discriminación histórica en sus sistemas de registro de nacimientos. Así mismo la Corte consideró que esta obligación se deriva de la especial protección que se les debe brindar. Por ende, la Corte ordena garantizar su ejercicio, independientemente de la ascendencia del niño/a. También representa un llamado de atención al Estado dominicano para que remedie la situación generalizada de vulneración de los derechos de miles de niños y niñas de ascendencia haitiana en su territorio." (CIDH, 2005).

CONCLUSIÓN

En cuanto al caso en particular en relación con nuestro proyecto de investigación se hace necesario que de acuerdo al derecho de la personalidad jurídica de los niños y niñas que son concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, mediante el contrato de gestación subrogada cuando no se aporta material genético entre las partes contratantes, no existe una regulación por parte del Estado frente a estos atributos como el registro civil del niño o niña al no estar inscrito al momento de nacer y por ende se vulnera el nombre y apellido.

Como resultados de la aplicación de instrumentos en la ejecución del primer objetivo específico se llegó a las siguientes consideraciones:

1. El Estado Colombiano debe fijar los parámetros y condiciones que ha regulado la sentencia T 968/2009 respecto de los derechos fundamentales que deben tener los niños y niñas a tener una familia y a no ser separados de ella.
2. Los Estados partes debe reconocer y garantizar la personalidad jurídica de los niños y niñas, conforme a los tratados internacionales establecen el compromiso de los Estados a respetar los derechos de los niños; que especifican los atributos de la personalidad jurídica, tales como el nombre que es mediante el cual se debe vincular ante la sociedad y el apellido a vincularlo a una familia y por supuesto el estado civil ya que surge la necesidad del ser humano a que se le reconozca la personalidad jurídica como el primer derecho que se tiene al nacer.
3. De acuerdo con la normatividad constitucional en el que establece que toda persona tiene derecho a la personalidad jurídica, como también establece el derecho a tener un nombre y apellido, y determina que Los hijos habidos procreados con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes."

REFERENCIAS

Congreso de la república de Colombia (1887, 15 de abril). *Ley 57 de 1887.* Código civil. Diario Oficial No. 2.867. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Colombia. Corte Constitucional. (1995, 15 de marzo). *Sentencia C-109/1995.* (Alejandro Martínez, M.P.)

Colombia. Corte constitucional. (1998, 22 de enero). *Sentencia C-004/98* (Jorge Arango Mejía, M.P.).

Colombia. Corte constitucional. (2009, 25 de abril). *Sentencia T-240/17* (José Antonio Cepeda, M.P.).

Colombia. Corte Constitucional. (2009, 18 de diciembre). *Sentencia T-968/09* (María Victoria Calle Correa, M.P.).

Colombia. Corte constitucional. (2017, 25 de abril). *Sentencia T-240/2017*. (José Antonio Cepeda Anaris, M.P.)

Colombia. Corte constitucional. (2020, 20 de febrero). Sentencia Unificada Sentencia SU-074/2020. (Gloria Stella Ortiz Delgado, M.P.)

Congreso de la República de Colombia. (agosto 11, 1998). *Ley 1468 de 1998*. Acuerdo sobre asistencia a la niñez entre la República de Colombia y la República de Chile. DO. 43360. Recuperate de: http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1832944

Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional n.º 116*. http://bit.ly/2NA2BRg

CIDH. (2005, 08 de septiembre). *Sentencia 08/05* (Caso de las Niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico contra la República Dominicana).

CIDH. (2012, 28 de noviembre). *Sentencia 29/12* (Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica.).

CIDH. (2012, 24 de febrero). *Sentencia 24/12* (caso Karen Atala Riffo y Niñas vs. Chile).

Esparza-Pérez, R.V. (2019). *Regulación de la donación de gametos y embriones en las técnicas de reproducción humana asistida: ¿anónima o abierta?* Gac Med Mex. 2019;155(1):3-15. Recuperado de: https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=85623

Galindo Garfias, I. (1991). *Derecho civil, Primer curso, Parte general, Personas.* Décima edición. Editorial Porrúa, S.A, México.

Guzmán Ávalos, A. (2001). *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas.* Un nuevo modo de filiación (1 ed.). Xalapa, México: Editorial UV.

Gómez, E.O y Villa Guardiola, V.J. (2014). *Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización.* Revista Justicia Juris, Vol. 10. N.º 1. Enero – junio de 2014 Pág. 11-20, Recuperado de: http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a02.pdf

Martínez, M. (2009). *Ciencia y arte en la metodología cualitativa,* México: Editorial Trillas.

Moore, H. L. (2009). *Antropología y feminismo.* (5ta ed.). Ediciones Cátedra. Madrid.

OEA. Organización Estados Americanos. (1969). *Convención americana sobre Derechos Humanos.*

ONU. Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171.

ONU. Organización de las Naciones Unidas. (1990). *Convención sobre los derechos del niño.*

Presidencia de la República. (1970, 05 de agosto). *Decreto 1260 de 1970.* por el cual se expide el estatuto del registro del estado civil de las personas. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/decreto_1260_de_1970.pdf

Sandoval, C. (2002). *Investigación Cualitativa.* Briones, G. et al. Especialización en Teoría, Métodos y Técnicas de Investigación Social (p.p. 11-311). Colombia: Editorial ARFO.

Suárez, B. y Fuentes, E. (2015). *Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.* Concepto y desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 18, 36, 65-80

Uribe. D. (1991). *Ponencia para primer debate en Plenaria en materia de derechos, deberes, garantías y libertades.* Gaceta Constitucional No.82 de mayo 25. Pág. 14.

PERSPECTIVA DE LOS FORMACIÓN EN DERECHOS HUMANOS EN LOS ABOGADOS: Por una Consolidación de una Cultura Investigativa de los Derechos Humanos.

Rafael Andrés Zurbarán Armenta.
Inés E. Rodríguez Lara

"NO HABLEMOS DE LOS DERECHOS HUMANOS, VIVAMOS LOS DERECHOS HUMANOS"
Rodríguez Inés, 2020

RESUMEN

El conocimiento relacionado con los Derechos Humanos en la formación de los abogados es de completa relevancia, dada la importancia que tiene el valor axiológico de ellos y el papel que hoy cumple el abogado en la sociedad colombiana, ya sea como administrador de justicia, asesor, conciliador, apoderado, juez o dirigiendo entes territoriales, entre otras, por su deber de actuar en la promoción y defensa de los Derechos Humanos.

Ahora bien, la línea de investigación Ética, Formación y Derecho del grupo de investigación Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas Y Socio Jurídicas Contemporáneas de la Universidad Simón Bolívar, Barranquilla reconociendo que La Declaración de los Derechos Humanos de 1948 en su Preámbulo establece que la enseñanza y la educación son el medio por el cual debe promoverse, tanto entre los individuos como en las instituciones, el respeto de los derechos y libertades en ella consignada.

Tenemos entonces que el tiempo ha transcurrido y se ha venido implementando la enseñanza de los Derechos Humanos en los programas de Derecho, luego se hace necesario la sistematización del problema de investigación con la construcción de una pregunta científica ¿Cómo abordar la formación en Derechos Humanos en los abogados?

El propósito de el capítulo es comprender e interpretar el conocimiento de los Derechos Humanos partiendo de las fundamentaciones epistemológicas de los paradigmas histórico hermenéutico, utilizando el método inductivo.

Se evidencian resultados derivados de la técnica de recopilación documental relacionadas con las estrategias para formar en Derechos Humanos a los abogados utilizadas por los programas de Derecho del país.

La formación en Derechos Humanos va encaminada a la cristalización de los principios de la dignidad humana y todas las necesidades para la sana vivencia de todas las personas en la sociedad.

PALABRAS CLAVES: Perspectiva, Formación, Derechos Humanos, Abogados.

ABSTRACT

The knowledge related to Human Rights in the formation of lawyers is of complete relevance, given the importance of the axiological value of them and the role that today the lawyer plays in Colombian society, either as administrator of justice, advisor, conciliator, attorney, judge or directing territorial entities, among others, due to his duty to act in the promotion and defense of Human Rights.

Now then, the research line Ethics, Training and Law of the research group Human Rights, Legal and Socio-Legal Contemporary Trends of the Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, recognizing that the Declaration of Human Rights of 1948 in its Preamble establishes that teaching and education are the means by which should be promoted, both among individuals and institutions, the respect for human rights.

Institutions, respect for the rights and freedoms set forth therein. We have then that time has passed and the teaching of Human Rights has been implemented in Law programs, then it is necessary to systematize the research problem with the construction of a scientific question: How to approach the training in Human Rights in lawyers in times of Crisis?

The affectation of Human Rights in times of crisis is a reality that becomes evident when the understanding of their universal character arises, but at the same time their individuality, the effective application of protection mechanisms by the State and individuals and even the conflicts that arise between them.

The purpose of the research is to understand and interpret the knowledge of Human Rights starting from the epistemological foundations of the historical-hermeneutic paradigms, using the inductive method. The results derived from the documentary compilation technique related to the strategies used by the country's law programs to train lawyers in human rights are evidenced. Human rights are based on the principles of human dignity and all the needs for the healthy living of all people in society.

INTRODUCCIÓN

La declaración de los Derechos Humanos de 1948 en su Preámbulo establece que la enseñanza y la educación son el medio por el cual debe promoverse, tanto entre los individuos como en las instituciones, el respeto de los derechos y libertades en ella consignados. En este contexto, el derecho a la educación tiene por finalidad: a) el pleno desarrollo de la personalidad humana; b) el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; c) el estímulo de la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones, los grupos étnicos y religiosos; y d) la promoción del desarrollo de las actividades de las Na-

ciones Unidas para mantener la paz (Art. 26.2).

Luego Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, (UNESCO 1960) Establece que los Estados Partes convienen expresa en su artículo 5, parágrafo 1 literal "a. La educación debe tender al pleno desenvolvimiento de la personalidad humana, debe reforzar el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y debe apoyar el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

A partir de la Constitución Política de Colombia de 1991, la Educación Superior ha reconocido que no puede quedar restringido este nivel de la educación a la solo transmisión de conocimientos y por tal razón le ha apuntado a la formación integral, a lo ético, a interacción en el mundo, a las nuevas tecnologías y a la investigación.

Es así que el artículo 1 de la Constitución Política que preconiza un estado Social de Derecho implica el reconocimiento del individuo como sujeto de derechos y a su vez como sujeto social. El primero como garantías individuales tales como a la vida, la integridad física, el trabajo, las libertades, la salud, entre otros; Lo segundo como la seguridad social, la familia.

Según la ley 30 de 1992 se considera la universidad como el espacio de la academia donde se imparten conocimientos suficientes y diversos de un saber especifico, donde se estudia para conocer y aprender, es el espacio para pensar, crear e innovar. En ella se desarrolla el nivel de Educación Superior.

Un aspecto de gran connotación dentro de la Educación Superior, es el que tiene que ver con la formación entendida como el proceso de cualificación del ser humano, que le permite la puesta en práctica de los derechos inherentes los seres humanos, argumentar su relevancia y el compromiso con la promoción y defensa de los Derechos Humanos. Ahora bien, abrir espacios de reflexión sistemática entre los elementos que se manejan en un campo de formación nos va a permitir cualificar el avance, replantear la práctica pedagógica y construir una didáctica coherente y pertinente.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El problema de investigación se sistematiza de la siguiente manera:

¿Por qué resignificar la enseñanza de los Derechos Humanos en los Abogados?

¿Cuáles son las estrategias de la enseñanza de los Derechos Humanos en los abogados?

¿Por qué es importante formar en Derechos Humanos a los abogados?

¿Cómo se avanza hacia un nuevo paradigma en la enseñanza de los Derechos Humanos?

OBJETIVOS

Objetivo general.

- Plantear una resignificacion de la enseñanza de los Derechos Humanos en los abogados.

Objetivos específicos.

- Identificar son las estrategias de la enseñanza de los Derechos Humanos en los abogados.
- Analizar la importancia de formar en Derechos Humanos a los abogados.
- Develar elementos teóricos de un nuevo paradigma para formar en derechos humanos a los abogados.

METODOLOGÍA

El diseño metodológico de el capítulo está orientado enfoque paradigmático histórico hermenéutico que permitió el análisis y la comprensión profunda de los Derechos Humanos y finalmente con un interés emancipador el paradigma critico social que exige el planteamiento de unas nuevas exigencias y requerimientos nuevos para la formación en derechos humanos de los abogados.

La estrategia del aprendizaje basado en preguntas orientadoras que se resolverán en la disertación oral.

DESARROLLO

Es importante para el capítulo en un primer momento la conceptualización de los Derechos Humanos y por consiguiente se formula la pregunta ***¿Qué son los Derechos Humanos?*** y el hallazgos es que "Son demandas de libertad e igualdad de hombres y mujeres que involucran deberes y obligaciones, directamente vinculadas con la dignidad y el valor intrínseco de toda persona humana, reconocidas como legítimas por la comunidad internacional por ser congruentes con principios ético-jurídicos ampliamente compartidos y, por esto mismo, consideradas merecedoras de protección jurídica en el ámbito interno e internacional, es decir son esos Derechos que le pertenecen a todos los seres humanos por su condición por su naturaleza, por su esencia."

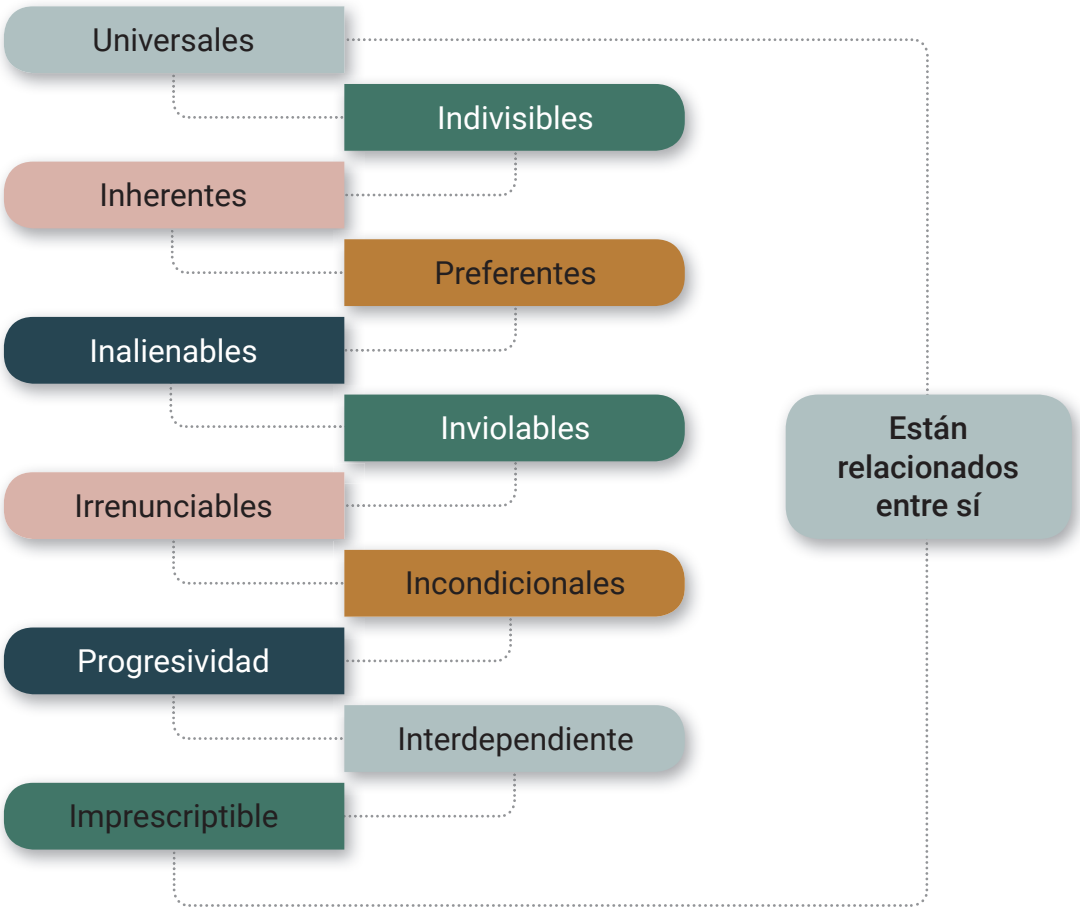
Así entonces, Los derechos humanos son los derechos que tenemos básicamente por existir como seres humanos; no están garantizados por ningún estado. Estos derechos universales son inherentes a todos nosotros, con independencia de la nacionalidad, género, origen étnico o nacional, color, religión, idioma o cualquier otra condición. Varían desde los más fundamentales el derecho a la vida hasta los que dan valor a nuestra vida, como los derechos a la

alimentación, a la educación, al trabajo, a la salud y a la libertad.

En el mismo sentido, es importante identificar ***¿Dónde están consignados los Derechos Humanos?***

- Declaración Universal de los Derechos humanos.
- Pactos Internacionales de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales .
- Derecho Internacional Humanitario o (DIH) es un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra.
- Convenios de Ginebra cuyo propósito es proteger a las víctimas de los conflictos armados.

Y finalmente en este primer momento reconocer ¿Cuáles son las características de los Derechos Humanos?



Ahora bien, en un segundo momento **¿Cómo han abordado los programas de Derecho la formación en Derechos Humanos de los abogados?**

Los programas y/o Facultades de Derecho del país que tienen por objeto la formación de abogados, reconociendo que la relevancia de los Derechos Humanos y que el abogado tiene funciones muy relevantes en la sociedad, tales como administrador de Justicia, operador de justicia, consultor, asesor e investigador de las problemáticas jurídicas y socio jurídicas y de ahí su especial lugar entre las profesiones deben realizar un análisis de la situación actual del proceso de formación en Derechos Humanos de los abogados.

Tal como se evidencia en la tabla a continuación, con una muestra intencional:

Tabla 1: Estrategia de Formación En Derechos Humanos En Los Programas De Derecho de Colombia.

	Ciudad	Universidad	Nombre del curso	Semestre	No. Créditos
1	Barranquilla	Universidad Del Atlántico	Derechos Humanos Y DIH	2	2
2	Barranquilla	Universidad Del Norte	Derechos Humanos Y DIH	7	3
3	Barranquilla	Universidad Sergio Arboleda	N/A	N/A	N/A
4	Barranquilla	Universidad Autónoma Del Caribe	DDHH, DIH Y JUSTICIA TRANSICIONAL	8	2
5	Barranquilla	Universidad Libre	Derechos Humanos Y DIH	2	3
6	Barranquilla	Universidad De La Costa CUC	Derecho Internacional Humanitario	10	S/I
7	Barranquilla	Corporación Universitaria Antonio José De Sucre - Corposucre	Derechos Humanos Y DIH	5	S/I
8	Barranquilla	Corporación Universitaria Rafael Núñez	Derechos Humanos Y DIH	8/9/10	Opcional en línea de profundización
9	Barranquilla	Corporación Universitaria Americana	Derechos Humanos	3	S/I
			Derecho Internacional Humanitario	4	S/I
10	Cartagena	Universidad de San Buenaventura	Derechos Humanos Y DIH	3	3
11	Medellín	Universidad Pontificia Bolivariana	Derechos Humanos	7	2
12	Medellín	Universidad de Medellín	Derecho Internacional Humanitario	5	3

13	Valledupar	Universidad Popular del Cesar	Derechos Humanos Y DIH	9	3
14	Bogotá	Fundación universitaria Área Andina	Derechos Humanos y Minorías Sociales y Étnicas	9	3
			Derecho Internacional Humanitario	10	3
15	Pereira	Fundación universitaria Área Andina	Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario	9	3
			Derechos Humanos y Pluralismo	10	3
16	Montería	Corporación Universitaria Remington	Constitución Política y Derechos Humanos	9	2
17	Bogotá	Universidad Militar	Derechos Humanos (Electiva)	8	2

Fuente: SNIES 2021

De lo anterior se puede colegir que existe una enseñanza de los Derechos Humanos desde los cursos y/o asignaturas que permean muy posiblemente enseñanza de los Derechos Humanos, pero para la alcanzar la formación en Derechos Humanos se requiere de la aplicación de ellos en el saber convivir.

Para lo anterior, se religan las teorías de formación de Flórez Ochoa, (2000), la estructura sistémica de la Declaración de los Derechos Humanos, (1948) PLANEDH, (2012) y el octavo saber de Edgar Morín del saber convivir basada en el respeto por el valor de la vida y la dignidad humana.

Lo anterior, implica que los programas de Derecho a partir de la formación en Derechos Humanos cualifican al profesional del Derecho para que asuma los roles en el cual se desempeñará, debe abordar estrategias extracurriculares tales como simulaciones, las prácticas de consultorio jurídico dramatizaciones, congresos, seminarios.

En un tercer momento el nuevo requerimiento/exigencias que se aflora en la formación de abogados es una auténtica formación en Derechos Humanos que se aparte de la interpretación restrictiva del asignaturismo que se ha creado para formar en derechos humanos y se realiza una interpretación extensiva de los Derechos Humanos generando una transversalización de los Derechos Humanos en el currículo formador de abogados; creándose una cultura para la promoción y defensa de los Derechos Humanos, que conlleve a Repensar los Derechos Humanos y a reinventar estrategias de formación.

La cultura de la promoción y defensa de los Derechos Humanos se viva de la pedagogía del ejemplo institucional, de los profesores y de los estudiantes que nos lleve a la cualificación de los abogados.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Finalmente, algunas afirmaciones a manera de síntesis:

- Se hace necesariamente debe haber un trabajo muy bien articulado interdisciplinariamente de todos los profesionales del área de las ciencias sociales que ayuden a la composición de ese tejido social frente al tema no solamente de la salud física, de la salud mental sino también de la salud social.
- Se hace necesario no hacer referencia a la enseñanza de los Derechos Humanos, sino a la formación en Derechos Humanos, que con la pedagogía del ejemplo personal, institucional, profesional se vivan los Derechos Humanos.
- No hablemos de los Derechos Humanos, vivamos os Derechos Humanos

REFERENCIAS

Constitución Política de Colombia de 1991

Declaración Universal de los Derechos humanos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

El derecho internacional de los derechos humanos, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),

Robert Alexi) / Carlos Bernal Pulido. *Estructura y límites de la ponderación*

Declaración y Programa de Acción de Viena. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, Viena, 14 a 25 de junio de 1993.

Plan general de educación en Derechos Humanos 2009.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Unesco 1960.

Sistema Nacional instituciones de Educación Superior, 2021.

Web grafía.

https://www.hrw.org/es/news/2020/03/31/dimensiones-de-derechos-humanos-en-la-respuesta-al-covid-19

LÍMITES ENTRE EL DERECHO DE CORRECCIÓN POR PARTE DE LOS PADRES A SUS HIJOS Y EL MALTRATO INFANTIL

Laura Juliana Betancourt Garzón[30]
Natalia Alejandra Esguerra Cadena[31]

RESUMEN

El derecho de corrección por parte de los padres a sus hijos tiene una larga trayectoria en Colombia, principalmente como elemento dimanante de la patria potestad. El límite entre el maltrato infantil y la corrección por parte de los padres se encuentra muy borroso, más en un contexto cultural donde se normaliza la educación con violencia por parte de sus padres a sus hijos. La presente investigación busca dar respuesta a la pregunta de investigación ¿Hasta qué punto el derecho de corrección que tienen los padres sobre sus hijos deja de serlo para convertirse en maltrato infantil? La investigación se estructuró en tres partes. En la primera se explicaron los antecedentes jurídicos y el marco legal del derecho de corrección en Colombia, en la segunda se estudió la relación de la corrección de los padres a sus hijos con la autoridad parental y los tipos de autoridad existentes; y en la tercera se abordaron los diferentes tipos de maltrato infantil, incluyendo maltratos diferentes al físico, como lo es el psicológico y la negligencia parental y su asociación con el derecho a la corrección. Como conclusión, el derecho de corrección por parte de los padres se convierte en maltrato infantil cuando transgrede los derechos del menor y afecta su integridad física o psicológica.

PALABRAS CLAVE: Maltrato, Derechos del niño, derecho de corrección, responsabilidad parental y patria potestad.

THE THIN LINE BETWEEN PARENTS CORRECTING THEIR CHILDREN AND CHILD ABUSE

ABSTRACT

The right to correction by parents to children has had a long history in Colombia, mainly as a Diminishing element of parental authority. In Colombia, the limit between child abuse and correction by parents is very blurred, especially in a cultural context where education with

---

30 Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho Campus, Universidad Militar Nueva Granada. Sexto semestre. Miembro del semillero de investigación en Derechos Humanos Ubuntu. Correo: est.laura.betancou@unimilitar.edu.co

31 Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho Campus, Universidad Militar Nueva Granada. Sexto semestre. Miembro del semillero de investigación en Derechos Humanos Ubuntu. Correo: est.laura.betancou@unimilitar.edu.co

violence by parents to their children is normalized. This research seeks to answer the research question to what extent does the right to correction that parents have over their children ceases to be so to become child abuse? For this we use the dogmatic-legal method with a descriptive scope and a qualitative approach. Finally, the technique used was bibliographic, normative and jurisprudential , as well as descriptive statistics. The investigation was structured in three parts. In the first, the legal antecedents and the legal framework of the right of correction by parents to their children in Colombia. in the second, the different theoretical positions were established, in which study the relationship of the correction of parents to their children with parental authority and the existing types of authority. and in the third, the different types of child abuse were studied, including other types of abuse diferents to physical abuse, such as psychological abuse, parental neglect, and their association with the right to correction. In conclusion, the right to correction by the parents becomes child abuse when it violates the rights of the minor and affects their physical or psychological integrity.

KEY WORDS: Abuse, child rights, parental authority and parental responsibility.

INTRODUCCIÓN

El derecho de corrección de los padres tiene su origen en el derecho romano desprendiéndose como un deber o derecho de la patria potestad que se reconoce a los padres. Se debe tener en cuenta que la responsabilidad parental es una obligación inherente, por ende la conducta de los padres debe ir encaminada a orientar, criar, acompañar y proteger los derechos del menor en su desarrollo; por lo tanto el derecho de corrección no puede transgredir los derechos fundamentales del niño ya que tiene como fin vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente (Código Civil. 2018, sexta ed. Legis).

Por lo cual se planteó la siguiente pregunta de investigación ¿Hasta qué punto el derecho de corrección por parte de los padres a sus hijos se considera maltrato infantil en Colombia? El objetivo que se busca con esta investigación es establecer los límites entre el derecho de corrección que le asiste a los padres y el maltrato infantil, su desarrollo se hará mediante tres partes. Debido a esto, la investigación se lleva a cabo con el método dogmático-jurídico ya que busca el origen del derecho de corrección de los padres a sus hijos y su evolución a lo largo de la historia en Colombia. La investigación en la parte sociológica se enfoca en el comportamiento que tienen los padres al momento de corregir a sus hijos.

La presente investigación tiene un enfoque mixto ya que se recurre a datos tanto cualitativos como cuantitativos para abordar el problema de investigación. La técnica que se desarrollará a lo largo del trabajo es la revisión bibliográfica, normativa y jurisprudencial. Así mismo se estudian datos estadísticos sobre maltrato infantil realizados por Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el Ministerio de Salud, a fin de establecer la relación existente entre la corrección de los menores y el maltrato infantil.

1. Trayectoria histórica y jurídica del derecho de corrección que le asiste a los padres en Colombia

El concepto de familia en Colombia se encuentra definido en el artículo 42 de la Constitución Política como: El núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. (Const.,1991, art 42).

A partir de este concepto surge un conglomerado de derechos y obligaciones que la ley le reconoce a los padres para la crianza de sus hijos, denominado patria potestad. Se encuentra tipificada en el artículo 288 del Código Civil colombiano, establece que

> La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. (Código Civil. 2018, sexta ed. Legis).

Siempre se ha hecho mención sobre los límites que deben tener los padres al ejercer sus derechos dados por la patria potestad, estos derechos no deben transgredir los derechos fundamentales de los niños, ni se deben tomar decisiones que vulneren la dignidad y el desarrollo integral de los menores (Sentencia T-474 de 1996).

La Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1003/07 ampliando este concepto y algunas de las características principales de la patria potestad

> tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos y sobre sus bienes. Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y en consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión. (Sentencia C-1003 de 2007).

Cuando se habla de transgredir los derechos fundamentales de los menores, existe una regulación especial para su protección, la cual surge desde el siglo XX con la Declaración de los Derechos del niño, que determina los principios para priorizar a los menores y evita los diferentes tipos de maltrato. Silverman (1953) insinuó que los padres eran los principales autores de dicha violencia y los responsables de las lesiones ocasionadas a los menores. En 1962 el mismo autor junto con Henry Kempe crearon el síndrome del niño golpeado, este síndrome fue estudiado en Colombia por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la ciudad de Medellín con el fin de demostrar a partir de estadísticas sobre el maltrato infantil que existían hacia los menores (Espinal y Zuliani 1987-1988).

A través de la Ley 16 de 1972 Colombia ratificó la Convención Americana de los Derechos Humanos donde establece en el artículo 19 que “todo niño tiene derecho a las medidas de

protección que su condición de menor requiere por parte de la familia, de la sociedad y el Estado" (Ley 16, 1972). Por otro lado, en 1991 se ratificó la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño en la cual se le reconocen los derechos a los niños y se protegen de cualquier trato que afecte su integridad. Esta convención dispone en el artículo 18 que "ambos padres tienen obligaciones comunes frente a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño" (Ley 12, 1991).

Además de los tratados que Colombia acogió para salvaguardar los derechos de los menores, se creó una regulación constitucional; actualmente la Constitución Política de Colombia, en su artículo 44 menciona los derechos fundamentales de los niños, tener una familia, la vida, la integridad física, la libre expresión de su opinión y el amor (Const., 1991). Otro artículo de la constitución estipula que la familia y el estado tienen la obligación de proteger y asistir al niño para garantizar su desarrollo integral (Const.,1991, art. 42).

Adicionalmente, se creó en el año 2006 el Código de Infancia y Adolescencia el cual tiene como finalidad "garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión" (Código de Infancia y Adolescencia, 2006).

El proyecto de Ley 320 de 2020 por medio del cual se prohíbe el uso del castigo físico o cualquier tipo de violencia como método de corrección, contra los niños, niñas y adolescentes y se dictan otras disposiciones, el cual está pendiente de enviar a sanción (Congreso de la República de Colombia, 2019).

2. Relación del derecho de corrección con la autoridad parental

La autoridad parental se complementa de la patria potestad. "Es la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación". (Código de Infancia y Adolescencia, 2006).

Los padres tienen la responsabilidad de brindarle al menor un buen desarrollo sin el uso de cualquier tipo de violencia ya que eso vulneraría su derecho.

El Doctor Fernando Otero decía que se debían analizar 2 tipos de autoridad adecuada:

La primera es la autoridad por servicio: Es un servicio irrenunciable de los padres, es una influencia positiva que ayuda al desarrollo, la libertad de los hijos y también es la unidad de la familia

Y la segunda que encontramos es la autoridad por prestigio: Es la forma de tener la suficiente autoridad para que se ejerza de la mejor forma, con el fin de crecer como una familia en los dos sentidos es decir, tanto padres como hijos se puedan complementar en su educación, infundiendo el bien de los padres y de los hijos.

Además, establece cuales son los modelos de autoridad inadecuados para una buena educación a los hijos, estos modelos se clasifican en:

- Estilo autoritario: Los padres principalmente buscan imponer su propia voluntad sobre los hijos sin reconocer sus derechos y opiniones.
- Estilo sobre controlador: Los padres manejan la vida de sus hijos como si fuera suya, evitando que sean independientes.
- Estilo arbitrario y variable: Los padres rigen órdenes de acuerdo con el estado de ánimo que se encuentran, no tienen un estilo definido ya que puede variar en autoritario o sobre controlador generando inseguridad en sus hijos.
- Estilo punitivo y violento: Cotidianamente los padres buscan errores en sus hijos ejerciendo violencia psicológica o física sobre ellos.
- Estilo permisivo: Se desarrolla en la falta de limites o reglas de los padres, frente a comportamientos y actitudes de sus hijos.
- Estilo negligente: No hay función paterna, los padres no prestan la atención necesaria a sus hijos y son irresponsables.
- Estilo ineficaz: Es negativo para los hijos y su vida familiar ya que no se manejan buenas estrategias para el fortalecimiento emocional
- Estilo pasivo: Los padres no expresan explícitamente lo que quieren de sus hijos, no están conformes con la posibilidades o voluntad de los hijos. Haciendo que ellos se sientan mal, inseguros, insatisfechos y desprotegidos.

La libertad, la autoridad y los límites de los padres a sus hijos han cambiado su rumbo, anteriormente por la relación parental se imponía el autoritarismo ya que su educación se basaba en una relación distante, más exigencia a los hijos, más castigos físicos y psicológicos por los errores que ellos cometían y menos libertad en el desarrollo de su personalidad; se esperaba que los niños tuvieran un comportamiento adulto para mostrar madurez y responsabilidad. Esta perspectiva fue cambiando en el tiempo para una mejor educación a los hijos.

A partir de anterior se determinó que el derecho de corrección está ligado a la autoridad parental debido que los padres tienen la facultad de corregir a los menores adecuadamente con una actitud flexible y firme de diferentes maneras sin utilizar la violencia ya que esta al ser repetitiva u ocasional vulnera los derechos del menor y su bienestar dejándole secuelas físicas o psicológicas, por lo cual se empezaron a poner límites saludables en el ejercicio de la autoridad parental que ayudan a formar niños con personalidad, haciendo valer sus derechos y respetando el de los demás.

3. Derecho de corrección y maltrato infantil

La ley reconoce que el derecho a la corrección por parte de los padres debe tener límites y no ser arbitrario, ya que este; tiene la finalidad de educar al hijo mediante sanciones moderadas cuando sean convenientes para corregirlo por los actos que realice sin comprometer su integridad física y moral.

Dichos muy comunes en la sociedad colombiana como "La letra con sangre entra", "Yo como padre puedo educarlo como quiera", "En esta casa se hace lo que yo diga y punto". El autoritarismo por parte de los padres ha normalizado la violencia puesto que el maltrato al menor está implícito en los comportamientos expuestos sin ser necesariamente físico, la agresión emocional puede terminar con daños permanentes en los menores o traumas que lo acompañarán en toda su vida. Por eso el artículo 262 del código civil colombiano especifica que los padres tendrán la facultad de "Sancionarlos moderadamente" (Código Civil. 2018, sexta ed. Legis), esto puede confundirse con la facultad de corrección de los padres, por esta razón se deben esclarecer cuales son los límites entre el maltrato infantil y la corrección parental.

Por lo anterior se debe hacer una distinción en las actitudes o formas de educación de los padres que son consideradas maltrato al menor, por lo cual se debe establecer una definición concreta de maltrato infantil.

> El maltrato infantil es toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona. (Código de la Infancia y la Adolescencia, 2006)

Existen tres tipos de maltrato infantil:

1. El maltrato psicológico: Se descuida la necesidad frente al apoyo emocional de los padres al menor, se denigra, ridiculiza o se hacen críticas crueles al menor sin pensar en cómo pueden afectarles en su vida.

   Conductas de los padres como su ausencia en el proceso de crecimiento del menor, actitudes distantes o de desapego, el ignorar al niño, la incapacidad de establecer vínculos con el menor y la sobreprotección son consideradas como una forma de maltrato psicológico denominado maltrato activo.

   Se pueden clasificar en 3 clases:

   - Leve: Cuando son reparables en corto tiempo.
   - Moderada: Se requiere una intervención psicológica prolongada al niño y a la familia.

- Grave: Son aquellas que no tienen retroceso y sus secuelas acompañan a la víctima en toda su vida. (Suarez, s.f.).

Cuando existen conductas en un periodo prolongado y repetitivo, el impacto puede ser mayor ya que puede afectar a las relaciones futuras del menor, a su vida personal y laboral. Además, pueden desarrollarse actitudes de humillación, autodestructivas y hasta suicidas.

2. El maltrato físico: es aquel que sucede cuando una persona lastima físicamente a un menor con dolo.

   Los principales indicios de que un menor sufre de maltrato físico son:

   - El niño ha tenido lesiones en repetidas ocasiones que son inexplicables o inusuales.
   - Parece retraído, pasivo, deprimido y llora mucho.
   - Por el contrario, usualmente se muestra agresivo, revoltoso en la clase o destructor con sus bienes personales y los de los demás.
   - El padre/la madre no está dispuesto a hablar sobre las lesiones de su hijo o su ansiedad es muy notoria cuando lo hace. (healthychildren.org, 2013).

3. La negligencia puede ser por omisión de una acción. Los padres no son los autores de la agresión, pero si tienen conocimiento y no hacen nada al respecto.

   La principal forma de visualizar la negligencia por parte de los padres se presenta en:

   - No se proporciona al menor la alimentación adecuada a su edad.
   - Se descuidan sus necesidades en el vestido y en el calzado.
   - No se atienden sus necesidades sanitarias
   - Se descuidan las necesidades educativas.
   - Descuido en la higiene.
   - Largos periodos sin supervisión del menor por los padres o tutores.
   - Repetidos accidentes domésticos. (Soriano, F., 2015).

   En Colombia para el 2019 se realizó la encuesta de Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes (EVCNNA) por parte del Ministerio de Salud y Protección Social en la cual se logró demostrar que:

   La violencia física antes de los 18 años afecta más a los hombres (37,5%) que a las mujeres (26,5%). La violencia psicológica por parte de padres, cuidadores, parientes o adultos antes de la mayoría de edad se ejerce más sobre las mujeres (21,2%) que sobre los hombres (9,5%) (Minsalud, 2021).

Por otro lado, El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses abordo en una gráfica comparativa la violencia infantil entre 2018 y 2019, para determinar si aumentaron o disminuyeron los casos.

Figura 1

Violencia intrafamiliar según contexto y sexo, Colombia, Comparativo 2018 y 2019 (enero-noviembre)

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES

Violencia intrafamiliar según contexto y sexo. Colombia, comparativo 2018 y 2019 (enero - noviembre)						
Contexto de violencia	2018			2019		
	Hombre	Mujer	Total	Hombre	Mujer	Total
Violencia a niños, niñas y adolescentes	4.779	5.264	10.043	3.775	4.183	7.958

Nota. La figura muestra las cifras de violencia contra los niños, niñas y adolescentes en Colombia, Comparativo 2018 y 2019. Fuente: Medicina Legal (2019).

El uso de la fuerza bruta para sancionar a un niño constituye grave atentado contra su dignidad, ataque a su integridad corporal y daño, muchas veces irremediable, a su estabilidad emocional y afectiva. Genera en el menor reacciones sicológicas contra quien le aplica el castigo y contra la sociedad. Ocasiona invariablemente el progresivo endurecimiento de su espíritu, la pérdida paulatina de sus más nobles sentimientos y la búsqueda -consciente o inconsciente- de retaliación posterior, de la cual muy seguramente hará víctimas a sus propios hijos, dando lugar a un interminable proceso de violencia que necesariamente altera la pacífica convivencia social. (Sentencia C-371 de 1994).

Con base a los niveles de maltrato infantil en Colombia por parte de los padres, se debe evaluar las sanciones que estos le imponen a los menores, ya que deben ser justas y estar motivadas, ciertas y probadas, evitando que el menor crezca con un temor infundado por las conductas de sus padres al momento de corregirlo.

Así mismo, como lo estableció la sentencia C-371 de 1994 la sanción debe ser proporcional a la falta cometida por el menor, es decir ha de ser proporcional a la falta cometida y por ende debe guardar relación con su gravedad y características. Por tanto, resulta injusto el castigo impuesto con exceso (Sentencia C-371 de 1994).

Por lo anterior se considera importante establecer un modelo de disciplina positivo para la crianza del menor. Herbert menciona 5 aspectos que se deben tener en cuenta para un modelo de disciplina funcional:

1. Cómo responder y elogiar los comportamientos positivos de sus hijos.

2. Cómo poner límites.
3. Cómo usar eficazmente la estrategia del tiempo fuera.
4. Cómo utilizar el coste de respuesta, es decir, la retirada de reforzadores positivos en el caso de una conducta no deseada.
5. Cómo utilizar las consecuencias naturales y lógicas como sanción (Herbert, 2002).

CONCLUSIÓN

Anteriormente se creía que era mas efectivo el autoritarismo en la forma de corrección a los menores por parte de sus padres, transgrediendo los derechos de los niños y afectando su integridad física o psicológica. Los menores eran considerados propiedad de sus padres, sin derechos ni libertades propias. En Colombia la corrección por parte de los padres comienza a ser maltrato infantil cuando los padres los corrigen de forma arbitrario y excesiva sin preocuparse por la buena educación del menor, siendo un deber que se desprende de la patria potestad para cumplir diferentes obligaciones en el desarrollo integro de los menores.

Las estadísticas abordadas en esta investigación muestran el porcentaje de maltrato infantil que ocurrió a lo largo de 2019 en Colombia; lo que nos da a entender que así no estemos actualmente en un sistema autoritarista se siguen vulnerando los derechos del niño por la tradición del "respeto a la familia". Es decir, a pesar de la jurisprudencia que a abordado el tema, en el país sigue habiendo ambigüedad en la interpretación y aplicación de "Sanción moderada" tipificada en artículo 262 del Código Civil, cuando se refiere a Sanción moderada, no se establecen limites entre corregir al menor o agredirlo y afectarle su integridad física como psicológica.

Por lo cual, para llegar a los limites entre el maltrato infantil y el derecho de corrección por parte de los padres a sus hijos, se debe entender que existe una balanza entre el hecho cometido por el menor y la sanción impuesta por los padres para su corrección, sin llegar a atacar su integridad corporal ni su estabilidad emocional puesto que, las consecuencias por dicho maltrato afectaran el desarrollo a corto o largo plazo del menor.

Cabe resaltar que la violencia física es la más común y de la que se tiene mas conocimiento, sinembargo, la negligencia y el maltrato psicológico son consideradas otras formas de maltrato, que afectan de igual o mayor forma al menor y dejan secuelas difíciles de manejar, infundiendo esas conductas en el desarrollo de su vida en sociedad.

Esta problemática es muy amplia ya que es estudiada por profesionales de diferentes campos quienes explican que la mejor forma de educar a los menores es cumpliendo con modelos disciplinarios funcionales, donde se les enseñe la autodisciplina a través del respeto y sin el uso de agresiones físicas o psicológicas.

REFERENCIAS

Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991) 2da Ed. Legis. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Congreso de Colombia. (1972, 30 de diciembre). *Ley 16. "Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969".* Diario Oficial 33.780. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37204

Congreso de Colombia. (1991, 22 de enero). *Ley 12. Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.* Diario Oficial 39640. http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1568638

Espinal, C. y Zuliani, A. (1987-1988). *MALTRATO AL MENOR, DESCRIPCIÓN Y FACTORES ASOCIADOS INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR MEDELLÍN.* Recuperado de file:///C:/Users/NOTEBOOK/Downloads/2345-Texto%20del%20art%C3%ADculo-10613-1-10-20121128.pdf

Corte constitucional, Sala Plena. (22 de noviembre de 2007). *Sentencia C-1003.* [MP Clara Inés Vargas Hernández]. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-1003-07.htm

Corte constitucional, Sala Plena. (25 de agosto de 1994). *Sentencia C- 371.* [MP Jose Gregorio Hernandez Galindo].

Corte Constitucional, Sala de Revisión de Tutelas (25 de septiembre de 1996). *Sentencia T-474.* [MP Fabio Moron Díaz] https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-474-96.htm

Congreso de la República de Colombia. (1873, 31 de mayo). *Código Civil Colombiano.* Diario Oficial 2.867 *http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html*

Womenshealth.gov. (02 de abril de 2019) *Efectos de la violencia doméstica sobre los niños* https://espanol.womenshealth.gov/relationships-and-safety/domestic-violence/effectsdomestic-violence-children

Suarez,M., (s.f). *MALTRATO INFANTIL EN COLOMBIA.*

Herbert M. *Padres e hijos: mejorar los hábitos y las relaciones.* Madrid: Pirámide; 2002.

Soriano, F., (2015). *PROMOCIÓN DEL BUEN TRATO Y PREVENCIÓN DEL MALTRATO EN LA INFANCIA EN EL ÁMBITO DE LA ATENCIÓN PRIMARIA DE LA SALUD.* Recuperado de http://previnfad.aepap.org/sites/default/files/2017-04/previnfad_maltrato.pdf

RECLUTAMIENTO FORZADO EN MENORES: ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ACTORES ARMADOS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO COLOMBIANO

Leidys Andrea Monsalvo Donado[32]
Miriam Isabel Paz Rojas
Andrea Isabella Sánchez Cadena

RESUMEN

El reclutamiento forzado es la vinculación permanente o transitoria de personas menores de 15 años a grupos armados que se lleva a cabo por la fuerza, por engaño o debido a condiciones personales del contexto que la favorecen. Es importante, evidenciar el nivel de responsabilidad internacional en el que incurren actores armados que frente a este escenario se hallen comprometidos, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales que ha adquirido Colombia a través de los tratados y convenios internacionales que ha suscrito ante la Corte Penal Internacional en materia de derechos humanos de los menores vinculados de manera forzosa a los grupos y conflictos armados. En este estudio teórico-descriptivo, se investigarán aspectos teóricos, normativos y prácticos que conciernen al reclutamiento forzado en menores, el panorama colombiano y la posible situación jurídica frente a la Corte Penal Internacional a la que están sometidos los ciudadanos que incurran en este delito. En este sentido se deduce que frente a la conducta omisiva del Estado colombiano para judicializar a los actores armados que vinculen menores al conflicto armado interno, adquirirá la Corte Penal de la Haya competencia para el juzgamiento de estos individuos.

PALABRAS CLAVE: Reclutamiento forzado, Responsabilidad Internacional, Colombia, Corte Penal Internacional, conflicto armado interno.

32 Estudiantes del grado de Derecho de tercer año. Semillero Transformaciones Democráticas y Democracia Participativa, Grupo Poder Público y Ciudadanía, Universidad Libre, Barranquilla.

leidya-monsalvod@unilibre.edu.co, miriami-pazr@unilibre.edu.co, andreai-sanchezc@unilibre.edu.co
teléfonos: 3013783788, 3234655811, 3125598855.

FORCED RECRUITMENT IN MINORS: LEGAL ANALYSIS OF THE LIABILITY OF ARMED ACTORS BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT IN THE FRAMEWORK OF THE COLOMBIAN INTERNAL ARMED CONFLICT

ABSTRACT

Forced recruitment is the permanent or temporary linking of persons under 15 years of age to armed groups that is carried out by force, by deception or due to personal conditions of the context that favor it. It is important to demonstrate the level of international responsibility incurred by armed actors that are committed to this scenario, taking into account the international obligations that Colombia has acquired through the international treaties and agreements that it has signed before the International Criminal Court. on the human rights of minors forcibly linked to armed groups and conflicts. In this theoretical-descriptive study, theoretical, normative and practical aspects that concern forced recruitment in minors, the Colombian panorama and the possible legal situation in front of the International Criminal Court to which citizens who commit this crime are subjected will be investigated. In this sense, it can be deduced that in the face of the omissionate conduct of the Colombian State to prosecute armed actors that link minors to the internal armed conflict, the Criminal Court of The Hague will acquire competence for the trial of these individuals.

KEYWORDS: Forced Recruitment, International Responsability, Colombia, International Criminal Court, Internal Armed Conflicto.

INTRODUCCION

Tras el histórico enfrentamiento entre el Estado colombiano y los diversos grupos armados al margen de la ley que, en los últimos 60 años han marcado el conflicto armado interno en el país; como producto de las atrocidades cometidas por los partícipes de esta violencia interna, el pueblo colombiano se ha visto sometido a todo tipo de vejámenes y barbaries que atentan contra los Derechos Humanos. La población infantil y juvenil de Colombia no ha sido la excepción frente a esta situación, por el contrario, es uno de los principales focos de atención de los grupos armados que, con el pensamiento de reforzar sus filas de combate, proceden al reclutamiento forzado de menores, despojándolos de sus derechos fundamentales a una familia, a la educación, a la sana convivencia en sociedad y retirándoles toda clase de facultades que tienen estos por ser sujetos de especial protección constitucional.

La población infantil y adolescente son sujetos que se encuentran en constante situación de vulnerabilidad, es por esa razón, que los grupos armados al margen de la ley los reclutan por la fuerza, por engaño o debido a condiciones personales o del contexto que la favorecen y los utilizan para cumplir con los objetivos delictivos de su organización, pues son sujetos de fácil adoctrinamiento y control y por tanto obligarlos a realizar todo tipo de actividades atroces

resulta más sencillo. Por consiguiente, es compromiso de los Estados velar por el bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes, por lo que en Colombia la Corte Constitucional ha establecido en el desarrollo de múltiples sentencias (S. C- 541/17; S. C- 069/16;S. C- 240/09) que los menores son sujetos de especial protección constitucional debido a la vulnerabilidad en la que se encuentran, lo que implica que el Estado está en la obligación de desplegar mecanismos y herramientas que salvaguarden los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, el Estado colombiano en medio de la búsqueda de medidas que frenen el reclutamiento que se ha evidenciado dentro del conflicto armado interno, ha suscrito tratados internacionales que tienen como objetivo principal la protección de los derechos de los menores que se vean envueltos forzosamente a conflictos armados. Por esta razón, Colombia ratificó el Estatuto De Roma que le dio nacimiento a la Corte Penal Internacional, la cual investiga la responsabilidad penal de los individuos frente a los delitos que resultan más graves y lesivos para la humanidad como lo es el reclutamiento ilícito.

La Corte Penal de La Haya es un organismo internacional permanente creado para el juzgamiento de personas, que se limita a conocer de forma complementaria sobre los casos que tienen que ver con crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crímenes de agresión y genocidio que de acuerdo con el artículo 8 del Estatuto De Roma la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra dentro de los cuales se encuadra el reclutamiento forzado en menores. Por tanto, se pretende ilustrar el procedimiento que la Corte Penal Internacional llevaría a cabo para el juzgamiento de aquellos individuos que cometan delitos que tengan que ver con reclutamiento forzado de menores.

Considerando lo anterior, ¿En qué medida la Corte Penal Internacional tendría competencia para el juzgamiento de los actores armados por tomar parte en acciones propias del reclutamiento forzado de menores en el marco del conflicto armado interno en Colombia?

Es objetivo general de esta investigación, analizar la posible responsabilidad internacional de los actores armados colombianos, ante la Corte Penal de la Haya que se puedan encontrar en curso del delito de reclutamiento forzado de menores en el contexto del conflicto armado interno. Son objetivos específicos, identificar el fundamento jurídico por el cual los actores armados deben responder internacionalmente respecto al reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes y describir el momento en se activaría la competencia de la corte ante la eventual responsabilidad en la que incurrían los sujetos individualmente ante la comisión de este delito.

METODOLOGÍA

En este estudio teórico-descriptivo, se evidenciarán aspectos teóricos, normativos y prácticos que conciernen al reclutamiento forzado, el panorama colombiano y la posible situación jurídica frente a la CPI a la que estarían sometidos los ciudadanos colombianos que incurran en

esta actividad. Por otro lado, se citarán distintos doctrinantes que conceptualicen sobre reclutamiento forzado y la personalidad del individuo como sujeto excepcional del DIP. Además, se busca por medio del Estatuto De Roma y las leyes nacionales profundizar en el funcionamiento y procesos de la Corte en lo concerniente al reclutamiento forzado.

RECLUTAMIENTO ILÍCITO EN COLOMBIA

El conflicto armado interno en Colombia comprende el periodo entre 1958 hasta la actualidad, puesto que, pese a la terminación del conflicto armado con el grupo guerrillero FARC-EP luego de la firma del acuerdo de paz entre el gobierno del expresidente Juan Manuel Santos y los altos mandos de esa guerrilla en el año 2016; las disidencias, el ELN, los GDO, entre otros actores armados, aún siguen ejecutando sus operaciones delictivas, por lo que siguen siendo una fuerte amenaza para los niños, niñas y adolescentes.

El reclutamiento forzado como ya se ha definido, es entendido como la vinculación permanente o transitoria de menores de edad a grupos organizados al margen de la ley, que se lleva a cabo por la fuerza, por engaño o debido a condiciones personales o del contexto que la favorecen. Si bien el concepto legal interno y doctrinal considera como menores hasta la edad de 18 años, la Corte Penal de la Haya de acuerdo con el Estatuto De Roma y los Convenios De Ginebra, considera como menores de edad a toda persona menor de 15 años.

El reclutamiento es un crimen de guerra según el Derecho Internacional Humanitario que, pese a los diversos esfuerzos universales por evitarlo, esta práctica sigue latente en la vida de miles de niños, niñas y adolescentes que se hallan vulnerables ante este. Ahora bien, De acuerdo a lo sentado por el Observatorio de Memoria y conflicto del Centro Nacional de Memoria Histórica, se estima que en Colombia el reclutamiento forzado en menores es una problemática que desde 1958 a 2021 en el contexto del conflicto armado interno ha dejado cifras alarmantes con un total de 17.944 víctimas, señalando que existen un desconocimiento en lo concerniente al grupo reclutador del 52,8% correspondiente a 9.485 casos, que aún se encuentran en estudio y verificación.

Los 8452 casos restantes se distribuyen entre los actores armados que se si se han podido identificar. Se ha podido evidenciar entre los casos con plena identificación que, las guerrillas han sido el mayor reclutador con el 57,02% de los casos que obedece a 4.952; los grupos paramilitares se encuentran en segundo lugar con el 18,72% cuyas víctimas corresponden a 1.583 afectados; también se encuentran, Los Grupos Armados No Identificados con un porcentaje del 18,36% que se resume a la cifra de 1.552 víctimas; en cuarto lugar, se encuentra los grupos post-conflictos, que son comúnmente conocidos como las disidencias, con una cifra de 294 víctimas equivalente al 3,40% de los casos, incluso dentro de este registro se encuentran los agentes del Estado con un porcentaje del 0,16% que obedece a 14 víctimas. Por último, los grupos armados no dirimidos y otros grupos con un porcentaje del 0,11 y 0.65% de los casos, que en cifras esto supone 59 víctimas entre ambos.

Factores y casusas del reclutamiento en menores

En el marco del conflicto armado interno colombiano son muchos los factores que se asocian al reclutamiento forzado de menores, factores que apuntan en su mayoría a un contexto de precariedad, marginación y violencia que visto desde cualquier perspectiva afectan gravemente los derechos fundamentales de estos. Es necesario resaltar que esta situación se visualiza en mayor medida en la zona rural del país, esto debido a las condiciones de vulnerabilidad en la que tienden a encontrarse los niños, niñas y adolescentes ya sea por el poco acceso a servicios, oportunidades, entre otros beneficios o por la escasa presencia del Estado en sus entornos. Tal situación, es el ambiente que los actores armados ven como propicio para ejercer el reclutamiento forzado de menores, siendo las principales causas de ello la facilidad para usarlos como informantes, compañeros y combatientes; las extremas condiciones de marginalidad y pobreza en las que muchos se encuentran; la carencia de oportunidades, acceso a educación y a condiciones dignas de subsistencia, sumadas a situaciones de maltrato, violencia doméstica e inseguridad alimentaria (Caballero: 2015, p.232).

No obstante, hablar solo de reclutamiento forzado de menores campesinos, es dejar por fuera a muchos niños, niñas y adolescentes reclutados en las ciudades que, si bien lo han sido en menor medida, son igualmente víctimas de los actores armados de este conflicto. Asimismo, los menores pertenecientes a minorías étnicas quienes se encuentran en un nivel de vulnerabilidad mayor que cualquier otro niño en el país, puesto que al factor de marginalidad y pobreza se le suma el factor indígena, que se determina en gran medida por la ubicación de sus territorios ancestrales, que coinciden con la localización de corredores estratégicos y zonas de explotación de recursos (Springer: 2012, p.23) que manipulan los actores armados para el logro de los fines de sus organizaciones de poder.

Los Niños como Sujetos de Especial Protección Constitucional

La Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos estableció que los sujetos de especial protección constitucional son “aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones” (C.C., T-874/07, p.8, 2007). Por tanto, el Estado tiene la obligación de proteger de manera especial el ejercicio del derecho a la igualdad de estos individuos y “sancionará los abusos y maltratos que contra ellos se cometan” (C.C., T-282/08, p.6, 2008). Dentro de esta categoría, la corte incluyó a las mujeres embarazadas, adultos mayores, las personas con disminuciones físicas y psíquicas, las personas en situación de desplazamiento y los menores de edad. Pero según la Corte la protección especial de los derechos fundamentales del menor no se explica exclusivamente por la fragilidad en la que se encuentra sino en la vulnerabilidad frente a un mundo que no conoce y que no está en capacidad de afrontar por sí solo. En cuanto a la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes reclutados por los grupos armados en el marco del conflicto armado, la Corte ha sido enfática en que dada

la vulnerabilidad de los niños frente a la sociedad en condiciones normales, esta vulnerabilidad se ve agravada por la existencia de un conflicto armado en el país en el que "se incrementa el riesgo de afectación de sus derechos sobre todo cuando los menores son insertados o incorporados al conflicto como miembros de los distintos grupos armados" (C.C., SU-225/98, p.24, 1998), por lo que los menores no deben ser vistos como combatientes o "máquinas de guerra" sino como víctimas que en ningún momento se puede dejar de aplicar los criterios constitucionales por el hecho de que ellos participen en el conflicto.

Normatividad Nacional en materia de reclutamiento

El Estado colombiano en su normatividad interna ha reconocido el reclutamiento ilícito y lo ha desarrollado a través de leyes, decretos, resoluciones, sentencias, autos y directivas, en concordancia con el derecho fundamental que protege a los niños estipulado en la Constitución Política. Estableciendo que los niños tienen como derechos fundamentales: la vida, el cuidado, tener una familia y no ser separados de ella, la integridad física, la seguridad social y otros que se encuentran estipulados en las leyes y el bloque de constitucionalidad. Además, deben ser protegidos contra toda forma de violencia física o moral, explotación laboral y económica, trabajos riesgosos, abuso sexual, entre otros (Const. P., art. 44, 1991).

Así pues, con base en este mandato constitucional surgió la ley 418 de 1997 que consagra disposiciones para proteger a los menores de 18 años contra efectos del conflicto armado; la ley 599 del 2000 con la cual se expide el Código Penal colombiano que tipificó el delito de reclutamiento ilícito, "el que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas incurrirá en prisión de 96 a 180 meses"; la ley 975 también conocida como Ley de Justicia y Paz; surgió la Ley 1098 de 2006 que expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, con el cual se busca garantizar el pleno y armonioso desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo normas para su protección integral y el restablecimiento de sus derechos, en este entendido, estipula que los menores serán protegidos de las guerras y los conflictos armados internos, del reclutamiento y utilización por parte de los grupos armados y la Ley 1448 de 2011 o mejor conocida como Ley de Víctimas afirmando que todos los niños, niñas y adolescentes victimas del reclutamiento tendrán derecho a ser reparados integralmente y que la restitución de sus derechos estará a cargo del ICBF. En el año 2016 tras una negociación entre el Estado colombiano y el grupo armado revolucionario FARC-EP, se creó un acuerdo de paz en el que se estableció que no serán objeto de amnistías, ni de indultos, ni de ninguna clase de beneficios, los delitos de crímenes de guerra dentro de los cuales se encuentra encuadrado el reclutamiento de menores.

Finalmente, en materia jurisprudencial se destaca la Sentencia C-240 de 2009 antes mencionada; la Sentencia C-172 de 2004 que declaró exequible el Protocolo Facultativo de La Convención Sobre Los Derechos Del Niño Relativo A La Participación De Niños En Los Con-

flictos Armados; la Sentencia C-203 de 2005, que consideró a esta población como víctima del delito de reclutamiento ilícito y entre otras, la Sentencia C-253A de 2012 con la cual la Corte Constitucional se refirió al alcance de la noción de conflicto armado para efectos de la inclusión de las víctimas bajo el marco de la Ley 1448 de 2011, reiterando que los niño, niñas y adolescentes menores de 18 años, gozan de una protección reforzada y que por tanto es deber del Estado protegerlos, tanto si son vulnerados como civiles o como si son incluidos en las hostilidades dentro del conflicto armado (Ruíz, T.2016).

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DE INDIVIDUOS

El Derecho Internacional Público, nació con el afán de resolver las controversias estatales sin tener que acudir a la guerra, para ello se avocó la figura de la responsabilidad internacional. Esta figura nace de los conceptos de culpa y daño a bienes jurídicos, pues la responsabilidad internacional sirve para exigir la reparación a otro Estado, cualquier violación de una obligación implica el deber de reparar (Ortega, Fernández, Forcada y Sánchez, 2011, p.256). Sinembargo, una responsabilidad solo para estados estaba resultando insuficiente para los conflictos que se suscitaban luego de las atrocidades de la primera y segunda guerra mundial, siendo esta última la más mortífera, y el escenario en el cual se cometió el genocidio más sangriento y cruel por parte de la Alemania Nazi. Atendiendo este panorama los doctrinantes empezaron a considerar la idea una responsabilidad penal individual, que no es más que la imputación de delitos que la comunidad internacional ha elevado al carácter más grave y degradante para la humanidad.

Luego de las atrocidades cometidas en Alemania, Tokio, Bosnia y Ruanda, hicieron más visible que nunca la necesidad de crear un tribunal internacional permanente que se encargara del juzgamiento de las personas que cometieran los delitos que la sociedad había considerado como dañinos para el ser humano. En este sentido, se incoaron medidas concretas encaminadas hacia la creación de una Corte Penal Internacional (Santos, 2010). Así la cosas, en 1998 se estableció la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas, de la cual su acta final, es decir el Estatuto de Roma, sentó lo que hoy en día conocemos como la Corte Penal Internacional. (en adelante CPI).

La Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional "es la primera institución internacional permanente con jurisdicción universal y competencia para investigar y en su caso, enjuiciar a personas probablemente responsables por la comisión de ciertos crímenes bajo derecho internacional" (Betanzos, 2021, p. 49). Este tribunal tiene personalidad jurídica propia internacionalmente, así como también cuenta con capacidad jurídica, lo cual le permite llevar a cabo sus funciones y alcanzar sus objetivos. Estas funciones y atribuciones las puede ejercer conforme a lo dictado por

el Estatuto de Roma en los territorios de los Estados que lo han suscrito o mediante acuerdo especial en cualquier otro Estado. La Corte Penal de la Haya según el artículo 5 del Estatuto de Roma, se limitará a conocer sobre cuatro principales crímenes: el crimen de lesa humanidad, el crimen de genocidio, el crimen de agresión y el crimen de guerra.

El crimen de guerra, es el tema central de este proyecto, por esta razón es necesario que además de definirlo, se estudie el tratamiento que la Corte le ha dado a este delito y además los actos que lo constituyen. Los crímenes de guerra son aquellas acciones que van contra el Derecho Internacional Humanitario (llamado también "Ius in bello" o derecho de la guerra) el cual se encarga de proteger tanto a la población que no hace parte de un conflicto armado como aquellos sujetos que intervienen de forma activa en el mismo. En particular, se destaca que la diferencia marcada entre el crimen de agresión y el de guerra es que el primero comprende los delitos que se cometen en tiempos de paz, mientras que, el segundo implica todos los actos que se cometan en el marco de un conflicto armado.

El Estatuto de Roma de 1998 como documento fundacional de la Corte Penal Internacional de la Haya (Betanzos, 2021: 49), establece en el artículo 8 los actos que son considerados como crímenes de guerra, además estipula entre otras situaciones, aquellas violaciones graves de las leyes en los conflictos armados que no son de índole internacional, sino que se cometen en el territorio de un Estado en el contexto de un conflicto armado prolongado, ya sea entre el gobierno mismo y grupos armados organizados o entre tales grupos. De acuerdo a lo anterior, el Estatuto de Roma reconoce como un crimen de guerra el reclutamiento de menores, estipulando que toda acción de reclutar, o alistar niños menores de 15 años para que conformen las fuerzas armadas o grupos al margen de la ley o utilizarlos para que participen en actividades hostiles, se considerará como tal y será competencia de la Corte Penal Internacional de la Haya para que proceda con el juzgamiento de los individuos que incurran en este delito (Estatuto de Roma, 1998: art 8, párr. 2e).

Normatividad internacional acogida por la Corte Penal Internacional

El tribunal de la Haya aparte de aplicar el contenido que rige su existencia misma, es decir, el Estatuto de Roma propiamente dicho, aplicará también siempre que sea viable los tratados y principios del Derecho Internacional cuyos contenidos se encuentren relacionados con los conflictos armados. En este sentido, las Convenciones de Ginebra de 1949 con sus protocolos adicionales de 1977 le son aplicables a los casos de crímenes de guerra como lo es el reclutamiento de menores (Rodríguez, 2018: 69), donde en el Protocolo II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional, se establece en el Titulo II, artículo 4 que consagra las garantías fundamentales, la prohibición en todo tiempo y lugar de reclutar para las fuerzas armadas nacionales o grupos armados, niños menores de quince años de los cuales no se permitirá su participación en las hostilidades (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], Protocolo II, 1977: art 4, párr. 3c).

La Declaración Universal de los Derechos del Niño contempla diez principios que estipulan la protección especial de la que gozarán los niños para su normal desarrollo físico, mental y social en condiciones dignas y de libertad, la protección hacía los menores contra toda forma de crueldad, la prohibición de que los niños se dediquen a trabajos que afecten su desarrollo físico, mental o moral al perjudicar su salud o su educación, entre otros principios, que claramente con su aplicación intentan salvaguardar a los niños, niñas y adolescentes de los efectos del reclutamiento de menores como crimen de guerra (ONU, Declaración Universal de los Derechos del Niño, Principios de 1959). Tras esta Declaración surge la Convención Sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1989, que establece en el artículo 38 el compromiso que tienen los Estados Partes de velar porque se respeten las normas del Derecho Internacional Humanitario que son aplicables en los conflictos armados y que son pertinentes para los niños, así como también, la adopción medidas para asegurar que los menores de 15 años no participen directamente en actividades hostiles, protegiendo y cuidando de los niños afectados por un conflicto armado y la abstención a reclutar para las fuerzas armadas menores de 15 años, procurando siempre para este fin que sean mayores de 18 años de edad (CDN, 1989: art 38). De igual forma, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados del 2000 aprobado por la Asamblea General de la ONU, establece en su articulado medidas y prohibiciones sobre el reclutamiento de menores que el tribunal de la Haya vincula en el juzgamiento de individuos.

Además de los postulados anteriores, la Corte se rige bajo unos principios del Derecho Penal Internacional dispuestos en el mismo Estatuto, que sirven como reglas de orientación para los procesos que reposan en su competencia. Así pues, se hace referencia a el principio de complementariedad de la Corte, este es el más importante, pues indica que la competencia de la corte no es directa ni absoluta, sino que depende del comportamiento de los Estados ante los crímenes que ella está encargada de juzgar, lo que se traduce en que la corte juzgara de forma Subsidiaria cuando un Estado no quiera o no pueda realmente llevar a cabo la investigación y el juzgamiento.

EL POSIBLE JUZGAMIENTO DE CIUDADANOS COLOMBIANOS ANTE LA CPI

Atendiendo al principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional, se puede deducir que la competencia de esta se activa en el momento mismo que un Estado no quiere o manifiesta no poder ejercer la acción penal ya sea por razones de seguridad pública, el colapso en el sistema de la administración de justicia o porque se encuentre comprometida la imparcialidad del asunto (Rodríguez, 2018: 50). Este sentido, se puede aseverar que la competencia de la corte depende de la inoperancia de los estados para juzgar internamente los crímenes de genocidio, agresión, guerra y lesa humanidad. Por esta razón, es pertinente analizar primero cuales son las acciones que ha llevado a cabo Colombia para contrarrestar y erradicar de la sociedad el reclutamiento forzado en menores, que se ha dado constante y

repetitivamente en la vida de alrededor de 20.000 niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado interno.

Colombia tipificó esta conducta como un delito en el art. 162 del código penal, que se encuentra dentro del capítulo de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; esta conducta punible prevé penas de hasta 15 años de prisión para aquel que sea hallado responsable. Sinembargo, este delito tiene un alto grado de impunidad para las víctimas, esto se ve plasmado en el estudio de las cifras llevadas por la Fiscalía, quien es el ente acusador encargado de llevar a juicio a los responsables por este delito en la jurisdicción nacional de Colombia.

En el informe No. 4 presentado ante la Jurisdicción Especial para la Paz[33] la Fiscalía cuenta con 4.219 investigaciones. Sinembargo, solo se han proferido 10 sentencias condenatorias en el contexto de un conflicto armado de más 50 años, por otra parte, la fiscalía no cuenta con un registro claro de la cantidad de investigaciones que han terminado con sentencias absolutorias para los presuntos responsables. Todas estas investigaciones, reporta la Fiscalía, corresponden a conductas cometidas presuntamente por miembros de las FARC-EP y arrojan un total de 5.252 víctimas y 5.043 procesados, lo que quiere decir que ni siquiera se está ponderando el resultado real, pues faltan los demás actores armados (paramilitares, ELN, GAO, etc.) que han reclutado menores. Todos estos casos al ser de grupo guerrillero FARC-EP pasaran a la competencia de la JEP siempre que corresponda. Respecto a lo anterior, la JEP abrió el caso 007 "Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado" en el cual citó a rendir versión libre a 15 excombatientes e inclusive en febrero de 2021 el ICBF entregó un informe en audiencia oral, acerca de las víctimas de reclutamiento que ellos han registrado. Hasta el momento ya se encuentran vinculados al proceso alrededor de 40 involucrados en este crimen.

Considerando todo lo expuesto, puede afirmarse que si bien el Estado colombiano, no ha ignorado el tema por completo si se observa un alto grado de impunidad y una gran falla en el aparato judicial que resulta grave, pues estos casos deberían ser prioridad por los sujetos que son víctimas de ellos, es decir, los niños. Claramente no se habla de cualquier tipo de víctima, se trata de víctimas en un estado de indefensión irremediable que cuentan con protección constitucional, protección por el DIH, así como también, la protección que otorgan otros tratados internacionales que funcionan como garantes de la dignidad y los derechos de los niños. En consecuencia, debería ser posible, viable y necesario que el Estado colombiano remita los casos ante la Corte Penal Internacional o que se presente una denuncia ante el Fiscal de esta, para que sea ella quien juzgue la responsabilidad de los sujetos, como se examinará a continuación, en el estudio acerca del proceso ante la Corte.

33 La Jurisdicción especial para la paz es el Tribunal encargado de los asuntos concernientes al conflicto armado interno hasta el 1 de diciembre de 2016 entre el grupo guerrillero FARC-EP y el Estado colombiano.

CONCLUSIONES

En Colombia el conflicto armado interno es una situación que en los últimos sesenta años de historia ha marcado al pueblo colombiano. Las múltiples acciones perpetradas por sus principales actores han pisoteado la dignidad humana de muchos ciudadanos en el transcurro de esta guerra y han vulnerado infinidades de veces los Derechos Humanos. Los partícipes de este conflicto armado en su afán por salir victoriosos, han cometido actos atroces que han alcanzado a los niños, niñas y adolescentes, quienes han tenido que crecer junto a una grave situación en donde ellos son vistos como una pieza importante para el desarrollo de esta guerra. Así pues, en Colombia, las estadísticas revelan cifras alarmantes de reclutamiento forzado de menores por parte de los actores armados del conflicto, que a día de hoy siguen sustrayéndolos de sus hogares para que integren las filas de combate, violentando con su accionar cada uno de los derechos fundamentales de los que gozan los niños como sujetos de especial protección constitucional y quitándoles con ello toda oportunidad para su buen desarrollo físico, mental, emocional y espiritual dentro de la sociedad.

Pese a todos los derechos y garantías establecidos en la constitución, en las leyes y la jurisprudencia que buscan brindarle protección y cuidados a la población infantil y juvenil, siguen estos encontrándose en condiciones vulnerables que favorecen su reclutamiento; situaciones de precariedad, pobreza extrema, violencia intrafamiliar, abusos de todo tipo y en la gran mayoría de los casos un alto abandono estatal, lo que se convierte en factores determinantes para que los grupos armados fijen su atención en ellos y procedan a reclutarlos afirmando la facilidad de control y adoctrinamiento sobre estos.

Colombia en su normatividad reconoce lo dañino que resulta el reclutamiento forzado, lo prohíbe y lo tipifica como delito y estipula su sanción en el Código Penal, obligando así al Estado a implementar medidas preventivas que salvaguarden a los niños, niñas y adolescentes y medidas sancionatorias con las cuales ejercer su fuerza punitiva contra aquellos que cometan este delito. Sinembargo, se ha evidenciado que los actores armados aún se encuentran reclutando y el Estado ha omitido su responsabilidad de garantizar la norma jurídica y en ocasiones no ha colocado en marcha el aparato judicial contra estos reclutadores, ya sea por aspectos que lo imposibiliten y tenga que abstenerse o por la simple voluntad de no querer hacerlo, entrará entonces de forma inmediata la Corte Penal Internacional de la Haya a ejercer la jurisdicción penal sobre los individuos que hayan cometido tal delito y esto debido a su carácter de complementariedad que se activa con la omisión del Estado y por haber Colombia suscrito el tratado que rige al tribunal de la Haya, es decir, el Estatuto de Roma.

Teniendo en cuenta lo anterior, se habla entonces de una responsabilidad penal internacional de los individuos ante la Corte Penal de la Haya, la cual juzgará los crímenes que son de su competencia de acuerdo a lo establecido en el Estatuto de Roma, siendo el reclutamiento de menores un crimen de guerra que este desarrolla. Por otra parte, este tribunal aplicará de acuerdo con el estatuto, los tratados y convenios internacionales, siempre que no resulten contrarios a los pos-

tulados de la Corte, principalmente aquellos en materia de derechos humanos y lo concerniente al reclutamiento de menores, cuando se presenten casos de esta índole.

Por otra parte, resulta necesario entonces que el Estado logre determinar la providencia de los reclutamientos, puesto que existe un alto porcentaje de casos de este delito que no se sabe quiénes han sido los reclutadores, incluso el número de casos no identificados es superior que el de los identificados. Por otro lado, es sumamente importante que el Estado colombiano tenga una mayor intervención en las zonas rurales donde habitan los niños, brindándoles más garantías de sus derechos, oportunidades, acompañamiento y protección, disminuyendo con esto los índices de pobreza, analfabetismo, violencia intrafamiliar, entre otros factores, lo que conllevaría paralelamente a la disminución de niños reclutados.

Finalmente, es fundamental que el Estado colombiano se encuentre siempre dispuesto a actuar asertivamente y dejar de ser omisivo, con esto la Corte Penal Internacional podría no intervenir como jurisdicción penal subsidiaria para juzgar individualmente a los responsables del crimen de reclutamiento de menores, siempre y cuando el poder jurisdiccional interno, junto con el ejecutivo y las fuerzas armadas nacionales, implementen medidas eficaces que den con la pronta retención y judicialización de los actores armados de esta guerra y que con este trabajo conjunto interno se obtengan resultados favorables para todos los niños, niñas y adolescentes de Colombia.

REFERENCIAS

Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Santos, J. Jiménez, T. Bogotá, Colombia, 24 de noviembre de 2016. https://n9.cl/wprj8

Betanzos, E. (2021). *Notas para el estudio del derecho penal internacional.* Los casos Katanga, Lubanga, Bemba y Al Mahdi. Ed 1, Editorial: Tirant.

Caballero, A. (2015). *Situación actual y perspectivas de la persecución a reclutadores de menores: el caso colombiano.* Ciencia y Poder Aéreo, 10 (1), 229-236. Doi: https://n9.cl/lu20y

Centro Nacional de Memoria Histórica, (2017) *"Una guerra sin edad. Informe nacional de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado colombiano"*, Bogotá, CNMH. https://n9.cl/emusn

Código de la Infancia y la Adolescencia [C.I.A], (2006). Colombia. 20/03/2021.

Código Penal [C.P.], (2000). Colombia. 20/03/2021. https://n9.cl/nzsg

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, 1977. https://n9.cl/k0a0h.

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2010), *Política de prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley y de los grupos delictivos organizados* (informe nro. 3673). Bogotá, Colombia: CONPES.

Corte Constitucional [C.C.], abril 1, 2009, M.P: M. González. *Sentencia 240/09*. Colombia. 28/04/2021. https://n9.cl/gzvdl

Corte Constitucional [C.C.], marzo 2, 2004, M.P: J. Córdoba. *Sentencia 172/04.* Colombia. 28/04/2021. https://n9.cl/25u9o

Corte Constitucional [C.C.], marzo 8, 2005, M.P: M. Cepeda. *Sentencia 203/05*. Colombia. 28/04/2021. https://n9.cl/g195t

Corte Constitucional [C.C.], Marzo 14, 2008, M.P: M. Gonzalez. *Sentencia 282/08.* Colombia. 03/05/2021. https://n9.cl/5t67m

Corte Constitucional [C.C], marzo 29, 2012, M.P: G. Mendoza. *Sentencia 253A/12.* Colombia. 28/04/2021. https://n9.cl/9txe

Corte Constitucional [C.C.], mayo 20, 1998, M.P: E. Cifuentes. *Sentencia 225/98.* Colombia. 03/05/2021. https://n9.cl/dv97

Corte Constitucional [C.C.], octubre 23, 2007, M.P: J. Araujo. *Sentencia 874/07.* Colombia. 03/05/2021. https://n9.cl/injk

Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional, 17 Julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6. https://n9.cl/pxc8 [Accesado el 29 Abril 2021]

Ley 1448/2011, junio 10. *Diario Oficial No. 48.096.* (Colombia), Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. https://n9.cl/hzlk

Ley 418/97, diciembre 26, *Diario Oficial No. 43.201*. (Colombia), Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. https://n9.cl/p159e

Ley 975/2005, julio 25, *Diario Oficial No. 45.980.* (Colombia), Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. https://n9.cl/74b6a

ONU: *Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 Noviembre 1989. https://n9.cl/5gsso

ONU: *Asamblea General, Declaración de los Derechos del Niño,* 20 de Noviembre de 1959. https://n9.cl/4ynsf

ONU: Asamblea General, Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, 25 de mayo de 2000. https://n9.cl/xc03x

Ortega, J. Fernandez, A. Forcada, I. Sánchez, A. (2011). *Lecciones De Derecho Internacional Público*. Ed 1°, Editorial: Tirant.

Rodríguez, E. (2018). *La Corte Penal Internacional.* Ed 1, Editorial: Astrea.

Ruíz, T. (2016). *El Reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes.* Un análisis a partir de los estándares internacionales establecidos por la Corte Penal Internacional en el caso Fiscalía v. Lubanga Dyilo, en materia de reparaciones y en el caso contra Fredy Rendon Herrera de la Justicia Transicional en Colombia. (Tesis de maestría, Universidad Santo Tomas). https://n9.cl/30z5v

Springer. N, (2012), *Como corderos entre lobos.* Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia, Bogotá, Taller Digital Image Printing.

RECONOCIMIENTO DE LÍDERES SOCIALES COMO GRUPO NACIONAL EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Natalia Donoso Sarmiento[34]

RESUMEN

En la actualidad Colombia no cuenta con un sistema de clasificación que permita establecer con claridad quienes ejercen el liderazgo social dentro de las comunidades, lo cual ha impedido que se produzca una protección efectiva por parte del Estado colocándolos en una situación de vulnerabilidad, la cual ha producido un gran número de vulneraciones de Derechos Humanos hacia quienes desarrollan estas actividades dentro del territorio colombiano.

Teniendo en cuenta lo anterior, se pretende delimitar los factores relevantes tratados en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a los líderes sociales y defensores de Derechos Humanos, para establecer posteriormente si se cumplen los criterios para clasificar a los líderes sociales y defensores de Derechos Humanos dentro de la categoría de Grupo Nacional mencionada en el Estatuto de Roma. Esto se realizó mediante una investigación básica, jurídica y cualitativa, utilizando un método analítico y deductivo, partiendo del análisis de 8 casos elevados a la CIDH en los que se hace énfasis en el estudio de las actividades desarrolladas, el medio utilizado y su relación directa con un vínculo de reciprocidad de derechos y deberes con las comunidades. Obteniendo como resultado un análisis de la posición de la CIDH en los casos en que se tratan actividades de liderazgo social, y el cumplimiento de criterios doctrinales que permiten reconocer a los líderes sociales y defensores de DDHH como un subgrupo nacional que goza de protección internacional.

PALABRAS CLAVE: Líderes sociales, Defensores de Derechos Humanos, Clasificación, Grupo Nacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos

RECOGNITION OF SOCIAL LEADERS LIKE A NATIONAL GROUP IN THE INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

Currently, Colombia does not have a classification system that makes it possible to clearly establish who exercise social leadership within the communities, which has prevented effective

34 Estudiante de Derecho de Noveno semestre y miembro del Semillero de Derechos Humanos y Litigio Interamericano perteneciente a la facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: est.natalia.donoso@unimilitar.edu.co

protection from being produced by the State, placing them in a situation of vulnerability, which has produced a large number of human rights violations against those who carry out these activities within Colombian territory.

Taking into account the above, it is intended to define the relevant factors dealt with in the decisions of the Inter-American Court of Human Rights in relation to social leaders and Human Rights defenders, to subsequently establish whether the criteria for classifying social leaders and human rights defenders are met. Human Rights defenders within the category of National Group mentioned in the Rome Statute. This was done through basic, legal and qualitative research, using an analytical and deductive method, based on the analysis of 8 cases submitted to the IACHR in which emphasis is placed on the study of the activities carried out, the medium used and their direct relationship with a link of reciprocity of rights and duties with the communities. Obtaining as a result an analysis of the position of the IACHR in cases in which social leadership activities are dealt with, and compliance with doctrinal criteria that allow recognizing social leaders and human rights defenders as a national subgroup that enjoys international protection.

KEYWORDS: Social leaders, Human Rights Defenders, Classification, National Group, Inter-American Court of Human Rights

RECONHECIMENTO DE LÍDERES SOCIAIS COMO GRUPO NACIONAL NO DIREITO INTERNACIONAL

Atualmente, a Colômbia não possui um sistema de classificação que permita estabelecer claramente quem exerce liderança social dentro das comunidades, o que tem impedido que a proteção efetiva seja produzida pelo Estado, colocando-os em situação de vulnerabilidade, o que tem produzido um grande número. de violações de direitos humanos contra quem realiza essas atividades em território colombiano.

Levando em conta o exposto, pretende-se definir os fatores relevantes tratados nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação aos líderes sociais e defensores dos direitos humanos, para posteriormente estabelecer se os critérios de classificação dos líderes sociais e humanos os defensores dos direitos são atendidos. Defensores dos direitos humanos na categoria de Grupo Nacional mencionada no Estatuto de Roma. Isso foi feito por meio de pesquisas básicas, jurídicas e qualitativas, com método analítico e dedutivo, a partir da análise de 8 casos submetidos à CIDH, nos quais se dá ênfase ao estudo das atividades desenvolvidas, do meio utilizado e de sua relação direta. com vínculo de reciprocidade de direitos e deveres com as comunidades. Obter como resultado uma análise da posição da CIDH nos casos em que se trate de atividades de liderança social e o cumprimento de critérios doutrinários que permitam reconhecer os líderes sociais e defensores dos direitos humanos como um subgrupo nacional que goza de proteção internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Líderes sociais, Defensores de Direitos Humanos, Classificação, Grupo Nacional, Corte Interamericana de Direitos Humanos

INTRODUCCIÓN

La primera vez en que se utilizó la expresión de *"Grupo Nacional"* fue precisamente por Raphael Lemkim, principal impulsor del reconocimiento del termino Genocidio, como un delito propio del Derecho Internacional que vulneraba directamente Derechos Humanos, tales como la vida y la dignidad humana los cuales afectan socialmente a las comunidades o grupos sometidos a dichos vejámenes; es precisamente, desde esta visión que Lemkin hace especial énfasis en que para que se configure este delito debe perpetrarse contra un grupo, ya sea este nacional, étnico, racial o religioso.

Así las cosas, es pertinente indicar que la intención de Lemkin al establecer especial protección a estos grupos era consecuencia del estado de vulnerabilidad a la que se encontraban dichos grupos en la época de 1944, año en que se logra el reconocimiento de dicho delito en el ordenamiento jurídico internacional. No obstante, un hecho que resulta interesante es que en el borrador inicial se establecía también dentro de estos colectivos, los grupos políticos, pues según Lemkin, en el futuro los genocidios se perpetrarían principalmente contra estos grupos, son muchas las razones que pretenden justificar el hecho de que al final no se hayan incluido estos grupos dentro del tipo penal, siendo una de las más fuertes, aquella que establecía que iba en contra de los intereses de los países que se vislumbraban como potencias en la época.

Tal parece que, Lemkin tenía razón frente a la premisa sobre contra quienes se consumaría el delito de genocidio en el futuro, y, es que parece que ese futuro por fin ha llegado, cada día, incrementan las cifras de homicidios contra grupos políticos y sociales alrededor del mundo, que parecen pretender la exterminación de dichos grupos a través de la represión y el miedo, armas que al resultar poco efectivas se transforman en soluciones definitivas como lo es la muerte de sus miembros.

Desafortunadamente Colombia no ha estado exenta de esta nueva forma de represión, pues desde el año 2016 han sido asesinados alrededor de 1.500 líderes sociales, personas que dedican su vida al desarrollo de labores sociales en comunidades que han sido abandonadas por el gobierno Nacional de turno, muertes que han quedado en su mayoría impunes dentro del sistema judicial del país y que en el ámbito internacional han sido reconocidas como una vulneración sistemática de derechos humanos pero no como Genocidio, puesto que, no cumple con los criterios establecidos en el estatuto de Roma pese a cumplir con los criterios de sistematicidad e intencionalidad descritos por la Corte Penal Internacional como elementos propios de este tipo penal.

Teniendo en cuenta lo anterior, este capítulo pretende demostrar que los Lideres Sociales y Defensores de Derechos Humanos pueden ser reconocidos en el ámbito internacional de la

protección de Derechos humanos, desde la perspectiva del SIDH y de igual forma catalogados como un Grupo Nacional teniendo en cuenta los criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia relacionada con el delito de Genocidio.

1. Noción de Grupo Nacional

Númerosas interpretaciones doctrinarias han planteado que para aplicar el concepto jurídico de *"Grupo Nacional"* el grupo que perpetraba el delito de genocidio debía ser un grupo diferente a aquel que se pretendía exterminar. Con base en lo anterior, se cree que cuando el perpetrador y la víctima tienen la misma identidad nacional, es incorrecto hablar de genocidio, no obstante, nada podría ser más contrario a lo establecido por la ONU quien solo enumera los grupos y no hace hincapié en la nacionalidad de la víctima ni del victimario.

Así las cosas, debe tenerse que en para hablar de un "grupo nacional" solo debe establecerse que entre el grupo considerado como víctima debe ostentar entre si la misma nacionalidad junto con características que logren identificarlo frente a otros. Por tanto, un *"grupo nacional"* no requiere en si mismo una organización para ser reconocido, en tanto si lo requieren otros tipos de colectivos.

2. Los Defensores de Derechos Humanos a la Luz del Derecho Internacional

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante Corte IDH) adopto con ocasión al Caso Valle Jaramillo Vs Colombia, el concepto emitido por la Comisión interamericana de Derechos Humanos sobre los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en la que se establece que cabe en la calidad de Defensor *"Toda aquella persona que de cualquier forma promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional o internacional debe ser considerada como defensora de Derechos Humanos" (Corte IDH, 2008, Párr. 81)*[35]. Ahora bien, este reconocimiento corresponde al establecimiento de los mismo como un "grupo en estado de vulnerabilidad" y, por tanto, es necesaria una especial protección por parte del Estado.

Posteriormente, la Corte IDH, también hizo especial énfasis en que *"La calidad de defensor de Derechos Humanos radica en la labor que se realiza, con independencia de que la persona que lo haga sea un particular o un funcionario público"* (Corte IDH, 2013, Párr. 122)[36]

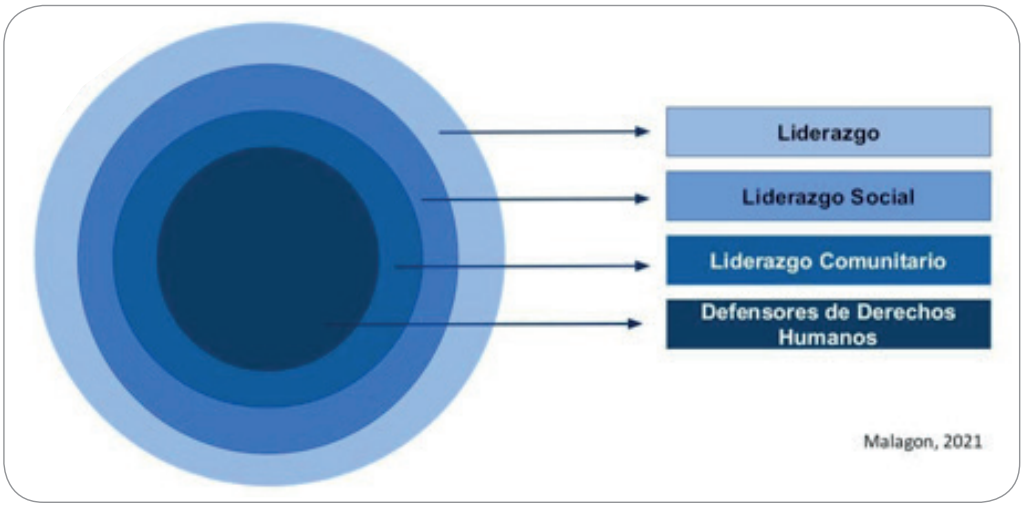
La Comisión ha identificado que en Colombia, ciertos grupos de personas defensoras de derechos humanos se han visto expuestos a una mayor situación de riesgo, y que por tanto

35 Cfr. Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 81 y CIDH, informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en la Américas, OEA/Ser.L/V/II. 124 Doc5rev.1, 7 de marzo de 2006, párr. 13.

36 Corte IDH. Caso Luna López vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costeas, Sentencia de 10 de octubre de 2013, Serie C No 269, párr122

requieren de una protección reforzada y diferenciada, entre los cuales incluyen: (i) líderes y lideresas sociales; (ii) líderes y lideresas indígenas y afrodescendientes; (iii) mujeres defensoras; (iv) defensores y defensoras de personas LGBTI; (v) defensoras y defensores del Acuerdo Final de Paz; (vi) sindicalistas. La Comisión analizará la situación de cada uno de estos grupos con mayor detalle. (CIDH C. I., 2019)

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro establecer que la Corte IDH, evidencio una inminente necesidad de reconocer en el ámbito internacional a los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos por considerar que son sujetos de especial protección internacional, tomando en cuenta esta postura resulta pertinente analizar la posición de la CIDH frente al contexto colombiano, dado que según el Informe sobre la situación de personas defensoras de los derechos humanos y líderes sociales en Colombia realizado en 2019 establece que la defensoría de los derechos humanos puede realizarse desde diferentes perspectivas, puesto que, dicha defensa se realiza desde la actividad de liderazgo, por lo que, es pertinente determinar que los Defensores de derechos humanos se enmarcan en el concepto de Líderes sociales, pues es el liderazgo el medio utilizado para realizar dichas labores.



Ahora bien, dentro de la obligación de garantía de los Estados está la protección de los grupos que se encuentren en estado de vulnerabilidad (CIDH, 2017), y, dado que, ha sido la misma Corte IDH, quien ha determinado que los Defensores de Derechos Humanos ostentan esta calidad, debe establecerse de la misma manera que aquellos que realicen actividades de Liderazgo (social y comunitario) deben también recibir dicha protección, por el hecho de ejercer dicho liderazgo.

La definición anterior es consistente con la declaración de Naciones Unidas y su relator especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, que establece que un defensor de derechos humanos es cualquier acción o persona individual o colectiva que desee realizar acciones para promover, proteger o Procurar proteger y hacer realidad los

derechos humanos y las libertades fundamentales . En este sentido, los defensores de derechos humanos pueden ser de cualquier género, edad u origen, pues a nivel internacional el criterio más importante para identificarlos radica en las actividades que realizan; además, otros factores, como si son remunerados. por su trabajo o si pertenecen a una organización civil, No debe afectar a quienes son considerados defensores de derechos humanos

Por consiguiente, dado el estado de indefensión que ya ha sido valorado por CIDH, y trayendo los postulados de Lemkin, puede aplicarse dicha interpretación para reconocer al colectivo de lideres sociales como un subgrupo nacional en el entendido de que comparten un vinculo jurídico, basado en una nacionalidad común y que adicionalmente comparte entre si una reciprocidad de derechos y deberes adquiridos desde la realización de actividades de liderazgo.

3. Caracterización del Grupo

Los Líderes Sociales, comunitarios y defensores de derechos humanos, comparten entre si ideales y percepciones acerca de cómo se deben llevar a cabo relaciones políticas, económicas y sociales dentro de las comunidades, dado que debe primar la defensa de los intereses de las mismas frente a los actores armados y todos aquellos que perpetren ataques contra los colectivos donde se desarrollan las labores de liderazgo, este permite inferir que dichos grupos comparten entre si una identidad política común.

Adicionalmente, comparten también, una identidad en razón a los ataque y agresiones sufridas como consecuencia de la defensa de los derechos humanos, para los actores que los asesinan, los lideres sociales, comunitarios y defensores de derechos humanos resultan un impedimento dado que es desde la actividad de liderazgo que se logran organizarlas comunidades para oponerse a los distintos proyectos económicos, sociales y culturales. No obstante, son considerados de igual forma como la piedra angular de la cohesión social, por lo que en muchas ocasiones han sido declarados “objetivos militares”.

4. Obligación de Protección del Estado

Volviendo al nivel regional, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) enfatiza el derecho de las personas a defender los derechos humanos y la relación entre este trabajo y el goce efectivo de los derechos contenidos en el Pacto. La Comisión para la Convención de Derechos Humanos (CADH), especialmente vida, integridad, libertad de expresión y asociación, protección judicial y garantía judicial, han coordinado y realizado la libertad de sus actividades. En lo que respecta a la CIDH, en lo que a ella respecta, el Estado tiene la responsabilidad de prevenir y proteger las vulnerabilidades y situaciones de riesgo que estas personas puedan considerar en su liderazgo, y el Estado tiene la obligación de hacerlo. “i) de asegurar las condiciones para que realicen sus actividades libremente; ii)

está en el deber de no impedir su trabajo y resolver los obstáculos existentes a su labor; iii) evitar y responder a actos destinados a criminalizar indebidamente su trabajo; iv) protegerlas si están en riesgo, lo cual involucra el cumplimiento de las medidas cautelares dictadas por la CIDH; y v) La obligación transversal de investigar, esclarecer, procesar y sancionar los delitos cometidos en su contra". (CIDH, 2011, Párr. 479)

En cuanto a la primera obligación tanto Comisión como la Corte IDH han señalado que los Estados deben prevenir y responder a las violaciones generadas por los agentes estatales y los particulares en contra de las personas que ejercen la labor social y de la defensa de los DDHH; dentro de esta obligación, los Estados deben implementar acciones positivas que eliminen ambientes peligrosos y generen un ambiente adecuado para el desarrollo de sus actividades (CIDH, Yarce y otras, 2013).

Sumado a lo anterior, los Estados y sus agentes estatales deben abstenerse de realizar declaraciones que estigmaticen a los defensores de DDHH, líderes y lideresas indígenas, solo por el hecho de realizar sus labores de promoción y defensa de los derechos humanos; por lo que la Corte IDH en el Caso Huilca Tecse estableció "que los pronunciamientos o denuncias injustificadas, genera la estigmatización que puede producir cargas psicológicas que lesionan el derecho a la integridad personal psíquica y moral de la persona involucrada, y a la vez puede generar un clima de hostilidad que dificulte el ejercicio de su libertad de asociación". (Corte IDH, Caso Huilca Tecse, 2005)

Asimismo, la Corte Interamericana ha determinado que las autoridades nacionales tienen la responsabilidad de comprender estas situaciones especiales de peligro para determinar si la persona es efectivamente objeto de amenazas y hostigamiento, lo que requiere medidas de protección oportunas; además, demuestra que la El estado no debe limitarse a las víctimas. Deben coordinarse con sus funcionarios y entidades para que puedan realizar las evaluaciones adecuadas y luego brindar las medidas de protección material adecuadas.

5. Figura del Genocidio en Grupo Nacional

La propia Convención sobre Genocidio tolera una interpretación que, basada en Lemkin, analiza al genocidio como la destrucción parcial del propio grupo nacional. Esta interpretación no solo permitiría volver aplicable la Convención a los númerosos genocidios con contenido político –en tanto que verdaderamente todos los genocidios modernos tienen motivación política, fuere cual fuere el grupo seleccionado para el aniquilamiento–, a la vez que implica consecuencias mucho más enriquecedoras en los procesos de memoria y apropiación del pasado, constituyendo el único modo efectivo de confrontar con la ideología genocida y ya no solamente con sus efectos, al restituir en las propias representaciones aquella pluralidad identitaria que los genocidios vienen a quebrar

La figura jurídica de genocidio contiene un elemento restrictivo que se vincula a la intencionalidad de destrucción de un grupo en el contexto de la comisión de hechos de aniquilamiento masivo de poblaciones. Más allá de la objetable exclusión de los grupos políticos de la definición –y de la necesidad de modificar dicho tipo penal–, la comprensión de todo aniquilamiento grupal como la "destrucción parcial de un grupo nacional" permite solucionar técnicamente la cuestión con una categoría presente en la Convención, manteniendo un tipo cerrado, no manipulable, y respetando el principio de tipicidad.

Por el contrario, la permanente apertura del concepto de crímenes de lesa humanidad a acciones no estatales, la creación de figuras aún más abiertas como la de "crímenes atroces" y su creciente homologación con los fenómenos terroristas y los movimientos contestatarios, así como su propia codificación jurídica y la inclusión en la misma del sintagma "actos inhumanos", convierten a estas figuras en tipos penales abiertos, que podrían llegar a incluir acciones civiles no estatales y contestatarias, al tiempo que deja a criterio de un juez o tribunal incluir cualquier tipo de acción en la subjetiva e imprecisa clasificación de "inhumana".

Es posible rescatar el carácter peculiar de la categoría de genocidio –en tanto intención de aniquilamiento masivo de un grupo de población– y evitar la creación de nuevas figuras en el derecho penal internacional, cuya inflación solo contribuye a la equiparación de lo cualitativamente distinto –lo estatal frente a lo no estatal, lo masivo frente a lo esporádico, lo materializado frente a lo posible– y a la vulneración de las garantías penales, construidas durante siglos para proteger a los individuos de la arbitrariedad de la persecución estatal.

Contrariamente a la tendencia hegemónica en el derecho internacional y en los trabajos académicos que pretenden negar la calificación de genocidio y reemplazarla por la de crímenes de lesa humanidad, como modo de unificar el aniquilamiento masivo estatal con acciones de movimientos insurgentes o de "acciones terroristas", considero mucho más útil bregar por la tendencia contraria, buscando que la justicia califique como genocidios a los genocidios y los distinga de las acciones de movimientos no estatales y no masivos que, justamente por no ser estatales ni masivos ni tener control del monopolio de la violencia en territorio alguno, deberían ser juzgados según los códigos penales preexistentes, respetando –por miserables y malvados que sean los perpetradores y los delitos cometidos– las garantías penales de sus responsables.

El riesgo de no ver estos problemas no afectará solo a los jueces o a los abogados. Puede terminar colaborando en la destrucción del sistema penal que hemos conocido en el siglo XX, instaurando una mayor discrecionalidad y arbitrariedad en el ejercicio del poder, decretando el fin de númerosos derechos de ciudadanía y otorgando un arma poderosa y letal a quienes buscan arrasar la soberanía de los Estados en desarrollo. Eso sí, en nombre de la "prevención" de las violaciones de derechos humanos y como herramienta destinada a su supuesta "defensa"

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta el análisis realizado en este capítulo es posible determinar que el ejercicio de los lideres sociales, comunitarios y Defensores y defensoras de DDHH dentro de las comunidades puede ser catalogado dentro de lo establecido por el SIDH como grupo de especial protección y por tanto catalogado desde la premisa de Lemkin dentro de la categoría de grupo nacional, dado que se configuran los presupuestos de nacionalidad, interrelación de derechos y deberes y diferenciación frente a otros grupos, desde la realización de actividades de liderazgo

REFERENCIAS

Bjornlund, Matthias; Markusen, Eric y Martin Mennecke, (2005) "*¿Qué es el genocidio?* En la búsqueda de un denominador común entre de niciones jurídicas y no jurídicas" en Daniel Feierstein (comp.), Genocidio. La administración de la muerte en la modernidad. Buenos Aires, eduntref, Buenos Aires.

Castañeda-Durán, J. (2019). *Las agresiones a los líderes sociales y defensores de derechos humanos como crímenes de lesa humanidad justiciables por la Corte Penal Internacional.* Artículo entregado para publicación

Cepeda, I. (2006). *Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica en Colombia.* Revista CEJIL, Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, Año 1 (2), pp. 101 – 112

CIDH, C. I. (2017). *Politicas integrales de protección de personas defensoras*. OAS.

CIDH, C. I. (2019). *Informe sobre la situación de personas defensoras de derechos humanos y lideres sociales en Colombia.* OAS.

Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, *Sentencia de 27 de noviembre de 2008.* Serie C No. 192, párr. 81 y CIDH, informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en la Américas, OEA/Ser.L/V/II. 124 Doc5rev.1, 7 de marzo de 2006, párr. 13.

Corte IDH. Caso Luna López vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costeas, *Sentencia de 10 de octubre de 2013*, Serie C No 269, párr. 122

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Caso Villamizar Durán y otros vs. Colombia. *Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas del 20 de noviembre de 2018.*

Ferreira, Marcelo, (2009) *"Genocidio reorganizador en Colombia. A propósito de una sentencia del Tribunal Permanente de los Pueblos"* en Daniel Feierstein (ed.), Terrorismo de Estado y genocidio en América Latina. Buenos Aires, Prometeo

Lemkin, R. (2008). *El dominio del Eje en la Europa ocupada.* Buenos Aires: Prometeo Libros

Malagon Alban, Kevin . 2021 . *Ponencia: Violencia contra las lideresas sociales, un escenario atroz en el marco del posconflicto.*

VÍCTIMAS INVISIBLES: INMIGRANTES VENEZOLANOS EN COLOMBIA

María Lucía Rivero Arenas[37]
María Camila García Contreras[38]
Diana Alejandra Sarmiento Pedraza[39]

RESUMEN

Según R4V (2021) desde 2015 más de cinco millones de personas han migrado desde Venezuela. Latinoamérica y el Caribe han sido sus principales destinos. Colombia, por su ubicación geográfica, es el primer país receptor. Según Migración Colombia (2021), a 31 de enero de 2021, 1.742.927 migrantes de nacionalidad venezolana se encontraban radicados en su territorio en condiciones de regularidad e irregularidad administrativa. En los medios de comunicación y las redes sociales se difunden con frecuencia noticias sobre delitos cometidos por este grupo poblacional, así como discursos que criminalizan su proceso migratorio. Las encuestas de percepción ciudadana evidencian que en el imaginario social existe la opinión según la cual la diáspora venezolana ha incrementado la inseguridad en el país. Por lo tanto, el fenómeno se ha abordado desde la perspectiva de los victimarios, no desde las víctimas, invisibilizándose así a los inmigrantes venezolanos que han sufrido la violación de sus derechos humanos. En este capítulo se analiza la victimización de la población migrante venezolana en Colombia durante el periodo 2015-2019, a partir de las bases de datos de la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

PALABRAS CLAVE: inmigración, seguridad ciudadana, víctimas, Venezuela, Colombia.

37 Estudiante de noveno semestre de Derecho y coordinadora del Semillero de Investigación de Seguridad y Convivencia Ciudadana del Instituto de Estudios Políticos la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB), Bucaramanga, Colombia. E-mail: mrivero674@unab.edu.co

38 Estudiante de séptimo semestre de Derecho e integrante del Semillero de Investigación de Seguridad y Convivencia Ciudadana del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB), Bucaramanga, Colombia. E-mail: mgarcia828@unab.edu.co

39 Estudiante de séptimo semestre de Derecho e integrante del Semillero de Investigación de Seguridad y Convivencia Ciudadana del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB), Bucaramanga, Colombia. E-mail: dsarmiento89@unab.edu.co

INVISIBLE VICTIMS: VENEZUELAN IMMIGRANTS IN COLOMBIA

ABSTRACT

According to R4V (2021) since 2015 more than five million people have migrated from Venezuela. Latin America and the Caribbean have been their main destinations. Colombia, due to its geographical location, is the first receiving country. According to Migración Colombia (2021), as of January 31, 2021, 1,742,927 migrants of Venezuelan nationality were settled in its territory under conditions of regularity and administrative irregularity. The media and social networks frequently disseminate news about crimes committed by this population group, as well as discourses that criminalize their migratory process. Citizen perception surveys show that in the social imaginary there is an opinion that the Venezuelan diaspora has increased insecurity in the country. Therefore, the phenomenon has been approached from the perspective of the perpetrators, not the victims, thus making invisible the Venezuelan immigrants who have suffered the violation of their human rights. This paper analyzes the victimization of the Venezuelan migrant population in Colombia during the period 2015-2019, based on the databases of the National Police, the Attorney General's Office and the National Institute of Legal Medicine and Forensic Sciences.

KEYWORDS: inmigration, citizen security, victims, Venezuela, Colombia.

INTRODUCCIÓN

La diáspora venezolana es una de las cinco (5) crisis migratorias más importantes del siglo XXI, junto a la siria, la africana en el mediterráneo, la de los rohingyas en Myanmar y la centroamericana en la frontera sur de Estados Unidos (Rodríguez y Ramos, 2019). Cerca del 5% de la población de Venezuela ha migrado a otros Estados, principalmente latinoamericanos y caribeños, siendo Colombia su principal país receptor, seguido de Perú, Chile y Ecuador (R4V, 2021). A 31 de enero de 2021, 1.742.927 inmigrantes venezolanos se encontraban radicados en territorio colombiano. El 57,3% de ellos en 5 de sus 32 departamentos: Cundinamarca, Norte de Santander, Atlántico, Antioquia y La Guajira (Migración Colombia, 2021).

La gestión de este flujo de venezolanos se ha constituido en un reto para Colombia, pues nunca había sido un país receptor de migrantes sino emisor (Mejía, 2012), Además, como lo afirman Gandini, Lozano y Prieto (2019), se conjuga con el retorno de colombianos, la movilidad de familias binacionales, los patrones históricos de circularidad en una frontera de más de 2.219 kilómetros y la ruptura de las relaciones diplomáticas entre ambos Estados.

En este contexto, en los medios de comunicación, las redes sociales y las intervenciones de las autoridades públicas se ha difundido con frecuencia el imaginario social que vincula a los inmigrantes venezolanos con el incremento de la inseguridad ciudadana en el país (FIP, 2018; García,

Rivero, Sarmiento y Bonilla, 2021). Sinembargo, los discursos que criminalizan este flujo migratorio han invisibilizado a la población migrante venezolana que ha sido víctima de diversos delitos[40], quienes por su condición de irregularidad y vulnerabilidad pueden enfrentar barreras para acceder a la administración de justicia y recibir la reparación integral de los perjuicios sufridos.

Frente a esta problemática, en Colombia sólo existente un antecedente investigativo, el estudio realizado por Cortés y De La Cruz (2019), quienes abordan con un enfoque de salud pública el panorama de la violencia intrafamiliar en migrantes venezolanas embarazadas residentes en los departamentos de La Guajira y Atlántico, ya que UNODC (2013) analiza el delito de tráfico de migrantes en el país de manera general, sin enfatizar en el flujo migratorio venezolano. Por lo anterior, el objetivo general de esta investigación es analizar la victimización de la población migrante venezolana en Colombia durante el periodo 2015 – 2019. Para ello, se utiliza una metodología cuantitativa, consistente en el análisis de las bases de datos de tres (3) entidades públicas, la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a las cuales se accedió a través de la radicación de derechos de petición de información.

Este capítulo se estructura en tres (3) apartados. En primer lugar, se presentan algunos estándares que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ha establecido para la población migrante víctima en los países receptores. En segundo lugar, se presentan los resultados obtenidos. Por último, se esbozan las conclusiones y recomendaciones.

1. Migración y derechos humanos

Migrar es un derecho humano, así lo estipulan los artículos 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Estos tratados también consagran los principios de igualdad y no discriminación, en virtud de los cuales los Estados receptores deben respetar y garantizar los derechos que los migrantes tienen por el hecho de ser personas. Lo anterior, en razón a que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (DUDH, 1948, artículo 1).

De manera particular, la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes de 2016 establece que los países firmantes, incluyendo Colombia, reconocen su obligación de respetar plenamente los derechos humanos y las libertades fundamentales de los migrantes, quienes necesitan vivir en condiciones de seguridad y dignidad. Como también su deber de combatir la xenofobia, el racismo y la discriminación contra este grupo poblacional y propiciar su acceso a la justicia.

40 Como lo expresa Agustín (2003), no se puede olvidar que "los migrantes no sólo son vulnerables a la explotación, una verdad evidente, sino que también son víctimas" (p. 1).

Por su parte, el Pacto Mundial para la Migración Segura, Regular y Ordenada de 2018 consagra cuatro (4) objetivos relacionados con la obligación de los Estados de prevenir, investigar, juzgar y sancionar los delitos cometidos en contra de la población en movilidad, en particular, la trata de personas, la desaparición forzada y el tráfico de migrantes.

Adicionalmente, los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y Víctimas de la Trata de Personas de 2019, recalcan que estos grupos poblacionales tienen derecho a vivir libres de estigmatización, estereotipos, prejuicios y prácticas de intolerancia (principio 13) y a recibir asistencia, protección, acceso a la justicia y reparación cuando son víctimas de delitos (principio 41). Además, recuerdan la prohibición de toda forma de violencia contra los migrantes (principio 14), enfatizando en las desapariciones forzadas (principio 18) y la trata de personas (principio 20).

2. Migrantes venezolanos víctimas del delito en Colombia

Tras revisar las bases de datos suministradas por Medicina Legal, Fiscalía y Policía se evidencia que los venezolanos y las venezolanas, entre 2015 y 2019, fueron víctimas en Colombia principalmente de cinco (5) tipos de delitos: 1) lesiones personales; 2) hurto; 3) violencia intrafamiliar; 4) delitos sexuales y; 5) homicidios. En cada una de las bases de datos el puesto que ocupan estos delitos en el ranking es distinto, pero se evidencia que todos ellos se relacionan en el top 5. Otros delitos referenciados por la Fiscalía y la Policía que llaman la atención son las amenazas, la injuria y la calumnia, la estafa, la desaparición y el desplazamiento forzado. Cabe destacar que, la Fiscalía también ha registrado delitos como inasistencia alimentaria, constreñimiento ilegal[41], abuso de confianza, daño en bien ajeno, delitos contra la administración pública y falsedad personal, y la Policía también informa que en algunos casos han sido víctimas de abigeato[42].

2.1. Lesiones personales

Entre 2015 y 2019 Medicina Legal valoró un total de 5.801 casos de violencia interpersonal contra personas de nacionalidad venezolana. Por su parte, la Policía Nacional registró 4.206 víctimas de lesiones personales y la Fiscalía 4.703. En las tres bases de datos se refleja una tendencia creciente de este delito durante el periodo de observación de manera más significativa a partir del 2017 (Figura 1). El incremento reportado entre 2015 y 2019 por Medicina Legal fue de 2.059%, por la Policía de 5.648% y por la

41 El delito de constreñimiento ilegal está consagrado en el artículo 182 del Código Penal en los siguientes términos: "El que, fuera de los casos especialmente previstos como delito, constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses". Según el Diccionario de la Real Academia Española "constreñir" hace alusión a "obligar, precisar, compeler por fuerza a alguien a que haga y ejecute algo".

42 El delito de abigeato está estipulado en el artículo 243 del Código Penal, así: "Quien se apropie para sí o para otro de especies bovinas mayor o menor, equinas, o porcinas plenamente identificadas, incurrirá en prisión de sesenta (60) a ciento veinte (120) meses y multa de veinticinco (25) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

Fiscalía de 2.471%. Del total de valoraciones realizadas por Medicina Legal el 59% fueron a hombres y el 41% a mujeres. Pese a que en términos absolutos los datos reflejan mayor afectación para los hombres, llama la atención que la variación porcentual registrada durante el periodo fue en un 758% mayor para el caso de las mujeres.

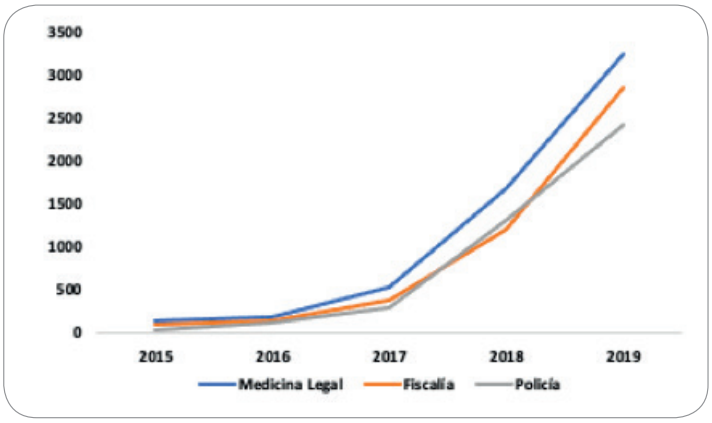


Figura 1. Lesiones personales contra venezolanos por año en Colombia 2015 - 2019
Fuente: Elaboración propia a partir de Medicina Legal (2020), FGN (2020) y PN (2020)

Los 5.801 hechos valorados por Medicina Legal se presentaron en treinta y una (31) de las treinta y tres (33) entidades territoriales del país, excepto en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Vaupés. Los departamentos más afectados fueron: Cundinamarca, Norte de Santander, Antioquia, La Guajira y Santander. Por el contrario, en Amazonas, Putumayo, Chocó, Guaviare, Guainía y Vichada se registró el menor número de casos. Adicionalmente, es pertinente anotar que, solo hasta 2018 en Guaviare y 2019 en Chocó se hicieron valoraciones a mujeres venezolanas víctimas de violencia interpersonal. En las bases de datos de la Fiscalía y la Policía estos departamentos también conforman el top 5. Sinembargo, para el caso de la Fiscalía Valle del Cauca y Atlántico reemplazan a La Guajira y Santander. En la Policía Atlántico hace lo mismo con Antioquia.

2.2. Hurto

Entre 2015 y 2019 la Fiscalía registró un total de 4.116 casos de hurto contra personas de nacionalidad venezolana. Por su parte, la Policía informó 4.072. En ambas bases de datos se refleja una tendencia creciente de este delito, en especial, a partir del año 2017 (Figura 2). El incremento reportado por la Fiscalía fue de 4143% y por la Policía de 1759%.

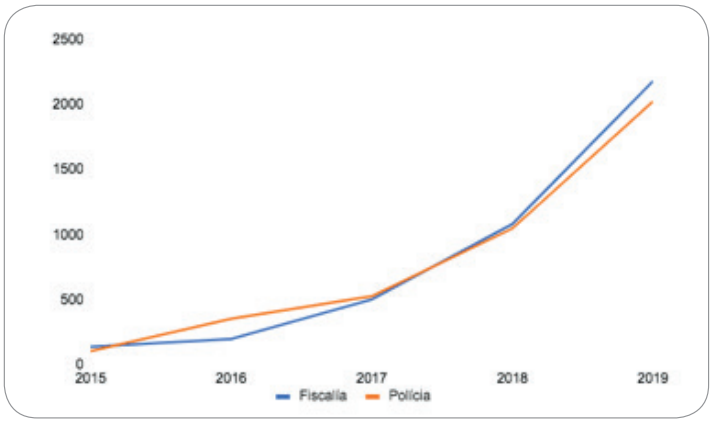


Figura 2. Hurto contra venezolanos por año en Colombia 2015 - 2019.
Fuente: Elaboración propia a partir de FGN (2020) y PN (2020)

Los 4.116 hechos valorados por la Fiscalía se presentaron en treinta y dos (32) de las treinta y tres (33) entidades territoriales del país, excepto en Guaviare. Los departamentos más afectados fueron: Cundinamarca, Antioquia, Valle del Cauca, Norte de Santander y Atlántico. Este top 5 se registra también en la Policía. Según la Fiscalía en Caquetá, Vichada, Guainía, Putumayo, Amazonas y el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se registró el menor número de casos. En Guaviare y Vaupés no se presentó ninguno, lo cual se evidencia también en la Policía.

Es importante destacar que, se desconoce en esta última base de datos el número de víctimas venezolanas de los delitos de hurto a entidades financieras y establecimientos de comercio, pues la información proporcionada no está desagregada por nacionalidad.

2.3. Violencia intrafamiliar

Entre 2015 y 2019 Medicina Legal valoró un total de 2.213 casos de violencia de pareja contra personas de nacionalidad venezolana. Por su parte, la Fiscalía registró 2.335 hechos de violencia intrafamiliar y la Policía 1.269[39]. Las bases de datos de Medicina Legal y Fiscalía reflejan una tendencia creciente, principalmente a partir del 2017 (Figura 3).El incremento reportado entre 2015 y 2019 por Medicina Legal fue de 2565%, por la Policía de 6331% y por la Fiscalía de 5019%. Del total de valoraciones realizadas por Medicina Legal el 11% fueron a hombres y el 89% a mujeres.

43 En este total no se incluye el año 2016, pues la Policía Nacional no proporcionó esta información en su respuesta al derecho de petición.

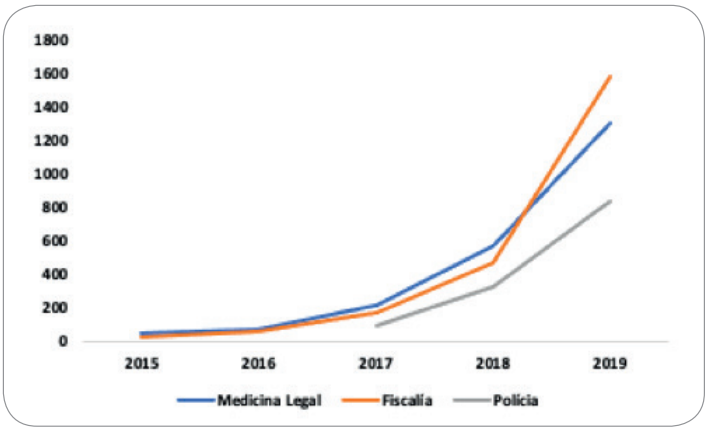


Figura 3. Violencia intrafamiliar contra venezolanos por año en Colombia 2015, 2017- 2019
Fuente: Elaboración propia a partir de Medicina Legal (2020), FGN (2020) y PN (2020)

Los 2.213 hechos valorados por Medicina Legal se presentaron en treinta y una (31) de las treinta y tres (33) entidades territoriales del país, excepto en Guaviare y Vaupés. Los departamentos más afectados fueron: Cundinamarca, Antioquia, Norte de Santander, Santander y Atlántico. En la Fiscalía estos departamentos también conforman el top 5, excepto Santander, que es reemplazado por Valle del Cauca. En la Policía, en lugar de Cundinamarca y Atlántico, se encuentran Valle del Cauca y Magdalena.

2.4. Delitos sexuales

Entre 2015 y 2019 Medicina Legal valoró un total de 1.569 casos de presuntos delitos sexuales contra personas de nacionalidad venezolana. Por su parte, la Policía registró 442 víctimas de este delito y la Fiscalía 1.646. Tanto en Medicina Legal como en Fiscalía se refleja una tendencia creciente principalmente a partir del 2017 (Figura 4). El incremento reportado entre 2015 y 2019 por Medicina Legal fue de 2164%, por la Policía de 4517% y por la Fiscalía de 2191%. Del total de valoraciones realizadas por Medicina Legal el 14% fueron a hombres y el 86% a mujeres.

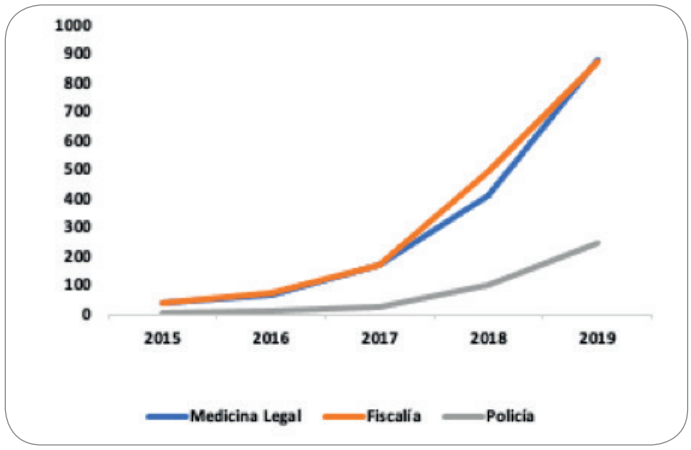


Figura 4. Delitos sexuales contra venezolanos por año en Colombia 2015 - 2019
Fuente: Elaboración propia a partir de Medicina Legal (2020), FGN (2020) y PN (2020).

Los 1.569 hechos valorados por Medicina Legal se presentaron en treinta (30) de las treinta y tres (33) entidades territoriales del país, excepto en Caquetá, Amazonas y Vaupés. Los departamentos en los que se registró el mayor número de hechos fueron Cundinamarca, Atlántico, La Guajira, Bolívar y Norte de Santander. Este panorama no se presentó de manera uniforme en la Fiscalía y la Policía, pues en la primera institución no se encuentra Bolívar en el top 5 y, en la segunda, en lugar de Bolívar y Norte de Santander, aparecen Valle del Cauca y Arauca.

2.5. Homicidios

Entre 2015 y 2019 Medicina Legal valoró un total de 907 casos de homicidios contra personas de nacionalidad venezolana. Por su parte, la Policía registró 966 víctimas de este delito y la Fiscalía 1.411. Las tres bases de datos reflejan una tendencia creciente a partir del 2017, salvo en el caso de la Fiscalía para el 2019 (Figura 5). El incremento reportado entre 2015 y 2019 por Medicina Legal fue de 1.844%, por la Policía de 1885% y por la Fiscalía de 875%. Del total de valoraciones realizadas por Medicina Legal el 88% fueron a hombres y el 12% a mujeres.

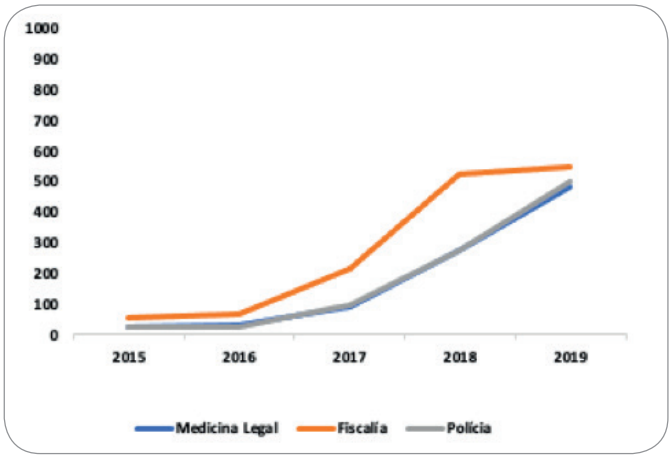


Figura 5. Homicidios contra venezolanos por año en Colombia 2015 - 2019.

Fuente: Elaboración propia a partir de Medicina Legal (2020), FGN (2020) y PN (2020)

Los 907 hechos val orados por Medicina Legal se presentaron en veintisiete (27) de las treinta y tres (33) entidades territoriales del país, excepto en Amazonas, Guainía, Huila, Quindío, Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Vaupés. Cabe anotar que en dos (2) casos se desconoce el departamento de ocurrencia. Los departamentos en los que se registró el mayor número de hechos fueron: Norte de Santander, Cundinamarca, La Guajira, Atlántico y Arauca. En las bases de datos de la Fiscalía y la Policía estos departamentos también conforman el top 5, excepto Arauca para el caso de la Fiscalía.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El análisis de las bases de datos permite concluir que durante el periodo comprendido entre 2015 y 2019 la población migrante venezolana residente en Colombia fue víctima de diversos delitos, en especial, de lesiones personales, hurto, violencia intrafamiliar, delitos sexuales y homicidios. Lo anterior, generó la violación de sus derechos a la vida, la integridad personal, la propiedad, la familia, entre otros. Es importante destacar que, se registraron casos de desplazamiento forzado, trata de personas y desaparición forzada en su contra, lo cual merece especial atención del Estado, la academia y la sociedad civil.

Adicionalmente, a medida que el número de población migrante venezolana ha aumentado en el país la cantidad de víctimas con esta nacionalidad también. De manera particular, en el 2017 los delitos de lesiones personales, hurto, violencia intrafamiliar, delitos sexuales y homicidios contra venezolanos aumentaron en mayor medida como lo evidencian las figuras incluidas en el capítulo. Esto coincide con el hecho de que en este año se registró el mayor incremento de venezolanos radicados en nuestro territorio (651%), pues se pasó de 53.747 en 2016 a 403.702 (Migración Colombia, 2019). Aunado a lo anterior, los departamentos en las que se presentó el mayor número de víctimas con nacionalidad venezolana son también los que durante el periodo analizado han concentrado un porcentaje considerable de población migrante. Dentro de estos se destacan: Cundinamarca, Norte de Santander, Antioquia, La Guajira y Atlántico.

Cabe resaltar que, la condición migratoria incrementa la vulnerabilidad de las mujeres a ser víctimas de delitos vinculados con su género. Lo anterior, se evidencia en el significativo número de valoraciones medicolegales hechas por Medicinal Legal a venezolanas por presuntos delitos sexuales (86%) y violencia de pareja (89%). Ante esto, es imprescindible el enfoque de género en la gestión migratoria del Estado colombiano a la diáspora venezolana, así como el fortalecimiento de las redes familiares y las medidas de protección a su favor.

Teniendo en cuenta lo anterior, sin desconocer los esfuerzos de Colombia para enfrentar el flujo migratorio venezolano, es recomendable que, en el país, en primer lugar, se consolide un *sistema de datos abiertos* sobre esta diáspora, en el cual se incluya información sobre la victimización de la población migrante y su incidencia en la inseguridad ciudadana, para así propiciar un discurso público responsable con base empírica que no estigmatice ni criminalice este proceso de movilidad humana. En segundo lugar, se diseñen e implementen estrategias que faciliten el *acceso a la administración de justicia* por parte de este grupo poblacional, para que en ejercicio de sus derechos a la protección judicial (artículo 25 de la CADH) y la tutela judicial efectiva (artículo 229 constitucional) denuncien los delitos cometidos en su contra y reciban la reparación integral de los perjuicios sufridos. En tercer lugar, en el marco de la implementación de la Política Integral Migratoria y el Estatuto Temporal de Protección, se ejecuten *medidas nacionales y territoriales para prevenir los delitos* en contra de los migrantes, teniendo en cuenta la obligación del artículo 1 de la CADH. En cuarto lugar, se preste especial atención a

los hechos de trata de personas y desaparición forzada registrados, en virtud de los deberes adquiridos con la ratificación de tratados como el Protocolo de Palermo.

REFERENCIAS

Agustín, L. (2003). *Olvidar la victimización: los migrantes como protagonistas*. Development, 46 (3), 30 – 36.

Asamblea General de la Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada a través de la Resolución 217 A (III).

----------. (19 de septiembre de 2016). *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes.* A/RES/71/1.

----------. (10 y 11 de diciembre de 2018). *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular.* Marrakech, Marruecos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (7 de diciembre de 2019). *Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas*. Resolución 04/19. Recuperado de https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf

Congreso de la República de Colombia. (29 de julio de 2000). *Ley 599 de 2000*. [Código Penal]. DO. 44.097.

Cortés, C. F. y De La Cruz, J. J. (2019). *Violencia intrafamiliar en migrantes venezolanas en embarazo: experiencia de dos departamentos de la Costa Caribe colombiana*, 2018 - 2019 (Tesis de pregrado). Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia.

Fundación Ideas para la Paz (FIP). (2018). *Seguridad ciudadana y migración venezolana*. Análisis exploratorio. Bogotá, Colombia: FIP.

Gandini, L., Lozano, F. y Prieto, V. (2019). *Crisis y migración de población venezolana.* Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

García, M. C., Rivero, M. L., Sarmiento, D. A. y Bonilla, M. E. (2021). *Venezolanos en Colombia, ¿víctimas o victimarios de la inseguridad ciudadana?* En N. Del Álamo, A. V. Parra y E. V. Picado, Políticas Públicas en Defensa de la Inclusión, la Diversidad y el Género III Migraciones y Derechos Humanos (pp. 801 - 813). España: Ediciones Universidad de Salamanca.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2013). *Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia: realidades institucionales, legales y judiciales.* Bogotá, Colombia. Recuperado de https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/Agosto/Investigacion_trafico_migrantes.pdf

Mejía, W. (2012). *Colombia y las migraciones internacionales.* Evolución reciente y panorama actual a partir de las cifras. REMHU - Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, 20 (39), 185 - 210.

Migración Colombia. (2019). *Así ha sido la evolución de la crisis migratoria venezolana.* Bogotá, Colombia. Recuperado de https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/especial-asi-ha-sido-la-evolucion-de-la-crisis-migratoria-venezolana-corte-agosto-31-de-2019

----------. (2021). *Distribución de venezolanos en Colombia*. Corte 31 de enero de 2021. Bogotá, Colombia. Recuperado de https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte-31-de-enero-de-2021

Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la lengua española.* Recuperado de https://dle.rae.es/diccionario

Rodríguez, R. y Ramos, F. (2019). *Colombia de cara a los desafíos y oportunidades que representa la migración venezolana.* En E. Pastrana, La crisis venezolana: impactos y desafíos (pp. 547 – 578). Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer.

R4V. (2021). *Situación Respuesta a Venezolanos.* Recuperado de https://r4v.info/es/situations/platform

MARCO NORMATIVO DE LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ EN HAITÍ, PERSPECTIVA DESDE COLOMBIA[44]

Cristian Andrés Monroy Rodríguez[45]

RESUMEN

Se analizan las operaciones de mantenimiento de paz nacidas en el seno de las Naciones Unidas desarrolladas en Haití. Para ello se hace una contextualización acerca del país, algunos acercamientos a las problemáticas del país, añadido se identifica el marco normativo creado a partir de la firma de la Carta de Naciones Unidas, creador de diversos órganos de carácter internacionales quienes en dicho desarrollo han facultado la implementación de los mencionados mandatos, resoluciones y despliegues, en campo haitiano, además el efecto vinculante que tiene para Colombia como miembro de la ONU y ratificador de tratados internaciones que versan sobre la materia, así como el análisis de las misiones en el periodo de 1993-2017. Para ello se utilizan estrategias metodológicas cualitativas, descriptivas, con la pretensión de ser analítica, utilizando fuentes normativas de las Naciones Unidas, el ordenamiento jurídico colombiano, la Cancillería y literatura especializada. Se concluye que existen aportes importantes generados por la participaciones de las Naciones Unidas en Haití en el mejoramiento y mitigación de problemáticas institucionales, políticas, económicas y de violación de derechos humanos, sinembargo tornándose temporal y poco solida ante la ausencia de la ayuda humanitaria.

PALABRAS CLAVE: Naciones Unidas, Operaciones de Mantenimiento de la Paz, Haití, Colombia, Consejo de Seguridad.

REGULATORY FRAMEWORK OF PEACEKEEPING OPERATIONS IN HAITI, PERSPECTIVE FROM COLOMBIA

Abstract

Peacekeeping operations born within the United Nations developed in Haiti are analyzed. For this, a contextualization about the country is made, some approaches to the country's problems,

44 Parte de este escrito fue expuesto y aceptado por parte del jurado en el XIV Encuentro Regional de Semilleros y Grupos de Investigación Jurídica y Sociojurídica, Nodo Centro. Llevado a cabo el día 20 de mayo de 2021.

45 Estudiante del programa de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada, Sede Bogotá, miembro del semillero Institucionalismo y Transdisciplinariedad, registrado INV-GES. 3.176. Financiado por la UMNG. Correo electrónico: est.cristiana.monroy@unimilitar.edu.co

added the normative framework created from the signing of the United Nations Charter is identified, creator of various international bodies who in said development have empowered the implementation of the aforementioned mandates, resolutions and deployments, in the Haitian field, in addition to the binding effect that it has for Colombia as a member of the UN and ratifier of international treaties that deal with the matter, as well as the analysis of the missions in the period of 1993-2017. For this, qualitative, descriptive methodological strategies are used, with the pretense of being analytical, using normative sources from the United Nations, the Colombian legal system, the Foreign Ministry and specialized literature. It is concluded that there are important contributions generated by the participation of the United Nations in Haiti in the improvement and mitigation of institutional, political, economic and human rights violation problems, however, becoming temporary and not very solid in the absence of humanitarian aid.

KEYWORDS: United Nations, Peacekeeping Operations, Haiti, Colombia, Security Council

INTRODUCCIÓN

La carta de NU firmada en 1945 en San Francisco y entrada en vigor el 24 de octubre del mismo año, ha tenido como pilar fundamental tanto dentro de sus propósitos como de sus principios la motivación de mantener la paz tanto de los Estados miembros como de los Estados que no son miembros, y que potestativamente soliciten apoyo internacional incluso para dirimir controversias por medio de los órganos establecidos. Dentro de estos órganos está el CS, quien también en determinados casos tiene la facultad, en caso de estimar necesaria su participación hacer efectivas medidas de índole restrictivo en las relaciones internacionales y de acuerdo a la estimación que supla principios de necesidad, considerare ejercer la fuerza por diferentes medios lo hará con el fin de mantener o restablecer la paz.

Haití ha solicitado ayuda a la ONU datado desde 1993 para lograr una estabilidad restablecedora de la protección de los derechos humanos, políticos y económicos de los haitianos, teniendo entonces una participación por aproximadamente las últimas tres décadas, por parte de organismos internacionales cuya labor es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. La carta de Naciones fue ratificada por Colombia el 5 de noviembre de 1945, desde entonces ha sido participe en diversos procesos de mantenimiento de la paz alrededor del mundo, sumado a ello Colombia ratifico por medio de bloque de constitucionalidad y vía congreso a través de la Ley 1794 de 2016 el "Acuerdo marco entre Naciones Unidas y el Gobierno de la República de Colombia relativo a las contribuciones al sistema de acuerdos de fuerzas de reserva de las Naciones Unidas para las operaciones de mantenimiento de la paz". Dentro de dichos aportes Haití ha sido objeto de participación por miembros de la fuerza publica colombiana en cabeza de miembros de la Policía Nacional. Este texto tiene como objetivo la realización de un acercamiento al marco normativo que reviste a las misiones de mantenimiento de la paz, con miras a hacer un análisis académico de la participación e incursión de dichas operaciones en territorio

haitiano recogiendo cualidades y aspectos por mejorar con información sujeta de análisis con fuentes secundarias pero también fuentes primarias y secundarias.

1. Reseña y contexto histórico

Dentro de las características generales a destacar del Estado sujeto de constantes despliegues con aras de restablecer la paz, institucionalidad política, derechos humanos básicos entre otras garantías fundamentales para un estado social de Derecho, en el suscito se hace referencia a Haití, país latinoamericano, de la región Caribe, cuya área territorial supone un total de 27 750 km2 de extensión terrestre y 190 mk2 de mar territorial (Index Mundi, 2020). Según datos del Banco Mundial, Haití es uno de los 29 países con nivel de ingreso bajo, teniendo un PIB de USD 14.332 mil millones para 2019 (Banco Mundial, 2019). Cuenta con una población estimada de 11 067 777 millones de personas, la lengua predominante es el francés y el creole y la capital de la República semi-presidencialista haitiana es Puerto Príncipe (Index Mundi, 2020).

Fue un país colonizado por Francia, uno de los artífices y precursores del Estado de Derecho. En Haití no pasó desapercidida la Revolución Francesa la proclamación de los Derechos del hombre y del ciudadano, las ideas de Montesquieu sobre el *buen gobierno* donde existe una clara separación de poderes como clave "para asegurar la libertad y seguridad del ciudadano" (Navas & Navas, 1973, p. 79). Tampoco pasaron desapercibidas para los haitianos las ideas relativas al contrato social pregonadas por Rousseau, distinguiendo volonté générale "*voluntad general*", y *volonté de tous* "voluntad de todos", referido a que la voluntad general debe asimilarse al interés común y siendo así debe manifestarse por medio de la ley como bien ilustra Navas & Navas, (1973, p. 83). Los haitianos se autodefinen como merecedores de dichas garantías y emprenden una campaña en busca de la independencia.

Por la negativa en el cese de tratos infrahumanos dados a los esclavos, es fundado en 1791 un movimiento independista al mando de Toussant Louverture, "En 1795, el Tratado de Basilea concede a Francia la parte española de la isla, llamada entonces *Saint Domingue* o Santo Domingo, de la cual toma posesión Toussaint Louverture en 1801" (Casimir, 2007, p. 46). El día 1 de enero de 1804 en cabeza de Jacques Dessalines, lograron su independencia. (Soto Maceiras, 2010, p. 2). En contra de todos los ideales expuestos a la hora de contravenir a los conquistadores franceses, Dessalines más adelante se autoproclama emperador del territorio libertado, generando esto consecuencias, tanto desde el interior, como las de fuero exterior que acompañarían esta precoz independencia y mal llamada revolución. En 1844 es desanexada República dominicana de Haití, separándose como estados independientes. Así las cosas, su primer presidente fue C.R. Herard, hasta el advenimiento del siguiente emperador autoproclamado, y que ostento el poder por casi una década fue Faustin Soulouque autodenominado como Faustino I (Resdal citado por Herrera Cañavera, 2015, pp. 11).

Lo que para la mayoría de estados independizados es una celebración, ese nuevo estado de libertad para el pueblo haitiano es lo mas cercano a un pronostico desgarrador de derrumbe social, ya que todos los imperios existentes en aquel entonces eran de tilde racista, la idea de una isla de negros cimarrones no era bien acogida por los estados dominantes "Las consecuencias económicas que este aislamiento tuvo son fáciles de imaginar: bloqueos comerciales, imposibilidad de vender su producción y consiguiente pérdida de sus únicos posibles ingresos, carestías, escasez de capital humano, etc." (Soto Maceiras, 2010, p. 2) Creándose así las condiciones para agudizarse la condición humanitaria predominante en el país caribeño. Tras la intermitencia en las transiciones de poder, Haití de cara al siglo XX iniciaría con un serio déficit en su institucionalidad, el entonces presidente electo Vibrun Guillaue, fue asesinado en el año 1915, agudizando la inestabilidad y la decadencia política imperante dentro de Haití (Herrera Cañavera, 2015, pp. 12).

El advenimiento de estos hechos generaría uno de los primeros despliegues en campo haitiano por parte de personal internacional con el fin de lograr una estabilización del país. Serían los Estados Unidos quienes bajo el nombre de tratado de asistencia brindo apoyo económico y militar a Haití. Como ha sido habitual en el trasegar de este tipo de asistencias y misiones, son trazados diversos objetivos con una temporalidad determinada para su ejecución, pero dichos plazos de tiempo generalmente deben ser renovados o prórrogados, sucediendo entonces que en 1916 es ratificado el tratado de asistencia entre Estados Unidos y Haití con un periodo estimado inicial de unos 10 años, pero estando próxima su culminación fue ampliada una década mas, quedando de esta forma bajo la tutoría estadounidense el pueblo haitiano hasta 15 de agosto de 1934 (Resdal, citado por Herrera Cañavera, 2015, pp. 12).

La estabilidad lograda en Haití, tras la salida de los Estados Unidos, fue rápidamente quebrantada, la crisis en la institucionalidad estaría de nuevo en furor consecuencia del golpe de estado gestado en contra del presidente Lescot en el año 1946 y en su cargo, con autoproclamación vitalicia presidencial, Francisco Duvalier se cerniría al mando de lo que fue una larga dictadura. Es conocida como la dictadura de los Duvalier, compuestos por padre, Francisco Duvalier, quien ostento el poder entre 1964 y tras su fallecimiento en 1971, su hijo Jean Claude Duvalier fue sucesor de su mando, quien dimite el poder en el año 1986. (Resdal, 2015. Citado en Herrera Cañavera, 2015, pp. 12,13.). Un mordaz opositor y contradictor del gobierno de Jean Claude Duvalier, quien había tenido que permanecer en el exilio, regresa en 1990, en ese mismo año fue el primer presidente electo por vía democrática, refiriéndonos a Jean-Bertrand Aristide, tras estar al mando de la presidencia aproximadamente 7 meses es sujeto de un golpe militar en 1991 (Hayes y Wheathley, 1996, citado por Jaramillo, 2018, p. 50).

2. Marco normativo y los tipos de OMP

Poco antes de la culminación de la segunda guerra mundial el 2 de septiembre de 1945, en San Francisco había sido firmada el día 26 de junio de 1945 la Carta de Naciones Unidas cuya vigencia tendría inicio el 24 de octubre del mismo año de su firma. Dentro de su preámbulo manifiesta el interés que tiene la comunidad internacional por velar la no ocurrencia de conflictos bélicos de índole internacional como los acontecidos en la primera y segunda guerra mundial, de esta forma es expuesto el deseo de la no repetición de los vejámenes de guerra dentro de las generaciones futuras, enmarca la inviolabilidad de derechos humanos, libertad y dignidad humana además de fomentar las vías pacíficas para la resolución de conflictos, estipula el termino de uso de fuerza armada tan solo en ejercicio del bien común en relación a lo concerniente de la seguridad y paz internacional (Carta ONU, preámbulo).

Los propósitos desarrollados por Naciones Unidas es el mantenimiento de la paz y seguridad a nivel internacional, dirimiendo cualquier conflicto por medios pacíficos , considerando a los Estados como iguales y en el marco de esa igualdad un propósito de cooperación internacional. Como no todo fin justifica los medios, esos propósitos deben tener un marco de desarrollo, lineándose a unos pilares o mas bien conocidos principios a destacar el de igualdad entre Estados, buena fe, pasividad, por tanto no uso de amenazas, independencia y aunque en principio dichos acuerdos son imperativos a los Estados miembros, también será vinculante en los territorios donde sea detectada amenaza o vulneración de la seguridad internacional aun sin ser miembros, enunciando esa potestad del uso de la fuerza y de medidas coercitivas a cargo de el arbitrio de las Naciones (Carta ONU art. 1 § 2).

Dentro de su capítulo tercero se establecen los órganos principales de las Naciones Unidas "una Asamblea General (AG), un Consejo de Seguridad(CS), un Consejo Económico y Social (CES), un Consejo de Administración Fiduciaria (CAF), una Corte Internacional de Justicia (CIH), una Secretaria" (Carta ONU, art. 7). La AG es el órgano dentro del cual se llevan a cabo las deliberaciones entre los estados miembros que a la fecha cuenta con la participación de 193 Estados. Los asuntos que son competencia de la AG son temas referentes a la paz, admisión de nuevos miembros y asuntos presupuestarios (Naciones Unidas, 2021). Sinembargo, todos los asuntos asumidos por el CS referentes a mantenimiento de paz y seguridad, no serán susceptibles de recomendación alguna por parte de la AG salvo solicitud del CS (Carta ONU art.12). El presidente de la AG funge su cargo durante un año, es elegido en las sesiones ordinarias que se llevan a cabo de forma anual aunque también existen sesiones extraordinarias por cuestiones que lo ameriten.

El CS actualmente tiene una conformación de 15 miembros, dentro de los cuales, desde la firma de la carta, 5 de ellos con miembros permanentes que corresponde a China, Francia, Rusia, Reino Unido y Estados Unidos. Los miembros no permanentes serán elegidos por periodos de dos años, pero dos de ellos lo harán solo por 1 año (Carta ONU art. 23). Pese a que cada miembro del CS posee un voto, solo los 5 miembros permanentes cuentan con

el poder de veto. La determinación de los actos constitutivos de amenaza o agresión hacia la paz internacional están a su cargo (Carta ONU art. 24), estando facultado para ejecutar las actuaciones necesarias para concretar acuerdos por vía pacifica pero también puede imponer sanciones o usar la fuerza para estos fines. Las decisiones allí tomadas tienen efecto para todos los estados miembros (Carta ONU art.25) y en caso de ser requerido lo será para países no miembros.

Las funciones y poderes atribuidos al CS están desarrollados en los capítulos VI (arreglo pacifico de controversias), VII (Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión), VIII (Acuerdos regionales) y XII (Régimen internacional de administración fiduciaria) de la carta de Naciones Unidas (Carta ONU art.24). En cuanto el capítulo VI, las Naciones Unidas como órgano de la paz, opta por brindar las pautas en caso de controversia con potencial beligerante contraventor del mantenimiento de la paz y seguridad, debe ser resuelta por vías de derecho, con animo conciliatorio teniendo una gama de opciones pacíficas a seleccionar y dando posibilidad al CS de hacer un análisis a profundidad sobre dichas controversia con el objeto de clasificar el potencial de amenaza internacional (Carta ONU art. 33 § 34). Cuando no hay consenso acerca del medio de resolución de conflictos a poner en marcha, a solicitud de estados miembros o no miembros, o por determinación propia, el CS dictara el procedimiento pertinente a seguir.

De forma problemática, no todos los casos son resueltos por este tipo de vías pacíficas, dentro del capítulo VII es en las situaciones donde sea identificada una amenaza latente o el quebrantamiento de la paz misma. Luego del análisis realizado por el mismo CS podrá realizar las recomendaciones pertinentes, incluso transitorias, para evitar mayor gravedad de los conflictos. (Carta ONU art. 39 § 40). Luego de ser agotadas las vías conciliatorias, queda abierto el panorama con miras al restablecimiento de la paz por medio de actuaciones concretas "El artículo 41 reglamenta la facultad de los miembros del Consejo para decidir las medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada" (Silva & Gener, 2020, p. 248). Dentro de ellas pueden destacarse sanciones de tipo económico, limitación o interrupción en determinadas relaciones comerciales. No obstante, si estas medidas tiene una nula o baja tasa de efectividad será susceptible del uso legitimo de la fuerza.

Cuando la seguridad y la paz internacional se vean seriamente comprometidas o afectadas, después de agotar vías conciliatorias y coercitivas sin obtener resultados benéficos, el uso de la fuerza por el interés común podrá ser ejecutado, el restablecimiento de la paz puede darse por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, en cuyo compromiso deben acudir todos los Estados Miembros cuando sea solicitado por el CS para que contribuyan con el pie de fuerza necesario, esto debe hacerse por medio de convenios concertados entre el consejo y posterior ratificación por el país signatario (Carta ONU art. 42 § 43).

"En relación con ello se regula en el artículo 45 la potestad de establecer la potencia y el grado de preparación de los contingentes y los planes para su acción combinada. El 46

establece que los referidos planes estarán confeccionados por el Consejo con la ayuda del Comité de Estado Mayor, el cual, según el artículo 47 estará integrado por los Jefes de Estado Mayor de lo miembros permanentes del CS o sus representantes" (Silva & Gener, 2020, p. 248)

Siendo entonces estas disposiciones las concernientes al uso de medidas de carácter coercitivo en aras del sostén y mantenimiento de la paz. Dentro del capítulo VIII podemos hallar inmerso lo relacionado con acuerdos generados entre países con el fin del mantenimiento de la paz o de la creación de organismos para el mismo fin, siendo estos creadores de una instancia pacifica antecesora al sometimiento de la opinión por parte del CS. También, previa autorización por parte del CS, pueden ser aplicadas medidas de carácter coercitivo por medio de estos acuerdos y define como "Estados enemigos" a todo Estado que tuviere esta condición en contra de uno de los países miembros durante la segunda guerra mundial (Carta ONU art. 52 § 53).

En cuanto el capítulo XII, esta prescrita la creación de un régimen de administración fiduciaria internacional para control y vigilancia de los territorios que sean puestos bajo la vigilia de régimen. La administración fiduciaria en mención debe velar por el fomento de la paz, promoción de la institucionalidad política, mejora de situaciones económicas, enfoque social y educativo también con el objeto de la promoción por el respeto de las garantías y libertades fundamentales a todos por el simple hecho de ser seres humanos. (Carta ONU art. 75 § 76). Esta autoridad administradora actuara en territorios bajo mandato o que autónomamente se sometieron a este régimen la cual es creadora de una autoridad quien desenvolverá dichas funciones.

La forma en que se ha materializado las funciones descritas de los capítulos mencionados anteriormente, desde la culminación de la segunda guerra mundial, ha sido por medio de las Operaciones de Mantenimiento de la paz (OMP). Esta es la clasificación general, teniendo clasificaciones especiales dependiendo el objetivo trazado por el mandato de la ONU. Dentro de ellas se destacan las misiones de *Peacemaking* (prevención del conflicto), *Peaceenforcement* (imposición de la paz), las mas utilizadas en la actualidad, las misiones de *Peacekeeping* (mantenimiento de la paz) y *Peacebuilding* (construcción de la paz). (Ministerio de Relaciones Exteriores, citado por Romero Echeverri, 2012, pp.1)

El Estado colombiano es uno de los miembros fundadores de la ONU, en aquel entonces fueron 51 países los pioneros en comprometerse en mantener la paz y la seguridad internacional. La Carta de Naciones Unidas fue ratificada por Colombia el 5 de noviembre de 1945. También Colombia ha sido miembro no permanente del Consejo de Seguridad por siete ocasiones, la primera de ellas datada en 1946 (Cancillería de Colombia, 2021).

El 16 de enero de 2015, en la ciudad de Nueva York, fue celebrado el "Acuerdo Marco entre las Naciones Unidas y el Gobierno de la República de Colombia relativo a las contribuciones al sistema de acuerdos de fuerzas de reserva de las Naciones Unidas para las operaciones

de mantenimiento de la paz". Dicha reglamentación y ratificación del acuerdo, y siendo objeto de materia los derechos humanos, por bloque de constitucionalidad entra por vía legislativa el 11 de julio de 2016 la ley 1794 de 2016, por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo marco entre las Naciones Unidas y el Gobierno de la República de Colombia relativo a las contribuciones al sistema de acuerdos de fuerzas de reserva de las Naciones unidas para las operaciones de mantenimiento de paz", tramitado por el proyecto de ley número 164 de 2015. De esta forma el gobierno colombiano se compromete con la contribución de las OMP, no solo por ser un país miembro, sino como contribuyente directo de recursos requeridos como: Unidades del ejército, navales, de fuerza aérea y de policía.

Esta ley por contener objeto de materia internacional y constitucional fue objeto de análisis de constitucionalidad por parte de la corte constitucional, quienes por medio de la sentencia C-214 de 2017 declaran la exequibilidad del acuerdo suscrito en materia de la concordancia entre las obligaciones adquiridas por el estado colombiano a nivel internacional concordantes con principios adaptados como : "proscripción de la guerra, solución pacifica de controversias, el respeto por la soberanía nacional de los Estados, el principio de no intervención y el *pact sunt servanda*". Siendo concordantes con el acuerdo suscito y dando paso a su constitucionalidad.

2.1. Operaciones de Mantenimiento de la Paz en Haití antes del 2003

La situación de anarquía, desorden social, pobreza, detrimento de institucionalidad sumado a altas tasas de inmigrantes forzados llamaron nuevamente la atención de la comunidad internacional sobre el caso haitiano, teniendo una envergadura mucho más grande producto del derrocamiento de Aristide. Tras intentos fallidos hechos por la Organización de Estados Americanos y el reporte del representante permanente en Haití, en el año 1993 es asumido el asunto por el CS órgano oficial de las Naciones Unidas en temas relacionados con estabilidad, mantenimiento de la paz y seguridad internacional. El golpe militar fue perpetrado el 30 de septiembre de 1991 en cabeza del General Raúl Cedrás. La ola de violencia desencadenada desde este suceso fue de tal magnitud que "La AG y el CS condenaron el golpe y el uso de la violencia, la coacción militar y la violación de derechos humanos" (Vich, 2005, p.107).

Los organismos internacionales instaron a los golpistas sobre la necesidad de restaurar el gobierno legítimo de Aristide quien había sido elegido con el 67% de los votos. En diciembre de 1992 fue enviado a Haití un representante permanente especial con la función de encontrar una solución pacifica al conflicto (Vich, 2005, p.107). Al no lograr los objetivos esperados, el dia 7 de junio de 1993 el Representante Permanente de Haití dirige una carta (S/25958) al presidente del CS con recomendación explicita de efectuar un embargo comercial respaldado a su vez por resoluciones de la Organización de Estado Americanos (OEA). Dichas medidas son acogidas por el CS, por medio de la Resolución 841 de 16 de junio de 1993, en donde facultado por el capítulo VII de la Carta

de Naciones Unidas impone medidas de índole comercial, prohibiendo a todos los Estados la venta o suministro a Haití de petróleo y sus derivados además de la venta de cualquier tipo de armamento, prohíbe la entrada dentro de toda su extensión territorial terrestre y marítima de cualquier tipo de transporte petrolero o de suministro de armas y crea un comité para la regulación del suministro esencial de estos derivados. Se faculta en el capítulo VIII para la imposición del mandato a todos los Estados miembros y que cumplan los acuerdos.

Luego de transcurrir aproximadamente dos meses a partir de la imposición de estas medidas, para que estas sean suspendidas, es firmado el acuerdo *Governors Island* entre Aristide y Cedras, el cual, por compromiso de las partes busca una tregua política, restablecimiento del parlamento, elección del primer ministro y la restauración el día 30 de octubre de 1993 del presidente electo. Esta tregua de celebro oficialmente el 13 de agosto de 1993 con un periodo de seis meses, a través del Pacto de Nueva York, y el cual prescribe que en dicha extensión de la tregua, no podrá hacerse moción de censura al nuevo gobernante, insta a las Fuerzas Armadas a cumplir con la institucionalidad, garantías de derechos fundamentales y por supuesto la promesa de no violencia. Así las cosas las medidas de embargo contenidas en la Res/841/93 del numeral 5 al 9 fueron suspendidas, dejando abierta la posibilidad de reimposición en caso de incumplimiento y hace la extensión de dicha información a todos los estados por medio de C.S. ONU (1993, S/RES/861).

Dentro del acuerdo *Governors Island*, en el numeral 5 prescribe la ejecución de i) asistencia técnica y financiera para el desarrollo, ii) asistencia para reforma administrativa y judicial y iii) asistencia para la modernización de las FA y creación de un nuevo cuerpo de Policía. Por tal razón es desplegado un personal de 30 personas encargadas del evaluó de las necesidades logísticas, operativas y administrativas para efectuar este apoyo con un periodo de 30 días para finalizar el informe (C.S. ONU, 1993, S/RES/862). Las recomendaciones por el secretario general fueron entregadas el 21 de septiembre de 1993 (S/26480) junto con el emitido el 25 de agosto del mismo año (S/26352) dentro de las cuales solicita sea autorizada la creación de la UNMIH (Misión de las Naciones Unidas en Haití) por un periodo inicial de 6 meses susceptible de prórroga, en tanto el CS decide desplegar 567 observadores de la Policía de las Naciones Unidas (PNU), una unidad militar de aproximadamente 700 integrantes con 60 instructores militares y finalmente exhorta del efecto vinculante que tiene el gobierno para brindar las condiciones para la realización de dichas tareas, este mandato creador de UNMIH fue emitido el 23 de septiembre de 1993 por medio de C.S. ONU (1993, S/RES/867).

Pero dicho despliegue de UNMIH no fue posible dentro de lo presupuestado por Naciones Unidas, debido a la ausencia de condiciones para que la misión comenzara sus labores. Además es tomado como que las FA haitianas y su cuerpo policial no están cumpliendo de buena fe el acuerdo de *Governors Island* lo cual motiva al CS que el día

13 de octubre de 1993 se deje sin efectos la suspensión del embargo comercial contenidas en la resolución 861 de 1993, volviendo la vigencia de dicho bloqueo económico en venta y suministro de petróleo y armamento, el día 18 de octubre del mismo año prescrito por medio de C.S. ONU (1993, S/RES/873). Y exhorta a la adopción de dichas medidas a los Estados miembros de su deber de cumplimiento en C.S. ONU (1993, S/RES/875).

Las metas no estaban siendo sufragadas y tras la prórroga del mandato de UNMIH hasta el 30 de junio de 1994 en C.S. ONU (1994, S/RES/905).

Posteriormente el CS de seguridad opta por aumentar las medidas instauradas por medio de las resoluciones 841 (1993) y 873 (1993), por ello en virtud del Capítulo VII de la carta de naciones, decide exhortar a las partes del conflicto sobre la necesidad de solución pacifica, prohíbe los vuelos y sobrevuelos en territorio haitiano salgo razones humanitarias, prohíbe el ingreso de miembros de la fuerza militar y policiva haitiana, autores del golpe militar, gobernantes y de sus familiares, prohíben el ingreso en cualquier territorio de los miembros. Decide además efectuar una congelación dentro del flujo de recursos allegados a Haití y prohíbe la importación de cualquier tipo de producto de origen haitiano, dichas disposiciones emitidas el 6 de mayo de 1994 por C.S. ONU (1994, S/RES/917).

Estas rigurosas medidas fueron sostenidas hasta que el 29 de septiembre de 1994, debido a la partida de los autores del golpe de Estado y ante en inminente regreso de Jean-Bertrand Aristide junto con la institucionalidad del país, es decidido que a partir del día siguiente a la nueva posesión de Aristide, sean suspendidas todas las medidas que versan de las resoluciones 841 (1993), 873 (1993) y 917 (1994) por medio de C.S. ONU (1994, S/RES/944). El 15 de octubre del mismo año regresa a la presidencia Aristide quien se compromete a reconstruir la institucionalidad, aplicar el acuerdo de *Governors Island*, así mismo el Pacto de Nueva York y apoyo al despliegue de UNMIH C.S. ONU (1994, S/RES/948). Tras el progreso positiva de la UNMIH se autoriza el aumento gradual de hasta 500 nuevas personas para la implementación de la transición de fuerza multinacional por la declaratoria de Haití como un entorno seguro y estable, cambiando la razón de la misión (C.S. ONU (1994, S/RES/964).

Pese a los avances obtenidos por la UNMIH, el secretario permanente de Haití y la OEA hacen hincapié sobre la importancia de capacitación de la fuerza policial haitiana, necesidad de mas efectivos en la misión sumado de extensión temporal para finiquitar asuntos antes de transición, basado en estas prerrogativas es prórrogado el tiempo del mandato de UNMIH 6 meses más añadido la autorización del despliegue de un máximo de 6.000 efectivos y 900 policías civiles, según C.S. ONU (1995, S/RES/975). Dicha prórroga mencionada, que culminaba el 31 de julio de 1995, es nuevamente prórrogada por siete meses mas, con motivo a la cercanía con las nuevas elecciones y para obser-

var la transición de poderes (C.S. ONU (1995, S/RES/1007) .

Las elecciones celebradas el 7 de febrero de 1996 dieron como ganador de la presidencia a René Préval, el Secretario General recomienda una asistencia al nuevo gobierno democráticamente elegido en Haití, subrayando nuevamente el énfasis sobre una fuerza de policía profesional, operativa y autónoma en Haití. Con esta motivación prórroga 4 meses mas el mandato reduciendo significativamente el pie de fuerza en hasta un máximo de 1.200 efectivos y 300 policías civiles (C.S. ONU,1996, S/RES/1048).

Aunque se buscaba el fin de la misión UNMIH, las Naciones Unidas no desistían del propósito de la implementación de un cuerpo de policía haitiana dotado de las capacidades para afrontar los retos venideros en cuanto mantenimiento de la paz, teniendo en cuenta estas razones, es creada la Misión de Apoyo de Las Naciones Unidas en Haití (UNSMIH), cuyo objetivo principal es la asistencia en la implementación de esa profesionalización de la fuerza nacional policial efectiva. Dicha misión estaría compuesta por 600 efectivos y 300 funcionarios de policía civil. (C.S. ONU, 1996, S/RES/1063). Esta misión tuvo varias prórrogas, la primera de ellas fue el 29 de noviembre de 1996, aumentando el periodo del mandato hasta el 5 de diciembre del mismo año a través de C.S. ONU (1996, S/RES/1085). La segunda extendió el mandato hasta el 31 de mayo de 1997, con orden de comenzar a efectuar la partida del personal de forma gradual (C.S. ONU, 1996, S/RES/1086). Su tercer y última prórroga fue extendida hasta el 30 de noviembre de 1997, siendo el final de UNSMIH, pero también dando paso a otra misión con personal mas reducido con el mismo objetivo de instrucción llamada UNTMIH, reduciendo a 250 efectivos y 50 soldados máximo (C.S. ONU, 1997, S/RES/1123).

El 29 de octubre de 1997 el presidente René Préval eleva una solicitud al Secretario General y al CS resaltando nuevamente el papel fundamental que han de desarrollar la adecuada capacitación o posterior funcionamiento de las Policía nacional de Haití (PNH), en respuesta a dicha solicitud es creada una nueva misión enfocada a la profesionalización de la PNH, conformada por 300 funcionarios de la policía civil, esta seria denominada la Misión de Policía Civil de las Naciones Unidas en Haití (MIPONUH) con un periodo inicial estimado hasta el 30 de noviembre de 1998 con base en C.S. ONU (1997, S/RES/1141). Esta misión fue objeto de prórroga hasta el 30 de noviembre de 1999, con intención de no prórroga, pero si analizar otras formas de asistencia por parte de las Naciones Unidas (C.S. ONU, 1998, S/RES/1212). Con miras a cambiar la forma de asistencia en Haití, se establece una transición por etapas de las funciones de la MINOPUH y de la Misión Civil Internacional en Haití (MICIVIH) a la nueva Misión Civil Internaciones de Apoyo a Haití (MICAH) hasta 15 de marzo de 2000. (C.S. ONU, 1999, S/RES/1277).

2.2. Operaciones de Mantenimiento de la paz después del 2003

Las elecciones presidenciales y parlamentarias celebradas el 26 de noviembre del 2000, dieron como ganador a Aristide, esta victoria no cayo muy bien entre sus contradictores, quienes no reconocieron el mandato presidencial generando consigo la desaparición del Parlamento, fue congelada la ayuda por parte de la ONU además del retiro de su última misión MICAH (Vich, 2005, p.112). Amiot Metayer, un punzante opositor de Aristide, estaba al mando de los chimères, grupos de choque contraventores del gobierno. Al ser exhortado por la OEA de su apresamiento, Aristide mete a la prisión de Gonaives a Metayer, quien tenía un gran número de simpatizantes, generando que una multitud protestara en contra de su arresto y posterior a ellos, en medio de enfrentamientos derribaron las paredes de la cárcel para lograr liberar a su líder. En su libertad retomo las armas, en septiembre de 2003 fue asesinado, generando la inestabilidad por el alzamiento en armas de la FRAPH (estructura paramilitar derechista) (Vich, 2005, p.113). Retornando a la precaria situación de inseguridad predominante en el país durante su historia.

El CS se vio nuevamente preocupado por el deterioro en el mantenimiento de la paz suscito en Haití. Acogiendo las iniciativas e informes previos realizados por la Comunidad del Caribe (CARICOM) junto a la OEA, tras la renuncia a la presidencia por parte de Aristide, es solicitada la ayuda internacional por parte del nuevo presidente interino Boniface Alexandre con el fin del restablecimiento de la paz. Es decidido entonces el 29 de febrero de 2004 el despliegue de una Fuerza Multinacional Provisional (FMP) cuya misión era asistir humanitariamente al gobierno restableciendo el orden democrático y constitucional del país a través de C.S. ONU (2004, S/ RES/1529).

Como su nombre lo indica, la fuerza desplegada es de carácter provisional, por ello el 30 de abril de 2004 el CS reafirmando el apoyo al gobierno de transición en el restablecimiento de la paz, decide establecer la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH) ya que la situación haitiana supone un riesgo para la seguridad internacional. La creación de la MINUSTAH se efectúa por medio de C.S. ONU (2004, S/ RES/1542). La transición con la FMP debía efectuarse el 1 de junio de 2004 y su periodo inicial era concebido de 6 meses susceptible de prórroga. En esta misión son desplegados un máximo de 6.700 efectivos. En uso de las facultades otorgadas por el Capítulo VII de la carta de naciones unidas, los objetivos multidimensionales de MINUSTAH son: i) Entorno seguro y estable, brindando apoyo al gobierno de transición para lograr recuperar la institucionalidad del país y supervisando y asistiendo la reforma de la PNH. ii) Proceso político, asistiendo al gobierno en el restablecimiento de las vías democráticas y políticas propiciando el escenario para unas elecciones imparciales y libres. Y iii) Derechos humanos, reuniendo sus esfuerzos para el restablecimiento de las garantías fundamentales, con especial objeto los derechos de los niños y de las mujeres.

La misión de MINUSTAH fue objeto de 17 prórrogas en total, la primera de ellas se dio mediante C.S. ONU (2004, S/RES/1576) extendiendo la misión hasta el 1 de junio de 2005 confirmando la intención de su renovación de forma periódica. El 13 de mayo de 2004 por medio de C.S. ONU (2005, S/RES/1601), es prórrogado el mandato hasta el 24 de junio de 2005. Las nuevas elecciones en Haití debían ser celebradas el 7 de febrero de 2006, para garantizar el orden y la elección transparente, extiende por tercera vez el mandato hasta el 15 de febrero de 2006 y ordenando un aumento en el pie de fuerza de 50 efectivos militares destinados a labores de inteligencia y 275 oficiales de policía mas prescrito en C.S. ONU (2005, S/RES/1608). Dichas elecciones otorgaron la victoria a René Préval, en procura de la posesión del mismo y de las elecciones municipales y locales previstas el 30 de abril de 2006, decide dar prórroga de la misión por cuarta vez hasta el 15 de agosto de 2006. (C.S. ONU, 2006, S/RES/1658).

El 15 de agosto de 2006, además de extender la misión de MINUSTAH, por quinta vez, hasta el 15 de febrero de 2007, el CS decide recomponer el número de personal desplegado, estipulando un máximo de 7.200 efectivos y un componente de policía de máximo 1.951 integrantes. Además, con proyección a mitigar los problemas penitenciarios y judiciales que aquejaban al país, ordena despliegue de 16 oficiales penitenciarios. Recalca la importancia de que el talento humano reclutado domine el idioma francés a cabalidad (C.S. ONU, 2006, S/RES/1702). La sexta prórroga aconteció el 15 de febrero de 2007, prolongando la operación hasta el 15 de octubre de 2007, instando al sostén de los objetivos expuestos en resolución 1542 (2004), 1608 (2004) y el añadido lo implementado por la resolución 1702 (2006) implementando lo que sea necesario para la reforma y mejora de la administración judicial y penitenciaria del país además de la reforma estructural de la PNH (C.S. ONU, 2007, S/RES/1743).

El 19 de abril de 2007 las elecciones locales y municipales fueron celebradas con éxito, decide reformar el pie de fuerza de hasta 7.060 efectivos militares y 2.091 policías, continuando los esfuerzos por la preparación de la PNH, centros judiciales y penitenciarios. Se ordena el refuerzo en la vigilancia de las zonas fronterizas marítimas aumentando el patrullaje marítimo y costero, teniendo así ocasión la séptima prórroga de la misión hasta el 15 de octubre de 2008 según C.S. ONU (2007, S/RES/1780). La conformación del gobierno de la primera ministra Michèle Pierre-Louis y la reafirmación por parte del parlamento son vistos con buenos ojos por parte de la comunidad internacional, sinembargo decide mantener el mismo personal desplegado y por octava ocasión prórroga el mandato hasta el 15 de octubre de 2009. (C.S. ONU, 2008, S/RES/1840).

Entre el año 2008 y 2009, en territorio haitiano se presentaron varios huracanes que generaron diversos daños económicos y por ende sociales, se encaminan los esfuerzos a mitigar los riesgos provenientes de estos siniestros naturales, además de los objetivos previamente trazados, extendiendo el mandato por novena ocasión hasta el 15 de octubre de 2010 por vía de C.S. ONU (2009, S/RES/1892). Sumado a las problemáticas

nacidas a raíz de los huracanes mencionados, el 12 de enero de 2010 ocurre el terremoto en Haití cuyas consecuencias fueron nefastas, en ocasión a la tragedia el 19 de enero de 2010 el CS aumenta el personal desplegado en la misión estipulando hasta 8.940 efectivos y 3.711 miembros de la policía sustentado en C.S. ONU (2010, S/RES/1908). Sumado a este esfuerzo el 4 de junio del mismo año se autorizo el despliegue adicional de 680 agentes de policía, quedando así un total de 4.391 policías de forma temporal (C.S. ONU, 2010, S/RES/1927). La decima prórroga es efectuada hasta el 15 de octubre de 2011, con énfasis en las entrantes elecciones el 28 de noviembre del mismo año, manteniendo el mismo número de efectivos desplegados en territorio (C.S. ONU, 2010, S/RES/1944).

Pese a los obstáculos presentados, había vestigios de avance dentro de estos procesos, por destacar estaría el nombramiento del primer ministro Garry Conille y por el lado de la Corte Suprema de Justicia también estaba en proceso de elección de presidente. Sinembargo resalta el menester de reducir el número de desplazados internos que al 14 de octubre de 2011 redundarían aproximadamente 600.000, destaca la importancia de la remoción de escombros producto de fenómenos naturales, tomar acciones para erradicar el brote de cólera iniciado a finales de 2010, continúan los procesos de consolidación democrática, sinembargo es reducido el personal desplegado renovándose así a 7.340 efectivos y 3.241 miembros de la policía , a su vez es extendido el mandato por decimo primera ocasión hasta el 15 de octubre de 2012, todo con base en la C.S. ONU (2011, S/RES/2012).

Dentro de las estrategias promovidas para el fortalecimiento de la PNH, se crea un plan quinquenal de revisión entre 2012-2016, añadido de la instauración del consejo superior del poder judicial, recomienda refuerzo en patrullaje fronterizo, encomia esfuerzos para combatir el brote de cólera persistente y reitera la importancia de acabar con el desplazamiento interno que al 21 de octubre de 2012 oscilaría un aproximado de 390.000 desplazados forzados, 210.000 menos que el año inmediatamente anterior. Plantea como objetivo de la MINUSTAH para el año 2016 contar con 15.000 agentes de policía para conformar la PNH y garantizar su autonomía. Es reducido el personal desplegado reduciendo la cifra a 6.270 efectivos y 2.601 policías y por decimo segunda vez es prórrogado el mandato hasta el 15 de octubre de 2013 (C.S. ONU, 2012, S/RES/2070).

Durante el año de vigencia de la decimo segunda prórroga pudo resaltarse la creación del Colegio de Transición del Consejo Electoral Permanente encaminándose así a poder celebrar las siguientes elecciones de noviembre de 2013, el gobierno de Michel Martelly pregona la implementación de la política de las 5Es (Empleo, educación, energía, Estado de derecho y Medio Ambiente), solicita sea expedido y reforzado un control de la circulación de armas pequeñas, en lo concerniente a licencia, elaboración y generar una doctrina especifica sobre la materia, así mismo es reducida a 279.000 la cifra de desplazados, 111.000 menos que el año anterior, también es reducido el pie de fuerza quedando 5.021 efectivos y 2.601 policías y por decimo tercera ocasión es extendido

el periodo del mandato hasta el 15 de octubre de 2014 datado de C.S. ONU (2013, S/RES/2119). En el intermedio entre la vigencia y la nueva extensión del mandato, Haití suscribió el acuerdo de El Rancho, teniendo como fin la conversión del Colegio de Transición del Consejo Electoral Permanente en el nuevo Consejo Electoral Provisional, además, que tras muchas postergaciones debe haber un plazo máximo para modificar la ley electoral en el 2013. Persiste el brote de cólera, pero elogia la creación del Comité de Alto Nivel para la Eliminación del Cólera sugerida por la "Campaña de saneamiento total". En cuanto a la cifra de desplazados al 14 de octubre de 2014 se aproxima a 85.432, quiere decir 193.568 desplazados menos que el año anterior, continua la reducción del personal desplegado, esta vez resultando 2.370 efectivos pero manteniendo 2.601 agentes de policía, esta constituye la prórroga decimo cuarta, hasta el 15 de octubre de 2015. (C.S. ONU, 2014, S/RES/2180).

El 9 de agosto de 2015 fueron celebradas las elecciones legislativas del país en un ambiente relativamente neutral, se espera que en ese mismo año sean elecciones presidenciales, municipales y locales, son continuos los esfuerzos, por el robustecimiento de la independencia judicial, mejora penitenciaria e instrucción de PNH. Se celebra en enero la primer reunión del Comité de Alto Nivel para la Eliminación del Cólera al 14 de octubre de 2015 se estima alrededor de 60.801 desplazados internos, 24.631 menos que el año anterior, esta decimo quinta prórroga añadió tiempo a la misión hasta 15 de octubre de 2016 como retrata C.S. ONU (2015, S/RES/2243). Con ocasión del Huracán Matthew las elecciones previstas para el 9 de octubre de 2016 tuvieron que ser aplazadas, teniendo que ser removida la fecha. En vista de la culminación del plan quinquenal de revisión de la policía 2012-2016 se crea un Plan Estratégico para 2017-2021, se hace énfasis en la sequia por la cual atraviesa el país lo que ha conducido a fuertes sequias, razón por la cual estiman que 3.6 millones de personas estarían sufriendo inseguridad alimentaria y menos alentador, de este número 1.5 millones sufrirían inseguridad alimentaria aguda. Es extendido el mandato por decimo sexta vez hasta el15 de abril de 2017 a través de C.S. ONU (2016, S/RES/2313).

Las elecciones habían transcurrido de forma pacifica, los nuevos retos y obstáculos fueron en especial trazados con el paso del huracán Matthew, habiendo generado siete unidades de policía durante MINUSTAH se emprende el final de la misión, ordenando una reducción gradual del personal hasta el 15 de octubre de 2017 donde finalizaría la decimo séptima prórroga del mandato, sin dejar de lado su compromiso con el fortalecimiento con las instituciones jurídicas y administrativas del país, por ello mediante la C.S. ONU (2017, S/RES/2350) es finalizada la MINUSTAH, haciendo transición a la Misión de las Naciones Unidas de Apoyo a la Justicia en Haití (MINUJUSTH) cuyos objetivos son el fortalecimiento de las instituciones de estado de derecho del país y continuar prestando asistencia en la formación de la PNH, MINUJUSTH contaría con 980 efectivos y 295 policías.

El mandato de MINUJUSTH fue prórrogado por primera vez hasta 15 de abril de 2019 y encaminado a confrontar delitos como el del narcotráfico es que estrecha la colaboración con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) ordenándose a su vez reducción gradual de personal (C.S. ONU, 2018, S/RES/2410). La última extensión de dicho mandato fue dispuesta hasta 15 de octubre de 2019, expresando los lineamientos de transición necesarios a adoptar, además de la necesidad de buscar un modelo de ayuda por parte de Naciones Unidas pero que ya no sea por vía de las misiones de mantenimiento de la paz (C.S. ONU, 2019, S/RES/2466).

Con base en los reiterados fenómenos naturales ocurridos en territorio haitiano, persistencia del cólera, inseguridad alimentaria entre otras problemáticas, las Naciones Unidas toman la decisión que al siguiente día de la culminación del mandato de MINUJUSTH, el día 16 de octubre de 2019 sea instaurada, inicialmente por un año, la Oficina Integrada de las Naciones Unidas en Haití (BINUH) cuyas funciones destacan: Asesoría al gobiernos con proyección a la consolidación del estado social y democrático de derecho, planificación de elecciones libres y transparentes, refuerzo del cuerpo de policía nacional haitiano incluida la capacitación para que no sean perpetradores de la vulneración de derechos ellos mismos, reducir los índices de la violencia en todas sus manifestaciones además de fortalecer las instituciones del sector de la justicia. Esta oficina fue creada a través de C.S. ONU (2019, S/RES/2476). La primer prórroga de BINUH fue llevada a cabo el 15 de octubre de 2020 extendiendo el mandato hasta el 15 de octubre de 2021 (C.S. ONU, 2020, S/RES/2547). Lo mas probable es que en el mes de octubre rea emitida nueva resolución del CS con miras a regular la situación actual del país.

CONCLUSIONES

Para dar un cierre adecuado a tan importante temática, se pueden apreciar diferentes puntos centrales en lo que fue el desarrollo general de las diferentes misiones de paz por parte de las Naciones Unidas y las cuales se implementaron en Haití, el desenvolvimiento que trajo las misiones, ocasionó que se crearán diversas posturas frente a los resultados que se observaron, parte de la población Haitiana mostró cierto rechazo o descontento, en realidad se veía que no querían la presencia de las naciones unidas en territorio Haitiano, asimismo había otro porcentaje de la población que estaba realmente agradecido, y contaban con que las misiones siguieran con sus despliegues, todo con tal de que se pudiera mejorar la condición que atravesaba a Haití.

La participación por parte del personal humanitario internacional para el restablecimiento de las condiciones de seguridad y de mantenimiento de la paz en territorio haitiano ha brindado soluciones eficaces pero temporales, ya que el orden social, político y económico alcanzado durante largos años de mandatos y misiones se ha visto quebrantado rápidamente tras la corta ausencia de dichos organismos. Esto se puede ver reflejado por una parte, por las

continuas y reiteradas prórrogas y extensiones de tiempos en los periodos de los mandatos dentro de las misiones analizadas en el escrito. Además que las últimas tres décadas el pueblo de Haití ha sido objeto de constantes despliegues sin que haya señal pronta, de su no dependencia, para su correcto funcionamiento interno, sin que exista de por medio asistencia internacional, en este caso de las Naciones Unidas, aunque en la actualidad no existe un despliegue de misión, si existe asistencia por medio de una oficina asesora BINUH que, en menor escala y medida, continua con la implementación de los objetivos similares a los de misiones antecesoras.

La corta duración de los periodos presidenciales, parlamentarios y decadente poder judicial han sido consecuencia de los constantes golpes de estado, utilización de vías de hecho y corrupción dentro de las instituciones sumándose a ello el paso devastador constante de fenómenos naturales como huracanes, ejemplo de esto el huracán Matthew, o el terremoto con efectos devastadores ocurrido en 12 de enero de 2010 han hecho mella en el rumbo de estos objetivos, motivo que de igual forma ha contribuido al retraso de avances y consecuencia de ellos postergación de los periodos de los mandatos.

Desde la independencia de Haití, ha sido sujeto de bloqueos de tipo comercial y económico, pese a que su teleología era en aras de conseguir el acatamiento de diversas condiciones intermediarias para mantener la paz, mucho de estas imposiciones pudo significar el atraso económico de muchas partes dentro del pueblo haitiano haciéndose mas dependientes de las contribuciones de índole internacional para su subsistencia con serios déficit en la seguridad alimentaria.

La extensión de dichas misiones debe hacer suponer el cambio en los enfoques dentro de las misiones por sus lentos avances, y además consolidar el hecho de ser mas propositivos respecto a brindar asistencia para crear una autonomía administrativa suficiente para que no sea fácilmente desmoronado el orden político ante la ausencia de personal humanitario, lo que supone a su vez, como afirman muchos autores, también el papel del consejo de seguridad en estas actuaciones. El papel de los 15 miembros del consejo de seguridad, aunque ya ha sido modificado desde su creación en 1945, ha sido llamado a ser reformado por la ampliación del total de estados miembros añadido el reiteradamente cuestionado poder de veto de los 5 miembros permanentes del consejo y el papel que supone esto para las actuaciones internacionales debe ser nuevamente analizado y propuesto un orden tendiente a mayor democracia.

REFERENCIAS

Banco Mundial (2019), Recuperado de https://datos.bancomundial.org/pais/haiti?view=chart

Carta ONU

Herrera Cañavera, C. L. (2015). *Limitaciones y obstáculos de MINUSTAH en materia de cooperación humanitaria y desarrollo en Haití (2000-2014)* (Doctoral dissertation, Universidad del Rosario).

Jaramillo, L. (2018). *La participación del Ecuador en la misión de estabilización de las Naciones Unidas para Haití: un análisis en dos niveles.* Orientador: Santiago Basabe. 2011. 104p (Doctoral dissertation, Disertación (Maestría en Relaciones Internacionales)–Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)–Quito, 2011. Disponible en: http://repositorio. flacsoandes. edu. ec/handle/10469/9256. Acceso en: 19 sept).

Navas, C.A., & Navas, C. F (1973) *El estado constitucional. Dykinson.*

Romero Echeverri, S. (2012). *Análisis del papel de Argentina y Brasil en la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH) en materia de reestructuración de la Fuerza Pública y consolidación del proceso democrático.* Período 2004 a 2010 (Doctoral dissertation, Universidad del Rosario).

Silva González, J. L., & Gener Crespo, O. (2020). *El consejo de seguridad de las naciones unidas ¿ un órgano democrático?.* Revista Universidad y Sociedad, 12(2), 241-250.

Soto, Maceiras, F. (2010) tool, *p. a. a. la construcción del estado en haití: la política como herramienta y objetivo.*

C.S PRST. 4112.ª Sesión, ONU S/PRST/2000/8 (15 de marzo de 2000)

C.S.Res. 3238ª . Sesión, ONU S/RES/841 (16 de junio de 1993)

C.S Res. 3271ª. Sesión, ONU S/RES/861 (27 de agosto de 1993)

C.S Res. 3272ª. Sesión, ONU S/RES/862 (31 de agosto de 1993)

C.S Res. 3282ª. Sesión, ONU S/RES/867 (23 de septiembre de 1993)

C.S Res. 3291ª. Sesión, ONU S/RES/873 (13 de octubre de 1993)

C.S Res. 3293ª. Sesión, ONU S/RES/875 (16 de octubre de 1993)

C.S Res. 3352ª. Sesión, ONU S/RES/905 (23 de marzo de 1994)

C.S Res. 3376ª. Sesión, ONU S/RES/917 (6 de mayo de 1994)

C.S Res. 3397ª. Sesión, ONU S/RES/933 (30 de junio de 1994)

C.S Res. 3413ª. Sesión, ONU S/RES/940 (31 de julio de 1994)

C.S Res. 3430ª. Sesión, ONU S/RES/944 (29 de septiembre de 1994)

C.S Res. 3437ª. Sesión, ONU S/RES/948 (15 de octubre de 1994)

C.S Res. 3470ª. Sesión, ONU S/RES/964 (29 de noviembre de 1994)

C.S Res. 3496ª. Sesión, ONU S/RES/975 (30 de enero de 1995)

C.S Res. 3559ª. Sesión, ONU S/RES/1007 (31 de julio de 1995)

C.S Res. 3638ª. Sesión, ONU S/RES/1048 (29 de febrero de 1996)

C.S Res. 3676ª. Sesión, ONU S/RES/1063 (28 de junio de 1996)

C.S Res. 3719ª. Sesión, ONU S/RES/1085 (29 de noviembre de 1996)

C.S Res. 3721ª. Sesión, ONU S/RES/1086 (5 de diciembre de 1996)

C.S Res. 3806ª. Sesión, ONU S/RES/1123 (30 de julio de 1997)

C.S Res. 3837ª. Sesión, ONU S/RES/1141 (28 de noviembre de 1997)

C.S Res. 3949ª. Sesión, ONU S/RES/1212 (25 de noviembre de 1998)

C.S Res. 4074ª. Sesión, ONU S/RES/1277 (30 de noviembre de 1999)

C.S Res. 4919ª. Sesión, ONU S/RES/1529 (29 de febrero de 2004)

C.S Res. 4961ª. Sesión, ONU S/RES/1542 (30 de abril de 2004)

C.S Res. 5090ª. Sesión, ONU S/RES/1576 (29 de noviembre de 2004)

C.S Res. 5192ª. Sesión, ONU S/RES/1601 (31 de mayo de 2005)

C.S Res. 5210ª. Sesión, ONU S/RES/1608 (22 de junio de 2005)

C.S Res. 5372ª. Sesión, ONU S/RES/1658 (14 de febrero de 2006)

C.S Res. 5513ª. Sesión, ONU S/RES/1702 (15 de agosto de 2006)

C.S Res. 5631ª. Sesión, ONU S/RES/1743 (15 de febrero de 2007)

C.S Res. 5758ª. Sesión, ONU S/RES/1780 (15 de octubre de 2007)

C.S Res. 5916ª. Sesión, ONU S/RES/1820(19 de junio de 2008)

C.S Res. 5993ª. Sesión, ONU S/RES/1840 (14 de octubre de 2008)

C.S Res. 6200ª. Sesión, ONU S/RES/1892 (13 de octubre de 2009)

C.S Res. 6261ª. Sesión, ONU S/RES/1908 (19 de enero de 2010)

C.S Res. 6330ª. Sesión, ONU S/RES/1927 (4 de junio de 2010)

C.S Res. 6399ª. Sesión, ONU S/RES/1944 (14 de octubre de 2010)

C.S Res. 6631ª. Sesión, ONU S/RES/2012 (14 de octubre de 2011)

C.S Res. 6845ª. Sesión, ONU S/RES/2070 (12 de octubre de 2012)

C.S Res. 7040ª. Sesión, ONU S/RES/2119 (10 de octubre de 2013)

C.S Res. 7277ª. Sesión, ONU S/RES/2180 (14 de octubre de 2014)

C.S Res. 7534ª. Sesión, ONU S/RES/2243(14 de octubre de 2015)

C.S Res. 7790ª. Sesión, ONU S/RES/2313(13 de octubre de 2016)

C.S Res. 7924ª. Sesión, ONU S/RES/2350 (13 de abril de 2017)

C.S Res. 8226ª. Sesión, ONU S/RES/2410 (10 de abril de 2018)

C.S Res. 8510ª. Sesión, ONU S/RES/2466 (12 de abril de 2019)

C.S Res. 8559ª. Sesión, ONU S/RES/2476 (25 de junio de 2019)

C.S Res. 8768ª. Sesión, ONU S/RES/2547 (15 de octubre de 2020)

Cancillería, recuperado 2021 de https://www.cancilleria.gov.co/organizacion-las-naciones-unidasonu#:~:text=Colombia%20es%20miembro%20fundador%20de,Carta%20Constitutiva%20de%20San%20Francisco.

Casimir, J. (2007). *Haití acuérdate de 1804. Siglo XXI.*

Corte Constitucional [CC], 5 de abril, 2017, MS: G. E. Ortiz, Sentencia C-214/2017, [Col.].

Index Mundi. (2020). Título. , Recuperado de Index Mundi https://www.indexmundi.com/haiti/population.htlm

Ley 1794 de 2016. Por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo marco entre Naciones Unidas y el Gobierno de la República de Colombia relativo a las contribuciones al sistema de acuerdos de fuerzas de reserva de las Naciones Unidas para las operaciones de mantenimiento de la paz", suscrito en la ciudad de Nueva York el 26 de enero de 2015. 11 de julio, 2016. DO No. 49.931. (Col.).

Vich, C. R. (2005). Minustah. *Actores, organización y objetivos.* Cuadernos de estrategia, (131), 125-146.

MARCO NORMATIVO DE LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ EN HAITÍ, PERSPECTIVA DESDE COLOMBIA[46]

Cristian Andrés Monroy Rodríguez[47]

RESUMEN

Se analizan las operaciones de mantenimiento de paz nacidas en el seno de las Naciones Unidas desarrolladas en Haití. Para ello se hace una contextualización acerca del país, algunos acercamientos a las problemáticas del país, añadido se identifica el marco normativo creado a partir de la firma de la Carta de Naciones Unidas, creador de diversos órganos de carácter internacionales quienes en dicho desarrollo han facultado la implementación de los mencionados mandatos, resoluciones y despliegues, en campo haitiano, además el efecto vinculante que tiene para Colombia como miembro de la ONU y ratificador de tratados internaciones que versan sobre la materia, así como el análisis de las misiones en el periodo de 1993-2017. Para ello se utilizan estrategias metodológicas cualitativas, descriptivas, con la pretensión de ser analítica, utilizando fuentes normativas de las Naciones Unidas, el ordenamiento jurídico colombiano, la Cancillería y literatura especializada. Se concluye que existen aportes importantes generados por la participaciones de las Naciones Unidas en Haití en el mejoramiento y mitigación de problemáticas institucionales, políticas, económicas y de violación de derechos humanos, sinembargo tornándose temporal y poco solida ante la ausencia de la ayuda humanitaria.

PALABRAS CLAVE: Naciones Unidas, Operaciones de Mantenimiento de la Paz, Haití, Colombia, Consejo de Seguridad.

REGULATORY FRAMEWORK OF PEACEKEEPING OPERATIONS IN HAITI, PERSPECTIVE FROM COLOMBIA

ABSTRACT

Peacekeeping operations born within the United Nations developed in Haiti are analyzed. For this, a contextualization about the country is made, some approaches to the country's problems, added the normative framework created from the signing of the United Nations Charter is

46 Parte de este escrito fue expuesto y aceptado por parte del jurado en el XIV Encuentro Regional de Semilleros y Grupos de Investigación Jurídica y Sociojurídica, Nodo Centro. Llevado a cabo el día 20 de mayo de 2021.

47 Estudiante del programa de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada, Sede Bogotá, miembro del semillero Institucionalismo y Transdisciplinariedad, registrado INV-GES. 3.176. Financiado por la UMNG. Correo electrónico: est.cristiana.monroy@unimilitar.edu.co

identified, creator of various international bodies who in said development have empowered the implementation of the aforementioned mandates, resolutions and deployments, in the Haitian field, in addition to the binding effect that it has for Colombia as a member of the UN and ratifier of international treaties that deal with the matter, as well as the analysis of the missions in the period of 1993-2017. For this, qualitative, descriptive methodological strategies are used, with the pretense of being analytical, using normative sources from the United Nations, the Colombian legal system, the Foreign Ministry and specialized literature. It is concluded that there are important contributions generated by the participation of the United Nations in Haiti in the improvement and mitigation of institutional, political, economic and human rights violation problems, however, becoming temporary and not very solid in the absence of humanitarian aid.

KEYWORDS: United Nations, Peacekeeping Operations, Haiti, Colombia, Security Council

INTRODUCCIÓN

La carta de NU firmada en 1945 en San Francisco y entrada en vigor el 24 de octubre del mismo año, ha tenido como pilar fundamental tanto dentro de sus propósitos como de sus principios la motivación de mantener la paz tanto de los Estados miembros como de los Estados que no son miembros, y que potestativamente soliciten apoyo internacional incluso para dirimir controversias por medio de los órganos establecidos. Dentro de estos órganos está el CS, quien también en determinados casos tiene la facultad, en caso de estimar necesaria su participación hacer efectivas medidas de índole restrictivo en las relaciones internacionales y de acuerdo a la estimación que supla principios de necesidad, considerare ejercer la fuerza por diferentes medios lo hará con el fin de mantener o restablecer la paz.

Haití ha solicitado ayuda a la ONU datado desde 1993 para lograr una estabilidad restablecedora de la protección de los derechos humanos, políticos y económicos de los haitianos, teniendo entonces una participación por aproximadamente las últimas tres décadas, por parte de organismos internacionales cuya labor es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. La carta de Naciones fue ratificada por Colombia el 5 de noviembre de 1945, desde entonces ha sido participe en diversos procesos de mantenimiento de la paz alrededor del mundo, sumado a ello Colombia ratifico por medio de bloque de constitucionalidad y vía congreso a través de la Ley 1794 de 2016 el "Acuerdo marco entre Naciones Unidas y el Gobierno de la República de Colombia relativo a las contribuciones al sistema de acuerdos de fuerzas de reserva de las Naciones Unidas para las operaciones de mantenimiento de la paz". Dentro de dichos aportes Haití ha sido objeto de participación por miembros de la fuerza publica colombiana en cabeza de miembros de la Policía Nacional. Este texto tiene como objetivo la realización de un acercamiento al marco normativo que reviste a las misiones de mantenimiento de la paz, con miras a hacer un análisis académico de la participación e incursión

de dichas operaciones en territorio haitiano recogiendo cualidades y aspectos por mejorar con información sujeta de análisis con fuentes secundarias pero también fuentes primarias y secundarias.

1. Reseña y contexto histórico

Dentro de las características generales a destacar del Estado sujeto de constantes despliegues con aras de restablecer la paz, institucionalidad política, derechos humanos básicos entre otras garantías fundamentales para un estado social de Derecho, en el suscito se hace referencia a Haití, país latinoamericano, de la región Caribe, cuya área territorial supone un total de 27 750 km2 de extensión terrestre y 190 mk2 de mar territorial (Index Mundi, 2020). Según datos del Banco Mundial, Haití es uno de los 29 países con nivel de ingreso bajo, teniendo un PIB de USD 14.332 mil millones para 2019 (Banco Mundial, 2019). Cuenta con una población estimada de 11 067 777 millones de personas, la lengua predominante es el francés y el creole y la capital de la República semi-presidencialista haitiana es Puerto Príncipe (Index Mundi, 2020).

Fue un país colonizado por Francia, uno de los artífices y precursores del Estado de Derecho. En Haití no pasó desapercidida la Revolución Francesa la proclamación de los Derechos del hombre y del ciudadano, las ideas de Montesquieu sobre el *buen gobierno* donde existe una clara separación de poderes como clave "para asegurar la libertad y seguridad del ciudadano" (Navas & Navas, 1973, p. 79). Tampoco pasaron desapercibidas para los haitianos las ideas relativas al contrato social pregonadas por Rousseau, distinguiendo volonté générale *"voluntad general"*, y *volonté de tous* "voluntad de todos", referido a que la voluntad general debe asimilarse al interés común y siendo así debe manifestarse por medio de la ley como bien ilustra Navas & Navas, (1973, p. 83). Los haitianos se autodefinen como merecedores de dichas garantías y emprenden una campaña en busca de la independencia.

Por la negativa en el cese de tratos infrahumanos dados a los esclavos, es fundado en 1791 un movimiento independista al mando de Toussant Louverture, "En 1795, el Tratado de Basilea concede a Francia la parte española de la isla, llamada entonces *Saint Domingue* o Santo Domingo, de la cual toma posesión Toussaint Louverture en 1801" (Casimir, 2007, p. 46). El día 1 de enero de 1804 en cabeza de Jacques Dessalines, lograron su independencia. (Soto Maceiras, 2010, p. 2). En contra de todos los ideales expuestos a la hora de contravenir a los conquistadores franceses, Dessalines más adelante se autoproclama emperador del territorio libertado, generando esto consecuencias, tanto desde el interior, como las de fuero exterior que acompañarían esta precoz independencia y mal llamada revolución. En 1844 es desanexada República dominicana de Haití, separándose como estados independientes. Así las cosas, su primer presidente fue C.R. Herard, hasta el advenimiento del siguiente emperador autoproclamado, y que ostento el poder por casi

una década fue Faustin Soulouque autodenominado como Faustino I (Resdal citado por Herrera Cañavera, 2015, pp. 11).

Lo que para la mayoría de estados independizados es una celebración, ese nuevo estado de libertad para el pueblo haitiano es lo mas cercano a un pronostico desgarrador de derrumbe social, ya que todos los imperios existentes en aquel entonces eran de tilde racista, la idea de una isla de negros cimarrones no era bien acogida por los estados dominantes "Las consecuencias económicas que este aislamiento tuvo son fáciles de imaginar: bloqueos comerciales, imposibilidad de vender su producción y consiguiente pérdida de sus únicos posibles ingresos, carestías, escasez de capital humano, etc." (Soto Maceiras, 2010, p. 2) Creándose así las condiciones para agudizarse la condición humanitaria predominante en el país caribeño. Tras la intermitencia en las transiciones de poder, Haití de cara al siglo XX iniciaría con un serio déficit en su institucionalidad, el entonces presidente electo Vibrun Guillaue, fue asesinado en el año 1915, agudizando la inestabilidad y la decadencia política imperante dentro de Haití (Herrera Cañavera, 2015, pp. 12).

El advenimiento de estos hechos generaría uno de los primeros despliegues en campo haitiano por parte de personal internacional con el fin de lograr una estabilización del país. Serían los Estados Unidos quienes bajo el nombre de tratado de asistencia brindo apoyo económico y militar a Haití. Como ha sido habitual en el trasegar de este tipo de asistencias y misiones, son trazados diversos objetivos con una temporalidad determinada para su ejecución, pero dichos plazos de tiempo generalmente deben ser renovados o prórrogados, sucediendo entonces que en 1916 es ratificado el tratado de asistencia entre Estados Unidos y Haití con un periodo estimado inicial de unos 10 años, pero estando próxima su culminación fue ampliada una década mas, quedando de esta forma bajo la tutoría estadounidense el pueblo haitiano hasta 15 de agosto de 1934 (Resdal, citado por Herrera Cañavera, 2015, pp. 12).

La estabilidad lograda en Haití, tras la salida de los Estados Unidos, fue rápidamente quebrantada, la crisis en la institucionalidad estaría de nuevo en furor consecuencia del golpe de estado gestado en contra del presidente Lescot en el año 1946 y en su cargo, con autoproclamación vitalicia presidencial, Francisco Duvalier se cerniría al mando de lo que fue una larga dictadura. Es conocida como la dictadura de los Duvalier, compuestos por padre, Francisco Duvalier, quien ostento el poder entre 1964 y tras su fallecimiento en 1971, su hijo Jean Claude Duvalier fue sucesor de su mando, quien dimite el poder en el año 1986. (Resdal, 2015. Citado en Herrera Cañavera, 2015, pp. 12,13.). Un mordaz opositor y contradictor del gobierno de Jean Claude Duvalier, quien había tenido que permanecer en el exilio, regresa en 1990, en ese mismo año fue el primer presidente electo por vía democrática, refiriéndonos a Jean-Bertrand Aristide, tras estar al mando de la presidencia aproximadamente 7 meses es sujeto de un golpe militar en 1991 (Hayes y Wheathley, 1996, citado por Jaramillo, 2018, p. 50).

2. Marco normativo y los tipos de OMP

Poco antes de la culminación de la segunda guerra mundial el 2 de septiembre de 1945, en San Francisco había sido firmada el día 26 de junio de 1945 la Carta de Naciones Unidas cuya vigencia tendría inicio el 24 de octubre del mismo año de su firma. Dentro de su preámbulo manifiesta el interés que tiene la comunidad internacional por velar la no ocurrencia de conflictos bélicos de índole internacional como los acontecidos en la primera y segunda guerra mundial, de esta forma es expuesto el deseo de la no repetición de los vejámenes de guerra dentro de las generaciones futuras, enmarca la inviolabilidad de derechos humanos, libertad y dignidad humana además de fomentar las vías pacíficas para la resolución de conflictos, estipula el termino de uso de fuerza armada tan solo en ejercicio del bien común en relación a lo concerniente de la seguridad y paz internacional (Carta ONU, preámbulo).

Los propósitos desarrollados por Naciones Unidas es el mantenimiento de la paz y seguridad a nivel internacional, dirimiendo cualquier conflicto por medios pacíficos , considerando a los Estados como iguales y en el marco de esa igualdad un propósito de cooperación internacional. Como no todo fin justifica los medios, esos propósitos deben tener un marco de desarrollo, lineándose a unos pilares o mas bien conocidos principios a destacar el de igualdad entre Estados, buena fe, pasividad, por tanto no uso de amenazas, independencia y aunque en principio dichos acuerdos son imperativos a los Estados miembros, también será vinculante en los territorios donde sea detectada amenaza o vulneración de la seguridad internacional aun sin ser miembros, enunciando esa potestad del uso de la fuerza y de medidas coercitivas a cargo de el arbitrio de las Naciones (Carta ONU art. 1 § 2).

Dentro de su capítulo tercero se establecen los órganos principales de las Naciones Unidas "una Asamblea General (AG), un Consejo de Seguridad(CS), un Consejo Económico y Social (CES), un Consejo de Administración Fiduciaria (CAF), una Corte Internacional de Justicia (CIH), una Secretaria" (Carta ONU, art. 7). La AG es el órgano dentro del cual se llevan a cabo las deliberaciones entre los estados miembros que a la fecha cuenta con la participación de 193 Estados. Los asuntos que son competencia de la AG son temas referentes a la paz, admisión de nuevos miembros y asuntos presupuestarios (Naciones Unidas, 2021). Sinembargo, todos los asuntos asumidos por el CS referentes a mantenimiento de paz y seguridad, no serán susceptibles de recomendación alguna por parte de la AG salvo solicitud del CS (Carta ONU art.12). El presidente de la AG funge su cargo durante un año, es elegido en las sesiones ordinarias que se llevan a cabo de forma anual aunque también existen sesiones extraordinarias por cuestiones que lo ameriten.

El CS actualmente tiene una conformación de 15 miembros, dentro de los cuales, desde la firma de la carta, 5 de ellos con miembros permanentes que corresponde a China, Francia, Rusia, Reino Unido y Estados Unidos. Los miembros no permanentes serán elegidos por periodos de dos años, pero dos de ellos lo harán solo por 1 año (Carta ONU art. 23). Pese a que cada miembro del CS posee un voto, solo los 5 miembros permanentes cuentan con

el poder de veto. La determinación de los actos constitutivos de amenaza o agresión hacia la paz internacional están a su cargo (Carta ONU art. 24), estando facultado para ejecutar las actuaciones necesarias para concretar acuerdos por vía pacifica pero también puede imponer sanciones o usar la fuerza para estos fines. Las decisiones allí tomadas tienen efecto para todos los estados miembros (Carta ONU art.25) y en caso de ser requerido lo será para países no miembros.

Las funciones y poderes atribuidos al CS están desarrollados en los capítulos VI (arreglo pacifico de controversias), VII (Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión), VIII (Acuerdos regionales) y XII (Régimen internacional de administración fiduciaria) de la carta de Naciones Unidas (Carta ONU art.24). En cuanto el capítulo VI, las Naciones Unidas como órgano de la paz, opta por brindar las pautas en caso de controversia con potencial beligerante contraventor del mantenimiento de la paz y seguridad, debe ser resuelta por vías de derecho, con animo conciliatorio teniendo una gama de opciones pacíficas a seleccionar y dando posibilidad al CS de hacer un análisis a profundidad sobre dichas controversia con el objeto de clasificar el potencial de amenaza internacional (Carta ONU art. 33 § 34). Cuando no hay consenso acerca del medio de resolución de conflictos a poner en marcha, a solicitud de estados miembros o no miembros, o por determinación propia, el CS dictara el procedimiento pertinente a seguir.

De forma problemática, no todos los casos son resueltos por este tipo de vías pacíficas, dentro del capítulo VII es en las situaciones donde sea identificada una amenaza latente o el quebrantamiento de la paz misma. Luego del análisis realizado por el mismo CS podrá realizar las recomendaciones pertinentes, incluso transitorias, para evitar mayor gravedad de los conflictos. (Carta ONU art. 39 § 40). Luego de ser agotadas las vías conciliatorias, queda abierto el panorama con miras al restablecimiento de la paz por medio de actuaciones concretas "El artículo 41 reglamenta la facultad de los miembros del Consejo para decidir las medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada" (Silva & Gener, 2020, p. 248). Dentro de ellas pueden destacarse sanciones de tipo económico, limitación o interrupción en determinadas relaciones comerciales. No obstante, si estas medidas tienen una nula o baja tasa de efectividad será susceptible del uso legítimo de la fuerza.

Cuando la seguridad y la paz internacional se vean seriamente comprometidas o afectadas, después de agotar vías conciliatorias y coercitivas sin obtener resultados benéficos, el uso de la fuerza por el interés común podrá ser ejecutado, el restablecimiento de la paz puede darse por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, en cuyo compromiso deben acudir todos los Estados Miembros cuando sea solicitado por el CS para que contribuyan con el pie de fuerza necesario, esto debe hacerse por medio de convenios concertados entre el consejo y posterior ratificación por el país signatario (Carta ONU art. 42 § 43).

"En relación con ello se regula en el artículo 45 la potestad de establecer la potencia y el grado de preparación de los contingentes y los planes para su acción combinada. El 46

establece que los referidos planes estarán confeccionados por el Consejo con la ayuda del Comité de Estado Mayor, el cual, según el artículo 47 estará integrado por los Jefes de Estado Mayor de lo miembros permanentes del CS o sus representantes" (Silva & Gener, 2020, p. 248)

Siendo entonces estas disposiciones las concernientes al uso de medidas de carácter coercitivo en aras del sostén y mantenimiento de la paz. Dentro del capítulo VIII podemos hallar inmerso lo relacionado con acuerdos generados entre países con el fin del mantenimiento de la paz o de la creación de organismos para el mismo fin, siendo estos creadores de una instancia pacifica antecesora al sometimiento de la opinión por parte del CS. También, previa autorización por parte del CS, pueden ser aplicadas medidas de carácter coercitivo por medio de estos acuerdos y define como "Estados enemigos" a todo Estado que tuviere esta condición en contra de uno de los países miembros durante la segunda guerra mundial (Carta ONU art. 52 § 53).

En cuanto el capítulo XII, esta prescrita la creación de un régimen de administración fiduciaria internacional para control y vigilancia de los territorios que sean puestos bajo la vigilia de régimen. La administración fiduciaria en mención debe velar por el fomento de la paz, promoción de la institucionalidad política, mejora de situaciones económicas, enfoque social y educativo también con el objeto de la promoción por el respeto de las garantías y libertades fundamentales a todos por el simple hecho de ser seres humanos. (Carta ONU art. 75 § 76). Esta autoridad administradora actuara en territorios bajo mandato o que autónomamente se sometieron a este régimen la cual es creadora de una autoridad quien desenvolverá dichas funciones.

La forma en que se ha materializado las funciones descritas de los capítulos mencionados anteriormente, desde la culminación de la segunda guerra mundial, ha sido por medio de las Operaciones de Mantenimiento de la paz (OMP). Esta es la clasificación general, teniendo clasificaciones especiales dependiendo el objetivo trazado por el mandato de la ONU. Dentro de ellas se destacan las misiones de *Peacemaking* (prevención del conflicto), *Peaceenforcement* (imposición de la paz), las mas utilizadas en la actualidad, las misiones de *Peacekeeping* (mantenimiento de la paz) y *Peacebuilding* (construcción de la paz). (Ministerio de Relaciones Exteriores, citado por Romero Echeverri, 2012, pp.1)

El Estado colombiano es uno de los miembros fundadores de la ONU, en aquel entonces fueron 51 países los pioneros en comprometerse en mantener la paz y la seguridad internacional. La Carta de Naciones Unidas fue ratificada por Colombia el 5 de noviembre de 1945. También Colombia ha sido miembro no permanente del Consejo de Seguridad por siete ocasiones, la primera de ellas datada en 1946 (Cancillería de Colombia, 2021).

El 16 de enero de 2015, en la ciudad de Nueva York, fue celebrado el "Acuerdo Marco entre las Naciones Unidas y el Gobierno de la República de Colombia relativo a las contribuciones al sistema de acuerdos de fuerzas de reserva de las Naciones Unidas para las operaciones

de mantenimiento de la paz". Dicha reglamentación y ratificación del acuerdo, y siendo objeto de materia los derechos humanos, por bloque de constitucionalidad entra por vía legislativa el 11 de julio de 2016 la ley 1794 de 2016, por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo marco entre las Naciones Unidas y el Gobierno de la República de Colombia relativo a las contribuciones al sistema de acuerdos de fuerzas de reserva de las Naciones unidas para las operaciones de mantenimiento de paz", tramitado por el proyecto de ley número 164 de 2015. De esta forma el gobierno colombiano se compromete con la contribución de las OMP, no solo por ser un país miembro, sino como contribuyente directo de recursos requeridos como: Unidades del ejército, navales, de fuerza aérea y de policía.

Esta ley por contener objeto de materia internacional y constitucional fue objeto de análisis de constitucionalidad por parte de la corte constitucional, quienes por medio de la sentencia C-214 de 2017 declaran la exequibilidad del acuerdo suscrito en materia de la concordancia entre las obligaciones adquiridas por el estado colombiano a nivel internacional concordantes con principios adaptados como : "proscripción de la guerra, solución pacifica de controversias, el respeto por la soberanía nacional de los Estados, el principio de no intervención y el pact sunt servanda". Siendo concordantes con el acuerdo suscito y dando paso a su constitucionalidad.

2.1 Operaciones de Mantenimiento de la Paz en Haití antes del 2003

La situación de anarquía, desorden social, pobreza, detrimento de institucionalidad sumado a altas tasas de inmigrantes forzados llamaron nuevamente la atención de la comunidad internacional sobre el caso haitiano, teniendo una envergadura mucho más grande producto del derrocamiento de Aristide. Tras intentos fallidos hechos por la Organización de Estados Americanos y el reporte del representante permanente en Haití, en el año 1993 es asumido el asunto por el CS órgano oficial de las Naciones Unidas en temas relacionados con estabilidad, mantenimiento de la paz y seguridad internacional. El golpe militar fue perpetrado el 30 de septiembre de 1991 en cabeza del General Raúl Cedrás. La ola de violencia desencadenada desde este suceso fue de tal magnitud que "La AG y el CS condenaron el golpe y el uso de la violencia, la coacción militar y la violación de derechos humanos" (Vich, 2005, p.107).

Los organismos internacionales instaron a los golpistas sobre la necesidad de restaurar el gobierno legítimo de Aristide quien había sido elegido con el 67% de los votos. En diciembre de 1992 fue enviado a Haití un representante permanente especial con la función de encontrar una solución pacifica al conflicto (Vich, 2005, p.107). Al no lograr los objetivos esperados, el dia 7 de junio de 1993 el Representante Permanente de Haití dirige una carta (S/25958) al presidente del CS con recomendación explicita de efectuar un embargo comercial respaldado a su vez por resoluciones de la Organización de Estado Americanos (OEA). Dichas medidas son acogidas por el CS, por medio de la Resolución 841 de 16 de junio de 1993, en donde facultado por el capítulo VII de

la Carta de Naciones Unidas impone medidas de índole comercial, prohibiendo a todos los Estados la venta o suministro a Haití de petróleo y sus derivados además de la venta de cualquier tipo de armamento, prohíbe la entrada dentro de toda su extensión territorial terrestre y marítima de cualquier tipo de transporte petrolero o de suministro de armas y crea un comité para la regulación del suministro esencial de estos derivados. Se faculta en el capítulo VIII para la imposición del mandato a todos los Estados miembros y que cumplan los acuerdos.

Luego de transcurrir aproximadamente dos meses a partir de la imposición de estas medidas, para que estas sean suspendidas, es firmado el acuerdo Governors Island entre Aristide y Cedras, el cual, por compromiso de las partes busca una tregua política, restablecimiento del parlamento, elección del primer ministro y la restauración el día 30 de octubre de 1993 del presidente electo. Esta tregua de celebro oficialmente el 13 de agosto de 1993 con un periodo de seis meses, a través del Pacto de Nueva York, y el cual prescribe que en dicha extensión de la tregua, no podrá hacerse moción de censura al nuevo gobernante, insta a las Fuerzas Armadas a cumplir con la institucionalidad, garantías de derechos fundamentales y por supuesto la promesa de no violencia. Así las cosas las medidas de embargo contenidas en la Res/841/93 del numeral 5 al 9 fueron suspendidas, dejando abierta la posibilidad de reimposición en caso de incumplimiento y hace la extensión de dicha información a todos los estados por medio de C.S. ONU (1993, S/RES/861).

Dentro del acuerdo Governors Island, en el numeral 5 prescribe la ejecución de i) asistencia técnica y financiera para el desarrollo, ii) asistencia para reforma administrativa y judicial y iii) asistencia para la modernización de las FA y creación de un nuevo cuerpo de Policía. Por tal razón es desplegado un personal de 30 personas encargadas del evaluó de las necesidades logísticas, operativas y administrativas para efectuar este apoyo con un periodo de 30 días para finalizar el informe (C.S. ONU, 1993, S/RES/862). Las recomendaciones por el secretario general fueron entregadas el 21 de septiembre de 1993 (S/26480) junto con el emitido el 25 de agosto del mismo año (S/26352) dentro de las cuales solicita sea autorizada la creación de la UNMIH (Misión de las Naciones Unidas en Haití) por un periodo inicial de 6 meses susceptible de prórroga, en tanto el CS decide desplegar 567 observadores de la Policía de las Naciones Unidas (PNU), una unidad militar de aproximadamente 700 integrantes con 60 instructores militares y finalmente exhorta del efecto vinculante que tiene el gobierno para brindar las condiciones para la realización de dichas tareas, este mandato creador de UNMIH fue emitido el 23 de septiembre de 1993 por medio de C.S. ONU (1993, S/RES/867).

Pero dicho despliegue de UNMIH no fue posible dentro de lo presupuestado por Naciones Unidas, debido a la ausencia de condiciones para que la misión comenzara sus labores. Además es tomado como que las FA haitianas y su cuerpo policial no están cumpliendo de buena fe el acuerdo de Governors Island lo cual motiva al CS que el día 13

de octubre de 1993 se deje sin efectos la suspensión del embargo comercial contenidas en la resolución 861 de 1993, volviendo la vigencia de dicho bloqueo económico en venta y suministro de petróleo y armamento, el día 18 de octubre del mismo año prescrito por medio de C.S. ONU (1993, S/RES/873). Y exhorta a la adopción de dichas medidas a los Estados miembros de su deber de cumplimiento en C.S. ONU (1993, S/RES/875).

Las metas no estaban siendo sufragadas y tras la prórroga del mandato de UNMIH hasta el 30 de junio de 1994 en C.S. ONU (1994, S/RES/905).

Posteriormente el CS de seguridad opta por aumentar las medidas instauradas por medio de las resoluciones 841 (1993) y 873 (1993), por ello en virtud del Capítulo VII de la carta de naciones, decide exhortar a las partes del conflicto sobre la necesidad de solución pacifica, prohíbe los vuelos y sobrevuelos en territorio haitiano salgo razones humanitarias, prohíbe el ingreso de miembros de la fuerza militar y policiva haitiana, autores del golpe militar, gobernantes y de sus familiares, prohíben el ingreso en cualquier territorio de los miembros. Decide además efectuar una congelación dentro del flujo de recursos allegados a Haití y prohíbe la importación de cualquier tipo de producto de origen haitiano, dichas disposiciones emitidas el 6 de mayo de 1994 por C.S. ONU (1994, S/RES/917).

Estas rigurosas medidas fueron sostenidas hasta que el 29 de septiembre de 1994, debido a la partida de los autores del golpe de Estado y ante en inminente regreso de Jean-Bertrand Aristide junto con la institucionalidad del país, es decidido que a partir del día siguiente a la nueva posesión de Aristide, sean suspendidas todas las medidas que versan de las resoluciones 841 (1993), 873 (1993) y 917 (1994) por medio de C.S. ONU (1994, S/RES/944). El 15 de octubre del mismo año regresa a la presidencia Aristide quien se compromete a reconstruir la institucionalidad, aplicar el acuerdo de *Governors Island*, así mismo el Pacto de Nueva York y apoyo al despliegue de UNMIH C.S. ONU (1994, S/RES/948). Tras el progreso positiva de la UNMIH se autoriza el aumento gradual de hasta 500 nuevas personas para la implementación de la transición de fuerza multinacional por la declaratoria de Haití como un entorno seguro y estable, cambiando la razón de la misión (C.S. ONU (1994, S/RES/964).

Pese a los avances obtenidos por la UNMIH, el secretario permanente de Haití y la OEA hacen hincapié sobre la importancia de capacitación de la fuerza policial haitiana, necesidad de más efectivos en la misión sumado de extensión temporal para finiquitar asuntos antes de transición, basado en estas prerrogativas es prórrogado el tiempo del mandato de UNMIH 6 meses más añadido la autorización del despliegue de un máximo de 6.000 efectivos y 900 policías civiles, según C.S. ONU (1995, S/RES/975). Dicha prórroga mencionada, que culminaba el 31 de julio de 1995, es nuevamente prórrogada por siete meses mas, con motivo a la cercanía con las nuevas elecciones y para observar la transición de poderes (C.S. ONU (1995, S/RES/1007).

Las elecciones celebradas el 7 de febrero de 1996 dieron como ganador de la presidencia a René Préval, el Secretario General recomienda una asistencia al nuevo gobierno democráticamente elegido en Haití, subrayando nuevamente el énfasis sobre una fuerza de policía profesional, operativa y autónoma en Haití. Con esta motivación prórroga 4 meses mas el mandato reduciendo significativamente el pie de fuerza en hasta un máximo de 1.200 efectivos y 300 policías civiles (C.S. ONU,1996, S/RES/1048).

Aunque se buscaba el fin de la misión UNMIH, las Naciones Unidas no desistían del propósito de la implementación de un cuerpo de policía haitiana dotado de las capacidades para afrontar los retos venideros en cuanto mantenimiento de la paz, teniendo en cuenta estas razones, es creada la Misión de Apoyo de Las Naciones Unidas en Haití (UNSMIH), cuyo objetivo principal es la asistencia en la implementación de esa profesionalización de la fuerza nacional policial efectiva. Dicha misión estaría compuesta por 600 efectivos y 300 funcionarios de policía civil. (C.S. ONU, 1996, S/RES/1063). Esta misión tuvo varias prórrogas, la primera de ellas fue el 29 de noviembre de 1996, aumentando el periodo del mandato hasta el 5 de diciembre del mismo año a través de C.S. ONU (1996, S/RES/1085). La segunda extendió el mandato hasta el 31 de mayo de 1997, con orden de comenzar a efectuar la partida del personal de forma gradual (C.S. ONU, 1996, S/RES/1086). Su tercer y última prórroga fue extendida hasta el 30 de noviembre de 1997, siendo el final de UNSMIH, pero también dando paso a otra misión con personal mas reducido con el mismo objetivo de instrucción llamada UNTMIH, reduciendo a 250 efectivos y 50 soldados máximo (C.S. ONU, 1997, S/RES/1123).

El 29 de octubre de 1997 el presidente René Préval eleva una solicitud al Secretario General y al CS resaltando nuevamente el papel fundamental que han de desarrollar la adecuada capacitación o posterior funcionamiento de las Policía nacional de Haití (PNH), en respuesta a dicha solicitud es creada una nueva misión enfocada a la profesionalización de la PNH, conformada por 300 funcionarios de la policía civil, esta seria denominada la Misión de Policía Civil de las Naciones Unidas en Haití (MIPONUH) con un periodo inicial estimado hasta el 30 de noviembre de 1998 con base en C.S. ONU (1997, S/RES/1141). Esta misión fue objeto de prórroga hasta el 30 de noviembre de 1999, con intención de no prórroga, pero si analizar otras formas de asistencia por parte de las Naciones Unidas (C.S. ONU, 1998, S/RES/1212). Con miras a cambiar la forma de asistencia en Haití, se establece una transición por etapas de las funciones de la MINOPUH y de la Misión Civil Internacional en Haití (MICIVIH) a la nueva Misión Civil Internaciones de Apoyo a Haití (MICAH) hasta 15 de marzo de 2000. (C.S. ONU, 1999, S/RES/1277).

2.2 Operaciones de Mantenimiento de la paz después del 2003

Las elecciones presidenciales y parlamentarias celebradas el 26 de noviembre del 2000, dieron como ganador a Aristide, esta victoria no cayo muy bien entre sus contradictores, quienes no reconocieron el mandato presidencial generando consigo la desaparición del Parlamento, fue congelada la ayuda por parte de la ONU además del retiro de su última misión MICAH (Vich, 2005, p.112). Amiot Metayer, un punzante opositor de Aristide, estaba al mando de los chimères, grupos de choque contraventores del gobierno. Al ser exhortado por la OEA de su apresamiento, Aristide mete a la prisión de Gonaives a Metayer, quien tenía un gran número de simpatizantes, generando que una multitud protestara en contra de su arresto y posterior a ellos, en medio de enfrentamientos derribaron las paredes de la cárcel para lograr liberar a su líder. En su libertad retomo las armas, en septiembre de 2003 fue asesinado, generando la inestabilidad por el alzamiento en armas de la FRAPH (estructura paramilitar derechista) (Vich, 2005, p.113). Retornando a la precaria situación de inseguridad predominante en el país durante su historia.

El CS se vio nuevamente preocupado por el deterioro en el mantenimiento de la paz suscito en Haití. Acogiendo las iniciativas e informes previos realizados por la Comunidad del Caribe (CARICOM) junto a la OEA, tras la renuncia a la presidencia por parte de Aristide, es solicitada la ayuda internacional por parte del nuevo presidente interino Boniface Alexandre con el fin del restablecimiento de la paz. Es decidido entonces el 29 de febrero de 2004 el despliegue de una Fuerza Multinacional Provisional (FMP) cuya misión era asistir humanitariamente al gobierno restableciendo el orden democrático y constitucional del país a través de C.S. ONU (2004, S/ RES/1529).

Como su nombre lo indica, la fuerza desplegada es de carácter provisional, por ello el 30 de abril de 2004 el CS reafirmando el apoyo al gobierno de transición en el restablecimiento de la paz, decide establecer la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH) ya que la situación haitiana supone un riesgo para la seguridad internacional. La creación de la MINUSTAH se efectúa por medio de C.S. ONU (2004, S/ RES/1542). La transición con la FMP debía efectuarse el 1 de junio de 2004 y su periodo inicial era concebido de 6 meses susceptible de prórroga. En esta misión son desplegados un máximo de 6.700 efectivos. En uso de las facultades otorgadas por el Capítulo VII de la carta de naciones unidas, los objetivos multidimensionales de MINUSTAH son: i) Entorno seguro y estable, brindando apoyo al gobierno de transición para lograr recuperar la institucionalidad del país y supervisando y asistiendo la reforma de la PNH. ii) Proceso político, asistiendo al gobierno en el restablecimiento de las vías democráticas y políticas propiciando el escenario para unas elecciones imparciales y libres. Y iii) Derechos humanos, reuniendo sus esfuerzos para el restablecimiento de las garantías fundamentales, con especial objeto los derechos de los niños y de las mujeres.

La misión de MINUSTAH fue objeto de 17 prórrogas en total, la primera de ellas se dio mediante C.S. ONU (2004, S/RES/1576) extendiendo la misión hasta el 1 de junio de 2005 confirmando la intención de su renovación de forma periódica. El 13 de mayo de 2004 por medio de C.S. ONU (2005, S/RES/1601), es prórrogado el mandato hasta el 24 de junio de 2005. Las nuevas elecciones en Haití debían ser celebradas el 7 de febrero de 2006, para garantizar el orden y la elección transparente, extiende por tercera vez el mandato hasta el 15 de febrero de 2006 y ordenando un aumento en el pie de fuerza de 50 efectivos militares destinados a labores de inteligencia y 275 oficiales de policía mas prescrito en C.S. ONU (2005, S/RES/1608). Dichas elecciones otorgaron la victoria a René Préval, en procura de la posesión del mismo y de las elecciones municipales y locales previstas el 30 de abril de 2006, decide dar prórroga de la misión por cuarta vez hasta el 15 de agosto de 2006. (C.S. ONU, 2006, S/RES/1658).

El 15 de agosto de 2006, además de extender la misión de MINUSTAH, por quinta vez, hasta el 15 de febrero de 2007, el CS decide recomponer el número de personal desplegado, estipulando un máximo de 7.200 efectivos y un componente de policía de máximo 1.951 integrantes. Además, con proyección a mitigar los problemas penitenciarios y judiciales que aquejaban al país, ordena despliegue de 16 oficiales penitenciarios. Recalca la importancia de que el talento humano reclutado domine el idioma francés a cabalidad (C.S. ONU, 2006, S/RES/1702). La sexta prórroga aconteció el 15 de febrero de 2007, prolongando la operación hasta el 15 de octubre de 2007, instando al sostén de los objetivos expuestos en resolución 1542 (2004), 1608 (2004) y el añadido lo implementado por la resolución 1702 (2006) implementando lo que sea necesario para la reforma y mejora de la administración judicial y penitenciaria del país además de la reforma estructural de la PNH (C.S. ONU, 2007, S/RES/1743).

El 19 de abril de 2007 las elecciones locales y municipales fueron celebradas con éxito, decide reformar el pie de fuerza de hasta 7.060 efectivos militares y 2.091 policías, continuando los esfuerzos por la preparación de la PNH, centros judiciales y penitenciarios. Se ordena el refuerzo en la vigilancia de las zonas fronterizas marítimas aumentando el patrullaje marítimo y costero, teniendo así ocasión la séptima prórroga de la misión hasta el 15 de octubre de 2008 según C.S. ONU (2007, S/RES/1780). La conformación del gobierno de la primera ministra Michèle Pierre-Louis y la reafirmación por parte del parlamento son vistos con buenos ojos por parte de la comunidad internacional, sinembargo decide mantener el mismo personal desplegado y por octava ocasión prórroga el mandato hasta el 15 de octubre de 2009. (C.S. ONU, 2008, S/RES/1840).

Entre el año 2008 y 2009, en territorio haitiano se presentaron varios huracanes que generaron diversos daños económicos y por ende sociales, se encaminan los esfuerzos a mitigar los riesgos provenientes de estos siniestros naturales, además de los objetivos previamente trazados, extendiendo el mandato por novena ocasión hasta el

15 de octubre de 2010 por vía de C.S. ONU (2009, S/RES/1892). Sumado a las problemáticas nacidas a raíz de los huracanes mencionados, el 12 de enero de 2010 ocurre el terremoto en Haití cuyas consecuencias fueron nefastas, en ocasión a la tragedia el 19 de enero de 2010 el CS aumenta el personal desplegado en la misión estipulando hasta 8.940 efectivos y 3.711 miembros de la policía sustentado en C.S. ONU (2010, S/RES/1908). Sumado a este esfuerzo el 4 de junio del mismo año se autorizo el despliegue adicional de 680 agentes de policía, quedando así un total de 4.391 policías de forma temporal (C.S. ONU, 2010, S/RES/1927). La decima prórroga es efectuada hasta el 15 de octubre de 2011, con énfasis en las entrantes elecciones el 28 de noviembre del mismo año, manteniendo el mismo número de efectivos desplegados en territorio (C.S. ONU, 2010, S/RES/1944).

Pese a los obstáculos presentados, había vestigios de avance dentro de estos procesos, por destacar estaría el nombramiento del primer ministro Garry Conille y por el lado de la Corte Suprema de Justicia también estaba en proceso de elección de presidente. Sinembargo resalta el menester de reducir el número de desplazados internos que al 14 de octubre de 2011 redundarían aproximadamente 600.000, destaca la importancia de la remoción de escombros producto de fenómenos naturales, tomar acciones para erradicar el brote de cólera iniciado a finales de 2010, continúan los procesos de consolidación democrática, sinembargo es reducido el personal desplegado renovándose así a 7.340 efectivos y 3.241 miembros de la policía , a su vez es extendido el mandato por decimo primera ocasión hasta el 15 de octubre de 2012, todo con base en la C.S. ONU (2011, S/RES/2012).

Dentro de las estrategias promovidas para el fortalecimiento de la PNH, se crea un plan quinquenal de revisión entre 2012-2016, añadido de la instauración del consejo superior del poder judicial, recomienda refuerzo en patrullaje fronterizo, encomia esfuerzos para combatir el brote de cólera persistente y reitera la importancia de acabar con el desplazamiento interno que al 21 de octubre de 2012 oscilaría un aproximado de 390.000 desplazados forzados, 210.000 menos que el año inmediatamente anterior. Plantea como objetivo de la MINUSTAH para el año 2016 contar con 15.000 agentes de policía para conformar la PNH y garantizar su autonomía. Es reducido el personal desplegado reduciendo la cifra a 6.270 efectivos y 2.601 policías y por decimo segunda vez es prórrogado el mandato hasta el 15 de octubre de 2013 (C.S. ONU, 2012, S/RES/2070).

Durante el año de vigencia de la decimo segunda prórroga pudo resaltarse la creación del Colegio de Transición del Consejo Electoral Permanente encaminándose así a poder celebrar las siguientes elecciones de noviembre de 2013, el gobierno de Michel Martelly pregona la implementación de la política de las 5Es (Empleo, educación, energía, Estado de derecho y Medio Ambiente), solicita sea expedido y reforzado un control de la circulación de armas pequeñas, en lo concerniente a licencia, elaboración

y generar una doctrina especifica sobre la materia, así mismo es reducida a 279.000 la cifra de desplazados, 111.000 menos que el año anterior, también es reducido el pie de fuerza quedando 5.021 efectivos y 2.601 policías y por decimo tercera ocasión es extendido el periodo del mandato hasta el 15 de octubre de 2014 datado de C.S. ONU (2013, S/RES/2119). En el intermedio entre la vigencia y la nueva extensión del mandato, Haití suscribió el acuerdo de El Rancho, teniendo como fin la conversión del Colegio de Transición del Consejo Electoral Permanente en el nuevo Consejo Electoral Provisional, además, que tras muchas postergaciones debe haber un plazo máximo para modificar la ley electoral en el 2013. Persiste el brote de cólera, pero elogia la creación del Comité de Alto Nivel para la Eliminación del Cólera sugerida por la "Campaña de saneamiento total". En cuanto a la cifra de desplazados al 14 de octubre de 2014 se aproxima a 85.432, quiere decir 193.568 desplazados menos que el año anterior, continua la reducción del personal desplegado, esta vez resultando 2.370 efectivos pero manteniendo 2.601 agentes de policía, esta constituye la prórroga decimo cuarta, hasta el 15 de octubre de 2015. (C.S. ONU, 2014, S/RES/2180).

El 9 de agosto de 2015 fueron celebradas las elecciones legislativas del país en un ambiente relativamente neutral, se espera que en ese mismo año sean elecciones presidenciales, municipales y locales, son continuos los esfuerzos, por el robustecimiento de la independencia judicial, mejora penitenciaria e instrucción de PNH. Se celebra en enero la primer reunión del Comité de Alto Nivel para la Eliminación del Cólera al 14 de octubre de 2015 se estima alrededor de 60.801 desplazados internos, 24.631 menos que el año anterior, esta decimo quinta prórroga añadió tiempo a la misión hasta 15 de octubre de 2016 como retrata C.S. ONU (2015, S/RES/2243). Con ocasión del Huracán Matthew las elecciones previstas para el 9 de octubre de 2016 tuvieron que ser aplazadas, teniendo que ser removida la fecha. En vista de la culminación del plan quinquenal de revisión de la policía 2012-2016 se crea un Plan Estratégico para 2017-2021, se hace énfasis en la sequia por la cual atraviesa el país lo que ha conducido a fuertes sequias, razón por la cual estiman que 3.6 millones de personas estarían sufriendo inseguridad alimentaria y menos alentador, de este número 1.5 millones sufrirían inseguridad alimentaria aguda. Es extendido el mandato por decimo sexta vez hasta el15 de abril de 2017 a través de C.S. ONU (2016, S/RES/2313).

Las elecciones habían transcurrido de forma pacifica, los nuevos retos y obstáculos fueron en especial trazados con el paso del huracán Matthew, habiendo generado siete unidades de policía durante MINUSTAH se emprende el final de la misión, ordenando una reducción gradual del personal hasta el 15 de octubre de 2017 donde finalizaría la decimo séptima prórroga del mandato, sin dejar de lado su compromiso con el fortalecimiento con las instituciones jurídicas y administrativas del país, por ello mediante la C.S. ONU (2017, S/RES/2350) es finalizada la MINUSTAH, haciendo transición a la Misión de las Naciones Unidas de Apoyo a la Justicia en Haití (MINUJUSTH) cuyos

objetivos son el fortalecimiento de las instituciones de estado de derecho del país y continuar prestando asistencia en la formación de la PNH, MINUJUSTH contaría con 980 efectivos y 295 policías.

El mandato de MINUJUSTH fue prórrogado por primera vez hasta 15 de abril de 2019 y encaminado a confrontar delitos como el del narcotráfico es que estrecha la colaboración con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) ordenándose a su vez reducción gradual de personal (C.S. ONU, 2018, S/RES/2410). La última extensión de dicho mandato fue dispuesta hasta 15 de octubre de 2019, expresando los lineamientos de transición necesarios a adoptar, además de la necesidad de buscar un modelo de ayuda por parte de Naciones Unidas pero que ya no sea por vía de las misiones de mantenimiento de la paz (C.S. ONU, 2019, S/RES/2466).

Con base en los reiterados fenómenos naturales ocurridos en territorio haitiano, persistencia del cólera, inseguridad alimentaria entre otras problemáticas, las Naciones Unidas toman la decisión que al siguiente día de la culminación del mandato de MINUJUSTH, el día 16 de octubre de 2019 sea instaurada, inicialmente por un año, la Oficina Integrada de las Naciones Unidas en Haití (BINUH) cuyas funciones destacan: Asesoría al gobiernos con proyección a la consolidación del estado social y democrático de derecho, planificación de elecciones libres y transparentes, refuerzo del cuerpo de policía nacional haitiano incluida la capacitación para que no sean perpetradores de la vulneración de derechos ellos mismos, reducir los índices de la violencia en todas sus manifestaciones además de fortalecer las instituciones del sector de la justicia. Esta oficina fue creada a través de C.S. ONU (2019, S/RES/2476). La primer prórroga de BINUH fue llevada a cabo el 15 de octubre de 2020 extendiendo el mandato hasta el 15 de octubre de 2021 (C.S. ONU, 2020, S/RES/2547). Lo mas probable es que en el mes de octubre rea emitida nueva resolución del CS con miras a regular la situación actual del país.

CONCLUSIONES

Para dar un cierre adecuado a tan importante temática, se pueden apreciar diferentes puntos centrales en lo que fue el desarrollo general de las diferentes misiones de paz por parte de las Naciones Unidas y las cuales se implementaron en Haití, el desenvolvimiento que trajo las misiones, ocasionó que se crearán diversas posturas frente a los resultados que se observaron, parte de la población Haitiana mostró cierto rechazo o descontento, en realidad se veía que no querían la presencia de las naciones unidas en territorio Haitiano, asimismo había otro porcentaje de la población que estaba realmente agradecido, y contaban con que las misiones siguieran con sus despliegues, todo con tal de que se pudiera mejorar la condición que atravesaba a Haití.

La participación por parte del personal humanitario internacional para el restablecimiento de las condiciones de seguridad y de mantenimiento de la paz en territorio haitiano ha brindado soluciones eficaces pero temporales, ya que el orden social, político y económico alcanzado durante largos años de mandatos y misiones se ha visto quebrantado rápidamente tras la corta ausencia de dichos organismos. Esto se puede ver reflejado por una parte, por las continuas y reiteradas prórrogas y extensiones de tiempos en los periodos de los mandatos dentro de las misiones analizadas en el escrito. Además que las últimas tres décadas el pueblo de Haití ha sido objeto de constantes despliegues sin que haya señal pronta, de su no dependencia, para su correcto funcionamiento interno, sin que exista de por medio asistencia internacional, en este caso de las Naciones Unidas, aunque en la actualidad no existe un despliegue de misión, si existe asistencia por medio de una oficina asesora BINUH que, en menor escala y medida, continua con la implementación de los objetivos similares a los de misiones antecesoras.

La corta duración de los periodos presidenciales, parlamentarios y decadente poder judicial han sido consecuencia de los constantes golpes de estado, utilización de vías de hecho y corrupción dentro de las instituciones sumándose a ello el paso devastador constante de fenómenos naturales como huracanes, ejemplo de esto el huracán Matthew, o el terremoto con efectos devastadores ocurrido en 12 de enero de 2010 han hecho mella en el rumbo de estos objetivos, motivo que de igual forma ha contribuido al retraso de avances y consecuencia de ellos postergación de los periodos de los mandatos.

Desde la independencia de Haití, ha sido sujeto de bloqueos de tipo comercial y económico, pese a que su teleología era en aras de conseguir el acatamiento de diversas condiciones intermediarias para mantener la paz, mucho de estas imposiciones pudo significar el atraso económico de muchas partes dentro del pueblo haitiano haciéndose mas dependientes de las contribuciones de índole internacional para su subsistencia con serios déficit en la seguridad alimentaria.

La extensión de dichas misiones debe hacer suponer el cambio en los enfoques dentro de las misiones por sus lentos avances, y además consolidar el hecho de ser mas propositivos respecto a brindar asistencia para crear una autonomía administrativa suficiente para que no sea fácilmente desmoronado el orden político ante la ausencia de personal humanitario, lo que supone a su vez, como afirman muchos autores, también el papel del consejo de seguridad en estas actuaciones. El papel de los 15 miembros del consejo de seguridad, aunque ya ha sido modificado desde su creación en 1945, ha sido llamado a ser reformado por la ampliación del total de estados miembros añadido el reiteradamente cuestionado poder de veto de los 5 miembros permanentes del consejo y el papel que supone esto para las actuaciones internacionales debe ser nuevamente analizado y propuesto un orden tendiente a mayor democracia.

REFERENCIAS

Banco Mundial (2019), Recuperado de https://datos.bancomundial.org/pais/haiti?-view=chart

Carta ONU ¿??

Herrera Cañavera, C. L. (2015). *Limitaciones y obstáculos de MINUSTAH en materia de cooperación humanitaria y desarrollo en Haití* (2000-2014) (Doctoral dissertation, Universidad del Rosario).

Jaramillo, L. (2018). *La participación del Ecuador en la misión de estabilización de las Naciones Unidas para Haití: un análisis en dos niveles.* Orientador: Santiago Basabe. 2011. 104p (Doctoral dissertation, Disertación (Maestría en Relaciones Internacionales)–Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)–Quito, 2011. Disponible en: http://repositorio. flacsoandes. edu. ec/handle/10469/9256. Acceso en: 19 sept).

Navas, C.A., & Navas, C. F (1973) *El estado constitucional.* Dykinson.

Romero Echeverri, S. (2012). *Análisis del papel de Argentina y Brasil en la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH) en materia de reestructuración de la Fuerza Pública y consolidación del proceso democrático.* Período 2004 a 2010 (Doctoral dissertation, Universidad del Rosario).

Silva González, J. L., & Gener Crespo, O. (2020). *El consejo de seguridad de las naciones unidas¿ un órgano democrático?.* Revista Universidad y Sociedad, 12(2), 241-250.

Soto, Maceiras, F. (2010) tool, p. a. a. *la construcción del estado en haití: la política como herramienta y objetivo.*

C.S PRST. 4112.ª Sesión, ONU S/PRST/2000/8 (15 de marzo de 2000)

C.S.Res. 3238ª . Sesión, ONU S/RES/841 (16 de junio de 1993)

C.S Res. 3271ª. Sesión, ONU S/RES/861 (27 de agosto de 1993)

C.S Res. 3272ª. Sesión, ONU S/RES/862 (31 de agosto de 1993)

C.S Res. 3282ª. Sesión, ONU S/RES/867 (23 de septiembre de 1993)

C.S Res. 3291ª. Sesión, ONU S/RES/873 (13 de octubre de 1993)

C.S Res. 3293ª. Sesión, ONU S/RES/875 (16 de octubre de 1993)

C.S Res. 3352ª. Sesión, ONU S/RES/905 (23 de marzo de 1994)

C.S Res. 3376ª. Sesión, ONU S/RES/917 (6 de mayo de 1994)

C.S Res. 3397ª. Sesión, ONU S/RES/933 (30 de junio de 1994)

C.S Res. 3413ª. Sesión, ONU S/RES/940 (31 de julio de 1994)

C.S Res. 3430ª. Sesión, ONU S/RES/944 (29 de septiembre de 1994)

C.S Res. 3437ª. Sesión, ONU S/RES/948 (15 de octubre de 1994)

C.S Res. 3470ª. Sesión, ONU S/RES/964 (29 de noviembre de 1994)

C.S Res. 3496ª. Sesión, ONU S/RES/975 (30 de enero de 1995)

C.S Res. 3559ª. Sesión, ONU S/RES/1007 (31 de julio de 1995)

C.S Res. 3638ª. Sesión, ONU S/RES/1048 (29 de febrero de 1996)

C.S Res. 3676ª. Sesión, ONU S/RES/1063 (28 de junio de 1996)

C.S Res. 3719ª. Sesión, ONU S/RES/1085 (29 de noviembre de 1996)

C.S Res. 3721ª. Sesión, ONU S/RES/1086 (5 de diciembre de 1996)

C.S Res. 3806ª. Sesión, ONU S/RES/1123 (30 de julio de 1997)

C.S Res. 3837ª. Sesión, ONU S/RES/1141 (28 de noviembre de 1997)

C.S Res. 3949ª. Sesión, ONU S/RES/1212 (25 de noviembre de 1998)

C.S Res. 4074ª. Sesión, ONU S/RES/1277 (30 de noviembre de 1999)

C.S Res. 4919ª. Sesión, ONU S/RES/1529 (29 de febrero de 2004)

C.S Res. 4961ª. Sesión, ONU S/RES/1542 (30 de abril de 2004)

C.S Res. 5090ª. Sesión, ONU S/RES/1576 (29 de noviembre de 2004)

C.S Res. 5192ª. Sesión, ONU S/RES/1601 (31 de mayo de 2005)

C.S Res. 5210ª. Sesión, ONU S/RES/1608 (22 de junio de 2005)

C.S Res. 5372ª. Sesión, ONU S/RES/1658 (14 de febrero de 2006)

C.S Res. 5513ª. Sesión, ONU S/RES/1702 (15 de agosto de 2006)

C.S Res. 5631ª. Sesión, ONU S/RES/1743 (15 de febrero de 2007)

C.S Res. 5758ª. Sesión, ONU S/RES/1780 (15 de octubre de 2007)

C.S Res. 5916ª. Sesión, ONU S/RES/1820(19 de junio de 2008)

C.S Res. 5993ª. Sesión, ONU S/RES/1840 (14 de octubre de 2008)

C.S Res. 6200ª. Sesión, ONU S/RES/1892 (13 de octubre de 2009)

C.S Res. 6261ª. Sesión, ONU S/RES/1908 (19 de enero de 2010)

C.S Res. 6330ª. Sesión, ONU S/RES/1927 (4 de junio de 2010)

C.S Res. 6399ª. Sesión, ONU S/RES/1944 (14 de octubre de 2010)

C.S Res. 6631ª. Sesión, ONU S/RES/2012 (14 de octubre de 2011)

C.S Res. 6845ª. Sesión, ONU S/RES/2070 (12 de octubre de 2012)

C.S Res. 7040ª. Sesión, ONU S/RES/2119 (10 de octubre de 2013)

C.S Res. 7277ª. Sesión, ONU S/RES/2180 (14 de octubre de 2014)

C.S Res. 7534ª. Sesión, ONU S/RES/2243(14 de octubre de 2015)

C.S Res. 7790ª. Sesión, ONU S/RES/2313(13 de octubre de 2016)

C.S Res. 7924ª. Sesión, ONU S/RES/2350 (13 de abril de 2017)

C.S Res. 8226ª. Sesión, ONU S/RES/2410 (10 de abril de 2018)

C.S Res. 8510ª. Sesión, ONU S/RES/2466 (12 de abril de 2019)

C.S Res. 8559ª. Sesión, ONU S/RES/2476 (25 de junio de 2019)

C.S Res. 8768ª. Sesión, ONU S/RES/2547 (15 de octubre de 2020)

Cancillería, recuperado 2021 de https://www.cancilleria.gov.co/organizacion-las-naciones-unidasonu#:~:text=Colombia%20es%20miembro%20fundador%20de,Carta%20Constitutiva%20de%20San%20Francisco.

Casimir, J. (2007). *Haití acuérdate de 1804*. Siglo XXI.

Corte Constitucional [CC], 5 de abril, 2017, MS: G. E. Ortiz, *Sentencia C-214*/2017, [Col.].

Index Mundi. (2020). Título. , Recuperado de Index Mundi https://www.indexmundi.com/haiti/population.htlm

Ley 1794 de 2016. Por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo marco entre Naciones Unidas y el Gobierno de la República de Colombia relativo a las contribuciones al sistema de acuerdos de fuerzas de reserva de las Naciones Unidas para las operaciones de mantenimiento de la paz", suscrito en la ciudad de Nueva York el 26 de enero de 2015. 11 de julio, 2016. DO No. 49.931. (Col.).

Vich, C. R. (2005). Minustah. *Actores, organización y objetivos.* Cuadernos de estrategia, (131), 125-146.

VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER Y SU SIMBOLOGÍA EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO EN C OLOMBIA (2000-2012)

Hangie Katheryne Hernández Jiménez[48]
Laura Valentina Pineda Roldán[49]

RESUMEN

Todas las personas tienen derecho sobre su vida sexual y desarrollo reproductivo, el ejercicio de estos derechos hace a los seres humanos seres libres y autónomos, es por eso que la vulneración de estas garantías trae consigo un fuerte daño físico, emocional y psicológico que afecta no solo a la víctima, también a su círculo social cercano, incluso impacta en cómo es percibida la persona por ella misma y su entorno. Por esto, se han creado mecanismos legales de protección Nacional e internacional que procuran la garantía de este tipo de libertades, en Colombia esa violencia se "condena", no obstante, no ha sido suficiente, la violencia sexual es un fenómeno latente, preocupante, real, como lo muestran las estadísticas.

Los individuos con mayor riesgo de ser víctimas son las mujeres, niñas y adolescentes. Existen características sociales preponderantes para que este tipo de violencia se desarrolle, lo son la escasez de recursos en la que muchas veces habitan las víctimas, el abandono estatal en zonas consideradas como vulnerables o aisladas, la ausencia de conocimiento y educación de los derechos sexuales y reproductivos, entre otras. Esto sumado a aspectos ligados a la cultura patriarcal predominante en nuestro país. La mayoría de las víctimas de este tipo de violencia en Colombia, no cuentan con acceso alguno a acompañamiento médico, psicológico o sistemas que garanticen una reparación integral a su situación.

La violencia sexual ha tenido especial injerencia en la historia de nuestro país, que ha estado marcada por un conflicto armado de más de sesenta años. Esta compleja situación social se convierte en el escenario de miles de abusos y transgresiones sexuales contra mujeres que estuvieron expuestas a la perversidad de hombres, siendo vulneradas y atacadas, expuestas a vejámenes que no pudieron resistir y en la mayoría de los casos siquiera denunciar. Todo lo anterior, sumado a la cosificación de los cuerpos femeninos y el uso de este tipo de violencia como herramienta de sometimiento y demostración de poder sobre sus víctimas, hace que la violencia sexual se convierta en un símbolo de triunfo, de autoridad, en un recurso que puede ser usado para generar miedo, respeto y obediencia.

---

48 Estudiante de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Miembro del semillero de investigación Rafael Uribe Uribe

49 Estudiante de Derecho y Ciencia Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Miembro del semillero de investigación Rafael Uribe Uribe

PALABRAS CLAVE: Violencia sexual, conflicto armado, mujer, víctimas, simbología, grupos armados.

SEXUAL VIOLENCE AGAINST WOMEN AND ITS SYMBOLISM THE FRAMEWORK OF THE ARMED CONFLICT IN COLOMBIA (2000-2012)

ABSTRACT

All people have the right over their sexual life and reproductive development, the exercise of these rights makes human beings free and autonomous, that is why the violation of these guarantees brings with it a strong physical, emotional and psychological damage that affects not only the victim, but also his close social circle, even impacts on how the person is perceived by themselves and their environment. For this reason, legal mechanisms of national and international protection have been created that seek to guarantee this type of freedom, in Colombia this violence is "condemned", however, it has not been enough, sexual violence is a latent, worrying, real phenomenon, as the statistics show.

The individuals most at risk of being victims are women, girls and adolescents. There are preponderant social characteristics for this type of violence to develop, such as the scarcity of resources in which the victims often live, the state abandonment in areas considered vulnerable or isolated, the absence of knowledge and education of sexual and reproductive rights, among others. This added to aspects linked to the prevailing patriarchal culture in our country. The majority of victims of this type of violence in Colombia do not have any access to medical or psychological support or systems that guarantee comprehensive reparation to their situation.

Sexual violence has had a special impact on the history of our country, which has been marked by an armed conflict of more than sixty years. This complex social situation becomes the scene of thousands of sexual abuses and transgressions against women who were exposed to the perversity of men, being violated and attacked, exposed to harassment that they could not resist and in most cases even denounce. All of the above, together with the objectification of female bodies and the use of this type of violence as a tool for submission and demonstration of power over its victims, makes sexual violence a symbol of triumph, of authority, a resource that can be used to generate fear, respect and obedience.

KEY WORDS: Sexual violence, armed conflict, women, victims, symbology, armed groups

CAPITULO I

La Vulneración de los derechos sexuales y reproductivos a raíz de la violencia sexual ejercida sobre las mujeres en medio del conflicto armado colombiano (años 2000 a 2012).

Violencia Sexual

El Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) define la violencia sexual como "todo acto de naturaleza sexual que se realiza contra la voluntad de la víctima, incluya o no violencia física", por su parte, la OMS, como lo mencionan *Contreras, J. M.; Bott, S.; Guedes, A.; Dartnall, E.* (2010) establece que este tipo de violencia hace referencia a "todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo"(p.7)[50]

En el marco de los conflictos armados, la violencia sexual es considerada por el Derecho Internacional Humanitario como una infracción al mismo, toda vez que su ejecución se realice de manera sistemática contra la población y sea utilizado como instrumento para la demostración del poder y control que ejercen los actores armados, haciendo uso de la coacción para que las víctimas sean un medio en la consecución de sus fines. Así mismo, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará) enmarca la violencia sexual como "un tipo de violencia contra la mujer, que puede ser perpetrada en el ámbito familiar o de cualquier relación interpersonal, en el ámbito comunitario e incluso cometida y tolerada por el Estado y sus agentes" (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2018, p. 15)[51]

La violencia sexual es solo una de las tantas formas existentes de violencia basada en género que se ejerce sobre las mujeres, a razón de la cultura patriarcal que percibe los cuerpos femeninos como elementos útiles para la guerra, permitiendo controlar a la población que habita un territorio y quitándole a las víctimas toda posibilidad de ejercer sus derechos sexuales y reproductivos de manera autónoma.

Derechos sexuales y reproductivos y violencia sexual.

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, todas gozan de dignidad humana y por consecuencia de derechos humanos inherentes a cada individuo desde su nacimiento, además es deber del estado garantizar su correcto goce y ejercicio. Los derechos sexuales y

50 Contreras, J. M.; Bott, S.; Guedes, A.; Dartnall, E. (2010) Violencia sexual en Latinoamérica y el Caribe: análisis de datos secundarios. Iniciativa de Investigación sobre la Violencia Sexual.

51 Centro Nacional de Memoria Histórica (2018), Memoria histórica con víctimas de violencia sexual:aproximación conceptual y metodológica, CNMH, Bogotá.

reproductivos hacen parte de esos derechos humanos, esto quiere decir que el libre, saludable y seguro ejercicio de la sexualidad y la reproducción deben ser cobijados por la ley y las instituciones de carácter nacional e internacional. Este grupo de derechos busca garantizar el poder de decisión de cada sujeto sobre su cuerpo, sobre su sexualidad, identidad sexual, identidad de género, sobre su intimidad y sobre su reproducción, protegen el desarrollo del individuo en cada plano sin temor a ser agredido, discriminado o coartado.

La violencia sexual puede ejercerse de distintas formas, no se ciñe únicamente en lo que respecta al acceso carnal violento o violación, ya que existen otro tipo de actos que de igual forma restringen el correcto goce y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las víctimas. Tal es el caso de la esterilización forzada, que limita la capacidad reproductiva de la mujer permanentemente, de igual manera la prohibición del uso de métodos de planificación, que limitan la autonomía de la mujer sobre su cuerpo y las decisiones que a este se refiere. El obligar a una persona a contraer matrimonio con otra o entablar vínculos amorosos, es violencia sexual. Así mismo, la mutilación de órganos sexuales que genera pérdida funcional de los órganos genitales, es una de las prácticas más aberrantes emanada de la combinación de diversos factores religiosos, culturales y sociales ligados a la creencia del ejercicio de la sexualidad con fines reproductivos y no de placer, con lo cual el machismo arraigado pretendía evitar que la mujer fuese infiel. Por otra parte, todo lo que abarca la explotación sexual se constituye como violencia en la medida en que se coacciona a una persona a que ejerza actos sexuales que la ponen en situación de vulnerabilidad tanto física, como psicológica, que finalmente denigran su integridad.

Violencia sexual también es obligar a abortar a una madre gestante, lo que directamente implica arrebatarle su poder de decisión. Manipular, o amenazar a otro con el fin de consumar la relación sexual, es violencia sexual. Tocar indebidamente a otro o aprovecharse de su estado de indefensión, caricias no deseadas y persecución, son violencia sexual. Observar a otro en un acto sexual sin su consentimiento, o exponerlo ante otros, es violencia sexual. La violencia sexual es decidir sobre el cuerpo ajeno, es sobreponer intereses propios al consentimiento, seguridad física y emocional de la víctima *(National Violence Resource Center, 2012)*[52]

Regulación Normativa

El Estado colombiano está obligado a prevenir las conductas que generen este tipo de violencia y puedan afectar los derechos sexuales y reproductivos de las personas, en especial de las mujeres; debe sancionar los delitos que atenten contra estos derechos de los habitantes del territorio, en concordancia con las obligaciones internacionales adquiridas, tratados y con lo estipulado en la carta política acerca la defensa de derechos y libertades básicas.

El escenario normativo a nivel internacional, plantea una serie de disposiciones que permiten

52 National Violence Resource Center (2012) ¿Qué es la violencia sexual? NSVRC, Pensilvania.

crear una esfera sancionadora y preventiva frente a la violencia sexual, especialmente aquella que se origina en el marco del conflicto armado, lo que permite que los Estados establezcan una serie de obligaciones para la erradicación de este fenómeno junto al acompañamiento y protección de las víctimas. En primer lugar, se encuentra el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) (1994) en la cual se refuerza la obligación de los Estados parte de adoptar medidas diligentes para fortalecer sus jurisdicciones nacionales en la materia, además de diseñar programas de atención a sus víctimas[53]. Si tales medidas no fuesen ejecutadas por las naciones, se puede solicitar a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que reconozca y a su vez sancione a aquellos Estados que han omitido la protección de derechos de quienes habitan su territorio.

Por su parte, el Derecho Internacional, con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, ha emitido una serie de "recomendaciones persuasivas" que permiten dilucidar la realidad de la violencia sexual en el conflicto armado, marcando un precedente que sea tomado como referencia por las naciones y sea aplicable a casos análogos. Es el caso de la Resolución 1820 de 2008, la cual reconoce que la violencia sexual es usada como arma de guerra; la Resolución 1960 de 2010 que determina las medidas para la erradicación de la violencia sexual, instaurando medidas que permitan hacer seguimiento y control a los casos de este tipo de violencia que se generan dentro de los conflictos. La Resolución 2106 de 2013 de igual forma, enfoca y fortalece las disposiciones anteriores, encaminándolas hacia el juzgamiento que debe tener este tipo de violencia y la no impunidad de la misma. Adicional a lo anterior el DIH, el IV Convenio de Ginebra y los protocolos adicionales I y II, determinan que se prohíbe la comisión de cualquier vejamen que atente contra la vida e integridad de la mujer, abarcando la prostitución y el acceso carnal violento.

En cuanto a los preceptos legales internos que regulan la violencia sexual en Colombia y los avances del Estado en el reconocimiento de la existencia de la violencia sexual, se encuentran consignados en el código penal, ley 599 del 2000[54], título IV: Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Allí se hallan descritas las conductas que el legislador consideró pertinentes penalizar, por lo tanto, la comisión de alguna de ellas lleva implícito un castigo, que puede ser de tipo privativo de la libertad y/o pecuniario (multa). En esta normativa estos comportamientos se clasifican en 3 grupos, violación, actos sexuales abusivos y explotación sexual.

53 Convención Belém do Pará (9 de junio de 1994) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

54 Congreso de Colombia. (24 de Julio de 2000) Artículos 205 a 214 [Título IV]. Ley por la cual se expide el código penal, [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097.

En el capítulo primero, denominado “de la violación” se tipifican 3 conductas:

1. El acceso carnal violento. Sus principales características son que existe penetración no consentida y el uso de la fuerza para llegar a ese punto (puede ser violencia física o intimidatoria).
2. Actos sexuales violentos. Aquí existe violencia y tocamientos no consentidos en el cuerpo de la víctima o la obligación de realizarlos sobre su victimario, no obstante, no se llega a dar la penetración. Se evalúan la trascendencia sexual de estos actos, la lujuria y la intención con los que fueron realizados.
3. Acceso carnal o actos sexuales en persona puesta en incapacidad de resistir. Este comportamiento se deriva de los dos anteriores, la diferencia es que ahora en las situaciones descritas, la víctima es puesta en incapacidad de resistir, es inmovilizada, pero está totalmente consciente de que está sucediendo la relación sexual. También se considera persona incapaz de resistir aquella que esté en estado de inconsciencia o sea síquicamente inferior (su desarrollo cognitivo no le permite comprender que es una relación sexual o actos sexuales)

En el segundo capítulo, “Actos sexuales abusivos” se encuentran las siguientes conductas

1. Acceso carnal abusivo con menor de 14 años. El acceso carnal implica penetración, puede ser “consentido” (la ley considera que un menor de 14 años es incapaz de consentir una relación sexual) o con el uso de la fuerza. Al ser un delito en el cual la víctima es un niño, es mucho más gravoso.
2. Actos sexuales con menor de 14 años. Consiste en practicar actos sexuales diversos del acceso carnal, con niños menores y/o inducirlos a realizar este tipo de prácticas.
3. Acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz resistir. Se relaciona con lo dicho anteriormente, es muy similar a la conducta “acceso carnal o actos sexuales en persona puesta en incapacidad de resistir.” descrita en el capítulo 1, la diferencia es que en ese tipo penal, el victimario u un tercero, con la intención de violentar, genera la incapacidad de resistir de la víctima. En cambio en esta conducta, la víctima ya es vulnerable de por sí, ya sea porque se encuentra inconsciente o puede que padezca un trastorno mental.
4. Acoso sexual. El código describe que quién en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad, relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurre en esta conducta.

En el tercer y último capítulo se habla de la explotación sexual y se condenan los siguientes comportamientos:

1. Inducción a la prostitución. Consiste en inducir al comercio carnal o a la prostitución a otra persona con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro.

2. Proxenetismo con menor de edad. La persona que organice, facilite o participe de cualquier forma en el comercio carnal o la explotación sexual de otra persona, menor de 18 años, con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos sexuales de otro, incurre en el proxenetismo con menor de edad.
3. Constreñimiento a la prostitución. Esta conducta es cometida por quién con ánimo de lucro o para satisfacer los deseos de otro, constriña a cualquier persona al comercio carnal o a la prostitución.

Alrededor de este tipo de delitos existen circunstancias de agravación punitiva que hacen más gravosa la pena e inflexible el aparato judicial al juzgar, como lo son que la conducta se practique en un menor de edad, que la víctima quede embarazada o que sea un familiar dentro de un rango cierto de afinidad o consanguinidad, entre otros. En los casos de explotación sexual también es un agravante llevar a la víctima al extranjero.

En cuanto a la violencia sexual que se desarrolló en el contexto del conflicto armado interno, el Estado Colombiano en el 2014 por medio de la ley 1719 de 2014[55] decide adoptar medidas especiales para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de este tipo de delitos. Se adicionan 11 nuevos artículos sobre violencia sexual al código penal en el título II: Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, estos son:

1. Acceso Carnal violento en persona protegida
2. Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años.
3. Actos sexuales violentos en persona protegida
4. Actos sexuales con persona protegida menor de catorce años.
5. Prostitución forzada en persona protegida
6. Esclavitud sexual en persona protegida
7. Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual.
8. Esterilización forzada en persona protegida.
9. Embarazo forzado en persona protegida.
10. Desnudez forzada en persona protegida.
11. Aborto forzado en persona protegida.

55 Congreso de Colombia. (18 de Junio de 2014) Artículos 2 a 12 [Capítulo II]. Ley Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones. [Ley 1719 de 2014]. DO: 49.186

56 Ibidem

- Además se señalan otros derechos y garantías para las víctimas de violencia sexual sin perjuicio de los ya existentes (Ley 1719, 2014)[56]:
- Que se preserve en todo momento la intimidad y privacidad manteniendo la confidencialidad de la información sobre su nombre, residencia, teléfono, lugar de trabajo o estudio, entre otros, incluyendo la de su familia y personas allegadas. Esta protección es irrenunciable para las víctimas menores de 18 años.
- No ser discriminadas en razón de su pasado ni de su comportamiento u orientación sexual, ni por ninguna otra causa respetando el principio de igualdad y no discriminación, en cualquier ámbito o momento de la atención, especialmente por los operadores de justicia y los intervinientes en el proceso judicial.
- Ser atendida por personas formadas en Derechos Humanos, y enfoque diferencial. Todas las instituciones involucradas en la atención a víctimas de violencia sexual deberán hacer esfuerzos presupuestales, pedagógicos y administrativos para el cumplimiento de esta obligación.
- El derecho a no ser confrontadas con el agresor, a no ser sometidas a pruebas repetitivas y a solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad.
- Ser protegidas contra toda forma de coerción, violencia o intimidación, directa o sobre sus familias o personas bajo su custodia.
- A que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima.
- A contar con asesoría, acompañamiento y asistencia técnica legal en todas las etapas procesales y desde el momento en que el hecho sea conocido por las autoridades.
- A que se les brinde iguales oportunidades desde un enfoque diferencial, para rendir declaración como a los demás testigos, y se adopten medidas para facilitar dicho testimonio en el proceso penal.
- A que se considere su condición de especial vulnerabilidad, atendiendo a su condición de edad, discapacidad, pertenencia a un grupo étnico, pertenencia a poblaciones discriminadas o a organizaciones sociales o colectivos que son objeto de violencia sociopolítica, en la adopción de medidas de prevención, protección, en garantías para su participación en el proceso judicial y para determinar su reparación.
- La mujer embarazada víctima de acceso carnal violento con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, deberá ser informada, asesorada y atendida sobre la posibilidad de continuar o interrumpir el embarazo.

Vulneración de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en el marco del conflicto armado años 2000 a 2012

En los años 2000 la violencia en Colombia rompió récords, se estima que para ese año hubo más de 38.000 muertes violentas, 205 masacres y más de 3.000 personas secuestradas, entre ellas 35 extranjeros (Caracol Radio, 2000)[57].

Lo anterior, indica que los Derechos Humanos en nuestro país no eran respetados. La vida y la libertad dejaron de percibirse como una garantía fundamental y perdieron su valor. Estos derechos fueron vulnerados a raíz de un conflicto sociopolítico que para ese entonces, ya contaba con casi cinco décadas de desarrollo tanto en el ámbito rural como en el urbano, un conflicto que surge como resultado de la pobreza, inequidad, falta de participación política e incluso retaliaciones entre quienes se constituían como actores del conflicto. Esa situación redujo el respeto por la dignidad humana a una aspiración de la Constituyente del 91, sin que esto se materializara en realidad. En ese momento de inestabilidad, ninguna normatividad externa o interna era acogida o practicada para salvaguardar la integridad de quienes habitaban el territorio colombiano, un ejemplo de ello fueron las declaraciones de quien fue el máximo líder de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), en las que abiertamente expresó que las actuaciones de este grupo vulneraron el Derecho Internacional Humanitario, viéndose afectados actores directos e indirectos de este conflicto. Es por eso que el estudio de la violencia sexual en este punto del conflicto tiene un significado más político y social, en perspectiva si la vida no tenía mayor importancia ni siquiera para los combatientes que pretendían arriesgar la suya por defender sus causas, la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres mucho menos, al estar envueltas en una cultura patriarcal arraigada en el seno de la mayoría de los hogares colombianos, se generó que este tipo de violencia dejara de ser un ataque personal y más bien se convirtiera en un mensaje de autoridad, de sometimiento y humillación hacia las víctimas y la sociedad, entrando en un proceso de despersonalización y cosificación de la mujer.

Está el caso de la periodista Jineth Bedoya quien fue detenida, torturada y sexualmente violentada por grupos paramilitares, mientras ejercía su labor periodística en una institución del Estado (Centro penitenciario y carcelario "la modelo"), este hecho tiene un trasfondo social importante, trasmite la idea de que nadie está realmente a salvo de este tipo de grupos criminales, y que al final son los actores armados quienes toman decisiones sobre la vida e integridad de todos, que nada los limita, ni siquiera el poder del Estado. Según esto, aunque formalmente se contemplaba la defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en la práctica se desconocían totalmente. A raíz de la crítica situación social, el Estado en repetidas ocasiones pasó por alto las denuncias y fue negligente en el proceso investigativo, implantando la idea en los victimarios de que sus actos no tenían consecuencias, esto causó que se

57 Radio, C. (2000, 30 diciembre). Colombia rompió todos sus récords de violencia en el 2000. Caracol Radio.

reprodujera la violencia sexual entre las mujeres de diferentes comunidades, especialmente en los territorios azotados gravemente por el conflicto armado.

CAPÍTULO II

Actores partícipes de la violencia sexual ejercida contra las mujeres en el marco del conflicto armado en Colombia (años 2000 a 2012).

El conflicto armado colombiano y la violencia sexual que dentro de él se ejerce, ha suscitado diversos interrogantes acerca de los individuos o grupos armados a quienes es posible atribuirles la comisión de estos vejámenes sobre las comunidades en las que pretenden ejercer control.

GRUPOS ARMADOS NO ESTATALES

Paramilitares

La consolidación del paramilitarismo en nuestro país en la década de los 60s y la disputa territorial que estos ejercían con otros grupos subversivos, propició el escenario para que quienes integraban este grupo, usaran diferentes métodos de intimidación y humillación sobre la población civil, que les permitieran alcanzar los "objetivos" que sustentaban su lucha armada. A lo largo de los años, se ha podido esclarecer la participación directa de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en la ejecución de actos sexuales violentos en diferentes comunidades del territorio nacional, asunto que no pudo ser erradicado ni siquiera mediante un proceso de desmovilización llevado a cabo entre los años 2003-2006, ya que esto simplemente generó la fragmentación de esta agrupación por más zonas del país, lo que se tradujo para las poblaciones, en más violencia.

Es conocido que el paramilitarismo usaba formas de intimidación que vulneraban y degradaban la vida e integridad de la mujer, ya que, entre sus estrategias estaba la imposición de control social sobre las actividades que estas realizaban de manera cotidiana y la estigmatización a razón de su género. Se trata de un grupo armado que cosificó los cuerpos femeninos y sustrajo del seno de sus familias a muchas mujeres para que ejercieran labores dentro y fuera de la organización, encaminadas al negocio de la prostitución forzada; a la esclavitud sexual. Sin embargo, estos no fueron los únicos actos ejecutados por las AUC. Los vejámenes y daños físicos y psicológicos que causaban a sus víctimas, podrían clasificarse dentro de los más aberrantes y degradantes que pudiese sufrir un individuo, como lo plasma la organización SISMA mujer en uno de sus archivos denominado "Colombia: Mujeres, violencia sexual en el Conflicto y el Proceso de Paz" y el Centro Nacional de Memoria Histórica, mediante la narración de quienes han sufrido este tipo de violencia. Es el caso de un testimonio en el que se asegura que "Las Autodefensas campesinas del Meta y Vichada establecieron, entre los años 1999 y 2003, una red de trata de niñas y mujeres que eran llevadas hasta Puerto Gaitán

para trabajar en los cultivos de coca y ser violadas. Algunos comandantes paramilitares se infectaron de VIH a causa de los múltiples abusos que cometían en contra de las mujeres. En respuesta a esta situación, obligaron a todas las mujeres esclavizadas en sus campamentos y a las trabajadoras sexuales de Puerto Gaitán a realizarse exámenes de sangre para detectar a aquellas que tuvieran un resultado seropositivo para castigarlas, golpearlas y desplazarlas del municipio. En este periodo los paramilitares acostumbraron a rapar a las mujeres presuntamente infectadas con VIH para que todo el pueblo supiera de su estatus "contaminante" (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2018, p. 30)[58]

El relato anterior, es solo uno de los tantos existentes en diversos territorios del país, reflejando la constante vulneración de derechos sexuales y reproductivos y la desvalorización y deshumanización de la mujer que esta organización llevaba a cabo, considerándose dueños incluso de sus propias vidas.

Grupos guerrilleros al margen de la ley

La violencia sexual ejercida por los grupos guerrilleros hacia las mujeres se enfocó sobre todo en la esterilización forzada, la esclavitud sexual y el aborto forzado. Las mujeres combatientes eran sometidas a una "política de anticoncepción" en la que eran obligadas a planificar. Cuando estos métodos fallaban y quedaban en cinta, debían informar inmediatamente a un superior con el fin interrumpir el proceso de gestación. En ocasiones cuando el embarazo estaba muy avanzado se le permitía dar a luz bajo su propio riesgo, pero tenían que abandonar a sus hijos uno o dos meses después. Natalia por ejemplo, fue reclutada a los 15 años, ocupó el rol de miliciana en las FARC, al quedar embarazada, fue obligada a abortar por el comandante que la había reclutado y que la había sometido durante el tiempo a su paso por el grupo a cohabitación y esclavitud forzada (CNMH, 2018)[59]. Los miembros de grupos guerrilleros solían secuestrar niñas entre los 13 y 14 años con el fin de integrarlas a sus filas, muchas veces eran acosadas, accedidas por la fuerza e intimidadas, en palabras de la organización SISMA mujer (2017) "en el reclutamiento forzado de niñas para combatientes, ellas eran usadas para prestar servicios sexuales, se consideraba el 'pago' por proteger a otros miembros de su familia"[60]. Como lo aseguran Fajardo, L.A.; Valoyes, R.Y. (2015) "La sexualidad de las mujeres se considera una herramienta, un bien del grupo. Hay casos investigados en los que las mujeres fueron obligadas a prostituirse en algunos lugares para obtener inteligencia militar del enemigo" (p.54)[61]

58 Centro Nacional de Memoria Histórica (2018), Memoria histórica con víctimas de violencia sexual:aproximación conceptual y metodológica, CNMH, Bogotá.

59 Ibidem p. 32

60 SISMA mujer (2017), Colombia: Mujeres, violencia sexual en el conflicto y el proceso de paz. Bogotá.

61 Fajardo,L., Valoyes,R. (2015).Violencia sexual como crimen internacional. Bogotá, Colombia: Editorial Planeta Colombiana S.A.

También existen registros de violaciones grupales en las que las víctimas resultaban embarazadas o contagiadas de enfermedades sexuales, eran intimidadas y puestas en incapacidad de resistir, humilladas frente a sus familiares y conocidos. El principal foco de este tipo de ataques eran las mujeres afrodescendientes e indígenas.

GRUPOS ARMADOS ESTATALES

Fuerzas militares

La Defensoría del Pueblo de Colombia informó que en Cartagena "los casos de violencia contra las mujeres por parte de la Fuerza Pública si bien no correspondían a una estrategia de guerra, sí se constituían en una práctica generalizada que se valía de las condiciones de subordinación históricas de las mujeres, las precarias condiciones económicas producto de la desprotección del Estado y la naturalización de ideas insertas en la cultura, como la de que el cuerpo de las mujeres era un objeto que le pertenecía a los hombres" *(Consejo de Seguridad de la ONU, 2012, p.19)*[62]. La violencia sexual ejercida por miembros del Ejército en la mayoría de casos se dió en zonas apartadas sin supervisión. Las víctimas fueron niñas, adolescentes y mujeres jóvenes en condición de pobreza, indígenas o afros. Estas conductas tienen una tasa de impunidad muy alta, además las mujeres accedidas en la mayoría de casos no denuncian estos hechos, o sus denuncias son ignoradas. Debido a estos sucesos muchas víctimas dejaron de sentirse protegidas por las fuerzas armadas del Estado y empezaron a temer, se generó una gran desconfianza entre las comunidades ya que quienes tenían el deber de salvaguardar su vida y seguridad, la vulneraron.

ESTADO COLOMBIANO

El Estado colombiano como garante en el cumplimiento de los derechos de quienes habitan su territorio, ha sido negligente al instaurar medidas insuficientes que le permitan a las víctimas de violencia sexual, acceder a la justicia y obtener una reparación integral por los daños que estos actos les han generado. Las zonas consideradas apartadas y con más tasas de pobreza e inequidad, han sido las más golpeadas por el conflicto armado al ser vistas por los grupos subversivos como poblaciones sobre las cuales es posible ejercer el control territorial con mayor facilidad. Sin embargo, al tratarse de zonas con mayor ausencia de acompañamiento estatal, la atención y los mecanismos de justicia son escasos, generando que las víctimas no tengan posibilidad alguna de efectuar sus denuncias (sumado a las amenazas que pueden recibir por parte de sus victimarios) y estas situaciones en el mayor de los casos, queden impunes. Es por ello que la oportuna respuesta del Estado es limitada y poco efectiva, puesto que, a pesar de acoger diversas disposiciones normativas que regulan este asunto, su aplicación no se ve materializada de manera íntegra, presenta obstáculos, lo que lo convierte

62 Consejo de Seguridad de la ONU (2012) Violencia Sexual relacionada con los conflictos, Informe del Secretario General.

en responsable de los fenómenos de re victimización y estigmatización social que recaen sobre las víctimas, ya que, "es de destacar que, como mucho, sólo el 18 por ciento de las mujeres en Colombia denuncia los delitos de violencia sexual. Otras razones sobre la falta de denuncia se relacionan con el esfuerzo que las mujeres deben hacer para que su caso sea tomado en serio, documentado e investigado por la policía. Por lo general, no se les da el apoyo necesario ni son enviadas a los servicios médicos y de salud adecuados. Incluso cuando se dirigen a los servicios, estos no están coordinados y las mujeres denuncian el tener que repetir su historia una y otra vez, todo lo cual implica una re-victimización" (Sisma mujer, 2017, p.15)[63]. Por lo tanto, es menester que sean implementados programas y medidas eficaces para la erradicación de la violencia sexual en el marco del conflicto armado, toda vez que deben tomarse en cuenta las denuncias de las víctimas como parte de un todo (el conflicto armado) y no como casos aislados, permitiendo obtener cifras reales que conduzcan a la ejecución de mecanismos en los que exista justicia, verdad y reparación para las víctimas de este tipo de violencia.

SOCIEDAD CIVIL

En el marco del conflicto armado, los derechos de la sociedad civil estuvieron expuestos a todo tipo de vulneraciones por parte de los agentes armados y del Estado. Las personas presenciaron masacres y actos monstruosos perpetrados contra sus familiares, vecinos y amigos, el miedo los obligó a dejar sus hogares y a someterse a los mandatos de jefes guerrilleros o paramilitares. En cuanto a la violencia sexual, como lo expresa la Resolución 459 de 2012, por la cual se adopta el Protocolo y Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual, este tipo de violencia tiene efectos en el bienestar y la salud física, mental y social de las víctimas, de sus familias y allegados, tiene características y consecuencias particulares cuando ocurre en el marco del conflicto armado, ya que allí el riesgo de impunidad crece, y no pueden hacer nada por defender a las víctimas. En algunos casos son obligados a presenciar este tipo de conductas ya que eso "los hace entender" quién está en una posición de poder sobre el otro. Por mucho tiempo la sociedad civil fue receptora directa de la violencia que constituyó una lucha de intereses políticos, económicos y sociales entre grupos armados que se enfrentaron por el control de un territorio.

CAPÍTULO III

El significado atribuido a la violencia sexual contra la mujer para los actores armados que la ejercían y su impacto en las comunidades víctimas de la misma.

En el marco del conflicto armado la violencia sexual ha sido usada, como "una práctica de apropiación de cuerpos y poblaciones, que ha contribuido a reafirmar el dominio violento de

63 SISMA mujer (2017), Colombia: Mujeres, violencia sexual en el conflicto y el proceso de paz. Bogotá.

los grupos armados que la cometen"(CNMH, 2018)[64]. Este tipo de violencia se ejerce de manera sistemática y variada sobre la población civil que habita los territorios que pretenden ser dominados por los actores armados. Según el Centro Nacional de Memoria Histórica (2018), el contexto en el que se desarrolla la guerra, se constituye como un factor importante en la forma en que se ejecutan los actos de violencia sexual, ya que, los fines usados por los victimarios son cambiantes. Puede decirse que la violencia sexual en el conflicto armado interno colombiano, en un punto se redujo a tres escenarios de desarrollo: Disputa del territorio, escenarios de control de territorio e intrafilas.[65]

Disputa del Territorio

A lo largo del territorio nacional, existen zonas consideradas como estratégicas por las organizaciones para la ejecución de sus actividades delictivas, por lo cual, se está en una disputa constante para obtener el control del mismo. Es así como se pretende instaurar el miedo sobre las comunidades, eliminando del panorama todo aquello que pueda constituirse como propio del enemigo y sea visto como un obstáculo para la consecución de sus fines. Los grupos armados dependiendo de su inclinación política, social o cultural, establecen una serie de parámetros que permitan determinar cuándo un individuo se convierte en adversario, ya sea directamente porque es miembro de otra organización que busca ejercer el poder o indirectamente por las labores que los sujetos realizan dentro de las poblaciones, es por ello que se busca suprimirlos a como dé lugar.

A raíz de la identificación y caracterización de los individuos considerados como enemigos, los cuerpos de los habitantes son estigmatizados y por ende aniquilados. En el caso de la violencia sexual contra la mujer, en repetidas ocasiones los actores armados han optado por realizar públicamente violaciones sistemáticas de Derechos Humanos y con ello, actos degradantes y denigrantes sobre quienes los sufren, todo ello como señal de advertencia sobre qué sucedería si algún miembro de la comunidad decidiese ayudar a quien consideran enemigo o hiciera parte de la organización. Se convierten en objeto de persecución.

Por otra parte, podría hablarse de los cuerpos considerados "incómodos" para los victimarios, "son aquellos cuya existencia transgrede los códigos sociales imperantes y que contravienen con ello las disposiciones del actor armado, que recurre a la violencia sexual para acallarlo" (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2018)[66] .Con lo anterior se hace referencia a aquellos individuos que son considerados con opiniones y desarrollo de labores contrarias a los intereses armados, especialmente los líderes comunales, docentes, incluso el personal de salud.

64 Centro Nacional de Memoria Histórica (2018), Memoria histórica con víctimas de violencia sexual:aproximación conceptual y metodológica, CNMH, Bogotá.

65 Ibidem. p. 24

66 Ibídem. p. 26

El cuerpo femenino es tomado como "una extensión del cuerpo del guerrero, una forma de instaurar su poder en el cuerpo de las mujeres"*(Centro Nacional de Memoria Histórica, 2018)*[67]. El uso de la violencia sexual como forma de intimidación, humillación y estrategia de guerra, no se ejerce únicamente contra la población civil, también quienes son combatientes se convierten en víctimas. Se usa este tipo de violencia como forma de obtener información de la manera de operar del adversario, una retaliación. El apropiarse de los cuerpos femeninos que integran las organizaciones enemigas es un triunfo, una manera de humillar al adversario, de demostrar su superioridad indirectamente.

Control del territorio

En estas circunstancias los grupos armados se valen de todo tipo de herramientas para infundir miedo y "respeto". Al hacer eso, se garantiza la obediencia y fidelidad absoluta de los habitantes del territorio que se pretende controlar. Las armas son útiles para este fin, no obstante, el abuso sexual es un mecanismo de intimidación mucho mejor, es "económico" (no requiere la compra de artefactos o municiones), es una amenaza latente, se puede prolongar (puede repetirse) y además es de muy alto impacto. "Estos grupos ejercieron soberanía por la fuerza" *(Centro Nacional de Memoria Histórica, 2018)*[68], obligando a los habitantes de los territorios a someterse a sus reglas e ideales, degradando el valor de la mujer y su autonomía, usando sus cuerpos para "aleccionar" a los demás, exponiéndolas en situaciones humillantes, demostrando que no tenían ni siquiera el control sobre su propio ser. La violencia sexual hizo parte de la llamada "pedagogía del terror" que debilitó psicológica y moralmente a los pobladores e impidió que se rehusaran a cooperar con sus ambiciones. Según el centro nacional de memoria histórica, en esta etapa existieron los "cuerpos apropiables": cuerpos que al igual que un objeto estaban a disposición y uso de los actores armados, estas conductas sostenían que las mujeres no eran seres humanos en sí, sino cosas susceptibles de adueñarse y usarse a conveniencia.

También están los "cuerpos corregibles", personas que no se adaptaron al ideal de control del grupo armado, como lo fueron las mujeres que no cumplían con el estándar de lo considerado como femenino, las trabajadoras sexuales, las madres que se negaron al reclutamiento de sus hijos, mujeres discapacitadas y mujeres desobedientes. En esta categoría también están las mujeres que eran usadas y violentadas para "castigar" a los hombres cercanos y de su núcleo familiar que incumplían con los mandatos de las organizaciones, atacando el "honor" y masculinidad de estos, ya que les demostraba que no eran capaces de "defender" a sus mujeres. El considerar estos cuerpos corregibles como "animales que debían ser domados" deshumanizó a las mujeres. Significó que aquel que decidiera por sí mismo merecía ser castigado y sometido, reafirmó también la idea de que en la sexualidad de las mujeres se sostiene

67 Ibídem. p. 26

68 Ibídem. p. 27

la dignidad propia y la de su familia, por consiguiente, si era accedida por la fuerza y violentada no tenían ningún valor. Los cuerpos higienizados, que fueron mujeres con enfermedades sexuales que para estas organizaciones "encarnaban la inmoralidad, la molestia y el riesgo de infección".

Intrafilas

Sobre las mujeres que integran los grupos armados también se ejerce violencia sexual, se restringen sus derechos sexuales y reproductivos por parte de los sujetos que al igual que ellas, pertenecen a las filas de estas organizaciones. La desigualdad de género también se evidencia dentro de estos grupos, en la mayoría de los casos por la cultura patriarcal existente en nuestro país y la creencia en la superioridad funcional del hombre en la guerra, la "masculinidad guerrera". La asignación de roles a desempeñar al interior de los grupos armados, para el caso de las mujeres, varía desde el desarrollo de labores de inteligencia, apoyo logístico, servicios domésticos, etc. Sin embargo, también les son atribuidas diversas "labores" como compañeras sentimentales de otros miembros de la organización de mayor rango, incluso, la ejecución de trabajos sexuales. Los actores armados reproducen conductas machistas y desiguales dentro de sus filas, al entregarse a la lucha armada, las mujeres son obligadas a dejar de lado el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. La violencia sexual que se ejerce sobre ellas, cosifica sus cuerpos, son vistas como herramientas útiles no solo para la guerra, sino también como objeto de placer. Muchas de ellas han tenido que renunciar a su maternidad por considerar que su ejercicio representa un obstáculo para la lucha y que los hombres pueden disponer de sus cuerpos a su voluntad, por ende, las mujeres tienen total ausencia de autonomía sobre las decisiones que a ellas respectan. Todos estos comportamientos se normalizan y agudizan dentro de las organizaciones armadas generando la impunidad de los mismos.

CAPÍTULO IV: Conclusión

¿Qué representó la violencia sexual ejercida contra la mujer en el conflicto armado colombiano desarrollado en los años 2000 a 2012 y cuál fue su impacto en las mujeres y comunidades víctimas de la misma?

La violencia sexual contra la mujer representó un arma de guerra en la consecución de ideales de los grupos armados en medio del conflicto armado colombiano. En los años 2000 a 2012 podemos observar el desarrollo de estas conductas e identificar ciertas características. En los tempranos 2000 por ejemplo, este tipo de delitos que atentaban contra la autonomía y desarrollo sexuales, tenían un índice altísimo de comisión, esto se relacionó directamente al contexto social, en aquella época la violencia estaba desatada y el control estatal era débil, no se garantizaban los derechos humanos en un conflicto en el abiertamente se admitió violar el Derecho Internacional Humanitario, involucrando a la población civil, miles de mujeres fueron

vulneradas. Al finalizar la primera década del siglo XXI, año 2010, la situación de orden público habría mejorado considerablemente, la intención de diálogo y desmovilización dio un panorama nuevo a las víctimas, quienes ya no soportaban el peso de la guerra. La violencia sexual para entonces se redujo, pero la impunidad incrementó, y es que las denuncias eran desestimadas, las mujeres tenían miedo y graves cicatrices emocionales, fueron cosificadas, usadas, degradadas, humilladas y al final revictimizadas por un Estado que quiso desentenderse.

Identificar que las víctimas merecían justicia, ser tomadas en cuenta y reparadas fue un hecho que el legislador entendió hasta el año 2012, en el que se presenta ante el Congreso el proyecto a través del cual fue aprobada la ley 1719 del 2014 por la cual se adoptaron medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado. Nace una intención institucional real de acompañar a las mujeres en un proceso de reconocimiento y superación, de visibilizar estas vulneraciones e identificar las fallas de cada actor, desde el año 2012 se emprende en la búsqueda de la no repetición.

La violencia sexual con ocasión del conflicto armado fue una violencia muy cruda, dirigida especialmente hacia las mujeres, impactó principalmente en su conciencia de sí mismas, ser expuestas a tales humillaciones y degradaciones les hizo creer que no tenían valor, que no tenían dignidad humana. En su afán de dominación los grupos armados no solamente atacaron sus cuerpos, también sus decisiones, sus vidas, implantaron ideales machistas en los territorios que controlaban, mostrando a las mujeres como objetos apropiables y su sexualidad como la ganancia de los más fuertes, se estigmatizó socialmente a la mujer a tal punto de que la sociedad civil adoptó esa mentalidad y reprodujo comportamientos con los que al día de hoy aún se lucha por erradicar.

Actualmente, las víctimas esperan un Estado diligente y solidario, que avance en la búsqueda de justicia y garantice la verdad, la reparación y la no repetición.

REFERENCIAS

Congreso de Colombia. (18 de Junio de 2014), Ley Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones. *[Ley 1719 de 2014]*. DO: 49.186

Consejo de Seguridad de la ONU (2012) *Violencia Sexual relacionada con los conflictos*, Informe del Secretario General.

Contreras, J. M.; Bott, S.; Guedes, A.; Dartnall, E. (2010) *Violencia sexual en Latinoamérica y el Caribe: análisis de datos secundarios.* Iniciativa de Investigación sobre la Violencia Sexual.

Convención Belém do Pará (9 de junio de 1994) *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.*

Fajardo,L., Valoyes,R. (2015).*Violencia sexual como crimen internacional.* Bogotá, Colombia: Editorial Planeta Colombiana S.A.

Radio, C. (2000, 30 diciembre). Colombia rompió todos sus récords de violencia en el 2000. Caracol Radio. https://caracol.com.co/radio/2000/12/30/nacional/0978159600_097561.html

SISMA mujer (2017), *Colombia: Mujeres, violencia sexual en el conflicto y el proceso de paz.* Bogotá.

National Violence Resource Center (2012) *¿Qué es la violencia sexual?* NSVRC, Pensilvania.

Capítulo 5

Derecho Penal y Justicia Militar

ESTÁNDARES DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL EN EL SISTEMA PENITENCIARIO COLOMBIANO

Cristian David López Abello[1]

RESUMEN

Colombia es un Estado Social de Derecho, por ello, en el modelo penitenciario del Estado el sistema debe ser garantista y fundado principalmente en el respeto a la Dignidad Humana cuya función principal sea la resocialización y la rehabilitación de aquellas personas que se encuentran recluidas en los centros penitenciarios reconociendo que el único derecho que puede restringir y limitar es el de la libertad. Considerando esta situación el objetivo de el capítulo es identificar los estándares emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la integridad personal de las personas recluidas en los centros penitenciarios colombianos, por ello, se plantea la siguiente pregunta de investigación ¿Cuáles son los estándares convencionales del derecho de la integridad personal aplicables al sistema penitenciario colombiano? Para dar respuesta a este cuestionamiento se utilizó una metodología básica jurídica donde se analizó la jurisprudencia e identificó los estándares convencionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de la doctrina especializada y de órganos institucionales que describen la situación al interior de los centros carcelarios en Colombia. De lo mencionado se obtiene como resultado que se identificaron diferentes disposiciones legales que se adecuan a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, teniendo como finalidad brindar una protección total a la integridad personal como lo es la regularización del uso de la fuerza, programas de salud, normas para evitar la sobrepoblación.

PALABRAS CLAVE: Garantías, cárceles, dignidad, penitenciario, integridad, estándares.

STANDARDS OF THE RIGHT TO PERSONAL INTEGRITY IN COLOMBIA'S PRISON SYSTEM

ABSTRACT

Colombia is a social state of law, so in the prison model of the State the system must be guaranteed and founded mainly on respect for Human Dignity whose main function is the resocialization and rehabilitation of those held in prisons recognizing that the only right it can restrict, and limit is that of freedom. Considering this situation, the objective of the presentation

1 Estudiante de Derecho, noveno semestre, Universidad Nueva Granada, integrante del semillero de Artificial Intellegence and Human Rights

is to identify the standards issued by the Inter-American Court of Human Rights on the right to personal integrity of persons held in Colombian prisons, so the following research question is raised What are the conventional standards of the right to personal integrity applicable to the Colombian prison system? To answer this question, a basic legal methodology was used where jurisprudence was analyzed and identified the conventional standards of the Inter-American Court of Human Rights, in addition to specialized doctrine and institutional bodies describing the situation within prisons in Colombia. It follows from the above that different legal provisions were identified that are in line with the jurisprudence of the Inter-American Court, with the aim of providing total protection to personal integrity such as the regularization of the use of force, health programs, rules to avoid overpopulation.

KEYWORDS: Guarantee, prisons, dignity, penitentiary, integrity, standards.

Introducción

El sistema penitenciario Colombiano tiene como objetivo la retribución de la pena y la reinserción social de los usuarios del sistema penitenciario, siempre buscando el respeto y la garantía de los derechos fundamentales; sin embargo dentro de la práctica surgen problemas que tienen por su gestión, capacidad de control, presupuesto y otras dificultades más humanas como el uso de fuerza por lo cual no se cumple el objetivo de la reinserción social de los reclusos por la vulneración al derecho fundamental de la integridad en sus áreas física y psíquica en el sistema penitenciario, una respuesta ante estas problemáticas es identificar las diferentes disposiciones legales que se adecuan estándares estipulados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como son los que tienen de finalidad brindar una protección total a la integridad personal de los privados como lo es la regularización del uso de la fuerza, programas de salud, y normas para evitar la sobrepoblación, y de esta manera dar un concepto acerca de cómo podrían solucionarse, surgiendo la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son los estándares convencionales del derecho de la integridad personal aplicables al sistema penitenciario colombiano?

Para el desarrollo de la pregunta en cuestión se usará la metodología básica jurídica, la cual analiza jurisprudencia e identifica los estándares convencionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivada del uso computacional de la herramienta Inter- American Jurisprudence; el marco legal penitenciario colombiano, además de la doctrina especializada y de órganos institucionales que describen la situación al interior de los centros carcelarios en Colombia.

Para precisar cuáles son los problemas que hay en los centros penitenciarios de Colombia y cómo la Corte interamericana y la Corte constitucional tienen jurisprudencias que retratan las problemáticas, entendiendo que la sanción penal de prisión busca solo suspender el derecho a la libertad y que por ende no puede hacer lo mismo con otros derechos como la dignidad humana.

DESARROLLO

Capítulo 1 – División de los derechos de los reclusos

En primer lugar, es necesario conocer que el sistema penitenciario busca suspender la libertad de los reclusos, siempre sujetándose a lo dispuesto en la constitución política y las obligaciones establecidas en los tratados internacionales ratificados, para luego entender que los derechos de los reclusos se dividen en 3 grupos en teoría, "están los derechos suspendidos, los derechos limitados y los intangibles o derechos no modificables" (Correa, 2011, págs. 221-223).

El Estado está obligado a garantizar los derechos fundamentales de toda persona en reclusión privada de la libertad en centro penitenciario, como también está obligado a garantizar los derechos de cualquier otra persona no privada de la libertad. Si a uno de los reclusos algún derecho fundamental es violentado dentro de un reclusorio, tiene entonces la misma protección que una persona cuyo derecho es violentado afuera, Contreras Nieto menciona que: "El estado puede privar a las personas de su libertad para deambular, pero no está legitimado para privarlas de la vida, de sus derechos a comer, trabajar, estudiar y tener una habitación digna, entre otros" (Contreras Nieto, 2003, pág. 18).

Por otra parte, Rodrigo Uprimny y Guzmán, explican en qué consisten estos derechos de las personas en reclusión, como lo son los suspendidos, limitables, e intangibles (no modificables):

Los primeros se refieren a derechos que se suspenden de forma momentánea por estar en reclusión; por ejemplo: a los reclusos se le suspende el derecho a la libertad de tránsito y libertad personal. Los segundos son derechos que pueden ser limitados de forma temporal y solo en caso de que sea necesario por que las condiciones lo ameriten; por ejemplo: esta la limitación a la libertad de asociación dentro del reclusorio, como diría Rodrigo Uprimny "Se trata de derechos los cuales la persona privada de la libertad no ha sido despojada en función de la pena, pero que pueden ser restringidos para garantizar efectivamente el cumplimiento de esta y asegurar la disciplina necesaria en los establecimientos penitenciarios" (Uprimy Yepes & Guzman Esther, 2017, pág. 14). Por ultimo los derechos no modificables los cuales hacen referencia a los derechos plenos de la persona privada de libertad, estos no pueden ser restringidos y deben ser garantizados como los de cualquier persona; por ejemplo: el derecho a la salud, a la vida, a la integridad personal (Correa, 2011, págs. 223-224).

Es necesario tener presente como se dividen los derechos de los reclusos dentro del modelo penitenciario, ya que permiten establecer cómo funciona el mecanismo penitenciario para garantizar los que no están limitados y limitar la libertad sin vulnerar otros en su ejercicio.

Capítulo 2 - El incumplimiento del derecho a la integridad física en los centros penitenciarios colombianos frente a los derechos humanos

En Colombia, el modelo penitenciario en su función de vigilar el cumplimiento de la ejecución de la pena en los centros penitenciarios debe respetar la dignidad humana, como se establece

en el artículo 5 de la Ley 65 de 1993 Ley que regula el sistema penitenciario y carcelario, fundamentado por el artículo 1 de la constitución política el cual establece que Colombia al ser un Estado social de derecho debe estar fundado en el respeto a la dignidad humana, y que dentro de ello debe incluir desde luego a los privados de la libertad en los centros penitenciarios, sin embargo, pocas veces cumple las garantías que tienen con respecto a los derechos fundamentales contemplados en la constitución políticas y los tratados internacionales ratificados, llegando muchas veces a situaciones donde puede escalar las problemáticas y terminar en difíciles situaciones donde se vulneran los derechos fundamentales tales como la integridad física en caso de que haya exceso del uso de fuerza, y aunque el Estado colombiano examine y trate casos donde se dé a conocer mediante una tutela que se está vulnerando un derecho fundamental, esa sentencia no será suficiente para garantizarlo, pues hay elementos o detonantes que impiden que se cumplan de manera total, detonantes económicos o sociales.

Señala la Corte Constitucional en la sentencia T-153 de 1998 lo siguiente: "Evidentemente, las condiciones de hacinamiento impiden brindarles a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Dada lo deshabituado y la imprevisión que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc."(sentencia T-153/1998).

Los pocos recursos financieros, los intereses políticos y sociales son detonantes que no permiten la mejora del sistema penitenciario (Matthews, 2011); el primer detonante en si no es un misterio, ya que los niveles de mantenimiento de los centros penitenciarios siempre varían según la población, y actualmente hay un exceso, lo cual exige un mantenimiento cada vez más costoso, lo particular de este detonante en especial es que el Estado específico en la Ley que no podrá usar como argumento la falta de recursos financiaros para desmejorar los estándares mínimos de las cárceles (Castañeda, 2020), tal como establece en su artículo 5° de la Ley 65/1993, adicionalmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión I.D.H) también contempla estas circunstancias, al mencionar que:

> "El Estado no podrá invocar circunstancias, tales como, estados de guerra, estados de excepción, situaciones de emergencia, inestabilidad política interna, u otra emergencia nacional o internacional, para evadir el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de trato humano a todas las personas privadas de libertad" (Comision I.D.H c. , 2008)

En cuanto a el segundo detonante solo hay que tener en cuenta que no se les presta la debida atención a los centros penitenciarios, ya que los intereses políticos van enfocados a buscar soluciones inmediatas y cortas por las razones políticas o sociales que sean, cuando lo que se debería buscar es soluciones a largo plazo que de verdad mejoren el sistema, esto se ve

respaldado por el hecho de que las cárceles en Colombia son insostenibles económicamente, puesto que la infraestructura es obsoleta por falta de mantenimiento, los recursos escasean por los altos índices de población carcelaria (Kooyman, 2018).

En cuanto a los problemas derivados de estos detonantes, hay obstáculos como el uso de torturas o tratos crueles e inhumanos a los internos, el aislamiento prolongado, y la falta de servicios médicos, de atención y asistencia a los reclusos, son problemas conocidos por sus administradores y la justicia colombiana, en la sentencia T-684/2005 se mencionan que se presentaron casos similares a los mencionados, en la sentencia se menciona que los cuando los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación visitaron los centros penitenciarios, ellos constataron casos específicos en donde se ponen en alto riesgo el disfrute de los derechos de las personas privadas de libertad, uno de ellos es: "Las condiciones materiales de muchos de los lugares utilizados para el aislamiento de personas privadas de libertad son inadecuadas y, en algunos casos, acarrean violaciones del derecho a la dignidad". (Sentencia T-684/2005)

En la misma sentencia y en otras de casos similares que resuelve la Corte I.D.H como el caso Mendoza y otros Vs. Argentina o el caso Raxcaco Reyes Vs. Guatemala donde se mencionan medidas a tomar para evitar estos casos, sin embargo, hoy en día algunas de esas medidas se han cumplido de forma total, otras si bien se han reglamentado no se han cumplido de forma total, como lo son los problemas de hacinamiento, el exceso del uso de la fuerza, y la falta de servicios médicos, de atención y asistencia a los reclusos, problemas que actualmente son recurrentes (Kooyman, 2018).

El Estado como garante de derechos, además de ratificar tratados internacionales y ser parte de la organización de Estados Americanos debe cumplir y usar las recomendaciones dadas por la corte I.D.H para impedir que se vulneren derechos fundamentales en las cárceles, puesto que la relación que tiene el Estado con los reclusos es garante de sus derechos por el simple hecho de que estos están a disposición del Estado al estar privados de la libertad, aunque los detonantes económicos y sociales estén presentes, estas recomendaciones pueden marcar la diferencia en situaciones con excesos, como lo son la sobrepoblación, el excesivo uso de la fuerza, y la falta de recursos y atención médica.

Capítulo 3 - Problemáticas recurrentes que vulneran la integridad personal en los centros penitenciarios

1. Hacinamiento.

El hacinamiento si bien es un problema recurrente y común en muchos centros penitenciarios de América latina (Villatoro, 2017, págs. 15-19), en Colombia existen medidas o leyes que evitan que los centros penitenciarios tengan un aumento cada vez mayor de internos que aún no han sido llevados a juicio oral por lo que entre esas medidas se encuentran las que no son privativas de la libertad, las cuales se aplican bajo los requisitos que contempla el Código de Procedimiento Penal en su artículo 308 donde se dan a conocer los requisitos para que una

persona sea objeto de ser privado de la libertad como lo son el ser un peligro para la víctima o la sociedad, que no comparecerá en el proceso, o que pueda llegar a obstruir a la justicia, cabe recalcar que esta figura es para dar medida de aseguramiento en etapa de imputación y no para decidir que la condena se en centro penitenciario (Ley 906 de 2004); también existe la reducción de la pena, pero independientemente de todas estas medidas que buscan mediar la situación poblacional en los centros penitenciarios buscando oportunidades procesales a los indiciados, hay en verdad una problemática de hacinamiento muy arraigada en el sistema penitenciario muy difícil de solucionar , pues estas medidas aunque logren reducir el numero de reclusos en proceso de juicio no aplica a todos y sumado que muchas veces la congestión del sistema no puede agilizar la justicia muchos reclusos se quedan atrapados en medidas privativas de la libertad en establecimiento carcelario.

Los medios de comunicación dicen sobre este problema lo siguiente: "Uno de los mayores problemas de la crisis carcelaria es la sobrepoblación, ya que en las 132 instalaciones en el país solo hay capacidad para 80.150 presos" (Castañeda, 2020)

La persistencia de este problema permite que surjan amotinamientos, o que los servicios médicos, de atención o asistencia sean cada vez más escasos y no tengan la capacidad de atender a todos los reclusos, lo que se traduce en que la población de recursos es vulnerable a padecer enfermedades y que estos no reciban una debida atención (Stover, 2007, pág. 26), como lo sucedido actualmente por el COVID-19, según Andrew Coyle, si el hacinamiento es incontrolable: "la administración penitenciaria debe asegurarse de que los organismos gubernamentales responsables de enviar detenidos a la prisión conozcan la situación y las consecuencias de seguir enviando reclusos" (Coyle, 2009, pág. 42)

2. Exceso de uso de fuerza

Las situaciones en donde el exceso del uso de la fuerza es palpable, son aquellas en donde es necesario usarla con el fin de controlar la situación de descontrol de los internos, pero estas situaciones van empeorando (corte I.D.H caso Mendoza y otros vs argentina, sentencia 14 de mayo de 2013), convirtiendo una situación de castigo normal en una situación de abuso de poder, convirtiendo a guardias con buenas situaciones en individuos con otras intensiones, por el hecho de probar lo que es tener poder sobre otros, tal como menciona Philip Zimbardo: *"El impacto potencialmente tóxico de la maldad de ciertos sistemas y situaciones para hacer que unas personas buenas se comporten de manera patológica ajena a su forma de ser"* (Zimbardo, 2007, pág. 271).

Además, se menciona sobre las instituciones penitenciarias que sobreponen la función punitiva sobre todo lo demás:

> *En aquellos países o instituciones donde se da prioridad a la función punitiva de la prisión, existe el peligro de que acciones que equivalen a tortura (como el uso ilegal*

> *y rutinario de la fuerza y los golpes) lleguen a ser consideradas por el personal como conductas normales* (Coyle, 2009, pág. 33)

La Corte Interamericana en un caso similar al problema de excesos de uso de fuerza menciona lo siguiente:

> *(…). las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes (…).”* (Corte I.D.H caso Mendoza y otros vs. argentina, 2013)

Una situación de amotinamiento o de desorden si no es controlada de forma debida, rápidamente puede convertirse en un escenario difícil de controlar, podemos comparar estas situaciones con el experimento de la prisión de Stanford[2] (Zimbardo, 2007), en cuanto a que si bien a los participantes no se les permitió usar medios físicos para tratar con los prisioneros estos podían usar medios humillantes e inhumanos para controlarlos, tal como pasaría en la realidad donde hay un uso desproporcionado de la fuerza, lo que se traduciría en tortura y con sevicia, se podría decir que son actos de maldad, tal como dice Philip Zimbardo. Y con respecto a las penas, torturas y tratos crueles: *“La naturaleza cerrada y aislada de las prisiones puede dar oportunidad a que se cometan actos abusivos con toda impunidad, en ocasiones de manera organizada y en otras por iniciativa de miembros individuales del personal”*. (Coyle, 2009, pág. 33)

La Comisión I.D.H menciona principios sobre el uso de la fuerza:

> *“Por lo irreversible de las consecuencias que podrían derivarse del uso de la fuerza, la C.I.D.H la concibe como “un recurso último que, limitado cualitativa y cuantitativamente, pretende impedir un hecho de mayor gravedad que el que provoca la reacción estatal”. Dentro de ese marco caracterizado por la excepcionalidad, tanto la Comisión como la Corte I.D.H, han coincidido en que, para que el uso de la fuerza se encuentre justificado, se deberán satisfacer los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad”* (Comision I.D.H c. i., 2015, págs. 530-547)

En Colombia estos principios están contemplados en la resolución 192 de 2018 artículo 6, añadiendo también los principios de temporalidad y racionalidad, con el propósito de regular el uso de la fuerza en los centros penitenciaros, además que en esta misma resolución se busca regular el uso de la fuerza y se adopta el modelo de uso de fuerza en situaciones excepcionales donde sea necesario para disuadir y controlar cualquier situación que pueda surgir dentro del sistema nacional penitenciario y carcelario colombiano, además de definir los tipos de resistencias, los medios coercitivos, el uso del equipamiento de los guardias entre otras disposiciones (resolución 192 de 2018).

---

2 Es un experimento psicológico en el que se simula las condiciones de una cárcel desde el ambiente extremo y la vida en prisión, donde se pudo observar lo que el señor Zimbardo llamo efecto lucifer, el cual consistía en que el ser humano bajo ciertas condiciones puede llegar a ser malvado o desarrollar maldad.

3. La falta de servicios médicos, de atención y asistencia a los reclusos

Los altos niveles de la población de reclusos en los centros penitenciarios y el mantenimiento financiero de los mismos resulta en algo muy difícil de mantener, y por tal razón se hacen recortes a ciertos servicios que resultan importantes para mantener a los reclusos con una buena atención, ciertamente los problemas de hacinamiento afectan en gran medida a estos servicios (Sharon, 2017, págs. 42-66), pues es notable que no todos van a recibir una debida atención, el Estado debe tener en cuenta que no puede permitirse reducir los mínimos vitales de su población privada de la libertad, y usar como excusa para mantener esa situación la pobreza general de los reclusos porque estaría vulnerando derechos fundamentales, como los expone Andrew Coyle:

> *"(…) si el Estado se adjudica el derecho de privar a una persona de su libertad, por cualquier razón, también debe asumir la obligación de asegurarse de que dicha persona sea tratada de manera decente y humana. El hecho de que a los ciudadanos libres les resulte difícil vivir decentemente nunca puede ser utilizado por el Estado para justificar la omisión de atender decentemente a quienes están bajo su custodia"* (Coyle, 2009, pág. 44).

En cuanto a las enfermedades que pueda haber en las cárceles la información que hay con respeto al tema es escasa, sin embargo, hay algo muy seguro de todo ello y es:

> *"A escala mundial, los niveles de infección del VIH tienden a ser muy superiores en el medio carcelario que fuera del mismo. Concomitantemente suelen agravar la situación las elevadas tasas de hepatitis C, tuberculosis, infecciones transmisibles sexualmente, dependencia de drogas y problemas psiquiátricos en la población penitenciaria"* (Stover, 2007, pág. 9).

Esto es debido a que a "nivel internacional se ha observado que, por culpa del hacinamiento, la falta de servicios médicos, los deficientes servicios sanitarios, la falta de higiene, la alta prevalencia de relaciones sexuales sin protección (a veces de abuso sexual), y el consumo de drogas, entre otros, se constituye un riesgo a la salud y un peligro a la población de reclusos" (Correa, 2011, pág. 243).

Ciertamente este es uno de los problemas más graves, pues está vinculado con el hacinamiento, ambos de por si suponen una grave vulneración a los derechos humanos, y no se han visto medidas que garanticen los derechos de los reclusos cuando se presentan estos casos, esto debido a que muchas veces las cárceles tienen características de ser herméticas y cerradas, y por ello no se han visualizado las problemáticas que aquí se abordaron cuando deberían ser públicas, tal vez los datos de hacinamiento si se tengan pero los de enfermedades son escasos, puesto que al ser muy hermético se desconoce mucho de lo que sucede dentro.

Para estos casos, deberían existir posibilidades jurídicas reales y que tengan peso público, en donde se hagan conocer las realidades y se hagan exigibles sus derechos, como menciona Andrew Coyle:

> *"Debe existir un conjunto claro de procedimientos que permita que los reclusos presenten peticiones especiales y formulen cualquier denuncia que consideren oportuna. Estos procedimientos deben exponerse de manera clara para que sean comprendidos tanto por los reclusos como por el personal que tenga trato directo con ellos"* (Coyle, 2009, pág. 22).

Capítulo 4 – Estándares para cumplir las garantías y el respeto a la integridad física

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido cuestiones relacionadas con las obligaciones que tiene el Estado respecto de las personas privadas de la libertad, recomendado a los Estados adecuar sus normativas a lo analizado en los casos que trata, considerando que en Colombia hay casos similares es necesario resaltar los estándares que hace la Corte I.D.H en materia penitenciaria, como lo son:

- Adoptar medidas para asegurar que los derechos a la vida y a la integridad física se preserven, independientemente de cualquiera otra medida que se adopte paulatinamente en materia de política penitenciaria (Corte I.D.H caso de la cárcel de Urso Branco respecto a Brasil, 2004).
- Asumir responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a las personas privadas de su libertad las condiciones necesarias para contribuir al goce efectivo de los derechos que en ninguna circunstancia pueden restringirse o aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad. (Corte I.D.H Caso Fleury y otros Vs, Haití, 2011)
- Adoptar medidas puedan favorecer el mantenimiento de un clima de respeto de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad entre sí, evitar la presencia de armas dentro de los establecimientos en poder de los internos, reducir el hacinamiento, procurar las condiciones de detención mínimas compatibles con su dignidad, y proveer personal capacitado en un numero suficiente para asegurar el adecuado y efectivo control (Corte I.D.H asunto de determinados centros penitenciarios de Venezuela, 2013)
- Asegurarse que las requisas se realicen de forma correcta y periódicamente, y que sean distintas a la prevención de la violencia y la eliminación del riesgo, esto en función de un adecuado y efectivo control al interior de los pabellones por parte de la guardia penitenciaria. (Corte I.D.H asunto del complejo penitenciario de curado respecto a Brasil, 2014)
- Que en los casos en los que una persona ha estado bajo custodia de agentes estatales y exhibe lesiones, el Estado debe proveer una explicación satisfactoria y convincente de esa situación, en concordación que a falta de una explicación satisfactoria y convincente ello conlleva la presunción de responsabilidad estatal de tales lesiones, lo anterior también aplica a los casos de desaparición forzada. (Corte I.D.H caso Isaza Uribe Vs Colombia, 2018)

- Salvaguardar la salud y el bienestar de las personas privadas de la libertad y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimientos inherente a la misma. (Corte I.D.H Caso Hernández Vs Argentina, 2019)

Del mismo modo, en la jurisprudencia constitucional colombiana se establecen estándares que se deben ser aplicados en el sistema penitenciario y carcelario colombiano, como lo son:

- Las autoridades colombianas tienen la obligación de proteger la vida de las personas residentes en Colombia, en caso de que no halla protección de este derecho, se incurrirá en una responsabilidad estatal, en el caso concreto de las personas privadas de la libertad, el Consejo de Estado ha expresado que cuando se detiene a una persona, y luego ésta es recluida en una cárcel, las autoridades deben devolverla al seno de su familia en las mismas condiciones físicas y psíquicas en que fue detenida, obligación que surge desde el mismo momento de la detención. Esta obligación se vuelve objetiva y por consiguiente no importa el concepto de culpa. A la Administración sólo se la exonera si se demuestra que el daño ocurrió por la culpa exclusiva de la víctima. (Sentencia T-590/1998)
- El Estado tiene deberes especiales para con los reclusos, con miras a que éstos puedan ejercer plenamente los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, y parcialmente aquellos que les han sido restringidos. Y estos deberes no implican simplemente que el Estado no debe interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos, sino también que el Estado debe ponerse en acción para garantizarle a los internos el pleno goce de otros derechos, tales como la dignidad, la salud, la alimentación, el trabajo, etc. Esta conclusión se deriva de la misma relación especial de sujeción de los penados frente al Estado, y del hecho de que las condiciones que se imponen a los reclusos les impiden que puedan satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades mínimas, cuya atención garantiza la posibilidad de llevar una vida digna (Sentencia T-966/2000)
- En relación con el derecho a la vida del recluso, el Estado tiene la obligación de impedir que otros reclusos o terceros particulares, así como el personal Estatal amenacen contra la vida del interno. Dicha obligación también dispone de verificar y, de enfrentar efectivamente las amenazas contra la vida de los reclusos. También contrae la obligación de adoptar medidas generales de seguridad interna dentro del centro de reclusión, así como la de trasladar a los internos cuando resulta imprescindible para proteger su vida. (Sentencia T-958/2002)

Ciertamente tanto la Corte I.D.H como la corte constitucional colombiana han planteado diferentes estándares para proteger la integridad física y demás derechos fundamentales derivados de esta, sin embargo, algunos de estos son omitidos en la práctica, algunos son mas recientes que otros, por lo cual la implementación de estos aun esta en espera a ser implementados dentro de la reglamentación colombiana, desde luego aún hay otras disposiciones legales que pueden ayudar no a proteger la integridad pero si a reducir la población carcelaria, y por ende permitir que no halla escasos recursos para aquellos que aun estén privados de la libertad.

CAPITULO 5 - Disipaciones legales para evitar la sobrepoblación en los centros penitenciarios en Colombia

La sanción penal de prisión, regulada en la norma sustancial, procesal y la Ley 65 de 1993 contempla diferentes formas de reducir, evitar y sustituir la pena privativa de la libertad en centro penitenciario como lo es la prisión por otras opciones, la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, la redención de la pena por trabajo, estudio o enseñanza, la aceptación de cargos para reducir la pena, y por último la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional (Ley 599 de 2000). Ciertamente diferentes opciones que se pueden implementar según el caso y la reglamentación que los regula.

En el caso de la prisión domiciliaria contemplada en el artículo 38 y demás normas complementarias adicionadas del Código Penal estipula en el artículo 38B cuales son los requisitos para solicitar y conceder la prisión domiciliaria, entre los requisitos que hay están que el delito cometido no esté dentro de los enunciados por el artículo 68A del código penal por cuanto no todos los delitos pueden tener esta sustitución como los son los delitos dolosos cometidos contra la administración pública, adicionalmente en el artículo 38 y adicionales se estipula quien es competente para conocer de esta solicitud dependiendo de paso procesal en el que este el recluso, si esta aun en un proceso este se puede solicitar ante el juez de conocimiento en acuerdo previo, y si esta privado de la libertad se solicitad al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, y también si el recluso que solicita la prisión domiciliaria se debe acompañar con un mecanismo de vigilancia electrónica (Ley 599 de 2000).

El caso de la redención por trabajo, estudio y enseñanza de la pena, estipulado en la Ley 65 de 1993, en sus títulos VII y VIII, contemplan la redención de la pena dependiendo de la labor efectuada en el centro penitenciario, en el caso del trabajo se contempla que el recluso trabaje 8 horas diarias, en el de estudio 6 horas diarias, y en el de enseñanza 4 horas diarias, y por cada 2 días laborados se rebaja un día en la pena impuesta (Ley 65 de 1993), ciertamente este tipo de disposición legal busca como decía Foucault que el recluso se reintegre a la sociedad, entendiendo que el trabajo transforma a los reclusos y los hace entender su importancia en la sociedad (Foucault, 1990, págs. 220-224), sin embargo, no hay capacidad para que todos entren a estas labores, pues aunque trate de mitigar la sobrepoblación, este no alcanza a cubrir a todos los reclusos, siendo en el camino ineficaz de poder reducir la población carcelaria, según informes del INPEC el hacinamiento es superior a la capacidad máxima de las cárceles, estando en un 48% según datos de INPEC de enero de 2019 (INPEC, 2019).

El caso de la aceptación de cargos es algo más simple, sin embargo, esta por más que trate de reducir la pena no reduce la población carcelaria como si lo hace la sustitutiva de prisión domiciliaria, en términos simples la aceptación de cargos busca reducir la pena en cierto porcentaje dependiendo del momento procesal donde se realice, si es en la audiencia de formulación un 50%, si es en la audiencia preparatoria un 33,3% y si es en la audiencia de juicio oral

un 16,6%, todo esto en concordancia con lo dispuesto en el código procesal penal artículos 351, 356 y 367 (Ley 906 de 2004).

La ultimas de las opciones son la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional, las cuales buscan suspender el cumplimiento de la pena privativa de la libertad o bien otorgar una libertad al recluso por buena conducta, ambas opciones están contemplan sus requisitos para ser solicitadas en el código penal articulo 63 y 64, entre lo más destacable de ambas es el requisito de buena conducta por parte de la libertad condicional, el cual busca destacar el adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión y permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena, esto según el artículo 64 en su numeral 2 (Ley 599 de 2000).

CONCLUSIÓN

En el caso concreto de Colombia los estándares convencionales que protegen el derecho a la integridad personal en el sistema penitenciario y carcelario recomendados por la Corte I.D.H y analizados por la Corte Constitucional son aquellos que el Estado Colombiano pueda adoptar y reglamentar dentro de su normativa carcelaria para garantizar la integridad personal en su totalidad, como fue el caso de los principios para el uso de la fuerza en las cárceles el cual busca regular el uso desmedido de la fuerza y evitar actuaciones inhumanas y excesivas contra los reclusos. Sin embargo, por más que estas reglamentaciones se den, el Estado Colombiano debe aplicarlos con rigor y capacitar a todos las autoridades carcelarias en el tema para que los estándares se cumplan a cabalidad y no se de espacio a que se vulneren derechos fundamentales.

Adicionalmente el Estado Colombiano debería implementar estándares que busquen reducir la población carcelaria a un nivel controlable, pues aunque se encuentren disipaciones legales que buscan sustituir la pena de prisión, estas no son suficientes con respecto a que no reducen el índice de hacinamiento, por ello el Estado Colombiano debe también implementar este tipo de Estándares para poder tener un control total de sus reclusos y que además estos puedan acceder a más garantías y libertades a las cuales no pueden acceder por el hacinamiento como lo son el trabajo, el estudio y la enseñanza, claro está, podría ser una consideración aplicable para los delitos menos graves.

REFERENCIAS

Castañeda, D. R. (25 de marzo de 2020). *El hacinamiento en las cárceles colombianas sobrepasa 54,9% según estadísticas del Inpec*. Obtenido de asuntos : legales: https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/el-hacinamiento-en-las-carceles-colombianas-sobrepasa-549-segun-estadisticas-del-inpec-2982618

Comision I.D.H. (14 de marzo de 2008). *Principios y buenas practicas sobre la proteccion de personas privadas de la libertad en las americas.* principio 1. comision IDH.

Comision I.D.H. (2015). Informe anual 2015; capitulo IV.A, *Uso de la fuerza.* Comision IDH.

Contreras Nieto, M. A. (2003). *Temas de derechos humanos.* Mexico: Comision de derechos humanos del estado de mexico.

Correa, C. P. (2011). *Derechos fundamentales y sistema penitenciario. De la constitucion a la prision.* UNAM. Obtenido de CORTEIDH.OR: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29014.pdf

Coyle, A. (2009). *La adminstracion penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. manual para el personal penitenciario.* Londres, Reino Unido: king collage London; Centro Internacional de Estudios Penitenciarios.

Foucault, P.-M. (1990). *Vigilar y castigar.* MADRID: SIGLO XXI EDITORES.

INPEC. (2019). informe estadisitco enero 2019 - *Poblacion reclusa a cargo del INPEC*. BOGOTA D.C: INPEC.

Kooyman, E. (21 de marzo de 2018). *Cárceles en Colombia: una situación insostenible.* Obtenido de COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: https://www.icrc.org/es/document/carceles-en-colombia-una-situacion-insostenible

Matthews, R. (Diciembre de 2011). *Una propuesta realista de reforma para las prisiones en Latinoamérica.* Obtenido de scielo: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992011000200003

Sharon, P. H. (2017). *PRESUPUESTO ASIGNADO POR EL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LAS BASES DE PREPARACIÓN DEL PRESUPUESTO EN EL SECTOR PENITENCIARIO.* Bogota D.C, Colombia: PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA. Obtenido de: https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/36143/2017.pdf?sequence=4

Stover, R. L. (2007). Marco de acción para una respuesta nacional eficaz. *VIH/SIDA: Prevención, atencion, tratamieno y apoyo en el medio carcelario.* Nueva York, Estados Unidos: naciones unidas.

Uprimy Yepes, R., & Guzman Esther, D. (abril de 2017). Intervención Judicial en Cárceles. *Las carceles en Colombia: entre una jurisprudencia avanzada y un estado de cosas inconstitucinales.* MEDELLIN: INEPEC.

Villatoro, P. (2017). Disponibilidad, comparabilidad y pertinencia. *Indicadores no monetarios de carencias en las encuestas de los países de América Latina*. CEPAL.

Zimbardo, P. G. (2007). *El efecto Lucifer. El porqué de la maldad.* Nueva York: grupo planeta.

Fuentes legales

Constitución Política de Colombia de 1991

Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario.

Ley 599 de 2000, Código Penal

Ley 906 de 2004, Código De Procedimiento Penal

Resolución 192 de 2018, Por la cual se regula el uso de la fuerza y se adopta el Modelo Uso de la Fuerza para el Sistema Penitenciario y Carcelario Colombiano.

Fuentes jurisprudenciales

Sentencia T-590 DE 1998

Sentencia T-153 DE 1998

Sentencia T-960 DE 2000

Sentencia T-958 DE 2002

Sentencia T-984 DE 2005

Sentencia Corte I.D.H, *Caso Mendoza Y Otros Vs. Argentina.* 14 de mayo de 2013

Sentencia Corte I.D.H, *Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil.* 07 de julio de 2004.

Sentencia Corte I.D.H, *Caso Fleury y otros Vs. Haití.* 23 de noviembre de 2011.

Sentencia Corte I.D.H, *Asunto de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela. Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana) respecto de Venezuela.* 13 de febrero de 2013

Sentencia Corte I.D.H, *Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil.* 22 de mayo de 2014

Sentencia Corte I.D.H, *Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia.* 20 de noviembre de 2018

INTELIGENCIA ARTIFICIAL FRENTE A LA CIBERDELINCUENCIA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN ASUNTOS DE SEGURIDAD NACIONAL

Daniel Rigoberto Bernal Gómez[3]
Duván Stiven Díaz Bejarano[4]

RESUMEN

El Estado colombiano a través de la legislación penal categoriza los comportamientos lesivos de bienes jurídicos, sin embargo, la ciberdelincuencia ha transformado las arraigadas conductas punibles en nuevas estrategias que impiden a la jurisdicción accionar contra sus autores o participes. Con lo anterior quiere decirse que los tipos penales consagrados en el bien jurídico Protección de la información y de los datos no son los únicos comportamientos que emplean medios electrónicos o informáticos para consumar las acciones antijurídicas. El presente artículo es un desarrollo jurisprudencial y legal no solo de orden nacional sino internacional, empleando un método sintético con enfoque a la implementación de algoritmos inteligentes. En consecuencia, es necesario describir la implementación de la inteligencia artificial dentro del ámbito de la seguridad nacional del Estado colombiano junto con las responsabilidades que pueden ocasionar en el ejercicio arbitrario de estas actividades judiciales por parte de sus agentes. Lo anterior con miras al desarrollo del principio de legalidad dentro de las actuaciones realizadas por los órganos del Estado frente a las garantías y derechos fundamentales de los nacionales y extranjeros; además siendo de vital importancia emplear el estudio de derecho comparado con los sistemas ejecutado en países de la Unión Europea con la finalidad de identificar las utilidades que proporcionan la implementación de estos algoritmos inteligentes en beneficio de la administración de justicia y del desarrollo de los fines esenciales del Estado. Finalmente, para concluir con algunos precedentes jurisprudenciales en materia de responsabilidad estatal por falla del servicio en el marco del ius puniendi como atributo del Estado.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia Artificial, Ciberdelincuencia, Software malicioso, Seguridad nacional, Responsabilidad Estatal.

---

3 Doctor en Derecho (c) Universidad de Mar del Plata Argentina, Doctor en Derecho Público (c) Universidad Santo Tomas. Magister en Derecho Administrativo Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Privado Económico y Abogado Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador Grupo Fundador semillero Aurora del Saber, del Grupo de Investigación Justicia Social Primo Levi (B) Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. E-mail daniel.bernal02@uptc.edu.co. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-4223-0678

4 Estudiante semillero de investigación. Integrante semillero Aurora del Saber, del Grupo de Investigación Justicia Social Primo Levi (B) Facultad de Derecho Universidad pedagógica y Tecnológica de Colombia e-mail: duvan.diaz@uptc.edu.co. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-7004-4226

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE FACE OF CYBERCRIME AND RESPONSIBILITY OF THE STATE IN MATTERS OF NATIONAL SECURITY

ABSTRACT

The Colombian State, through criminal legislation, categorizes the harmful behaviors of legal rights, however, cybercrime has transformed the deeply rooted punishable behaviors into new strategies that prevent the jurisdiction from taking action against their perpetrators or participants. With the above, it is meant that the criminal offenses enshrined in the legal protection of information and data are not the only behaviors that use electronic, or computer means to carry out unlawful actions. This article is a jurisprudential and legal development not only of a national but also international order, using a synthetic method with a focus on the implementation of intelligent algorithms. Consequently, it is necessary to describe the implementation of artificial intelligence within the scope of national security of the Colombian State, together with the responsibilities that may arise in the arbitrary exercise of these judicial activities by its agents. The foregoing with a view to the development of the principle of legality within the actions carried out by State bodies regarding the guarantees and fundamental rights of nationals and foreigners; In addition, it is vitally important to use the study of law compared with the systems implemented in countries of the European Union in order to identify the utilities provided by the implementation of these intelligent algorithms for the benefit of the administration of justice and the development of essential purposes. of the State. Finally, to conclude with some jurisprudential precedents in matters of state responsibility for failure of the service within the framework of ius puniendi as an attribute of the State.

KEYWORDS: Artificial intelligence, cybercrime, malware, malicious software, national security, state responsibility

INTRODUCCIÓN

Bien es sabido que desde las teorías contractualistas del siglo XVII el Estado es el titular del ius puniendi característica esencial de todo Estado que sintetiza la facultad de configurar, sancionar y suprimir los comportamientos delictuales que afectan los bienes jurídicos que implican lograr la sociedad deseada (García Amado, 2008, 29). Empero, la limitación de esta facultad está en el principio de legalidad desarrollado y en concordancia con el respeto a la supremacía constitucional. La implementación de inteligencia artificial en la ejecución de actividades del Estado potencializa el cumplimiento de los fines estatales. No obstante, los sujetos que realizan comportamientos antijurídicos también han hallado la forma de implementar nuevas modalidades de consumación mediante la implementación de medios informático o electrónicos en el conocido ciberespacio. En Colombia hasta antes del 2009 se consideraría un paraíso de la ciberdelincuencia, en razón a la ausencia de la función legislativa que ese mis-

mo año incorporo nuevos tipo penales mediante la Ley 1273, haciendo frente a la expansión de los ciberdelitos en el territorio nacional. Dentro de las temáticas a abordar se encuentran desde la noción de inteligencia artificial separada de acepciones como los robots y el big data, la necesidad del ciberespacio como lugar de ejecución de estas conductas, el uso de las criptomonedas para consumar conductas que atenten contra el patrimonio económico, pasando por asuntos de seguridad nacional en la investigación judicial liderada por la Fiscalía General de la Nación, para finalmente acercarse a los temas de responsabilidad del Estado. En conexidad el uso de software malicioso es determinada como la herramienta principal de la ciberdelincuencia mediante la aplicación de la denominada ingeniería social para iniciar las fases de un iter criminis, la cual debe empezar a contrarrestarse mediante los algoritmos inteligentes y los preexistentes avances del internet de las cosas presente en gran parte de los dispositivos tecnológicos cotidianos, propiciando espacios clave para la neutralización de estos actuares delincuenciales.

Acercamiento a la Inteligencia Artificial

Durante el proceso de revolución industrial llevado a cabo en la Gran Bretaña del siglo XVIII, las máquinas tuvieron un papel fundamental en el desarrollo de actividades mercantiles, sociales y tecnológicas, pero consecuencias nefastas para el ser humano, debido al reemplazo de algunas labores anteriormente desarrolladas por este.

> Las tres primeras revoluciones industriales tuvieron como finalidad la necesidad de la mecanización, así como en 1784 a finales del siglo XVIII cuando se crea el primer telar mecánico, la primera producción en masa de energía basada en la división de trabajo con los mataderos de Cincinnati en 1870. Finalmente, el primer controlador lógico programable en 1970. (Patiño Vengoechea, 2019)

Expuesto lo anterior, es posible identificar las diversas transformaciones que ha representado las revoluciones industriales para así adentrarnos en la industria 4.0, centrada en el denominado Internet de las Cosas (IoT), una composición de electrónica, informática y las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), cuyo propósito está dirigido a facilitar la vida a los seres humanos en cuanto a sus ámbitos de desarrollo laboral, familiar, personal, académicos, científicos y salud especialmente. IoT implica la adquisición de datos de sensores y entrega de órdenes a dispositivos que interactúan o forman parte del mundo real; además reconocen cambios y eventos reaccionando autónomamente ante ello, centrándose en los electrodomésticos y bienes de consumo (Barrio Andrés, 2018, 14).

Con todo ello quiere precisarse que IoT, ha sido centrado exclusivamente en asuntos del hogar, sin embargo, es un dato erróneo puesto que los grandes avances también han cobijado ámbitos de industria, financieros, agricultura, investigación científica, monitoreo y rastreo. En suma, su uso ha ido llegando al nivel de administración local con las denominadas ciuda-

des inteligentes en la implementación de dispositivos de detección y aplicaciones. No obstante, no basta adentrarse a corporaciones para conocer acerca de IoT, este puede ser hallado en el reloj inteligente (smartwatch). Para EVANS Dave (2011) A medida que el IoT evolucione y se perfeccione, estas plataformas y redes dispondrán de mayores capacidades de seguridad, análisis y administración (5).

Cabe resaltar que dentro de IoT se encuentran aún tecnologías que han surgido con antelación, pero aún se mantienen a la vanguardia como Bluetooth, wifi, las redes 4G en adelante. Adicionalmente dentro de las características inescindibles se encuentran la comunicación y cooperación, la identificación, el direccionamiento, actuación, procesamiento de información integrado, localización y rastreo, interfaz de usuario (BRIODAGH, Ken, 2011, 3). En consecuencia, nos encontramos ad-portas de lo que pudiese conocerse como la industria 5.0 relacionada con una máxima expansión del IoT, o bien denominados espacios inteligentes basados en este y la llegada de la computación cognitiva o Inteligencia Artificial (I.A).

> La industria 5.0 implica la transformación de la fabricación moderna, así como una amplia gama de otros procesos, comerciales y no comerciales, para permitir que el hombre y la máquina trabajen codo a codo, en colaboración, mediante el uso de robots colaborativos. (Osteergard, 2018, 35)

De lo anterior se colige en forma implícita que la industria 5.0 va ligada al proceso de I.A, en razón a que la máquina debe de tener una conexión a determinada red de internet, ligada a algoritmos que permitan desarrollar actividades programadas o independientemente, empleando procesos de automatización de tareas que permitan el desarrollo de actividades cotidianas del ser humano, facilitando la realización de otras mientras está ejecuta por sí misma. Por otra parte, continuando con el desarrollo de la industria 5.0 se ha de precisar algunas acepciones:

a. **Big data o Macrodatos** siempre ha estado relacionado con la operación volumétrica de datos sobre personas con tendencias lucrativas, esto es, la recopilación de información de millones de usuarios, el análisis y el desarrollo de una nueva propuesta de comercio a imponer, con la finalidad de mejorar la producción de bienes y servicios, detectar fallos, nuevas ofertas, reducción de costos entre otros.

b. En palabras de del profesor ROTH (2008) de la Universidad de Stanford: "La noción de **robot** tiene que ver con qué funciones realiza una máquina y cuales el hombre. De modo que cuando la máquina se incorpora a las funciones de un humano, se le llamaría robot, sin embargo, a medida que nos acostumbramos a esta función y volvemos a interpretar que dicha función no es propia de humanos volvemos a llamarlo máquina".

c. **Inteligencia artificial** es toda técnica de procesamiento de información caracterizada por hacer cálculos sobre determinada información en un espacio dimensional virtual y construido mediante operaciones, llevadas a cabo dentro del propio algoritmo para aprovechar diversas propiedades de espacios altamente dimensionales. (Barrio Andrés, 2018, 46)

El ámbito espacial necesario y la cibercriminalidad en el derecho colombiano

La aparición de internet y los sistemas informáticos supuso un antes y un después en el modo en que las personas acceden a los sistemas de información, donde cada acción se encuentra reflejada, pues la red es un nuevo espacio donde los roles de los diferentes agentes se construyen, evolucionan y cambian día a día. (Alonso García, 2015, 18)

Estos roles sin lugar a duda hacen referencia a usuarios y ciberdelincuentes, encargados del desarrollo de nuevas herramientas cibernéticas, para vulnerar sistemas de seguridad, principalmente en los denominados días cero[5] o aquellos softwares que ya no cuentan con actualizaciones periódicas, pero por su bajo consumo de recursos siguen siendo implementados por algunas pequeñas empresas u hogares. Estas situaciones son algunas que direccionan al desarrollo del cibercrimen, ciberdelitos o ciberdelincuencia, estos se cometen con facilidad, escasez de recursos, a distancia y se benefician de lagunas informáticas o bien llamados paraísos informáticos debido a la ausencia de sanciones (Subijana Zunzunegui, 2008, 171).

Aunado a lo anterior, el desarrollo de estos comportamientos nocivos tiene un campo de acción, el ciberespacio, un lugar diferente al mundo tangible que se conoce donde tiene importancia el espacio-tiempo. "En el caso del término ciberespacio, el mismo sirve para poner de manifiesto que se trata de un lugar de comunicación que no tiene una naturaleza física primaria, sino esencialmente relacional" (Miro Llinares, 2011, 6). De tal forma que no debe de tratarse el ciberespacio en un sentido estricto sino amplio, en virtud de ser un lugar inmaterial que permite la comunicación, transmisión y recepción de datos acortando distancias entre un punto A y un punto B.

Como consecuencia, dentro de los ciberdelitos encontramos estrecha relación con los medios sociales que emplea el sujeto pasivo de la conducta. Esto debido a que la información que comparte a través de plataformas sociales como Facebook, Instagram y YouTube puede ser objeto de compilación o recolección para formar un perfil. Ciertamente será información relacionada con ubicaciones, lugares de estudio, viajes, direcciones de email, teléfonos, lugar de trabajo, hogar y la familia, siendo blanco fácil para generar principalmente una cronología de la vida de la persona, para comenzar el ataque mediante las técnicas de ingeniería social[6].

Por otro lado, se había aludido con anterioridad al uso de software sin licencia, otro factor de ataque como sucede con la instalación de sistemas operativos que han dejado de recibir actualizaciones de seguridad por parte del fabricante, el uso de cracks o bien conocidos parches informáticos. Esto se da mediante modificaciones al programa para que acepte cualquier clave como válida o simplemente busque omitir la verificación de identidad o serial de venta.

---

5 Un ataque de día cero es aquel ataque que se realiza contra una aplicación o sistema, aprovechando una vulnerabilidad desconocida por los usuarios, la cual no ha sido revelada públicamente. (CF Rivas, 2015, 13)

6 Si bien esta técnica es utilizada en cualquier ámbito, en lo que a informática se refiere, consiste en la obtención de información sensible y/o confidencial de un usuario cercano a una sistema u organización explotando ciertas características que son propias del ser humano (Mieres, Jorge, 2009, 8)

De ahí que resulte beneficioso para algunas personas al no tener que pagar por un producto informático de uso diario, ignorando los daños potenciales que puede crear el uso de parches informáticos al ser descomprimidos y a su vez portadores de software malicioso. Con ello se quiere decir que existe una clasificación selectiva que se hará conforme al daño potencial que pueda ocasionar cada uno de estos:

I. Software espía o Spyware el cual registra las actividades que realiza el usuario de forma secreta y sin permisos de administrador, capturando información que es transferida al ciberdelincuente; II. Los gusanos su propósito es replicarse por el ordenador provocando la destrucción de datos y archivos, el daño aumenta cuando existe conexiones de ordenadores bajo una misma red de trabajo; III. El troyano funge como elemento distractor o causante de interés que al ser abierto obtiene acceso no autorizado al ordenador, permitiendo el apoderamiento de información o instalación de software potencialmente no deseado; IV. Keylogger es un software malicioso encargado de grabar las pulsaciones del teclado del usuario con el propósito de que el agente busque información importante como usuarios, contraseñas y credenciales bancarias; V. Ransomware es un software encargado de bloquear el acceso del usuario al ordenador cifrando los archivos, generalmente cambiando la extensión de archivo para posteriormente solicitar un pago por el rescate de archivos. El atacante deja una nota en formato .txt que incluye un email para entrar en contacto con este e iniciar el proceso de rescate.

Las criptomonedas como instrumento de la ciberdelincuencia

En apartados anteriores se aludió al malware ransomware, el cual tiene vital importancia en este desarrollo, siendo su teleología el secuestro digital de datos a cambio de una remuneración, para ser descifrados por el ciberdelincuente. Inicialmente tomamos de referencia el bitcoin al ser la criptomoneda más popular a nivel global, la cual permite la adquisición de bienes y servicios mediante intercambios electrónicos, como si se tratase de una moneda digital. Algunos países de la Unión Europea han tenido pronunciamientos favorables principalmente Suecia al aceptar el comercio de estas, pese a la ausencia de una legislación clara, el gobierno sueco si ha destinado variedad de declaraciones e informes sobre su uso. Contrario sensu, en España bitcoin carece de regulación específica, considerándose una mercancía regulada por el Derecho Civil, entendiéndose como bien mueble, digital, no fungible y susceptible de propiedad privada conforme a los arts. 335, 337 y 345 de la citada norma. (Aránguez Sánchez, 2020, 78)

Esta postura puede ser comprobada en el artículo 2.2. de la Ley 21 de 2011"Se prohíbe a toda persona física o jurídica distinta de las recogidas en el apartado anterior emitir, con carácter profesional, dinero electrónico tal y como se define en el artículo 1.2 de la presente Ley". En ese orden de ideas la legislación antepone un límite a entes privados para emitir criptomonedas, las cuales pueden ser utilizadas desde la compra de bebidas hasta tiquetes de viaje, siendo una de las características principales la no realización de transacciones bancarias, esto es,

la posibilidad de ser interceptadas o anularse la compra, lo cual puede ser un punto positivo o no según su propietario destine hacer con esta.

En cuanto a su funcionamiento consiste en una secuencia de números encriptados a un algoritmo, finalidad que busca distinguir la criptomoneda de cualquier otra. Los bitcoins no se emiten por autoridad monetaria, su creación es un problema matemático, conforme a un calendario prefijado, esto es, cada 6 veces por hora se producen lotes de bitcoins (Navarro Cardoso, 2019, 5). Teniendo en cuenta lo anterior, el bitcoin como otros tipos de criptomonedas permiten consumar conductas punibles, como el pago de rescates de datos u otros pagos-cobros ilícitos.

> En sentencia de la Audiencia Nacional española (2016) se estudió un caso en el cual miles de ordenadores fueron atacados por malware ransomware, infectando y bloqueando equipos informáticos, asimismo exigiendo la suma de 100€ a través de plataformas como moneypay, ukash, paysafecard para desbloquear los datos infectados. También los ciberdelincuentes mediante tácticas ingeniosas persuadieron a las víctimas de que dicha encriptación era por parte de la Policía Nacional, debido al acceso a contenidos ilícitos, exigiendo la misma suma como presunta multa.

Finalmente, el uso de criptomonedas para la compra de mercancías ilícitas en un asunto de seguridad nacional que requiere atención especial, por cuanto puede ser el canal que conecte gran parte de la criminalidad, la ciberdelincuencia y la financiación, compra y venta de armamento por parte de grupos armados organizados al margen de la ley. Así lo ha reconocido la Orden PCI/487 (2019) del Consejo de Seguridad nacional español

> El empleo de nuevas modalidades de transacción financiera y económica, como las criptomonedas, para el tráfico y el comercio de bienes y prestación de servicios ilícitos o la extorsión, el fraude y la falsificación de medios de pago no monetarios, constituyen un serio desafío a la seguridad por su sofisticación y complejidad.

Implementación de la Inteligencia artificial en temas de seguridad nacional (investigaciones judiciales)

La seguridad nacional en lo particular ha estado atada a asuntos de carácter militar, ocasionando una acepción difusa con la defensa nacional en cuanto a los ámbitos que cobijan estos dos.

> El concepto de seguridad nacional ha sufrido grandes transformaciones, dando entrada a nuevos actores como económicos, recursos naturales, protección ecológica, migraciones, información y el conocimiento con la revolución informática y comunicaciones, el futuro incierto del Estado y de los organismos internacionales. (Molina Mateos, 2000, 116).

En efecto tenemos dos connotaciones importantes, las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones y el futuro incierto del Estado, el cual es posible direccionar hacia la implementación de inteligencia artificial (I.A) como agente virtual de las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación, altamente capacitado para la ejecución de actividades, sugerencias, compilación de información, acceso a bases de datos académicas, públicas o privadas, intercomunicación con otras I.A, asistencia en técnicas de informática forense, interconexión con el sistema misional SPOA e intranet, esencia principal del ente investigador, debido a los últimos procesos de digitalización de la información. Con lo anterior, no quiere decirse que una vez se obtenga orden judicial, el algoritmo inteligente acceda indiscriminada a sistemas informáticos sino por el contrario realice rastreo, monitorización y vigilancia de la actividad del ciberdelincuente; de ser el caso realizar el respectivo allanamiento del lugar de operación delincuencial, teniendo como base de sustento probatorio las susodichas acciones adelantadas por la I.A para que el Juez de control de garantías acceda a la petición del Fiscal delegado.

En consecuencia, bien es sabido que no en todas las unidades de Policía Judicial adscritas a Fiscalías seccionales cuentan con peritos forenses informáticos, salvo aquellas adscritas a Dirección Seccional de Delitos Informáticos. Esta situación mejoraría con la implementación de algoritmos, con el propósito de que la evidencia digital se eleve a rango de prueba digital mediante análisis modernos para así tener eficacia probatoria en un menor tiempo, esto es, al encontrar referencia entre esta y algún punto clave de la investigación.

> En Colombia en gran medida es el desconocimiento, tanto de operadores judiciales como de abogados, defensores públicos y demás intervinientes en el proceso, sobre el tratamiento e investigación de los delitos informáticos, por lo tanto, la deficiencia en los procesos y la judicialización efectiva que tiene como consecuencia la impunidad, tiene un factor determinante y es la falta de capacitación. (Mesa Elneser, 2013, 135)

Estos señalamientos se dan en razón a la ausencia de doctrina y jurisprudencia de los altos tribunales, dejando vacíos en cuanto a la voluntad de legislador , los elementos configuradores de la conducta y los precedentes judiciales. Sin embargo, objetivamente este supuesto sería dable en el caso de interpelación del recurso extraordinario de casación, el cual no siempre es posible en virtud de gastos económicos o su improcedencia, de tal forma que compete a la doctrina y a la academia a plantear cuestionamientos y proposiciones frente a estos temas.

Importante resaltar que la operatividad de I.A podría configurarse más provechosa si pudiese ser transportada a campo abierto mediante dispositivos tecnológicos que permitan estar sincronizados con IoT, mediante sensores integrados a esta, con el fin de colaborar armónicamente con las unidades de Policía Judicial en el lugar de los hechos sin importar el tipo de conducta realizada, aunque no corresponde a la temática abordada, vale ser mencionada.

Responsabilidad del Estado derivada de la implementación de I.A en asuntos de seguridad nacional

La responsabilidad extracontractual del Estado es la obligación de reparar el daño causado. La Constitución Nacional contempla en su artículo 90 la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos cometidos por acción u omisión de sus agentes. Con esto llegamos a la definición de la Falla del servicio desarrollada por el Consejo de Estado (2012) La falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado (…) Se configura por retardo, ineficacia, irregularidad, omisión (…).

En primer lugar, habría que precisar dichos conceptos correspondientes a la jurisdicción Contencioso administrativo:

a. Daño antijurídico concepto desarrollado en la doctrina española por el profesor García de Enterría, como aquel perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

b. Actuación del Estado imputable, aunque más diríamos de la administración tanto por acción u omisión que permita atribuirle una responsabilidad que converja con el siguiente requisito nexo causal, el cual justificaría la eventual indemnización del perjuicio. Antes cabe mencionar la existencia de dos tipos de responsabilidad extracontractual del Estado.

- Responsabilidad subjetiva o con falla del servicio requiere que el Estado haya incurrido en una falla del servicio, conforme a la configuración que ha determinado el Consejo de Estado para que sea obligado a resarcir el perjuicio.
- Responsabilidad objetiva solo requiere probar el hecho dañoso, el daño sufrido y en nexo causal entre uno y otro (HERNANDEZ, Elier, 2007, 14)

De aquí nace una subclasificación:

- La doctrina del daño especial, "la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado (Consejo de Estado, 2007)
- Riesgo excepcional nace cuando un sujeto de derecho despliega una actividad cuya realización implica el riesgo de ocasionar daños, por ende, debe de asumir la responsabilidad derivada del resultado o pese a que no desentrañe un verdadero peligro debe responder

por las consecuencias desfavorables que se produjesen, por parte de la persona que se beneficie de dicha actividad (Consejo de Estado, 2008).

d. **Nexo causal** es decir la relación causa-efecto existente entre la actuación (legítima o ilegítima) de la administración y el resultado de la conducta.

Teniendo en cuenta lo anterior es preciso aclarar que el tipo de responsabilidad estatal de índole objetiva o subjetiva responderá a los criterios señalados por el Consejo de Estado, empero existen algunas hipótesis respecto al tipo de responsabilidad de la inteligencia artificial implementada por la administración pública sea en forma automatizada o autodeterminada de esta. Para ello será necesario continuar abordado los temas objetivos de responsabilidad para configurar el tipo de responsabilidad y/o ejecución en asuntos de la función pública.

REFERENCIAS

Alonso García, Javier. (2015). *Derecho penal y redes sociales.* Aranzadi.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (2020). *El Bitcoin Como Instrumento Y Objeto De Delitos*. Cuadernos de Política Criminal, (131), 75–103. https://vlex.es/vid/bitcoin-instrumento-objeto-delitos-852366921

Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. *Sentencia SAN 704/2016*; M.P. Carmen Paloma González Pastor; 3 de marzo de 2016. https://www.poderjudicial.es/search/DeActualidad/AN/Penal/

Barrio Andrés, M. (2018). *Derecho de los robots.* Wolters Kluwer España. https://elibro.net/es/lc/usta/titulos/56012

Barrio Andrés, M. (2018). *Internet de las cosas.* Editorial Reus. Recuperado de https://elibro.net/es/ereader/usta/121519?page=14.

BRIODAGH, Ken. (2017): *IoT time: evolving trends in the Internet of Things* (traducción automática Microsoft translator). Independently published

CF Rivas. (2015). *Definición de metodología para el descubrimiento de zero days.* [Tesis de pregrado, Universidad de Alcalá]. https://core.ac.uk/download/pdf/58911367.pdf

Consejo de Estado. Sección tercera. *Sentencia Rad. 50001-23-26-000-1991-06081-01*, C.P. Enrique Gil Botero; 3 de mayo de 2007. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjU_6fL6-3wAhUCd98KHTWYDeEQFjAAegQIAxAD&url=http%3A%2F%2Fwww.consejodeestado.gov.co%2Fdocumentos%2Fboletines%2F4%2FS3%2F16696.doc&usg=AOvVaw0v5Lw0OaB70yY-0uQHglps

Consejo de Estado. Sección Tercera. *Sentencia Rad. 85001-23-31-000-1997-00440-01*, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 26 de marzo de 2008. http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/85001-23-31-000-1997-00440-01(16530).doc.pdf

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. *Sentencia Rad. 25000-23-26-000-1996-03282-01*, C.P. Hernán Andrade Rincón; 7 de marzo de 2012. http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/101/S3/25000-23-26-000-1996-03282-01(20042).pdf

EVANS, Dave (2011). *Internet de las Cosas. Cómo la próxima evolución de Internet lo cambia todo.* Cisco Internet Business Solutions Group. https://www.cisco.com/c/dam/global/es_mx/solutions/executive/assets/pdf/internet-of-things-iot-ibsg.pdf

García Amado, J. A. (2008). *Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites.* Documentación Administrativa, (280-281). https://doi.org/10.24965/da.v0i280-281.9600

HERNANDEZ ENRIQUEZ, Elier Eduardo (2007). *Responsabilidad Extracontractual del Estado, Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Ediciones nuevas jurídica.*

Ley 21 de 2011 de España. Por la cual se modifica la disposición final 3 de la Ley 24/1988, de 4 de marzo, y del art. 31.bis.2 de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, se establecen de acuerdo con la modificación de las disposiciones finales 5.31 y 6 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo. *Artículo 2.2*. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=-BOE-A-2011-12909

Mesa Elneser, A. M. Vásquez Santamaría, J. E. y Lalinde Pulido, J. G. (2013). *Aproximación a la informática forense y el derecho informático: ámbito colombiano*. Universidad Católica Luis Amigó. https://elibro.net/es/ereader/usta/127464?page=135.

Ministerio de la Presidencia. (2019). *Orden PCI/487/2019.* por la que se publica la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019, aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional. https://www.boe.es/eli/es/o/2019/04/26/pci487

Miró Llinares, F. (2011). *La oportunidad espacial en el ciberespacio.* Revista electrónica de ciencia penal y criminológica (13), 1-55. http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13.html

Molina Mateos, J. M. (2000). *Seguridad de la información criptología.* El Cid Editor. Recuperado de https://elibro.net/es/ereader/usta/80281?page=116.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. (2019). *Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero.* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 21-14. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7042336

Osteergard, E. (8 de agosto de 2018). *Industria 5.0: las personas en el centro de los procesos de producción.* https://blog.universalrobots.com/es/industria-5-0traducido

Patiño Vengoechea, J. (2019). *La cuarta revolución industrial.* Ingenierías USBmed, 10(1), 1-1. https://doi.org/10.21500/20275846.4032

Roth, Bernard. (2016). Prefacio. En Siliciano Bruno & Oussama Khatib (Eds.), *Springer Handbook of robotics.* (pp. 6-10). Springer. https://link-springer-com.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/referencework/10.1007/978-3-540-30301-5#editorsandaffiliations

Subijana Zunzunegui, Ignacio José. (2008). *El ciberterrorismo: Una perspectiva legal y judicial.* https://addi.ehu.es/handle/10810/24999

LA PAZ TAMBIÉN TIENE ROSTRO DE MUJER

Semillero de investigación José Luis Barceló Camacho,
bajo la dirección de Mauricio Henao Borquez[7]

RESUMEN

La JEP debe priorizar como macrocaso los delitos de violencia sexual cometidos contra las mujeres para esclarecer, juzgar y sancionar estos crímenes y conceder justicia restaurativa a las víctimas. La investigación se centra en el procedimiento adecuado para lograr una justicia restaurativa eficaz, toda vez que fue una práctica de las FARC desde el reclutamiento de mujeres y niñas mediante la obligación o seducción y posterior violencia sexual, hasta una situación que afectó a quienes no hacían parte del conflicto, es decir; mujeres civiles, presentándose una permanente violación a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, al incurrir en crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, despojándolas de su dignidad y la libertad sobre sus cuerpos.

El análisis propuesto ayudará a las víctimas a que sean reparadas y visibilizadas, reconociendo la realidad que vivían al interior del grupo armado, necesaria para encontrar la verdad y obtener reparación generando memoria histórica en virtud de las garantías de no repetición que funcionan específicamente como aquella herramienta que busca evitar que aquellos hechos vuelvan a suceder, en construcción de las narrativas necesarias para reconocer que esto ocurrió dejando atrás la revictimización que día a día sufren las mujeres que fueron objeto de estos hechos. La JEP como justicia transicional al implementar un modelo de justicia restaurativa, siendo las víctimas el eje del sistema, debe reconocer la necesidad social de eficacia, la importancia jurídica de validez y el requerimiento político de legitimidad.

PALABRAS CLAVES: Violencia sexual, conflicto armado, justicia restaurativa.

7 Docente investigador Abogado, Especialista en procesal penal, constitucional, y justicia militar. Magíster en procesal Penal a cargo del Semillero de Penal, José Luis Barceló Camacho

PEACE ALSO HAS A WOMAN'S FACE

ABSTRACT

JEP must prioritize the crimes committed against women of sexual violence as macro-cases in order to clarify, judge and punish them, granting restorative justice. The subsequent sexual violence in their ranks, presenting a violation of human rights and international humanitarian law causing war crimes and crimes against humanity.

The proposed analysis will help the victims to be repaired, by finding the truth, obtaining reparation and generating historical memory so that this does not happen again, leaving behind the re-victimization of women who are the object of these events.

KEY WORDS: sexual violence, armed conflict, restorative justice.

INTRODUCCIÓN

Colombia vivió un conflicto armado interno por más de 50 años contra las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el cual dejó consigo centenares de victimas por la comisión de diferentes delitos, tales como homicidios, desplazamientos forzados, desapareciones forzadas, secuestros y violencia sexual, este ultimo será la base fundamental de esta investigación, ya que las afectadas por este crimen, son las víctimas más olvidadas a la hora de restablecer sus derecho, la Jurisdicción Especial para la Paz, creada por acuerdo de paz realizado entre el gobierno colombiano y las FARC, firmado en el año 2016, mediante el cual se le dió fin al conflicto interno existente entre las dos partes intervinientes en este proceso, es la encargada de realizar la reparación a las victimas del conflicto armado, la Ley 1957 de 2019, establece el procedimiento de esta jurisdicción, fijando parámetros claros para la atención de las victimas, materializando y garantizando sus derechos vulnerados, dicha entidad "es el componente de la justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición." (JEP, 2021) Actualmente las víctimas de estos delitos, no han sido reparadas satisfactoriamente, de manera que se ha desconocido su papel en el marco del conflicto armado-

El semillero de investigación de penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, mediante el planteamiento del problema de *¿cuál es procedimiento más efectivo para lograr otorgar esa justicia restaurativa a las victimas de violencia sexual entorno al conflicto armado colombiano?* analizará la trascendencia en la sociedad en relación a los crímenes sexuales cometidos por las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), en el marco de la violencia interna del país, identificando los procedimientos establecidos y aplicados por la legislación colombiana para reparar a las víctimas de estos delitos, para cumplir este propósito se desarrollarán dos objetivos, mediante los cuales se determinarán el entorno donde hubo lugar a estos crímenes y el procedimiento adecuado para reparar a las mujeres perjudicadas. Esta investigación se realizó empleando el enfoque teórico práctico deductivo.

OBJETIVO GENERAL

Analizar la trascendencia de los contextos sociales influyentes en la violencia sexual dentro y fuera del conflicto armado a manos de las FARC, y las consecuencias relevantes para las mujeres víctimas, para así establecer el procedimiento legal que rige a un acercamiento hacia una justicia restaurativa íntegra.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Determinar principalmente el entorno en el que tuvieron lugar las reclutaciones de las FARC y de qué manera influyó esto en los medios utilizados para la sistematización de delitos de violencia sexual hacia la mujer.
2. Identificar qué procedimientos son adecuados para lograr una justicia restaurativa que logre ser trascendente en el restablecimiento de las garantías y derechos de dichas mujeres, a través de la visibilización de aquellas consecuencias tanto sociales y políticas de dichos delitos en las vidas de aquellas mujeres y niñas perjudicadas

DESARROLLO DE LOS OBJETIVOS

1. Determinar principalmente el entorno en el que tuvieron lugar las reclutaciones de las FARC y de qué manera influyó esto en los medios utilizados para la sistematización de delitos de violencia sexual hacia la mujer

Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) fueron la guerrilla más antigua y numerosa de América Latina. Así lo expone Pizarro en su escrito *Una democracia asediada. Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia*, "tienen su origen lejano en los grupos de autodefensa campesina que impulsó el Partido Comunista a fines de la década de los años cuarenta, como respuesta a la brutalidad oficial en el periodo de la violencia". (Pizarro, 2005) trascendiendo décadas en un imperio construido a base del narcotráfico y extorsión, contrario a su objetivo inicial, como todos sabemos.

Tal como lo afirma el maestro Echandía en su obra *Dos décadas de escalonamiento del conflicto armado en Colombia*, la violencia general que asociamos con el conflicto armado ha supuesto una progresiva dinámica política -violenta, en sí misma- en la que las acciones van dirigidas contra los civiles, entendiéndose como una respuesta con la que buscan conservar esa influencia sobre las posiciones que se encuentran en disputa. (Echandía, 2006).

Sin embargo, al analizar las estadísticas y la historia del crecimiento desbordado que tuvieron las FARC en sus filas, -en su momento más histórico y destacado-, nos surge la duda en cuanto a cuáles fueron las principales motivaciones para todas aquellas personas que se unieron y aplicaron a estos procesos de vinculación.

En este entendido, nos remitimos a la investigación de Brett y Specht, que versa sobre el porqué los jóvenes se involucran tanto a las fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados ilegales, así mismo, afirman que existen un grupo de eventos que determinarán esta situación, tal y como es de suponerse, de tal manera que establecen seis principios que determinarán la respuesta -positiva o negativa- para concluir el proceso de admisión.

1. El principal y más importante factor, es el *ambiente de guerra* en el cual nacieron dichos jóvenes, un entorno en el que el concepto de la seguridad y la desprotección estaban viciados completamente, de manera que se exponen al desarrollo de símbolos militares, que pueden llegar a configurar en un futuro, su modelo a seguir, contribuyendo con su proyecto de vida. (Brett y Specht, 2005)
2. Como segundo factor riesgoso, tenemos el entorno familiar, es decir, lo que pasa en contexto de la vida más íntima y personal de aquellos jóvenes, al ser la familia el núcleo básico de la sociedad, su conformación y la manera en la que se desarrollen los procesos de crianza, traen consigo grandes consecuencias para aquellas personas que crecen con la carencia de esta o que, por el contrario, nacen y crecen dentro de familias disfuncionales en las cuales la tradición militar -subversiva o no- impera y aumenta la posibilidad del deseo que puede desarrollarse en los jóvenes de seguir los mismos pasos, además de esto, contribuye a la explotación y el abuso familiar que cobra importancia como factor importante, especialmente para las mujeres y niñas; víctimas principales de abusos sexuales; situaciones en las que pueden encontrar en dichos grupos, opciones viables. (Brett y Specht, 2005)
3. La *educación y el empleo* forman el tercer y cuarto factor de riesgo debido a la falta de oportunidades tanto educativas como laborales, influyen de manera determinante al tener opciones de vida totalmente reducidas y limitadas, -por lo que resulta comprensible a la luz de las realidades sociales y políticas de las zonas rurales o en su medida las más marginales del país, aquellas con total abandono del estado-, el hecho de tomar esta decisión por parte de los jóvenes al tenerla como única alternativa factible; alternativa que se convertirá -en muchos de los casos- en una elección desesperada por la supervivencia, al asumir los roles de la cabeza principal del hogar. De manera tal que, estamos ante unas limitadas opciones para encaminar un proyecto de vida que logre cumplir las expectativas de lo socialmente aceptado. (Brett y Specht, 2005)
4. En conformidad con todo lo anterior, la influencia de su *entorno social*, sus amigos y aquellas personas con las que se relacionen influirá en gran medida, por cuanto se empezará a buscar un estatus y un modelo específico que buscarán llenar. (Brett y Specht, 2005)

El panorama de las mujeres, sin embargo, resulta ser mucho más gravoso y difícil de digerir. Teniendo en cuenta a Katheryne Ochoa Cuellar y Katherine González Serrano, en su artículo *El papel de las mujeres en las FARC*, existen relatos de mujeres que decidieron vincularse, quie-

nes atestiguan haber sido violadas por sus familiares desde niñas, de manera que huían de la pobreza o de aquellas situaciones marcadas por los maltratos y la subyugación a la autoridad patriarcal.

No obstante, ¿qué es realmente la violencia sexual? según la Organización Mundial de la Salud:

> *La violencia sexual abarca el sexo bajo coacción de cualquier tipo, incluyendo el uso de fuerza física, las tentativas de obtener sexo bajo coacción, la agresión mediante órganos sexuales, el acoso sexual, incluyendo la humillación sexual, el matrimonio o cohabitación forzados, incluyendo el matrimonio de menores, la prostitución forzada y comercialización de mujeres, el aborto forzado, la denegación del derecho a hacer uso de la anticoncepción o a adoptar medidas de protección contra enfermedades, y los actos de violencia que afecten la integridad sexual de las mujeres, tales como la mutilación genital femenina y las inspecciones para comprobar la virginidad.* (Nota descriptiva N°. 239,2011,OMS)

Teniendo en cuenta dicha noción, podemos afirmar que la violencia sexual constituye una trágica realidad que no puede permanecer desestimada y sobre todo, a las sombras de la impunidad. Así pues, es menester que a nivel jurídico y social, se llegue a construir una *real* reparación de las víctimas, -aun cuando el derecho penal no sea capaz de devolverles lo que alguna vez se les fue arrebatado-.

No obstante, surge la interrogante y es ¿por qué las mujeres han sido instrumentalizadas en medio de la guerra? Lo cierto es que como lo afirma Pilar Rueda[8] *"el conflicto armado se ensañó con las mujeres, con sus identidades y su condición, porque la sociedad y el Estado han tenido una subvaloración fuerte de las mujeres y sus derechos, como en todo el mundo."* (Rueda, 2021) De manera que, resulta adecuado centrarnos específicamente en dichas víctimas, que han sido en su inmensa mayoría; mujeres y niñas.

Según Dieter Senghaas la violencia tiene distintas clasificaciones en razón de la "necesidad" que se busque satisfacer. Por una parte, existe la violencia clásica, es decir, la violencia directa contra el cuerpo o la mente de otra persona. Otra forma de violencia es la pobreza, al privar a la población vulnerable de sus necesidades básicas, así pues, siendo esta la privación de necesidades superiores. Señala también, la existencia de la violencia estructural, que contiene en sí misma una violación a las estructuras sociales y mundiales por medio de la explotación y represión, posteriormente, Senghaas resalta que en dicho tipo de violencia, no sólo caben las manifestaciones de violencia directa, sino que también implican las condiciones sociales en virtud de las cuales las personas sufren; o como es el caso de quienes se vincularon al conflicto armado por razones que tienen sus simientos en el abandono estatal y la falta de oportunidades. En conclusión, cuando hablamos de violencia sexual de la que son víctimas las mujeres en el conflicto armado, incorporamos la violencia directa; así también, la organización cultural,

8 Coordinadora del equipo de género de la UIA

socioeconómica y política como causas de estos abusos, son la clara expresión de la violencia de tipo estructural y sistematizada; sobre todo aquella que fue utilizada como política interna de las FARC, en conformidad con los contextos anteriorme mencionados. (Senghaas, 1995)

Resulta sustancial, mencionar y establecer los grupos de mujeres que según las cifras han sido más afectadas por este tipo de violencia -sobre todo en el contexto de la guerra civil colombiana-, con el fin de esclarecer el marco o el entorno social en el que se encontraban, de tal forma que podamos determinar varios aspectos criminológicos de este delito, según Fiscó (2005) un *38.5% de los casos informados tuvieron lugar paralelo a otros hechos violentos, es decir:*

- *Un 8% de los casos ocurrieron en las llamadas "tomas" de los pueblos. Un 5.3% ocurrieron en medio de masacres. Un 14.6% provocaron o se dieron en medio del desplazamiento forzado y un 10.6% terminó quitándole la vida a las víctimas.*

En cuanto a la población y las mujeres civiles, el 92% de los casos se relatan de esta manera, así pues, de estos:

- *Un 13% de los casos hace referencia a mujeres indígenas. Un 11.5% son mujeres afrocolombianas. El 8% a aquellos hechos de violencias sexual de los que rinden testimonio las mujeres excombatientes y desmovilizadas perpetrados dentro de las filas de las FARC; dos de estos se refieren a situaciones de acceso carnal violento por parte de superiores jerárquicos (violación) y cuatro de ellos hacen referencia a hechos de anticoncepción y aborto forzado.*

De modo que el entorno y el contexto social dentro del cual tuvieron lugar las reclutaciones de las FARC, se dieron principalmente en razón de un abandono estatal en las zonas más marginales del país, entornos rurales de difícil acceso que vivieron -y viven, a pesar de los acuerdos de paz-, bajo la sombra de hombres armados y ríos de sangre, dentro de un país ciego, indiferente y olvidadizo. Todo esto influyó y enriqueció aquellos sistemas de reclutamiento alimentados por la misma situación económica y política de estos ambientes dentro del conflicto armado, en donde las oportunidades son inexistentes para mujeres y niñas como aquellas violentadas interfilas bajo la subyugación patriarcal de una organización principalmente dirigida por hombres. Misma situación fuera -pero no muy lejos- de los campos de confrontación dentro de la selva, aquella que vivieron -y viven- las mujeres civiles, principalmente campesinas, afectadas sobre todo por su posición de indefensión; en la que son asediadas por la violencia, por medio de amenazas y extorsiones a las que finalmente se ven obligadas a acceder.

2. Identificar qué procedimientos son adecuados para lograr una justicia restaurativa que logre ser trascendente en el restablecimiento de las garantías y derechos de dichas mujeres, a través de la visibilización de aquellas consecuencias tanto sociales y políticas de dichos delitos en las vidas de aquellas mujeres y niñas perjudicadas

Para empezar, se abordará el testimonio de Dilsia Nazia Quintero Ojeda alías "Yaritza Paniagua"; una mujer actualmente excombatiente y acogida a la JEP la cual nos expresa generalidades de cómo se manejaba el control de la concepción y la natalidad dentro del grupo guerrillero.

Frente: Inició en el frente 39 "Jorge Briceño"

Duración: 26 años en las FARC

Zona de ubicación: Bloque Oriental

Frente a las denuncias de violencia sexual contra las FARC, ¿están fundamentadas o fueron casos excepcionales?

- Yo viví muchos años allá, hablo de la guerrilla en la que viví y en los frentes que estuve, no puedo decir si pasó o no pasó porque en esta sociedad pasa de todo y los guerrilleros eran los mismos colombianos, la misma gente del pueblo, no eran gente diferente, pudo haber sucedido.

¿Dentro de la organización había alguna norma frente a la natalidad? O sea, ¿tenían prohibido tener hijos o como se manejaba internamente?

- No estaba tanto como prohibido, sino las consecuencias que se tenían; cuando uno ingresaba que le daban el paquete completo, y usted acepta el reglamento, sabe que no va a poder criar sus hijos y no va a tener espacio para nada, y aun así muchas mujeres nos embarazamos. Las estadísticas rondan alrededor de 5000 hijos de la guerra los cuales no se tienen en cuenta hoy en día. Uno de los riesgos era salir y que lo capturaran, más que porque uno no quiera ser madre, sino la dificultad de tener un hijo. Como madre viví esa experiencia con mi hijo que tuve que hacer mil cosas para poder tenerlo, hasta el día de hoy por ejemplo no aparece legalmente como si fuera hijo mío o yo como su madre, todos estos riesgos hacían desistir a muchas mujeres, como por el contrario había las que se iban contra viento y marea y se lo pasaban a la familia o lo sostenían en la selva.

Teniendo en cuenta el reglamento: Si quedaban embarazadas, ¿hacían alguna acción o simplemente dejaban que la mujer decidiera si lo quería tener y como lo quería tener?

- Ningún reglamento de nosotros decía que era obligatorio abortar, hablo por lo que conozco y por las regiones donde estuve y se decía: "¿está de acuerdo? ¿Lo va a tener pese a las dificultades?" había muchas que preferían el legrado porque decían que no lo querían tener, y otras decían que sí lo querían hacer. Había muchos riesgos para la madre.

¿Usted cómo cree que contribuye o cuál es su expectativa para la construcción de esta paz en los territorios?

- Soy una convencida de que la paz en Colombia se tiene que hacer sí o sí, no podemos seguir cabalgando en los años de conflicto, soy una convencida de que, trabajando de la mano, andando en el territorio, haciendo consciencia en la gente de que la paz es una ne-

cesidad y que se debe construir, desde donde estoy trabajando; para mí ha sido un trabajo doloroso porque desde el sentir, yo tengo un hermano desaparecido y ese ha sido mi motor de arranque para no desistir de este trabajo, y pues en cada terreno te encuentras personas que han sufrido lo mismo, pero además que no lo han podido manifestar y que ahora que tienen la posibilidad, lo hacen sin retórica y sin resentimiento, expresando que quieren así poder aportar a la paz[9].

El siguiente testimonio nos habla de la valentia, perseverancia y la fuerte lucha a la que se enfrentan las víctimas del delito de violencia sexual dentro del conflicto armado, demostrando la realidad, dificultadades y vivencia propia de estos hechos, los cuales deben ser escuchados y reconocidos con el fin de darles una voz a las victimas.

Ludirlena Pérez Carvajal, nació el 13 de diciembre de 1985 en el municipio de Granada, Meta, víctima del conflicto armado en el país por delitos contra el desplazamiento forzado y la integridad sexual, nos relató los hechos que tuvo que afrontar.

¿Cuál es su historia?

- "Soy sobreviviente de dos hechos de violencia sexual dentro del conflicto armado, donde hubo empalamiento, tortura y secuestro. El primero fue a mis 16 años, cometido por las FARC y el segundo a la edad de 18 años por los paramilitares toque fondo, sin lugar a dudas. Las secuelas de estos hechos son crueles, incluso hasta el punto de quitarse la vida en repetidas ocasiones, pero un testimonio que escuhe en la radio de una mujer que también fue víctima de violencia sexual y lo denuncio me dejo una semilla en el corazón para luchar por el dolor de todas las mujeres vicitimas de violencia".

¿Cómo luchar por los derechos de estas mujeres víctimas?

- "La voluntad de promover un cambio y apoyar a estas mujeres es como aportamos a construir un mejor futuro, conociendo los sentimientos de estas mujeres y ayudando a sanar sus heridas. Así construimos "Gestionando Paz" una fundación por iniciativa de cuatro mujeres, que sufrimos distintos hechos del conflicto armado, con el fin de empoderar a esta mujeres, darles una voz para que pudieran participar y se apropiaron de sus historias y pudieran construir su identidad".

¿Cómo no revictimizar a estas mujeres?

- "Primero debemos reconocer que existen estas víctimas, escuchar sus testimonios y trabajar de la mano con ellas para poder brindarles un apoyo y entender que lo que realmente importa es el surgimiento de estas mujeres después de los hechos, no quedarse en el pasado, sino en lo que somos después de eso".

9 Procesado y elaborado: equipo de trabajo del semillero Jose Luis Barcelo Camacho

¿Ha considerado alguna instancia internacional para el caso?

- "En la Corte Penal Internacional, mi caso ya fue presentado y esperamos que con esto podemos lograr exponer estos hechos victimizantes en instancias internacionales para que tengan el reconocimiento y atención necesarias para trabajar en su no repetición".

¿Cuales son los obstáculos a los que se enfrentan las vicitmas de violencia sexual en el pais?

- "Primero una deuda histórica, el Estado colombiano debe reconocer estos hechos victimizantes que ha sufrido la mujer en el marco del conflicto armado y las consecuencias que han afectado a estas mujeres desde distintos ámbitos. Segundo, la falta de indemnizaciones, el reconocimiento y sensibilización de estos hechos e incluso el apoyo en la salud y el campo psicosocial a las víctimas, y por último el afianzamiento del gobierno frente a las garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición para las víctimas". (Pérez, 2021)

Ahora bien, ¿cuáles son estas consecuencias y los impactos comunes en las victimas de violencia sexual? Según Pilar Rueda, existe una ruptura entre la subjetividad y su cuerpo, esto implica que su salud y su vida sexual y reproductiva se vean afectadas, ellas crean un desconocimiento de su propio cuerpo, lo que va a repercutir en su físico y sus emociones. De igual manera, el quiebre y el hundimiento de aquellas redes de apoyo contribuye negativamente a que estas repercusiones sean cada vez mayores, sumado a ello, los pésimos procedimientos médicos y la atención brindada a las víctimas que afianzan la afirmación de que todos -las instituciones, la sociedad y los profesionales- deben tomar una responsabilidad basada en la conciencia y empatía que requieren para llevar a cabo un proceso de esta índole. (Rueda, 2021)

PROCEDIMIENTOS ADECUADOS

Así pues, recogidos estos testimonios, analizaremos qué procedimientos son adecuados para lograr una justicia restaurativa que logre ser trascendente en el restablecimiento de las garantías y derechos de las victimas de violencia sexual al interior y exterior de las FARC, es así que mediante la Ley 1448 de 2011, en Colombia se creó un sistema para proteger, asistir, atender y reparar integralmente a las víctimas del conflicto armado, a través de una reparación integral, "La estrategia de reparación integral a mujeres víctimas de violencia sexual es el conjunto de acciones orientadas a la implementación de medidas de reparación integral establecidas en la Ley 1448 de 2011, y el Decreto 4800 de 2011, desde un enfoque de derechos, enfoque de género y enfoque transformador que responden a las necesidades particulares e impactos desproporcionados que tiene el conflicto armado sobre las mujeres" (2018)[10].

La reparación integral busca que los derechos y garantías de las víctimas, no sean reparados únicamente patrimonialmente, ya que esta va en busca de la verdad, justicia y no repetición de los hechos, generando un mayor grado de satisfacción en las víctimas, utilizando las medidas de satisfacción no pecuniarias, establecidas en la Ley 975 de 2005, la cual se creó en

razón a la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, para que todos esto pudieran volver a la vida civil de igual manera tenía como fin garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, esta Ley establece que las medidas de satisfacción no pecuniarias, son aquellas que son realizadas por conductas humanas, como lo son los actos simbólicos, públicos o conmemorativos, monumentos en lugares característicos en un lugar determinado, disculpas públicas, entre otros.

Así mismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos acoge esta figura, argumentando lo siguiente:

> "El concepto de reparación integral, que se desprende del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), comprende la acreditación de daños en la esfera material e inmaterial, al mismo tiempo que el otorgamiento de medidas como: a) la investigación de los hechos; b) la restitución de derechos, bienes y libertades; c) la rehabilitación física, psicológica o social; d) la satisfacción mediante actos en beneficio de las víctimas; e) las garantías de no repetición de las violaciones, y f) la indemnización compensatoria por daño material e inmaterial". (Gamboa, 2013)[11]

Cabe aclarar que Colombia, aplica esta figura, se encuentra regulada mediante la Ley 1448 de 2011, a través de un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, creado por la comisión de la verdad, entidad perteneciente a la Justicia Especial para la Paz, pero la Ley 1820 de 2016, es la encargada de velar por el cumplimento a la reparación de los perjuicios generados a las víctimas del conflicto armado en Colombia.

Una vez estudiado qué es la reparación integral, entendiendo que esta reparación contiene un procedimiento adecuado y medio de satisfacción idóneo para reparar las garantías y derecho vulnerados de las víctimas del conflicto, por medio de las diferentes medidas de satisfacción no pecuniarias establecidas en la legislación colombiana, como lo son los actos conmemorativos, disculpas públicas, creación de monumentos, etc… A continuación, se evidenciará si realmente esta figura es utilizada, para reparar a las victimas de violencia sexual a manos de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

Si bien es cierto que la Ley 1448 de 2011, establece un procedimiento bastante claro y conciso para aplicar la reparación integral, el cual se funda en diversos encuentros, que tienen por finalidad el acercamiento y orientación de las victimas, el estudio y análisis de la vulneración de derechos humanos sufridas, el acompañamiento medico tanto físico como psicológico y la realización de actos humanos, con el propósito de generar un mayor grado de satisfacción en las victimas, visibilizando los sucesos que tuvieron que vivir, para así generar una concien-

10 ONU Mujeres. (2018)

11 La evolución de la «reparación integral» en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Vol. 1). CNDH México.

cia social, sobre esta problemática que existe permanentemente en el país, con la intención de que estos actos no vuelvan a ocurrir, la realidad sobre el juzgamiento, procesamiento de los autores (FARC) de estos crímenes, como la reparación de las victimas, es casi nula, puesto que la Justicia Especial para la Paz, no contempla actualmente dentro de sus macro casos la violencia sexual, aún cuando este es considerado por la Corte Penal Internacional como un crimen de guerra y lesa humanidad, conformo a lo establecido en el Estatuto de Roma.

Teniendo en cuenta lo anteriormente menciona, es claro que el ordenamiento jurídico colombiano, posee un procedimiento adecuado para reparar a las victimas de violencia sexual, en razón al conflicto interno, el cual se centra en la reparación integral, regulado por la Ley 1448 de 2014 y Ley 1820 de 2016, mediante utilización de las medidas de satisfacción no pecuniarias, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos e introducidas en el régimen jurídico, a través de la Ley 975 de 2005, sin embargo, la aplicación de este procedimiento no se evidencia, pero esto no es solo culpa de la JEP, debido a que antes de la creación de esta jurisdicción especial, ya se tenía conocimiento del actuar y de la ejecución de estos delitos por parte de las FARC, pero que por diversos factores que rodean a la justicia colombiana -como lo son la congestión y ineficacia judicial-, los altos niveles de corrupción y la falta de garantías y credibilidad en el organismo, generan impunidad para los artífices de estas actuaciones, razón por la cual, es necesario que la Justicia Especial para la Paz, intervenga de manera eficiente ante esta problemática, creando un nuevo macro caso que trate los delitos de violencia sexual o de genero, cometidos por este grupo al margen de la ley.

En consecuencia, es válido afirmar que Colombia en su ordenamiento jurídico, contiene el procedimiento idóneo para reconocer, reparar, garantizar los derechos de las víctimas de los crímenes sexuales cometidos por las FARC, no obstante, dicho procedimiento no está siendo aplicado de manera eficiente, para lo cual la JEP debe hacerse cargo de esta problemática, para así garantizar el derecho de las víctimas a ser reconocidas y reparadas, buscando la justicia, verdad y no repetición.

CONCLUSIONES

El contexto social de la violencia en Colombia a través del conflicto armado se ha dado en los lugares más marginados del país, de manera tal que el abandono estatal de aquellas poblaciones vulnerables donde no existía ley y los derechos fundamentales carecían de existencia alguna, contribuyó en gran medida a un crecimiento notorio de grupos subversivos al margen de la ley. Dando paso a una larga lista de problemas sociales, políticos, económicos y jurisdiccionales en un país tan violentado y desigual como el nuestro.

Las víctimas de violencia sexual a manos de las FARC, merecen que sus derechos y garantías fundamentales sean reparadas, mediante una restauración integral, entendiendo que los daños van mas allá de lo económico, en razón a esto la Corte Interamericana de Derechos Hu-

manos, establece que la reparación para estas victimas, debe de ser mediante la utilización de medidas de satisfacción no pecuniarias -entendiendo que los daños no son susceptibles de ser cuantificados económicamente: el físico, el moral, la pérdida de oportunidades de desarrollo, el lucro cesante y el daño emergente-, plasmadas a través de la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción, actos humanos, de conmemoración, de reconocimiento, de carácter simbólico, construcción de monumentos, disculpas públicas, entre otros, con el fin de garantizar la verdad, reparación, justicia y la no repetición de los hechos.

REFERENCIAS

Brett, R. y Specht, I. (2005). *Jóvenes soldados combatientes: porque van a luchar.* American Friends service committee

Calderón Gamboa, J. F. (2013). *La evolución de la «reparación integral» en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Vol. 1). CNDH México.

Estatuto de Roma [Estatuto] (2002).

Echandía, (2006). *Dos décadas de escalonamiento del conflicto armado en Colombia.*

JEP. *Ley Estatutaria JEP: Todo lo que debe saber.* Retrieved 26 May 2021, from https://www.jep.gov.co/Especiales/estatutaria/index.html

Organización Mundial de la Salud. *Violencia contra la mujer: violencia de parejay violencia sexual contra la mujer.* Nota descriptiva N°. 239. Actualización de septiembre de 2011. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2011.

Ley 1448 de 2015 [Ley].“Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. 10 de Junio de 2010.

Ley 1820 de 2016 [Ley].““Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.” 30 de Diciembre de 2015.

Ley 975 de 2005 [Ley].“Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” 25 de Junio de 2005.

López, E. L ... *Medidas de satisfacción y reparación no pecuniarias a las víctimas del conflicto armado en Colombia, a la luz de las sentencias de la sección tercera del*

Consejo de Estado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/3609/MEDIDAS%20DE%20SATISFACCI%C3%93N.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Las%20 medidas%20de%20satisfacci%C3%B3n%20de,hechos%20ocurridos%2C%20de%20ello%2C%20se

ONU Mujeres – Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres Colombia. ONU Mujeres – Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres Colombia. https://colombia.unwomen.org/es/biblioteca/publicaciones/2018/01/estrategiareparacionintegralamujeresvictimasdeviolenciasexual#view

Pizarro, E. (2005). *Una democracia asediada. Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia.* Bogotá: Editorial Norma

Rueda, P. (25 de Mayo de 2021). *"Estoy segura de que el caso de violencia sexual se abrirá en la JEP"*. (L. D. Romero, Entrevistador)

ABColombia. (2013, noviembre). *Colombia: Mujeres, Violencia Sexual en el Conflicto y el Proceso de Paz.* ABColombia. https://www.abcolombia.org.uk/wp-content/uploads/2017/06/4-Sexual-Violence-Spanish.pdf

Castilla, C. E. (2006). *Dos décadas de escalamiento del conflicto armado en Colombia.*

CNMH, 2021. (31 de 01 de 2021). *Base de datos, observatorio de memoria y conflicto.* Obtenido de http://micrositios.centrodememoriahistorica.gov.co/observatorio/sievcac/categorias/

Corporación Humanas: Seminario *"Derecho a la verdad y garantías de no repetición para mujeres diversas"* - Seminario 3. Disponible en: https://www.humanas.org.co/seminario-derecho-a-la-verdad-y-garantias-de-no-repeticion-para-mujeres-diversas/

Corte Constitucional, *Auto 092 de 2008*.

Corte Constitucional. *Sentencia C-579 de 2013.*

CPI, 2. (2010). Obtenido de https://docs.google.com/document/d/1YwoTXJaASbWJAfh_NqN1xjXirV0q1tpPasyjxbL3fEo/edit

Estatuto de Roma, (1998). (17 de 07 de 1998). Obtenido de https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

Fiscalía General de la Nación. (2015). *Directiva 01 de 2015*. Bogotá D.C

Fiscó, Sonia (2005). *Atroces realidades: la violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado colombiano.* Papel Político, (17),119-159. ISSN: 0122-4409. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77720407004

Greiff, P (2014), *"Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición"*, Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos: Documento A/HRC/27/56.

JEP. (2017). *Procedimiento Legislativo Especial para la Paz [JEP]* acto legislativo 01 de 2017,04 de abril del 2017, Bogotá D.C

Madrid Vergara, M; Valenzuela, S.(26 de junio de 2019). *"Mi cuerpo dice la verdad": las víctimas de la violencia sexual narran su dolor.* El pacifista.

Ochoa, K., y González, K. (2017). *El papel de las mujeres.* Universidad Santo Tomás, Facultad de Gobierno y Relaciones Internacionales, 14.

Pinto, Y. P. (2018, enero). *ESTRATEGIA DE REPARACIÓN INTEGRAL A MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL UNIDAD PARA LAS VÍCTIMAS.* Ministerio de Justicia, recuperado de: https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Tejiendo_Justicia/Publicaciones/Mujeres%20Victimas.pdf

Pizarro, E. (2005). *Una democracia asediada. Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia.* Bogotá: Editorial Norma

Poder Legislativo. (2016). *Colombia: Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.* Junio de 2016, 26 Junio 2016, disponible en esta dirección: https://www.refworld.org.es/docid/5a8744d54.html [Accesado el 9 de marzo 2021].

Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas,(2018) *"criterios y metodología de priorización de casos y situaciones"*, jurisdicción especial para las paz, Bogotá D.C.

Senghaas, D. (1995). *El hexágono de la civilización.*

Unidad para la atención y la reparación integral a las víctimas. (2005). *"Reparación integral individual."* Tomado de: https://www.unidadvictimas.gov.co/es/reparacion-integral-individual/286#:~:text=La%20Reparaci%C3%B3n%20Integral%20es%20un,en%20sus%20vidas%2C%20su%20integridad

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DESPOJO O ABANDONO DE TIERRAS EN COLOMBIA

Investigadora: Shelzea Cubillos Zárate[12]
Co Investigadora: Scheily Nathaly Vergara Sánchez[13]
UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA - FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ, D.C.

RESUMEN

Si bien es cierto que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema de amplio debate, cuando se aborda más allá de un escenario comercial y se investigan hechos ilícitos llevados a cabo con fines lucrativos, sumándole coaliciones con grupos al margen de la ley y sanciones de tipo administrativas y no penales, se produce mucha más controversia respecto del tema y las medidas que se deberían tomar. Adicionalmente, es importante tener claridad respecto del modelo actual de responsabilidad penal para las personas jurídicas y otros modelos -como el de la Jurisdicción Especial para la Paz- creados en diferentes escenarios y con otro tipo de cobertura, sanciones y autores.

Teniendo en cuenta conceptos como Justicia Transicional, figuras macrocriminales y planteamientos de nuevas sanciones, sistemáticamente se desarrollará la presente investigación, tanto con métodos lógicos deductivos como también de tipo hermenéutico y analítico, con el fin de analizar medidas establecidas en la legislación colombiana como en proyectos de ley que aún se encuentran en estudio y analizar algunas secciones de las leyes de la legislación colombiana que regulan el tema en estudio.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal, personas jurídicas, sanciones, víctimas, conflicto armado.

12 Estudiante de IV semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada sede Bogotá, integrante del semillero de investigación del grupo de Derecho Público "Virginia Gutiérrez de Pineda", Líder del semillero, Profesor, Omar Antonio Herrán Pinzón

13 Estudiante de VII semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada sede Bogotá, integrante del semillero de investigación del grupo de Derecho Público "Virginia Gutiérrez de Pineda" Líder del semillero, Profesor, Omar Antonio Herrán Pinzón

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN THE DISPOSAL OR ABANDONMENT OF LAND IN COLOMBIA

ABSTRACT

While it is true that criminal liability of legal persons is a subject of wide debate, when it is approached beyond a commercial scenario and illicit acts carried out for profit are investigated, adding coalitions with groups outside the law and Administrative and non-criminal sanctions, there is much more controversy regarding the issue and the measures that should be taken. Additionally, it is important to be clear about the current model of criminal responsibility for legal entities and other models - such as the Special Jurisdiction for Peace - created in different settings and with other types of coverage, sanctions and perpetrators.

Taking into account concepts such as Transitional Justice, macrocriminal figures and proposals for new sanctions, this research will be systematically developed, both with deductive logical methods as well as hermeneutical and analytical methods, in order to analyze measures established in Colombian legislation and in projects of law that are still under study.

KEYWORDS: Criminal responsibility, legal persons, sanctions, victims, armed conflict.

INTRODUCCIÓN

Existen diferentes puntos de partida para discutir acerca de la responsabilidad penal por actos ilícitos o delitos cometidos por corporaciones y empresas, por eso, este trabajo explica brevemente la razón por la cual el juzgar a una persona jurídica no puede ocupar el mismo procedimiento que se aplicaría a casos de personas naturales aun cuando actuaran en coautoría con otros sujetos. Lo anterior da lugar a indagar acerca de la discusión a nivel territorial Latinoamericano, por ejemplo, en Chile, se maneja un modelo con dos tipos de responsabilidad penal desde el año 2009, esto es, un modelo maximalista de responsabilidad Autónoma o Derivada.

En Colombia, al igual que en Chile el modelo es el mismo, pero varía en cuanto a la responsabilidad, esto es porque la responsabilidad más que de tipo penal se centra en sanciones de tipo administrativas, económicas y comerciales, y que, además al estar en facultad de la Superintendencia de Sociedades se suelen dejar -de cierta manera- apartadas de la regulación penal.

Adicionalmente, se hace un análisis del modelo selectivo de enjuiciamiento criminal empleado por la JEP, junto con: los tipos de sanciones que manejan, personas a las cuales pueden juzgar y casos abiertos y en estudio hasta finales del año 2018; además de señalar sus características especiales como lo son: los escenarios específicos en los que se ha llevado a cabo el conflicto armado y el tipo de delitos que investigan y juzgan. Esto, da lugar a indagar acerca de actores con características específicas, como, por ejemplo, los grupos insurgentes,

entre los que se destacan los grupos paramilitares, los cuales se relacionan directamente con la figura de la macrocriminalidad. Se analiza en primer lugar el concepto puntual que plantea la fiscalía y seguidamente sus características especiales, pues estas mismas son las que se encargan de ilustrar algunos de los ejecutores de actos delictivos en el marco del conflicto armado y en escenarios rurales.

Entre los múltiples delitos ejecutados a campesinos y demás poblaciones vulnerables, que han estado en autoría de los grupos paramilitares, están: homicidio, desaparición y desplazamiento forzados. El último en específico es el que se estudia en esta investigación, pues la alianza de grupos insurgentes con entidades empresariales son los que dan lugar a la ejecución de estas acciones delictivas en busca de beneficios propios y fines lucrativos, a costas de la violencia y el ultraje de DDHH.

Además, se estudian factores legislativos en los cuales se plantean sanciones y nuevos tipos de sanciones para responsabilizar a las personas jurídicas, incluyendo una forma de asunción de responsabilidad de la Ley de Víctimas, a través de la indemnización sustitutiva.

1. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DESPOJO O ABANDONO DE TIERRAS EN COLOMBIA

En el sistema de derecho penal actual, para configurar la existencia de un tipo penal, se debe demostrar la existencia del sujeto activo, que vendría a ser quien cumpliría con la ejecución de la conducta delictiva en contra del sujeto pasivo, el cual es el que sufre la vulneración de su derecho jurídicamente tutelado o protegido; empero, hablando específicamente del sujeto activo, es preciso decir que este puede ejecutar la mencionada conducta delictiva en compañía o asociación con otros sujetos. Lo anterior es de suma importancia mencionarlo, ya que -en otras palabras- es la naturaleza subjetiva del derecho penal y vendría a ser el centro de los conflictos acerca de la responsabilidad penal para las personas jurídicas, porque si bien es cierto que los sujetos activos pueden atentar contra bienes jurídicamente protegidos en asociación con otros sujetos, en el caso de las sociedades, estas no cuentan con la capacidad de delinquir, ya que, mientras que a una persona natural se le declara culpable al ejecutar una acción típica, antijurídica y de forma culpable, ya sea de carácter dolosa o culposa -entendiendo estos conceptos como elementos subjetivos de la conducta- a una sociedad no es posible realizar un juicio de culpabilidad debido a que, encontrar dicho elemento conlleva su contradicción constitucional teniendo en cuenta los elementos objetivos.

En vista de ello, el juicio a las personas jurídicas es una discusión que llega a un nivel mundial, en el caso de Latinoamérica es una discusión relativamente reciente. Un ejemplo de la inclusión de esta figura se da en el año 2009 en Chile, quienes, a través de dos tipos de responsabilidad, logran que en su ordenamiento jurídico nacional se puedan considerar a

las sociedades y empresas, capaces de ejecutar conductas delictivas, y en consecuencia, puedan ser halladas responsables penalmente. Ahora bien, los tipos de responsabilidad que se mencionan son: (i) Responsabilidad Derivada, que es la que recae sobre la entidad o persona jurídica en resultado de la actuación delictiva de una persona natural que tiene una relación o vínculo con la corporación; y (ii) Responsabilidad Autónoma, que en palabras más palabras menos, es aquella en la que las mismas actividades o fines de la persona jurídica configuran una conducta punible. De ese modo, tanto en una como en otra, es preciso decir que ambas configuran la llamada Política Empresarial Criminal. (Mart, 2017)

No obstante, si se lograra imputar la responsabilidad penal objetivamente a dichas entidades, surge otra discusión referente a qué tipo de sanciones se dispondrían a estos sujetos activos. Basado en un análisis del sistema legislativo europeo referente del tema, se hallaron cinco tipos de responsabilidad, en los cuales están: a) Responsabilidad civil/subsidiaria o acumulativa; b) Medidas de seguridad procedentes del derecho administrativo; c) Sanciones administrativas y financieras; d) Verdadera responsabilidad criminal; y e) Medidas mixtas (penales, civiles o administrativas) derivadas y utilizadas en casos de política criminal. (Tiedemann, 1996)

1.1. EN EL CASO COLOMBIANO

En Colombia, las personas jurídicas son reconocidas por el ordenamiento jurídico, explícitamente en el código de comercio y en el código civil, haciendo referencia prácticamente a las entidades y asociaciones de tipo privado. Pero, jerárquicamente, la carta magna en el artículo primero establece el Estado como un Estado Social de Derecho, más claramente, dicho artículo traza que el ordenamiento jurídico debe cumplir con un papel integrador de toda la normatividad que lo compone, por lo cual, todas las personas (naturales o jurídicas) no importa su raza, género o cualquier factor que sea causante de diversidad en su personalidad, deben acatar y cumplir todas y cada una de las leyes que conforman la legislación colombiana. Actualmente, después de múltiples intentos de establecer en la legislación puntualmente este tipo de responsabilidad penal, en Colombia está avalada esta figura a través del modelo "mixto", en el cual se recolecta lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 600 de 2000 junto con el sentido del fallo de la sentencia C-558 de 2004, proferida por la Corte Constitucional. (Carvajal y González, 2018)

Teniendo en cuenta lo anterior, en el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), se establece la suspensión y cancelación de la personería, por lo cual el Juez Penal puede decretar medidas cautelares y/o definitivas respecto de la persona jurídica, cuando se pruebe que efectivamente la entidad ha incurrido en actividades delictivas total o parcialmente, y a partir de eso el juez no solo dictará las mencionadas medidas sino que procederá a agotar el procedimiento penal tanto a las personas naturales como también a las personas jurídicas. A su vez, se expide la ley 1474 de 2011 en la cual se establece en su artículo 34 un conjunto de medidas aplicables a

entidades que estuvieran involucradas en actos de corrupción, entre dichas medidas se encontraban las mencionadas suspensión y cancelación de la personería jurídica, como también la vinculación a un proceso como tercero responsable civilmente y multas de altas sumas de dinero.

Años más tarde, esta norma es modificada por la ley 1778 de 2016, en la que se añaden aspectos importantes como: que está en cabeza de la Superintendencia de Sociedades la facultad de imponer a las personas jurídicas multas que ascienden a los dos mil SMLMV a los administradores y representantes legales cuando exista sentencia penal condenatoria debidamente ejecutoriada, a razón de que se hayan beneficiado de la ejecución del delito por parte de la persona natural. (L. 1778/2016, Art. 35) Estas sanciones son de carácter pecuniario, ya que son impuestas por la Superintendencia de Sociedades y esa es la facultad que le otorga la ley, sin contar que esta NO sería una sanción penal, mientras que, si se busca la aplicación de una sanción administrativa y también pecuniaria, solo un juez penal tiene la facultad de declarar este tipo de responsabilidad.

En resumen, la tipificación actual del tema y el continuo debate que se ha realizado concluye para el momento actual que a las personas jurídicas se les reconoce penalmente responsables por actuaciones de sus representantes o administradores en los casos en los que por causa de la actuación contraria a derecho se hayan visto beneficiados, por lo cual se le imputarían consecuencias desfavorables como multas y sanciones sociales - económicas.

2. MODELO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

Ahora bien, para dar seguimiento al objetivo general de este capítulo, es importante referenciar otro modelo de responsabilidad penal como lo es el empleado por la Jurisdicción Especial para la Paz, creado como mecanismo de justicia transicional con el fin de investigar, juzgar y sancionar crímenes cometidos durante más de 50 años de conflicto armado que vivió Colombia. Con respecto a esta jurisdicción, es muy importante señalar el concepto de Justicia Transicional, que -entre otras cosas- nace paralelamente con la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) a través de la cual se desmovilizaron miles de paramilitares "comprometidos en la comisión de los más graves crímenes internacionales, cometidos especialmente contra civiles indefensos" (Cardona, 2017), además tenemos que esta es una medida utilizada por otros países para dar solución a las violaciones a los DDHH, crímenes de lesa humanidad y también crímenes de guerra ejecutados en escenarios de conflicto armado.

Este es un mecanismo necesario para que los actores de esos delitos rindan cuentas y se les pueda garantizar a las víctimas derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

Una característica importante de este concepto es que prioriza a que las víctimas puedan exteriorizar los relatos de los daños sufridos y, seguidamente, se les puedan reconocer sus derechos. Como se menciona en la introducción, el modelo de la JEP es más selectivo que el que se planteó anteriormente, pues bien, sabemos que ese modelo abarca la normatividad sistemáticamente a lo largo y ancho del Estado Social de Derecho Colombiano mientras que el modelo de esta Jurisdicción Especial está implícito específicamente en un escenario de conflicto armado, lo cual significa que las personas juzgadas y seguidamente imputadas, también son un grupo selectivo, entre estos encontramos: "de manera obligatoria (i) Excombatientes de las Farc; y (ii) Miembros de la Fuerza Pública, que hayan sido procesados o que hayan cometido delitos en relación con el conflicto armado; y de forma voluntaria (iii) Civiles y otros agentes del Estado no miembros de la Fuerza Pública que hayan sido procesados o que hayan cometido delitos relacionados con el conflicto armado." (JEP, 2018) Además, a pesar de ser un modelo minimalista, es selectivo; la historia de Colombia ha estado manchada con más de 50 años de conflicto armado por lo cual la sumatoria de hechos y delitos cometidos es muy extensa, en razón a eso la Sala de Reconocimiento establece una serie de requisitos para la selección de los casos con mayor índice de gravedad y representación. Para finales de 2018, tenían una serie de "macrocasos" entre los cuales se encuentran:

"Caso 001: Retención ilegal de personas por parte de las Farc EP. Abierto el 6 de julio de 2018.

Caso 002: Prioriza la grave situación de DDHH, padecida por la población de: Tumaco, Ricaurte y Barbacoas (Nariño): Abierto el 10 de julio de 2018.

Caso 003: Sobre muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado. Abierto el 17 de julio de 2018.

Caso 004: Prioriza la situación humanitaria de los municipios de Turbo, Apartadó, Carepa, Chigorodó, Mutatá, Dabeiba (Antioquia) y Carmen del Darién, Riosucio, Unguía y Acandí (Chocó). Abierto el 11 de septiembre de 2018.

Caso 005: Prioriza la situación humanitaria de los municipios de Santander de Quilichao, Suárez, Buenos Aires, Morales, Caloto, Corinto, Toribío y Caldono (Cauca)." (JEP, 2018)

De lo anterior, hay que resaltar que en símil con el modelo que se estudia al inicio, este tiene -como su nombre lo indica- características muy especiales, tales como: la incidencia en el conflicto armado, delitos de guerra y lesa humanidad, entre otros; empero, en la mayoría de los casos que se habían aceptado para el año 2018, tenemos que hay personas jurídicas involucradas como las Farc EP y también una entidad pública, el Estado. Pero una evidencia interesante es que las sanciones son aplicadas individualmente, según sea el caso y si el sujeto activo reconoce elementos como responsabilidad y verdad a lo largo del procedimiento.

No obstante, en este modelo de responsabilidad penal, como se mencionó anteriormente, encontramos que también tienen unos tipos de sanciones diferentes y variables como lo son: "(i) Sanciones Propias, estas son aplicables los actores que reconozcan responsabilidad y verdad ante la Sección de Reconocimiento del Tribunal para la Paz. Es una sanción reparadora del daño causado, pueden tener una duración de 2-5 años para quienes no hayan tenido participación determinante en el delito o de 5-8 años de restricción de la libertad en establecimiento no carcelarios; (ii) Sanciones Alternativas, estas se aplican a los actores que reconozcan tardíamente su responsabilidad antes de que se produzca una sentencia. Es privativa de la libertad y tiene una duración de 5-8 años; (iii) Sanciones Ordinarias, estas son aplicadas a los actores que no reconozcan responsabilidad ni verdad y sean hallados culpables. Es privativa de la libertad y conlleva penas de hasta 20 años." (JEP, 2018)

Cuando se analiza la responsabilidad penal tipificada en el código penal y la Ley 1778 de 2016, se evidencian faltas y delitos ejecutados por entidades y corporaciones con ánimo de lucro, -en su mayoría- de carácter privado y comercial, y así mismo, las sanciones nominadas son económicas y sociales, mientras que, si analizamos las tipificadas para la JEP, son de carácter punitivo e individual, claro, teniendo en cuenta que son en base de delitos graves. Lo que nos lleva a analizar el énfasis de este capítulo: ¿Qué sucede cuando las personas jurídicas, de carácter comercial, con ánimo de lucro, generan alianzas con grupos terroristas para la ejecución de delitos derivados del conflicto armado como el despojo de tierras a los campesinos?

3. MACROCRIMINALIDAD

Pues bien, para dar desarrollo a esas cuestiones, en primer lugar es preciso hablar de la figura de Macrocriminalidad, según la Fiscalía General de la Nación en la directiva 01 proferida en 2012, la conceptuó como: "un elemento en la política de priorización y conformado por un conjunto de actividades, medios logísticos, de comunicación y modus operandi delictivo", denominándolo como un patrón a través del cual -seguido de otras directivas proferidas en el mismo año- buscan desdibujar la idea de la investigación caso por caso y generar efectividad en el sistema. La característica más relevante de la macrocriminalidad y lo que la hace un patrón, es que cuenta con una sumatoria de prácticas sistemáticas, pero dicha sumatoria no es el único factor generador del patrón, a esta hay que añadirle el llamado "nexo causal" ya que a través de este se asocian los hechos y es aplicable esta metodología. Teniendo esto en cuenta, se pueden reconocer las figuras macrocriminales cuando se presencia la ejecución de un delito reiteradas veces, sumándole similitudes como circunstancias de modo, tiempo y lugar, e identidades de manera pasiva y/o activa. (Vélez, 2018)

Cuando se buscó ejemplificar alguna figura de macrocriminalidad en Colombia, rápidamente se encontró la figura de grupos paramilitares, autores de prácticas delictivas de

forma sistemática y nexos causales, por ejemplo, una figura macrocriminal tristemente característica de ellos es la famosa "desaparición forzada", ejecutada por estos grupos insurgentes. Se encuentra que contaban con una política frente a este crimen que era "no hay cuerpo, no hay certeza del enemigo" (Vélez, 2018) de ahí un factor criminal determinante, por esto, el cuerpo vendría a ser el detonante en los casos de desaparición forzada.

4. MACROCRIMINALIDAD Y DESPOJO O ABANDONO DE TIERRAS

Específicamente, en el caso del despojo o abandono de tierras en Colombia, encontramos que en cabeza de los grupos paramilitares de los hermanos Castaño, quienes con el pretexto de combatir guerrillas fueron los causantes de despojar miles de hectáreas de tierras en Córdoba y el Urabá antioqueño (Verdad Abierta, 2014) Se dice que los hermanos Castaño, a través de la "guerra contrainsurgente", pasaron de ser solo un violento grupo paramilitar a ser los creadores de una sistemática forma de despojar tierras, tierras que se dicen que hoy en día pertenecen a grandes negocios agroindustriales. Gracias a diferentes testimonios de ex miembros de estos grupos paramilitares, que fueron beneficiados y protegidos por la anteriormente mencionada Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), se sabe que, a través de diferentes mecanismos violentos e injustos, muchos campesinos se vieron obligados a entregar sus tierras, que más tarde quedarían legalizadas y a nombre de testaferros, quienes aún las explotan económicamente. (Verdad Abierta, 2014)

Actualmente está en cabeza de la Fiscalía 13 de Justicia y Paz, documentar el surgimiento y desarrollo de las autodefensas campesinas, como también la regulación e investigación de los crímenes cometidos. El Tribunal de Justicia y Paz de Medellín, tras el testimonio de un Alias, definió como el patrón de macrocriminalidad de tierras cometido por "la casa Castaño", lo cual dio lugar a una investigación más de 4.400 denuncias presentadas al sistema de Información de Justicia y Paz, hechas en contra del paramilitarismo. Lo anterior, constituye uno de los retos más grandes que tiene la ley 1448 de 2011, pues restituir todos y cada uno de estos predios a sus dueños originales al tiempo de ser despojados, viene siendo una misión imposible.

Así pues, también se estudiaron los métodos con los cuales ejecutaron estos delitos a miles de personas, se descubrió a través de un análisis hecho por la Fiscalía 13 de Justicia y Paz, que estas actuaciones fueron llevadas a cabo con armas de guerra con el fin de atemorizar e intimidar con mayor facilidad a los dueños de los predios y posteriormente tener el control del territorio y sus lugares aledaños. A la par de estos, también cometían masacres, ejecutaban homicidios y desapariciones, hurtaban ganado y amenazaban para que los campesinos no retornaran a su tierra. Cuando descubrían predios con grandes riquezas agrícolas, con potencial de explotación o con organizaciones geográficas estratégicas, violentamente hacían ofertas por debajo del avalúo de las tierras y presionaban para que les hicieran venta de estas. No obstante, parece ser que la fachada sangrienta y violenta

en algún punto dejó de funcionar y fue allí cuando este grupo paramilitar en cabeza de los hermanos Castaño crean una cortina de humo, con la personería jurídica de una fundación llamada "Fundación para la Paz de Córdoba" para así legalizar la compra de tierras, a través de una estrategia fría y calculadora que era: a la fundación llegaban donaciones de tierras, luego ellos elegían campesinos para "regalárselas" y finalmente los obligaban a vendérselas de nuevo, y así, de historia en historia, se creó esta figura macrocriminal paramilitar.

5. CONVENIOS ENTRE PERSONAS JURÍDICAS Y FIGURAS MACROCRIMINALES

Ahora bien, a la ejecución de estos delitos en los cuales los campesinos y las zonas rurales fueron y siguen siendo las constantes víctimas, se le une una nueva coalición: grandes y reconocidas empresas, con ánimo de lucro y fines comerciales, junto con grupos insurgentes. Posteriormente a la promulgación de la Ley 1448 de 2011, más de 65 empresas del sector agroindustrial han sido condenadas a la restitución de tierras, entre los cuales está presente el Grupo Empresarial DOLE, quienes deben restituir aproximadamente 184 predios. Entre las empresas responsables y sentenciadas a la restitución están: Cementos Argos S.A, Bananeras de Urabá, entre otros. No obstante, otros grandes sectores cuentan también con esta responsabilidad, como empresas de la industria petrolera y minera, entre las cuales se encuentran: Ecopetrol, Petromil, Exploraciones Chocó y Pacific Mines, entre otras. Adicional a lo anterior, también resuenan entidades bancarias como: "Bancolombia, Banco Agrario de Colombia, BBVA y Davivienda, quienes accederían a ofrecer garantías hipotecarias de predios despojadas y no siendo más, serían opositores del proceso de restitución de tierras". (BLU Radio, 2020) Según Gerardo Vega, director de la Fundación Forjando Futuros el 82% de los casos de despojo están a cargo de grupos paramilitares, lo preocupante es que, además, el 94% fueron a pequeños campesinos, sin contar que también se vieron afectados territorios de población indígena y afro.

Como se mencionó anteriormente, la Ley de Restitución de Tierras debe asumir un complejo reto para lograr la respectiva restitución de los predios a los campesinos que eran titulares de estos. Pues bien, desde la creación de esta ley, "se han ordenado caso 5.700 sentencias, equivalentes a más de 6.500.000.000 de hectáreas, pero solo han sido devueltas 400.000" (BLU Radio, 2020), lo cual permite la formulación de diferentes cuestiones, por ejemplo, ¿por qué si hay sentencias ejecutoriadas no se restituyen los predios con la misma eficacia? O ¿Qué opinan los campesinos y demás poblaciones víctimas de volver al lugar dónde fueron víctimas del conflicto? y claro, ¿Hay garantías de no repetición? Si bien es cierto que la legislación y los procesos suenan prometedores en cada una de sus líneas, es importante entender que en la vida práctica hay muchos factores que desdibujan la idea de materialización eficaz de las normas.

6. PROYECTOS DE LEY Y NUEVAS SANCIONES

En el caso en estudio, factores como la corrupción, son el detonante que da lugar al enriquecimiento de algunas entidades legitimas como ilegítimas a través del ejercicio de violencia y delitos en contra de civiles. Tanto en el sector público como en el sector privado conlleva agrandes afectaciones, en el caso del primero puede frenar u obstaculizar el cumplimiento de prestaciones estatales con el fin de auspiciar el proceso y continuo desarrollo del país. Mientras que, en el segundo caso, sus afectaciones surgen de la equívoca destinación de recursos para fines -en gran parte de los casos- ilegítimos, lo que compromete el buen nombre de las entidades y abre la puerta al riesgo de ser sancionados. Como se analizó al principio, las personas jurídicas en el momento de enfrentar responsabilidad por actos delictivos se enfrentan a sanciones en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, las cuales no están tan ligadas a la justicia penal. Para en año 2018, se presentaron dos proyectos de ley con el fin de dar lugar a plantear diferentes tipos de sanciones aplicables a las personas jurídicas, estos son: el proyecto de ley 117 DE 2018 y el 119 de 2018.

Del proyecto de ley 117 de 2018, se plantean sanciones por delitos en contra de: administración pública, medio ambiente, orden económico social, entre otros. Esta responsabilidad penal sería atribuida a las personas naturales en cabeza de la entidad y no directamente a la persona jurídica. Las sanciones establecidas serían en primer lugar: multas, prohibición de actividades económicas, cancelación de la personería jurídica, etc. En segundo lugar, se plantean las sanciones accesorias, en las que, por medio de una sentencia en un diario de circulación nacional se llevaría a cabo "el muro de la infamia empresarial" (Escobar, 2019) y también se podrían decomisar documentos, objetos y demás herramientas que hayan sido destinados al accionar de delitos. Por otro lado, se encuentra el proyecto de ley 119 del mismo año, pero que establece sanciones simbólicas o sociales, entre las cuales se aprecian: obligación de hacer trabajo social, inhabilidad de ejercer labores, entre otros. Estas actividades, serían actividades de visibilidad pública, lo cual cumpliría como un tipo de escarmiento público o "exposición de los muros de corrupción." (Escobar, 2019) Una característica de este proyecto de ley, es que generaría beneficios a las personas naturales que hicieran denuncias debidamente probadas de delitos en cabeza o con fachada de una persona jurídica.

7. OTROS MÉTODOS DE ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Por si lado, es interesante e importante mencionar cómo la ley 1448 de 2011, a través de la llamada "indemnización administrativa "halla asunción de responsabilidad y de cierta forma, intenta compensar económicamente un daño causado a una población vulnerable. Esta indemnización, es entregada por el Estado y su fin, es contribuir con "el fortalecimiento o reconstrucción del plan de vida de las personas que decidan acceder a este", (Unidad

para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2019) se buscan compensar a las víctimas, por delitos cómo. Homicidio, desaparición forzada, lesiones personales que generaran incapacidad permanente o discapacidad, reclutamiento ilícito de adolescentes, niños; delitos contra la integridad y libertad sexual en el marco del conflicto armado; tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes; y desplazamiento forzado. (Unidad para la Atención Integral y Reparación a las Victimas, 2019). Esta última, que es la que hace parte integral de este capítulo, será distribuida entre los miembros del grupo familiar inscritos en el Registro Único de Víctimas, por un monto de 17 o 27 SMLMV según sea el caso, si una persona fue víctima de varios de los delitos mencionados anteriormente, tendrá derecho a la acumulación de las indemnizaciones, siempre y cuando no exceda los 40 SMLMV. A través de un método de priorización, en el cual se estudien características particulares de cada caso, se asigna un porcentaje que definiría la prioridad con la que se le hace entrega de la indemnización administrativa a la víctima, teniendo en cuenta la capacidad presupuestal anual de la Unidad, pues no sería posible hacer entrega de la totalidad de indemnizaciones a las personas que sean favorecidas. Pues bien, con respecto a la información anterior y lo demás establecido en el artículo 132 de la Ley de Victimas, se observa que de cierta forma existe asunción de responsabilidad del Estado colombiano por los crímenes ejecutados en las de 50 años de conflicto armado en cabeza de diferentes actores, entre ellos, las personas jurídicas.

Finalmente, cuando se estudian figuras macrocriminales, es sorpresivo el hecho de que no solo grupos al margen de la ley son los accionantes del nexo causal y delitos repetitivos, pues también encontramos que entidades del sector público y privado son aliados en la ejecución, para más tarde obtener beneficios a costas de poblaciones vulnerables en las zonas rurales de Colombia.

CONCLUSIONES

Frente a la pertinencia del modelo de enjuiciamiento criminal maximalista en el derecho penal colombiano, se observaron diferentes aspectos: primero, aunque es un sistema que abarca públicamente a las entidades empresariales con ánimo de lucro a lo largo del territorio, objetivamente no es un modelo de enjuiciamiento penal, pues si bien es cierto que hay sanciones para los actos delictivos accionadas por las personas jurídicas, no son sanciones de tipo penal, ya que son de tipo administrativas o económicas. Cuando se analizó el modelo implementado por la Jurisdicción Especial para la Paz, se observa que es un modelo de enjuiciamiento penal, pero de carácter selectivo, debido a que en este se implementa la llamada Justicia Transicional, teniendo en cuenta que el escenario en el que se ejecutan los delitos que este sistema investiga y juzga, fueron llevados a cabo a causa del conflicto armado.

Ahora bien, cuando se estudian ambos modelos se encuentran muchas diferencias, desde los escenarios, objetivos de los delitos, sujetos activos, sanciones implementadas y demás, se con-

cluye que a pesar de ser dos modelos de enjuiciamiento criminal diferentes, ambos cuentan con una similitud macro, y es que aunque en la JEP se castiguen delitos de guerra y lesa humanidad ejecutados por sujetos activos individualmente o en coautoría, se juzga colectivamente a una persona jurídica; igualmente, como se menciona en uno de los casos abiertos por esta jurisdicción, está en estudio un caso en el que el sujeto activo es el mismo Estado colombiano.

No obstante, lo anterior deja abierto un paréntesis en el cual la cuestión inicial es: si es posible juzgar colectivamente a una persona jurídica conformada por un grupo insurgente como lo son las Farc, ¿por qué el sistema sigue acomplejado por no encontrar la forma objetiva de castigar a personas jurídicas de carácter comercial que también ejecutan actos que contrarían las normas penales? ¿por qué en estos casos solo se optan por sanciones administrativas?

Adicionalmente, en un momento investigativo en el que se estudiaron las figuras macrocriminales y se encontraron características propias de otro grupo insurgente colombiano: los paramilitares. Cuando se analizaron las características de las figuras macrocriminales se observan: (i) delitos ejecutados sistemáticamente; y (ii) nexos causales entre estos delitos; un patrón que es propiamente evidenciado en los actos ilícitos en cabeza de los grupos paramilitares. Pero, no siendo menos, cuando se investiga más a fondo, se evidencian además, que existen alianzas con entidades corporativas comerciales legítimas, entre las cuales están muchos grupos empresariales importantes en Colombia; lo cual abre una nueva brecha en la investigación, pues finalmente no se pueden discriminar a las personas jurídicas por sus actividades, siendo juzgadas con sanciones de diferentes tipologías, ya que aunque objetivamente seas personas jurídicas, se les de un tratamiento especial y diferenciado aunque cometan delitos graves, específicamente, como el desplazamiento forzado.

Pues bien, cuando se analizó la forma en la que el ordenamiento jurídico emplea dichos modelos de criminalización, se encontró que -como se mencionó anteriormente- las sanciones que están estipuladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) se tiene que, aunque esté regulado por los estatutos penales, está a cargo de la Superintendencia de Sociedades, lo cual hace que -de cierta forma- no estén en potestad directa de la jurisdicción penal. Además, que se confirme que son sanciones de carácter disciplinarias y administrativas, que en muchos casos abren la amplia posibilidad de subsanar y que la persona jurídica se reivindique y vuelva a sus actividades corporativas. A lo largo del análisis hubo lugar para el estudio de factores legislativos, entre los cuales se encontraron: proyectos de ley y algunas leyes ya estatuidas. En primer lugar, se analizaron los proyectos de ley 117 y 119 de 2018, en los cuales se plantean diferentes sanciones para las personas jurídicas, no obstante, se encontró que las sanciones propuestas son accesorias y sociales, que si bien es cierto pueden funcionar en el sistema, siguen siendo de carácter administrativas y/o financieras.

Adicional al análisis anterior, se estudió como la Ley de Víctimas, asume -de cierta forma- responsabilidad y a través de indemnizaciones administrativas, busca ayudar a las víctimas de diferentes delitos de guerra y lesa humanidad, para que replanteen sus proyectos de vida. Y aunque

la remuneración no puede saciar los daños causados ni la totalidad de las necesidades de estas poblaciones afectadas, es una forma de que el campesinado, grupos indígenas y negritudes en calidad de víctimas puedan obtener la asunción de responsabilidad por parte del Estado.

Finalmente, tras el recorrido investigativo, hay que precisar que aunque es un tema de amplio debate, hay que encontrar las formas más objetivas de que el derecho penal regule las actuaciones de las personas jurídicas, pues se ha evidenciado que no solo grupos al margen de laye son ejecutores de delitos graves, también están involucradas muchas instituciones empresariales con fines totalmente lícitos, pues en busca de fines lucrativos e individuales, han cometido delitos graves que deben estar sujetos a sanciones penales y no solo administrativas susceptibles de subsanación.

REFERENCIAS

BLU Radio. *Más de 70 empresas, condenadas a restituir tierras a campesinos en el país.* (2020)

Cardona, A. A. (2017). *MACROCRIMINALIDAD Y FUNCIÓN PENAL EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL*. Bogotá: Universidad de la Sabana.

CARVAJAL, Sebastián. GONZÁLEZ, Juan. *Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas y Su Viabilidad en la Legislación Colombiana.* (2018)

ESCOBAR, Natalia. (2019) *¿Nuevas responsabilidades penales para las empresas?* Revista Semana

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Directiva 001 de octubre 4 de 2012.*

JEP. (2018). *Conozca la JEP. Bogotá: Jurisdicción Especial para la Paz.*

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ. https://www.jep.gov.co/Infografas/brochure.pdf

JUSTICIA EN LAS AMÉRICAS. *Contexto y patrones de macrocriminalidad en Colombia: Una forma de buscar el derecho a la justicia.* (2018)

Ley 1448 de 2011. "Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones."

Mart, J. C. (2017). *RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURIDICAS EN EL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA.* Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia.

Tiedemann, K. (1996). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.*

Unidad para la Atención Integral y Reparación a las Victimas. (2019). Indemnización Administrativa.

Vélez, J. P. (2018). *Contexto y Patrones de Macrocriminalidad en Colombia. Justicia en las Américas.*

Verdad Abierta. (14 de Febrero de 2014). *La estrategia de despojo de tierras de los hermanos Castaño. Verdad Abierta.*

¿SE REABRE EL DEBATE DE LA PRISIÓN PERPETUA EN COLOMBIA CON EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE JULIO DE 2020? Un análisis a la luz de la demanda de inconstitucionalidad D-13915

Nicole Natalia Arias Parada[14]
Estefanía Tejada Mesa[15]

RESUMEN

La prisión, entendida como una pena privativa de la libertad por un tiempo indefinido, es un tema bastante debatible, algunos sectores sociales defienden la implementación de esta y otros se oponen de manera contundente. En esta oportunidad se abordará el Acto Legislativo 01 del 22 de Julio de 2020, en el cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia, para implementar la cadena perpetua revisable en los casos de delitos graves contra niños, niñas y adolescentes, dicha modificación constitucional tiene como finalidad que el sistema penal acusatorio responda de manera efectiva a los delitos que afecten a los niños, niñas y adolescentes. En contraposición a este Acto Legislativo, los ciudadanos miembros del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes demandan la inconstitucionalidad de dicho Acto por vicios de procedimiento y de competencia y el argumento más interesante es el relacionado con la vulneración del Acto Legislativo a la dignidad humana entendida como un eje definitorio de la Constitución Política de Colombia. Por lo tanto es pertinente analizar si realmente la prisión perpetua revisable es transgresora del eje definitorio constitucional de la dignidad humana. Para la realización de este análisis se hará un recorrido por el Acto Legislativo 01 de 2020, se analizara el contenido de la demanda de inconstitucionalidad D-13915, se hará un análisis de derecho comparado, se estudiara la relación entre el derecho penal y el derecho humanitario con la prisión perpetua y por último se valorara si realmente existe una deuda de la justicia con aquellas victimas de acceso carnal violento.

PALABRAS CLAVE: Prisión perpetua revisable, dignidad humana, menor de edad, violencia sexual, derecho a la resocialización.

---

14 Estudiante de decimo semestre de derecho de la Universidad Sergio Arboleda, integrante del Semillero de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

15 Estudiante de decimo semestre de derecho de la Universidad Sergio Arboleda, integrante del Semillero de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

IT REOPENS THE DEBATE ON LIFE IMPRISONMENT IN COLOMBIA WITH THE LEGISLATIVE ACT JULY 1, 2020? AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE CLAIM FOR UNCONSTITUTIONALITY D-13915

ABSTRACT

Life imprisonment, understood as a term of imprisonment for an indefinite period of time, is a highly debatable issue, some social sectors defend its implementation and others strongly oppose it. On this occasion, Legislative Act 01 of July 22 2020, will be addressed, in which article 34 of the Political Constitution of Colombia is modified, to implement a reviewable life sentence in cases of serious crimes against children and adolescents, The purpose of said constitutional modification is for the accusatory criminal system to respond effectively to crimes that affect children and adolescents. In contrast to this Legislative Act, the citizen members of the Prison Group of the Universidad de los Andes demand the unconstitutionality of said Act due to procedural and competence defects and the most interesting argument is related to the violation of the Legislative Act to dignity understood as an axis of the Political Constitution of Colombia. Therefore, it is pertinent to analyze whether reviewable life imprisonment really violates the constitutional axis of human dignity. To carry out this analysis, a tour will be made of Legislative Act 01 of 2020, the content of the unconstitutionality claim D-13915 will be analyzed, an analysis of comparative law will be made, the relationship between criminal law and law will be studied. humanitarian with life imprisonment and finally it will be assessed if there really is a debt of justice with those victims of violent carnal access.

KEY WORDS: Life imprisonment reviewable, human dignity, minor, sexual violence, right to resocialization.

INTRODUCCIÓN

La violencia contra los niños, niñas y adolescentes es un problema que preocupa al legislador Colombiano, es por esta razón que se incentivó el Acto Legislativo 01 de 2020, el cual permite una pena de prisión perpetua revisable que es una pena severa pues no tiene un tiempo definido de terminación de la sanción, pena que trata de prevenir e intimidar a aquellos perpetradores de delitos contra niños, niñas y adolescentes, en este tema se debate la existencia de una vulneración a derechos fundamentales como lo son la libertad, la dignidad humana y el derecho a la resocialización de aquella persona sometida a esta pena.

Es por ello que en la primera parte de este capítulo se hará un análisis sobre el contenido del Acto Legislativo 01 de 2020, en segundo lugar estudiara la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta contra dicho acto legislativo, en la tercera parte de este escrito se hablara sobe el estado actual de cosas de derecho penal y derecho humanitario respecto a la prisión perpetua, adicionalmente nos preguntamos si ¿Existe una deuda de la justicia con las víctimas de acceso carnal violento? y por último se dará una respuesta a la pregunta problema.

1. ANÁLISIS SINTÉTICO DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE JULIO DE 2020

En primera medida es necesario adentrarnos en el contenido del Acto Legislativo 01 de 2020, para así dar un mayor claridad al lector, sobre el trasfondo de esta intervención, es así como el Acto Legislativo en cuestión es expedido el día 22 de Julio de 2020, es una norma bastante corta con un contenido controversial, consta de tan solo dos artículos, que señalan la modificación del artículo 34 de la Constitución Política de Colombia, dicha modificación pretende suprimir la prohibición de pena de prisión perpetua y establecer la presión perpetua revisable en el caso de que un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, se podrá imponer dicha sanción (Acto Legislativo 01 de 2020).

Adicionando que esta pena privativa de la libertad al ser tan severa requerirá de una revisión del superior jerárquico del que impuso dicha sanción, esto se denomina como un control automático y cada 25 años la situación del condenado debería ser reevaluada para verificar el elemento de la resocialización (Acto Legislativo 01 de 2020).

2. CONTENIDO DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

En este apartado se procede a analizar la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Acto Legislativo 01 de 2020, con lo cual buscamos señalar cómo los demandantes argumentan la presunta vulneración al eje definitorio constitucional de la dignidad humana con la implementación de la cadena perpetua revisable en el ordenamiento jurídico colombiano.

Esta demanda de inconstitucionalidad fue presentada por los miembros del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes (2020), quienes señalan los siguientes cargos:

1. Vicios de procedimiento respecto a la totalidad del Acto Legislativo No. 01 de 2020, este primer cargo se fundamenta en que en el proceso de expedición del Acto Legislativo se incurrió en varios vicios de procedimiento a lo largo de los debates legislativos.
2. Vicios de competencia respecto a la totalidad del Acto Legislativo No. 01 de 2020 y frente al artículo 1, que modifica el artículo 34 de la Constitución Política, en el cual sostienen que el legislador excedió su competencia como constituyente derivado, ya que este Acto Legislativo, presuntamente sustituyó un eje definitorio de la Constitución Política y por lo tanto pide que se declare su inconstitucionalidad.

Dado que en el primer cargo sobre los vicios de procedimiento en el debate legislativo, fue admitido no se considera de relevancia en el presente escrito profundizar en dicho vicio. En este texto se ampliará lo relacionado con el segundo cargo, el cual no fue admitido por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, en auto del 03 de noviembre de 2020, pues para la magistrada no se satisficieron las condiciones mínimas argumentativas, pero se considera que es

un tema que se debe poner sobre la mesa, por la importancia de fondo que implica este Acto Legislativo (Corte Constitucional, 2020).

Teniendo en cuenta el segundo cargo de la demanda de inconstitucionalidad, se van a desarrollar los puntos de mayor importancia para la fundamentación de si la pena de prisión perpetua vulnera el eje definitorio de la dignidad humana, siendo así, se señalan los siguientes puntos: *A. Los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991. B. La resocialización y la prohibición de la cadena perpetua como parte esencial de la dignidad humana de los condenados. C. La cadena perpetua se presenta como algo aparentemente incompatible con el derecho penal de acto y con el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 de la Constitución).*

A. Los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991

Se indicar lo que la Corte Constitucional ha entendido como un eje definitorio de la Constitución, es así como en la sentencia C-1040 de 2005, se entiende que un eje definitorio o axial es un elemento esencial de la totalidad de la Constitución y que por lo tanto no puede ser modificado (Corte Constitucional, 2005).

Teniendo en cuenta lo anterior, los demandantes argumentan que Colombia al ser un Estado Social de Derecho, tiene el deber de proteger los derechos, valores y principios consagrados en la constitución, la cual está consagrada y fundada sobre unos ejes definitorios como lo es la dignidad humana.

Adicionalmente el Estado adquiere la obligación de garantizar unas condiciones sociales fundamentales y por eso vemos que en el ordenamiento jurídico se busca la protección de una vida digna, por esa razón se prohíben conductas como la desaparición forzada, torturas, penas crueles, inhumanas o degradantes por respeto al derecho a una vida humana digna (Iturralde et al., 2020, p.30).

B. La resocialización y la prohibición de la cadena perpetua como parte esencial de la dignidad humana de los condenados

Dentro de los derechos innominados relacionados con la dignidad humana, se encuentra el derecho a la resocialización de aquellas personas que luego de un procedimiento se les priva de la libertad, la Corte Constitucional en sentencia T-426 (como se citó en Iturralde et al., 2020) el derecho a la resocialización es "*el derecho de regresar a la sociedad en libertad y en democracia*". Es por esta razón que en Colombia no es aceptado imponer penas que tengan como consecuencia la no resocialización (Iturralde et al., 2020, p. 34).

Para los demandantes Iturralde et al. (2020), *"las penas de prisión perpetua, revisables o no, van en contra del derecho a la resocialización y, por lo tanto, del derecho a la dignidad humana, pues al priorizar metas u objetivos sociales de incapacitación o de mera retribución, se crea una pena que impide a los penados reintegrarse a la sociedad y ser miembros activos e importantes de ésta."* Una pena de prisión perpetua revisable limita a la persona privada de la libertad a poder socializarse, tema fundamental para su re-

integración en la sociedad, sin posibilidad de tener un proyecto de vida y limitando su autonomía (Iturralde et al., 2020, p. 36).

Adicionalmente para los demandantes Iturralde et al., cuando una persona es sentenciada a una pena de este nivel (2020) *"se envía un mensaje claro e inequívoco para el condenado, la sociedad y quienes están a cargo de la ejecución de la pena: he aquí alguien sin remedio. Un criminal que no puede re-socializarse y en quien se malgastaría cualquier esfuerzo estatal de tratamiento penitenciario"* Teniendo en cuenta que son 25 años como mínimo para la revisión de esta pena, lo que provoca una anulación de socialización, sin posibilidad de crear un proyecto de vida de los condenados, situaciones que les niegan su condición de seres humanos. (Iturralde et al., 2020, p. 37).

No obstante, aquellos que apoyan el acto legislativo señalan que los tratados internacionales no prohíben la prisión perpetua, y por la gravedad de los delitos contra niños, niñas y adolescentes es una pena que se debería aplicar dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pues además de ser una medida justa, es proporcional al actuar delictivo (Iturralde et al., 2020, p. 37).

Los promotores del Acto señalan que prevalecen los derechos de los niños, niñas y adolescentes quienes tienen una protección especial constitucional, y como argumento fundamental enfatizan en que no vulnera el derecho a la resocialización, pues es una pena que es revisable 25 años después de la imposición de la condena, revisión que se hará especialmente sobre la resocialización del condenado, pues estos tendrán derecho a acceder a programas destinados para la resocialización, fundamentalmente estudios y actividades productivas (Iturralde et al., 2020, p. 37).

C. <u>La cadena perpetua se presenta como algo aparentemente incompatible con el derecho penal de acto y con el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 de la Constitución)</u>

Los demandantes resaltan que el derecho penal colombiano, tiene una normatividad que impone unos límites para la imposición de una sanción de privación de la libertad, tales como: El derecho a la resocialización y que todas las personas que se encuentren en un proceso penal sean juzgadas únicamente conforme al acto que se les imputa. *"Esto implica que el Derecho Penal no puede considerar como objeto de reproche al autor del delito por ser quien es, sino que solamente debe censurar el acto o comportamiento que efectivamente ha cometido."* (Iturralde et al., 2020, p. 40 - 41).

Para los demandantes Iturralde et al. (2020), los promotores de la norma demandada se basaron en prejuicios, argumentando y asumiendo que quienes cometen delitos graves contra niños, niñas y adolescentes son personas incorregibles, peligrosos y con altos niveles de reincidencia, *"tal argumentación no sólo es incompatible con el artículo 29.2 de la Constitución Política, y de las demás normas del mismo rango que proscriben tanto el derecho penal de autor como el derecho penal de enemigo en Colombia, sino de la irrenunciable obligación constitucional que tiene el Estado colombiano de buscar, por todos*

los medios posibles, resocializar a todos los penados a través de la ejecución de la pena." (Iturralde et al., 2020, p. 46)

Teniendo en cuenta que en el ordenamiento colombiano solo se juzga por el actuar y en principio se sanciona con el fin de resocializar, no sería posible realizar una modificación a la Constitución de Colombia en este tema concreto, sin antes modificar el núcleo esencial de ella, tema que está relacionado íntimamente con el derecho a la resocialización, en el caso de una modificación se estaría incurriendo en una sustitución de la constitución, sustitución a la cual el Congreso no tendría competencia (Corte Constitucional, 2016).

Luego de señalar la importancia del eje definitorio constitucional de la dignidad humana, las posturas de la resocialización de aquellos que lo consideran como un derecho fundamental y quienes consideran que prevalecen los derechos de aquellos que gozan de una protección especial constitucional; y la prisión perpetua revisable como una contrariedad con el derecho penal de acto, se procede a analizar desde la perspectiva del derecho humanitario y del derecho penal dicha condena.

3. EL ESTADO ACTUAL DE COSAS DE DERECHO PENAL Y DERECHO HUMANITARIO RESPECTO A LA PRISIÓN PERPETUA

Retomando lo anteriormente expuesto, en este punto corresponde analizar como Colombia procede en la actualidad respecto a la situación de incertidumbre relacionada con los crímenes cometidos a los menores de edad, pues la mayoría de la población considera que el Estado no está brindado una respuesta efectiva y satisfactoria, ya que lejos de disminuir la violencia contra estos, se evidenció un alarmante incremento de violencia sexual en la pandemia del 2020-2021, no solo contra niños, niñas y adolescentes, sino también contra las mujeres.

Para el gobierno el panorama más preocupante es el turismo sexual con menores de edad que se maneja en los departamentos más concurridos por los extranjeros tales como: Cartagena, Santa Marta, Medellín y Bogotá. (Galvis, Senado de la República, 2020.

Según los datos recaudados en Medicina Legal, en esta época de pandemia en el país se han presentado 10.056 casos de abusos contra niñas, 3.028 contra adolescentes y 3.296 contra menores entre los 6 a los 11 años de edad y recalcó que los números pueden ser mayores, ya que las víctimas no se atreven a denunciar porque los abusadores son miembros de su propia familia. (Galvis, Senado de la República, 2020)

Por lo referido antes, hay una disputa entre el derecho penal y los derechos humanos, puesto que como se refiero en el análisis del Acto Legislativo 01 de 2020, el primero considera que las agresiones o violencia cometidas en contra de niños, niñas y adolescentes que violenten su integridad y libertad sexual, genera problemática de gran importancia en Colombia y que los perpetradores de estos delitos no deben ser sujetos de especial protección y

mucho menos correlativos a la prevalencia de sus derechos. (León, XV Congreso Internacional de Derecho Penal- Cadena Perpetua y fines de la pena, 2020).

Por otra parte, como se menciona en la demanda que pretende revocar el Acto Legislativo 01 de 2020, el derecho humanitario considera que la agresión a la vida y libertad sexual de niños, niñas y adolescentes, tiene origen y están relacionados con factores de inequidad, discriminación y desigualdad que son producto de poderes que superviven y se reproducen por la opresión, así pues, lo que se debe tratar son los conflictos generados por la clase social, genero, raza y demás. (León, XV Congreso Internacional de Derecho Penal- Cadena Perpetua y fines de la pena, 2020).

Siendo así, hay que tener en cuenta que ambos derechos concuerdan con el compromiso de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes realizando actos, programas, políticas, acciones y comportamientos medibles y verificables, que protejan, garanticen y respeten los derechos de estos, sin discriminación de ninguna especie. (León, XV Congreso Internacional de Derecho Penal- Cadena Perpetua y fines de la pena, 2020).

Por consiguiente, se contemplan varias soluciones por parte de los defensores de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para garantizar el desarrollo y crecimiento de estos, dichas propuestas son:

1. Cesar el reclutamiento de menores de edad
2. Fortalecer un ambiente sano familiar
3. Implementar medidas educativas que apoyen el desarrollo e inclusión de los niños, niñas y adolescentes
4. Generar énfasis positivo en los demás aspectos en los que se ven involucrados los menores de edad

Ahora bien, tomando como referencia al Acto Legislativo objeto de análisis, es necesario tener presente la posición del delincuente ante la ciudadanía colombiana, pues para muchos el perpetrador de un crimen tan atroz no tiene derecho a una rehabilitación, ya que su conducta no tiene explicación válida y se le considera un monstruo, depravado, pervertido y degenerado. (León, XV Congreso Internacional de Derecho Penal- Cadena Perpetua y fines de la pena, 2020).

Por otro lado, como se mencionó en la demanda de inconstitucionalidad siempre que se analice una pena se debe analizar si en esta se cumple el principio de proporcionalidad, puesto que se debe guardar una estrecha relación con el delito cometido y la sanción impuesta, para que se garantice una seguridad jurídica por parte del Estado, por lo tanto, si la pena no va sujeta y es proporcional a la gravedad del crimen cometido, se rompe el principio mencionado y a su vez la confianza de los sujetos de derecho, por consiguiente, el legislador debe tener una discrecionalidad para determinar la sanción que se ajustada al delito cometido, respetando a su vez el sentimiento ciudadano con respecto a ciertos delitos. (Portilla, XV Congreso Internacional de Derecho Penal- Cadena Perpetua y fines de la pena, 2020).

Lo anteriormente expuesto, denota dos cosas; la primera, que en la actualidad no existe una verdadera protección a los menores de edad cuando de crímenes que atente a su sexualidad, vida y dignidad humana se trata, ya que los crímenes contra estos han ido en aumento. La segunda, es que tanto el derecho penal como el derecho humanitarios, tiene puntos claros a defender, no se genera un mismo hilo entre los dos con respecto a soluciones eficaces y seguras para mermar la situación que se presenta en Colombia.

4. ¿EXISTE UNA DEUDA DE LA JUSTICIA CON LAS VÍCTIMAS DE ACCESO CARNAL VIOLENTO?

Habiendo señalado que desde la perspectiva del derecho humanitario y del penal se sanciona cualquier vulneración a los derechos de los niños, niñas y adolescentes y que es una problemática que preocupa a la sociedad, corresponde profundizar en la idea de que el Estado promueva una protección efectiva y no violatoria de un eje determinador constitucional como lo es la dignidad humana.

Emprenderemos un estudio sobre los movimientos sociales que han surgido por la inconformidad sobre este tema, pues las cifras son alarmantes[16] es evidente que es un problema a gran escala dentro de Colombia, se debe poner fin a esta violencia sexual que sufren los niños, niñas y adolescentes día a día, pues provoca problemas de salud mental, lesiones, enfermedades transmisibles y comportamientos de riesgo y salud materno infantil, como lo es el embarazo no deseado en la adolescencia y las complicaciones que implican un embarazo adolescente (Organización Panamericana de la Salud, 2016, p. 11).

A raíz de lo anterior, han surgido algunos movimientos sociales y políticos que buscan combatir la vulneración de derechos de los niños, niños y adolescentes:

En primer lugar, la ya fallecida ex Senadora Gilma Jiménez, fue elegida Senadora de la Republica de Colombia con más de 207.000 votos, siendo conocida como una defensora de los derechos de los niños, fue promotora del denominado “referendo de los niños” en el año 2010, que buscaba castigar con prisión perpetua los delitos de lesa humanidad cometidos contra niños, niñas y adolescentes (Romero, 2013).

16 En Colombia según el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2015) el mayor número de víctimas son mujeres, niñas y adolescentes y sus agresores son principalmente sus parejas, ex parejas, familiares o personas que son allegadas. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, hizo 127.703 exámenes legales por un presunto delito sexual, el 84,3% (107.698 casos) corresponde a valoraciones en mujeres y el 15,7% (20.005 casos) en hombres. La encuesta nacional de demografía y salud realizada en el año 2005, arrojó unos resultados alarmantes, en donde se evidencia que en el 47% de las mujeres, fueron accedidas de forma sexual antes de los 15 años. “De las 22.155 valoraciones por presunto delito sexual registrados durante el año 2015, el 85% de las víctimas fueron mujeres (18.876 casos, tasa por 100.000 habitantes de 77,35); por hombre víctima de presunto delito sexual se presentan seis mujeres víctimas.” (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2015, p. 360). Adicionalmente quienes tienen mayor riesgo de ser víctimas de violencia sexual son las niñas entre los 10 y 14 años, con 7.648 casos equivalentes al 40,52%.de agresiones sexuales (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2015, p. 360)

También en 2015, se presentó un Acto Legislativo, por miembros de la Cámara de Representantes para eliminar la prohibición de cadena perpetua que se encuentra en la Constitución Política, quienes se centraron en temas como, lograr una política criminal coherente que equilibrara el derecho a la resocialización y la dignidad humana. (Reporte Legislativo, 2015).

Otra iniciativa fue del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en el año 2019, que lanzó una campaña nacional para frenar la violencia contra niños, niñas y adolescentes, la cual se enfatizó en demostrar que algunos comportamientos que se consideran socialmente normales, son en realidad violencia contra niños, niñas y adolescentes, se encamino dicha campaña en primero generar iniciativas de políticas públicas contra la violencia y segundo que socialmente se llegue a un nivel de cero tolerancia con la violencia hacia menores de edad (ICBF, 2019).

Por último, la Policía Nacional junto al ICBF, implementaron la campaña "Somos uno, somos todos" la cual por medio de pedagogía buscaron que los ciudadanos conocieran la gravedad de la violencia sexual y cualquier tipo de violencia física y psicológica contra niños, niñas y adolescentes (ICBF, 2020).

Estos proyectos demuestran que la sociedad y nuestros representantes, están inconformes con la sanción impuesta a aquellos perpetradores de violencia contra niños, niñas y adolescentes, es un problema latente y más aun viendo la cantidad de víctimas de este tipo de delitos.

5. EXPERIENCIA INTERNACIONAL

Cabe resaltar que hay unas experiencias internacionales que dan luz al dilema jurídico en Colombia, el cual presenta un punto intermedio entre las posturas señaladas previamente, es decir el Acto Legislativo que promueve la prisión perpetua revisable, la demanda de inconstitucionalidad que señala una vulneración constitucional del Acto Legislativo y por ultimo España y Alemania, países de primer mundo que nos dan otra perspectiva.

España y Alemania con una pena de prisión perpetua que respeta la dignidad de la víctima y del victimario, ya que se impone una pena severa para crímenes graves, pero se hace revisión de la pena perpetua en un tiempo razonable, pues en el caso de España según la Ley orgánica 1 de 2015 que señala que al condenado se le va a garantizar el derecho a la reinserción social pues la persona cuando haya cumplido un mínimo de la condena, el tribunal va a valorar su situación verificando de manera objetiva la reinserción social, es así como se, *"aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el condenado"*. Es por esta razón que esta condena no significa una pena definitiva, es una pena que se ajusta a la gravedad del delito, con la finalidad de reeducar al penado (Ley Orgánica 1 de 2015, p. 4).

En el caso Alemán la cadena perpetua no se entiende como una penalización absoluta, se creó un modelo de cadena perpetua más humana, la cual se estipula en el Artículo 57A del

Código Penal Alemán, en donde se habla de la suspensión del resto de la pena en los casos de pena privativa de la libertad perpetua pasados 15 años de pena privativa de la libertad. (Satzger, XV Congreso Internacional de Derecho Penal- Cadena Perpetua y fines de la pena, 2020).

Países en donde no se condena al procesado a una sentencia definitiva de por vida, pero tampoco se da plena impunidad, hay un término medio que es un tipo de condena que permite la revisión en un tiempo proporcional de acuerdo a la gravedad del delito.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta, primero el Acto Legislativo 01 de 2020, que modifica el artículo 34 de la constitución, permitiendo una prisión perpetua revisable cada 25 años, contra aquellos que cometan unos delitos específicos y que tengan como victimas niños, niñas y adolescentes; segundo, la demanda de inconstitucionalidad que pone sobre la mesa la preocupación de que el Acto Legislativo 01 de 2020 vulnere el eje definitorio constitucional de la dignidad humana; tercero la necesidad de protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, y esa deuda que tiene el sistema jurídico para proteger a los niños, niñas y adolescentes de los delitos concretos de violencia sexual, y cuarto una postura intermedia que nos brindan los países de España y Alemania, se llega a la siguiente conclusión:

Consideramos que la solución concreta a la problemática que afecta a los menores de edad y que es de preocupación social, no es la pena de prisión perpetua revisable como está planteada en el Acto Legislativo 01 de 2020, pues en otros países como España y Alemania según lo dicho anteriormente, con una pena de prisión perpetua bien aplicada y proporcional a la dignidad humana y a la gravedad del delito, se puede garantizar la protección de aquel niño, niña y adolecente víctima, al no haber impunidad y también se garantiza ese derecho a la resocialización que es tan debatido en la demanda de inconstitucionalidad.

Este ajuste del Acto Legislativo, implicaría para el legislador el reconocimiento del derecho fundamental a la resocialización el cual se desprende de un eje definitorio fundamental en la constitución policía de Colombia, la dignidad humana, pero no se deja de lado que se castiguen estos actos crueles contra niños, niñas y adolescentes, quienes merecen una protección especial constitucional.

REFERENCIAS

Auto Mixto del Proceso D-13915. (2020, 03 de noviembre). Corte Constitucional. https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=21965

Acto Legislativo 01 de 2020. (2020, 22 de julio). Congreso de la República. https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%2001%20DEL%2022%20DE%20JULIO%20DE%202020.pdf

Convención sobre los Derechos de los Niños. (1987) https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx

Corte Constitucional, *Sentencia C-1040 de 2005* [MP: Manuel José Cepeda Espinosa]. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm

Corte Constitucional, *Sentencia C-053 de 2016* [MP: Alejandro Linares Cantillo]. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-053-16.htm

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2019, 30 de octubre). *ICBF lanza campaña nacional de cero tolerancia hacia la violencia contra la niñez.* https://www.icbf.gov.co/noticias/icbf-lanza-campana-nacional-de-cero-tolerancia-hacia-la-violencia-contra-la-ninez

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2030, 27 de octubre). *ICBF y Policía se unen para prevenir la violencia sexual contra menores de edad en el Valle de Cauca.* https://www.icbf.gov.co/noticias/icbf-y-policia-se-unen-para-prevenir-la-violencia- sexual-contra-menores-de-edad-en-el-valle

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2015). *Exámenes médico legales por presunto delito sexual.* https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/49523/Violencia+sexual.pdf

Iturralde, M., Torres, M. y Uribe, J. (2020, 02 de septiembre). *Acción pública de inconstitucionalidad frente al Acto Legislativo No. 01 de 2020.* https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19182

Ley Orgánica 1 de 2015. (2015, 30 de marzo). Congreso de los Diputados. https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-3439-consolidado.pdf

Organización Panamericana de la Salud. (2016). INSPIRE. *Siete estrategias para poner fin a la violencia contra los niños y las niñas*. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Child- Victims/Report_in_Spanish.pdf

Reporte Legislativo. (2015) *La cadena perpetua en Colombia: Una solución definitiva en política criminal o una propuesta coyuntural*. http://www.icpcolombia.org/dev/wp-content/uploads/2016/08/Reporte-2.pdf

Romero, R. (2014, 19 de Julio). *Congreso Viable.* https://congresovisible.uniandes.edu.co/congresistas/perfil/gilma-jimenez- gomez/1803/#tab=0

XV Congreso de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda "*Cadena Perpetua y Fines de la Pena 2020".* https://www.facebook.com/watch/live/?v=723838625154313&ref=watch_permalink

Capítulo 6

Derecho Público, Constitución y Estado

¿CÓMO ACCEDER AL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE EN COLOMBIA?

¿HOW TO ACCESS THE RIGHT TO DIE WITH DIGNITY IN COLOMBIA?

María Alejandra Camargo Cardoso[1]
Ana María Ramírez Medina[2]
María Paula Estupiñán Sánchez[3]

RESUMEN

Uno de los temas jurídicos que más polémicas y opiniones encontradas ha presentado en la sociedad colombiana, es la eutanasia. Desde la promulgación de la Sentencia C-239 de 1997, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, distintos sectores de la sociedad, manifestaron su férrea oposición a la posibilidad de solicitar la eutanasia. Inclusive al interior de la corporación, las diferencias fueron evidentes, en distintos salvamentos y aclaraciones de voto, ante la posibilidad de solicitar la interrupción de la vida, en casos de enfermos terminales. Eutanasia, de acuerdo con Pérez y otros (2017), se debe entender como "…causar la muerte a un paciente de forma deliberada con la finalidad de poner fin a su sufrimiento. (Pág. 99)", en este mismo sentido, el Diccionario de la Real Academia de la lengua, la define como *"Intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura"* y desde la definición médica se indica que es *"Muerte sin sufrimiento físico"*.

En todo caso y con independencia de la definición, la sentencia citada abre la posibilidad para que las personas, puedan elegir, sobre el destino final de su existencia en las condiciones determinadas en la providencia, sin que se pueda establecer responsabilidad penal alguna. Así mismo, la Corte exhorta al Congreso de la República, para que reglamente este derecho, sin embargo pasados 24 años, no se ha expedido la ley que regule este derecho, por lo tanto, la pregunta problema a desarrollar se circunscribe a determinar a como se puede acceder a la eutanasia en Colombia.

El presente artículo tiene como objetivo principal determinar, de acuerdo con la Sentencia C-239 de 1997 y desde las argumentaciones del magistrado ponente, cómo, cuándo y porqué se puede materializar derecho a una muerte digna. El primer objetivo específico, buscar indi-

---

1 Estudiante de cuarto semestre de Derecho en la Universidad Militar Nueva Granada. Integrante del semillero "Carlos Gaviria Díaz".

2 Estudiante de tercer semestre de Derecho en la Universidad Militar Nueva Granada. Integrante del semillero "Carlos Gaviria Díaz".

3 Estudiante de cuarto semestre de Derecho en la Universidad Militar Nueva Granada. Integrante del semillero "Carlos Gaviria Díaz".

car cuales son los argumentos en contra, esgrimidos en los distintos salvamentos y aclaraciones de voto. Finalmente revisar las iniciativas de regulación, para determinar si en Colombia, actualmente, es legal la eutanasia.

Para el desarrollo de el capítulo, se aplicarán los métodos: Inductivo, pues a partir de proponer un caso, se espera dar respuesta a diferentes interrogantes que surgen en el mismo, tales como ¿Puede considerarse la eutanasia como un homicidio?, ¿Cuáles son los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico, para poder realizar una eutanasia en Colombia?; el hermenéutico, pues se revisarán los alcances de la Sentencia C-239 de 1997, así como los argumentos de las minorías en los salvamentos y aclaraciones de voto y finalmente, el método analítico con el cual se pretende estudiar cómo ha sido el desarrollo jurisprudencial y normativo de la eutanasia.

Finalmente, como resultados se espera establecer como se ha reglamentado el derecho a una muerte digna, cuales son los argumentos contrarios que buscan que se mantenga la prohibición penal y determinar los avances y retrocesos en su regulación.

PALABRAS CLAVES: Muerte digna, eutanasia, homicidio.

KEYWORDS: Dignified death, euthanasia, homicide.

INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Sentencia C-239 de 1997, abrió la puerta para que todas las personas que se encuentren enfermas en un grado terminal, sin futuro de cura o de resolución y su perspectiva de vida sea muy corta, pueda acudir a la eutanasia para poner fin a sus sufrimientos. Este derecho materializa varios derechos fundamentales, que hasta antes de la promulgación de la Constitución de 1991, no habían podido ser disfrutados: la libertad y la autonomía.

La respuesta inicial de la sociedad, sobre todo la más conservadora del país, no se dejó esperar. El vaticano, por ejemplo, indicó que esta práctica es “es un crimen contra la humanidad”, argumento que coincide con por lo menos tres posturas de diferentes magistrados, que salvaron el voto en la sentencia, para quienes haber reglamentado la eutanasia como causal de exoneración de responsabilidad penal, corresponde a permitir el homicidio.

Pronunciamientos posteriores de la Corte Constitucional, no ha modificado, adicionado o suspendido los efectos de la sentencia C-239 de 1997. Por el contrario, siguen conminando al Congreso de la República para que reglamente el derecho a morir dignamente. No obstante, 24 años después de la promulgación de la citada sentencia y 12 proyectos de ley, la norma no ha sido posible.

El presente capítulo, pretende analizar las diferentes posturas y argumentos presentados en la Sentencia C-239 de 1997. El ejercicio académico, se realiza a partir de un caso hipotético, en el cual un abuelo muy enfermo le pide a su nieto, que lo ayude a morir dignamente. La

respuesta será dada a partir de lo señalado por el magistrado ponente y los magistrados que salvaron y aclararon el voto.

DESARROLLO

¿Cómo acceder al derecho a morir dignamente en Colombia? Análisis de la Sentencia C-239 de 1997.

Desde:

Carlos Gaviria Díaz.

José Gregorio Hernández.

Vladimiro Naranjo.

Hernando Herrera Vergara.

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Estás sentado en el sofá de tu sala, viendo como siempre las redes sociales y tu abuelo un hombre octogenario, que desde hace días presenta complicaciones de salud, se sienta al lado tuyo y a quema ropa te dice:

—Me han diagnosticado cáncer de hígado y estoy en una etapa terminal. Aunque no he presentado dolores, el galeno dijo que me iba a medicar para esperar, de manera tranquila, la muerte. Respira por un par de segundos, te mira a los ojos y te dice con suprema autoridad, tu estudias derecho y quiero que me ayudes a que me autoricen la eutanasia. No quiero sufrir dolores ni padecimientos, total voy a morir y quiero hacerlo con dignidad.

Quedas en una sola pieza, pero decides por el amor a tu abuelo ayudarlo, con este paso que quiere dar.

¿Puede considerarse la eutanasia como un homicidio?, en Colombia está autorizada y reglamentada la eutanasia?, ¿Cuáles son los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico, para poder realizar una eutanasia en Colombia?, estos son los interrogantes que deberás resolver para poder ayudar a tu abuelo.

Carlos Gaviria.

Desde muy pequeño, Carlos Gaviria Díaz (1937-2015) tuvo contacto directo con la muerte. Su padre se suicidó y su padrastro igual. Quizás por eso su pensamiento tan liberal, que lo llevó a considerar que la eutanasia, amparada en la autonomía y la libertad, era viable bajo ciertas condiciones.

Para el profesor Gaviria, la eutanasia no puede considerarse un homicidio, pues como lo indicó en la Sentencia C- 239 de 1997, que declaró inexequible el artículo 326 del código penal, se

puede eximir a los médicos de cualquier sanción, en caso de realizar un homicidio por piedad, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por la misma sentencia.

Su pensamiento se basó en la autonomía y la libertad, ya que decía, que la regulación de la eutanasia y de la muerte digna, no era simplemente una manera de facilitar las cosas a quienes quisieran morir. Buscaba que los enfermos terminales o en condiciones vulnerables, pudieran materializar este derecho, sólo manifestando su voluntad e impidiendo que alguien pudiese estropear su disposición o decidir por ellos.

Por otra parte, también indica la sentencia la posibilidad de exonerar de responsabilidad al médico que incurra en el homicidio por piedad, sanción establecida en el 326 del Código Penal, al señalar textualmente: "El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años" (Sentencia C-239 de 1997).

Esta despenalización propuesta por el magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, reiteraba que la constitucionalidad de la norma en mención, advertía que en aquellos casos, donde los enfermos terminales experimentan intensos sufrimientos y en los que exista la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, es decir, del enfermo, no podrá derivarse responsabilidad para el médico que practique la muerte, pues se "trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquel que por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad terminal, pide le ayuden a morir".

Además, en lo que concierne a los principios constitucionales, en donde, el principio de la dignidad humana se conceptualiza, según la constitución política de 1991, en el respeto a la dignidad de la persona humana, significa que como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana, atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad. Como segundo principio, está el de morir dignamente, que con cuya despenalización se mitigó de cierta manera, la responsabilidad que tienen los médicos, y en general el sistema de salud, correspondiente a velar por el bienestar del paciente. En efecto, valga la redundancia con la despenalización, no se busca restablecer la salud del enfermo, sino la de ayudarle a tener una muerte digna y a mitigar, hasta donde sea posible, el dolor que se apodera de su cuerpo.

Por eso para Carlos Gaviria Díaz, el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad, son principios de convivencia que se oponen al paternalismo por parte del Estado, en la evaluación de qué es perjudicial o qué es conveniente para él, en asuntos que sólo al individuo conciernen.

Por otro lado, es importante mencionar que el magistrado Carlos Gaviria, hizo énfasis en que la decisión de cómo enfrentar la muerte, adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado y que por ende no está optando entre la muerte y realmente en seguir vivo, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo

después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas, por lo que se refiere a que el derecho fundamental a vivir en forma digna, implica entonces el derecho a morir dignamente.

Desde el punto de vista del magistrado Carlos Gaviria Díaz, plasmado en la sentencia se insiste entonces en el reconocimiento de la persona como sujeto moral autónomo y a quien corresponde elegir los principios y valores morales. Por último, con dicha sentencia apropiada para consolidar la despenalización de la responsabilidad médica, se concluye que esta no obliga a nadie, sino que, bajo las restricciones ya mencionadas, se podría llegar al procedimiento de la eutanasia, teniendo en cuenta que no habría sanciones para los médicos que la realizara y que, además, la autonomía y la voluntad de los enfermos terminales, sería respetable bajo los argumentos anteriores.

A pesar de las posiciones ideológicas del maestro Gaviria y su férrea defensa del poder de la autonomía y la libertad de las personas, el destino a veces no se alinea con nuestro pensamiento, pues como lo señala Restrepo (2020) fue su familia quien, en sus últimos momentos tomó decisiones sobre su libertad, una de ellas firmar la "autorización para la traqueotomía" (pág. 240). Finalmente murió de muerte natural, a pesar de sus padecimientos.

José Gregorio Hernández.

Es un jurista colombiano, abogado de la Universidad Javeriana, es catedrático universitario y autor de varios libros de Derecho Constitucional, Ciencia Política y Derechos Humanos. Fue Magistrado de la Corte Constitucional entre 1991 y 2001 y miembro del Partido Conservador al cual renunció en el año 2003.

Para el magistrado, el tema de la eutanasia debe tener un debate más profundo. Indica en su salvamento de voto, que la Corte tomó una decisión de manera ligera, ya que legalizar la eutanasia es un acto insólito, puesto que en pocos países del mundo la han autorizado y esa aprobación se dio por vía legislativa y no por la jurisprudencial. El significado de la expresión eutanasia se refiere, tal como lo señaló a: "la actividad llevada a cabo para causar la muerte a un ser humano a fin de evitarle sufrimientos" y para este magistrado la eutanasia siempre es un tipo de homicidio, porque implica que una persona le cause intencionalmente, la muerte a otra ya "sea mediante un comportamiento activo o mediante la omisión de los cuidados y atenciones debidos. Por otra parte, la eutanasia puede ser consentida o no por quien la padece."

Las razones principales, que hacen que el magistrado, se aparte de los argumentos de la sentencia, las establece en temas éticos y morales que comprometen el derecho a la vida. Hernández Galindo hace referencia a que, en los países más avanzados y liberales del mundo, no han logrado legalizar la eutanasia, que para él es "un tipo de homicidio". Le resulta disparatado que en Colombia, siendo un país con tan altos índices de homicidio, sea la Corte la que se atreva a dar este paso. Para Hernández el significado de eutanasia coincide con la conducta castiga en el artículo el artículo 326 del Código Penal, por lo tanto, no puede ser declarado

inexequible. De igual manera y para no dejar dudas, se refiere a la distanasia, que, aunque diferente a la eutanasia, pues esta debe ser "entendida como el retrasar la muerte todo lo posible, utilizando para ello todos los medios ordinarios o extraordinarios al alcance, así sean estos proporcionados o no, y aunque esto signifique causar dolores y padecimientos a una persona cuya muerte de todas maneras es inminente."

Para el magistrado, la distanasia al igual que la eutanasia, se debe evitar a toda costa, porque son acciones reprochables, pues la vida es un deber social, que tiene que cumplirse para salvaguardar los derechos de la persona, así estén en agonía. Aunque la eutanasia y la distanasia tienen una conducta lindante, presentan una diferencia clara y es que en la eutanasia hay intención de matar, así sea por piedad, en la distanasia no existe esa intención, pero lleva al límite el sufrimiento de una persona.

El magistrado propone como argumento en contra, que es posible aplicar en los casos donde hay enfermos cuyo diagnóstico de enfermedad, es incurable y padecen dolores agobiantes, la medicina paliativa que "constituye una actitud humanitaria que responde a la dignidad del enfermo, sin causarle mediante una acción directamente occisiva, la muerte".

Reconoce que las personas que tienen una enfermedad incurable, pueden emplear recursos ya sean científicos o técnicos para menguar sus dolores. El empleo de estos conlleva a mejorar la parte final de la vida del paciente, sin tener como propósito ocasionar la muerte, sino el alivio del dolor del paciente. Por esto afirma Hernández Galindo que diferencia principal con la eutanasia, es que la medicina paliativa, no tiene como fin la muerte.

En su salvamento de voto, sustenta su decir en el derecho a la vida, pues indica que "El derecho a la vida es, …el primero de los derechos fundamentales del cual es titular toda persona. Así lo reconoce la Constitución Política colombiana. En efecto, su Preámbulo, señala como el primero de los propósitos del Estado colombiano el de asegurar la vida a todos los integrantes de la Nación", razón por la cual explica, que no puede hablarse con propiedad de "un derecho a la muerte" ya que no es posible ejercer al mismo tiempo el derecho a la vida y el derecho a la muerte, porque resulta absurdo ya que cuando morimos ya no somos más sujetos de derechos y para el magistrado el "derecho a la muerte" hace referencia al derecho a renunciar a estar vivo.

La vida es derecho irrenunciable y Hernández Galindo cita algunos apartes de diferentes sentencias de la Corte Constitucional, donde se ha reconocido el derecho a la vida como irrenunciable, significando "…que los derechos fundamentales, al ser inherentes a la persona, son necesarios y no contingentes, lo cual los hace irrenunciables." El magistrado dice que se aparta de la decisión, por el cambio de postura de los magistrados que en otras sentencias defendieron el derecho irrenunciable de la vida y en este pronunciamiento cambian de parecer.

Para él un cambio de argumento implica el desconocimiento de la naturaleza humana, pues "Si es posible renunciar al más fundamental de todos los derechos, a aquél que es presupuesto ontológico del ejercicio de todos los demás, incluidos la libertad, la igualdad, la dignidad

etc., entonces ¿por qué no admitir la renunciabilidad de todos estos? ¿Si es posible que yo renuncie a mi vida para optar por la muerte, entonces por qué no puedo renunciar a mi derecho a la libertad, por ejemplo, y aceptar la esclavitud?, por eso admitir que la vida es un bien jurídico disponible a voluntad, pone en peligro el orden jurídico de la sociedad, puesto que, con ello ya todo derecho sería renunciable, enajenable y podría ser susceptible de ser desconocido.

Finalmente, en el salvamento se invoca como una causal que justifica la eutanasia, el libre desarrollo de la personalidad. Para este magistrado se ha incurrido en un error, pues al considerar el libre desarrollo de la personalidad como un derecho absoluto, se entra nuevamente en contradicciones, con lo que la Corte en sentencias anteriores ha sostenido, que no existen derechos o libertades absolutos, "Por ello no es posible invocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad para disponer de la propia vida, y hacerlo significa ir en contra de la propia naturaleza humana."

Es evidente que existen muchas visiones éticas, indica el magistrado y esto conduce a pensar que la Constitución, no puede asumir la moral de un grupo o de una parte de la sociedad y cita a varios filósofos del derecho, entre ellos Kant, para quien "...el derecho es independiente de la moral, pero no contrario a los postulados éticos. La Escuela francesa de la exégesis, niega la validez moral en el terreno jurídico. Savigny manifiesta que la fuente del derecho y de la moral es la convicción jurídica del pueblo, esto es, una intuición emocional de lo que debe ser la regulación de la convivencia humana"

Desde Vladimiro Naranjo.

Vladimiro Naranjo Mesa (1943-2004) realizó sus estudios en la Universidad del Rosario, jurista en todo el sentido de la palabra fue autor de diferentes libros, que hoy en día se siguen estudiando en las escuelas de derecho. Fue elegido magistrado de la Corte Constitucional, cargo que ocupó entre 1993 y 2000.

Para el magistrado son dos los errores en que incurre la Corte con esta sentencia. El primero corresponde a que, en su consideración, la corporación se extralimitó, pues en su sentir, el control constitucional, no puede tener esas dimensiones, es decir, superar las competencias que le fueron otorgadas. Por eso indica que la Corte debió centrar su análisis en revisar si la norma se ajustaba o no a la constitución y no llegar, quizás, a suplantar al legislador, al establecer unas causales de justificación para el tipo penal demandado.

Es claro para Naranjo, que la eutanasia es un homicidio, pues el derecho a la vida es el derecho a vivir, a vivir bien y vivir con dignidad, como el derecho a recibir todo lo necesario para no morir en lo inmediato, como el derecho a que no nos maten y, finalmente, como el derecho a que no nos maten de forma arbitraria. Actuar de manera distinta, es todo lo contrario a la dignidad humana y al derecho a la vida, ya que es constituido como inviolable, es decir que esa provocación de una muerte a otro, es algo que no puede concebirse de forma moral y jurídica ya que lo que deben hacer es asegurar la integridad de las personas.

Para el magistrado Vladimiro Naranjo, en el fallo se evidencia una extralimitación en el control constitucional que tiene la corte y a su vez la decisión que esta presenta, ya que no tiene una competencia constitucional ni causales de justificación de un hecho punible, debido a que allí se libera a la persona, tanto en la parte motiva como resolutiva al que mata a otro por piedad, para terminar con intensos sufrimientos provenientes de lesiones o enfermedades, donde la voluntad de la persona que sufre es libre.

En su sentir, la Corte debió únicamente revisar si la norma se ajustaba a la constitución para decidir si efectivamente era exequible o inexequible sin eximir al autor del "homicidio", pues es clara que la función de crear un excluyente de responsabilidad, es del Congreso y no de la Corte Constitucional.

Hernando Herrera Vergara.

Hernando Herrera Vergara obtuvo su título de abogado en el año 1967, es egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Es experto en derecho constitucional, administrativo y laboral. A lo largo de su vida profesional, ha desempeñado cargos importantes como: presidente y magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, exmagistrado del Consejo Superior de la Judicatura y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Además, ha sido Profesor Universitario, Viceministro de Comunicaciones y Secretario General del Ministerio de Justicia. En el campo privado ha ejercido la profesión durante largos años, y es miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Herrera Vergara manifiesta en su salvamento de voto, el desacuerdo con la posibilidad de eximir de responsabilidad al médico que ejecuta la muerte de la persona, así el paciente sea un enfermo terminal, quien voluntariamente, autorice el procedimiento. Considera que es inaceptable justificar un hecho punible, como lo es exonerar a una persona que decide matar a otra, para liberarlo de un sufrimiento permanente. Conforme a lo anterior mencionado, Herrera fundamenta su postura con respecto a la eutanasia, en algunos artículos expuestos en la Carta Política colombiana, como el artículo 11, el cual nos habla sobre la vida como un derecho inviolable y también el artículo 49, el cual trata sobre la promoción, protección y recuperación de la salud.

El magistrado recalca la importancia de salvaguardar la vida de las personas, que están bajo esta situación de sufrimiento, comenta cómo los avances tecnológicos, ayudan a los enfermos terminales a sobrellevar su enfermedad, hasta el momento en que mueren, haciendo uso de analgésicos y sedantes, afirmando que lo anterior no puede considerarse una distanasia, la cual se presenta cuando hay una prolongación de la vida mediante aparatos tecnológicos. En este caso en concreto, se les permite a los familiares el poder de renunciar a cualquier procedimiento que prolongue la vida precaria del enfermo, para así dar por terminado su sufrimiento.

Hernando Herrera Vergara concluye en el salvamento de voto, diciendo lo siguiente: "En mi concepto la Eutanasia aplicada a un enfermo terminal con su frágil y débil consentimiento, es inconstitucional, afecta el derecho humanitario universal a la vida, constituye un crimen contrario a la dignidad de la persona humana y la prevalencia de una equivocada concepción del libre desarrollo de la personalidad que en la Carta fundamental nunca se consagró como un derecho absoluto, sino limitado por los derechos de los demás y el orden jurídico"(artículo 16 de la Constitución Política de 1991).

Concluyendo la intervención del magistrado, es evidente como considera que la eutanasia es inconstitucional, pues dice que ésta atenta en contra de los derechos a la vida y la dignidad de la persona. Aduce a que no es necesaria, pues con todos los avances tecnológicos que están surgiendo como respaldo a la medicina, simplemente se debería brindar la atención y los respectivos cuidados paliativos, mientras los enfermos llegan al final de su vida, sin necesidad de apresurar la muerte del paciente.

Eduardo Cifuentes.

Eduardo Cifuentes Muñoz nació en Popayán Cauca en 1954, es egresado de la Universidad de los Andes, doctor en derecho de la Universidad Complutense de Madrid, profesor y jurista colombiano y experto en asuntos constitucionales. Ha desempeñado cargos como docente de la Universidad de los Andes, Magistrado de la Corte Constitucional, Defensor del Pueblo y actualmente presidente de la JEP, entre otros cargos destacables.

A juicio del Magistrado, la existencia de un mandato constitucional, que prohíbe al legislador sancionar el medio que da muerte a un paciente terminal es una regla inexistente. Esto teniendo en cuenta, que como el acto homicida es realizado por un tercero (médico), el análisis de la sentencia ha debido guiarse en la justificación constitucional del acto que realiza el tercero como causante directo de la muerte del paciente terminal.

Cifuentes considera que la Corte ha incurrido en error en la sentencia, ya que la Constitución no regula de manera suficiente la materia. Para este, la validez del consentimiento carece de poder normativo para derogar la obligación que tiene el médico de preservar la vida y por tal motivo, no se puede permitir la exculpación de la conducta criminal, teniendo en cuenta la diferencia existente entre la voluntad libre del sujeto para decidir sobre sí mismo y el consentimiento del sujeto que pide al médico que lo lleve a su propia muerte.

La sentencia ha tenido una falacia de la "ignoratio elenchi" (conclusión innatamente) ya que los argumentos y conclusiones de la sentencia no son aplicables al caso objeto de debate, de tal forma que en esta se ha finiquitado de diversas formas sin tener en cuenta la particularidad del tema a resolver. Por tal motivo, el Estado debe abstenerse de obstaculizar la acción suicida infringida por el mismo sujeto, más no está obligado a favorecer positivamente su objetivo.

Desde el punto de vista hermenéutico, es censurable que se amplíen las consideraciones más allá del contexto que les pertenece. La Corte no puede alterar los principios establecidos en el Código de Ética Médica. Y es por esto que la sentencia ha debido puntualizar la prioridad de la medicina paliativa, cuando la vida del paciente se vea afectada por dolores insoportables y no en descartar este tipo de medicina, para en su lugar realizar de manera desproporcionada la terminación de los dolores padecidos produciendo la muerte del paciente.

Para el magistrado resulta irracional, para un Estado social de derecho, que se reserve como dictum la formulación según la cual la misericordia realizada por el médico, es la de segar directamente la vida del paciente y no la de calmar el dolor. La Carta Política no puede deducir un derecho del médico para matar al paciente terminal exonerando a este de la responsabilidad penal.

La sentencia ha olvidado que el proceso de muerte y el decaimiento no alegan a la inhumanidad y que por el contrario es por esencia la destinación del ser humano. El objetivo de la dignidad humana, está dirigido a garantizar la protección del sujeto moral en uso de sus facultades vitales y morales, pero esta también tiene un valor objetivo, que acompaña a la persona independientemente de sus vicisitudes.

La Constitución no se encarga de decidir la responsabilidad penal del médico, que ocasiona la muerte a un paciente terminal. Tampoco puede deducirse la existencia de un mandato dirigido al Congreso, con el fin de despenalizar en determinados casos el homicidio piadoso, ya que estas medidas no se han configurado como norma alguna y de ser así, desconocieron las competencias que se encuentran ya establecidas en la Constitución Política. Es por esto que corresponde al Congreso de la República, regular la materia según sus cauces institucionales a través de un proceso político y no a la jurisdicción constitucional.

La acción protectora por parte del Estado frente al enfermo terminal, busca que se reúnan una serie de factores que demuestran que la solución adoptada, es la más indicada al desarrollo de la libre personalidad del paciente, promoviendo de manera oportuna sus intereses y garantizando objetivamente la tutela a la vida.

El artículo 16 de la Constitución consagra la libertad modelada al sujeto autónomo, aun así, derivar de este una regla inhibiría al legislador penal de castigar la eutanasia activa y directa, solo por el hecho de que el sujeto moral ha dado su consentimiento libremente. Esto conduciría a la omisión de la lectura normativa y a convertir el libre desarrollo de la persona en solipsismo dominante por encima del ordenamiento jurídico.

Finalmente, ha sido el ejecutivo a través del ministerio de salud el que, por medio de actos administrativos, propone una salida jurídica para que los colombianos, puedan acceder a la eutanasia. No obstante, continúa siendo una asignatura pendiente del legislativo, el llevar a feliz término, una ley que reglamente en Colombia el derecho a morir en condiciones dignas.

REFERENCIAS

Constitución Política de Colombia.

Corte Constitucional. *Sentencia C-239 de 2017*. Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz.

Deutsche Welle. (2020). *El Vaticano: la eutanasia "es un crimen contra la vida humana"*. Disponible en: https://www.dw.com/es/vaticano-la-eutanasia-es-un-crimen-contra-la-vida-humana/a-55020071.

Ministerio de Salud y Protección Social. *Resolución No. 1216 de 2015*.

Ministerio de Salud y Protección Social. *Resolución No. 0825 de 2018*.

Ministerio de Salud y Protección Social. *Resolución No. 2665 de 2018*.

Ministerio de Salud y Protección Social. *Resolución No. 229 de 2020*.

Pérez, N. Unigarro, J. Caicedo, R. (2017). *¿La eutanasia está legalizada en Colombia?* A propósito de la nueva guía del Ministerio de Salud y Protección Social. Disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0122726216301239.

Real academia de lengua española. www.rae.es

Restrepo, A. (2020). *El hereje: Carlos Gaviria*. Editorial Planeta.

CRIPTOMONEDAS EN COLOMBIA: ECOSISTEMA Y DERECHOS DE LOS USUARIOS

Emmanuel Montoya Valencia[4]

RESUMEN

El objetivo de este texto es identificar los derechos de los usuarios en el ecosistema de criptomonedas en Colombia, respondiendo a la pregunta: "¿cuáles son los derechos de los usuarios en el ecosistema de criptomonedas en Colombia?"

Este trabajo se reconoce como una investigación de carácter cualitativo, al fundamentarse en la subjetividad y la observación, aunque esto no significa que no se requiera en cierta medida de lo cuantitativo. Además de ello, se considera una investigación documental, puesto que para la recolección de datos se basa en la doctrina jurídica, la jurisprudencia, la Constitución Política de Colombia, la ley y los análisis de derecho comparado.

Para la realización del objetivo, se buscará clasificar a las criptomonedas como bienes, teniendo en cuenta lo planteado en diferentes textos doctrinales. Posteriormente, en la sección nombrada *"las criptomonedas y los derechos de los usuarios*", se pretende pasar a analizar cuáles son y/o deberían ser los derechos generales y específicos de los usuarios que recurren en estos sistemas. La investigación se desarrolla a partir del postulado "es primero el reconocimiento de los derechos que el establecimiento de regulaciones", ya que como se menciona en la Constitución, el hombre es un fin en sí mismo, por lo tanto, es más importante la identificación de sus derechos que los intereses estatales, incluyendo entre ellos, la protección de la soberanía monetaria. Adicionalmente, los derechos fundamentales son de por sí una regulación al poder estatal y a la arbitrariedad de los sistemas o entidades de carácter privado.

PALABRAS CLAVE: Criptomonedas, blockchain, bienes, derechos de los usuarios, propiedad, regulación.

CRYPTOCURRENCIES IN COLOMBIA: ECOSYTEM AND USER RIGHTS

ABSTRACT

The objective of this text is to identify the rights of the users in the cryptocurrencies ecosystem in Colombia. Answering the question: Which are the rights of the users in the cryptocurrencies ecosystem in Colombia?

---

4 Estudiante de pregrado en Derecho en la Universidad de Medellín (tercer semestre).

This job is recognized as an investigation of qualitative carácter, based on the subjectivity and the observation, although it does not mean that the investigation does not require to a certain extent of the quantitative. Besides that, it is considered a documentary research, since for the data role-playing it is based on juridical doctrine, the jurisprudence, the Political Constitution of Colombia, the law and comparative law analyzes.

For the realization of the objective, it will classify the cryptocurrencies as goods, taking into account the raised in different doctrinal texts. Later, in the section that receives the name of "Cryptocurrencies and the rights of the users", it pretends to go on to analyze which are and/or should be the general and specific rights of the users that recur to those systems. The research is developed from the postulate "is firstable the recognizement of the rights than establishment of regulations", since as mentioned in the Constitution, the man is an end in himself, thus, it is most important the identification of the rights than state interest, including among them, the protection of the monetary sovereignty. Further, the fundamental rights are in themselves a regulation to the state power and the arbitrariness of the systems or private entities.

KEYWORDS: Cryptocurrencies, blockchain, godos, rigths users, property, regulation.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este texto es identificar los derechos de los usuarios en el ecosistema de criptomonedas en Colombia. Para la realización del objetivo, se buscará clasificar a las criptomonedas como se ha planteado en diferentes textos doctrinales, pero realizando una contextualización con Colombia. Posteriormente, se pretende pasar a analizar cuáles son y/o deberían ser los derechos generales y específicos de los usuarios que recurren en estos sistemas. Respondiendo a la pregunta: "¿cuáles son los derechos de los usuarios en el ecosistema de criptomonedas en Colombia?"

En Colombia, a pesar de que en un comienzo era poco común encontrar disposiciones legales que buscasen regular lo relativo a las criptomonedas o dar a conocer los derechos de los usuarios en aquel ecosistema, cada vez hay un mayor interés poblacional y gubernamental en dicho asunto. Esto se evidencia claramente con la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual ha comenzado a realizar una prueba piloto para ejecutar operaciones con estos criptoactivos por medio de la Sandbox con el fin de medir que tan efectivos han sido los desarrollos tecnológicos gubernamental en materia de verificación de identidad personal y trazabilidad de transacciones (Caracol, 2021).

Por otra parte, pese a llegar a ser el tercer país latinoamericano durante 2018 en cuanto a mercado de capitales y tener una gran cantidad de usuarios activos en ecosistemas de criptomonedas, el país continúa temeroso en el tema de la regulación de los criptoactivos y lo alusivo a los derechos de los usuarios como si lo han hecho ciertos países europeos, asiáticos e incluso Estados Unidos (Echavarría Wartenberg, 2019, pp. 143–172; La República, 2021).

Además de la poca intervención del Estado en lo que respecta a los criptoactivos, en Colombia existen ciertas disposiciones legales que prohíben la emisión de monedas y obligaciones por entidades diferentes al Banco de la República, por ejemplo, el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sector Financiero, consagra en su artículo 124 que hay una restricción en la emisión de obligaciones. En él se asegura que ningún establecimiento bancario podrá emitir obligaciones que puedan o deban circular como moneda ni tampoco instrumentos que tengan como finalidad "circular como moneda". Esta regla está manifestada por la norma como una prohibición categórica e imperativa (Decreto 663 de 1993, 1993).

En este texto se busca dejar de lado el temor para hacer un aporte al derecho, brindando iluminación al oscuro panorama que hay en medio del ordenamiento jurídico colombiano y los activos inmateriales, los cuales cada vez cobran más fuerza y tarde que temprano, la legislación se verá obligada a tener en cuenta asuntos relacionados a ellos.

1. ¿Criptomonedas como bienes?

Antes de identificar cuáles son los derechos de los usuarios en los diferentes sistemas de criptomonedas, resulta ser de suma importancia, conocer si al hablar de criptomonedas se está hablando de bienes y no sólo eso, sino también determinar la clase de bien que son y sí pueden realmente dar lugar a relaciones jurídicas entre los particulares. Para ello, se pretende en primer lugar, presentar una definición de lo que son las criptomonedas y posteriormente, llevar a cabo una clasificación de los bienes para conocer en cual categoría entrarían estos activos inmateriales (sí es que efectivamente llegan a ser reconocidos como bienes).

También es importante tener en cuenta que hay dos grandes posturas con relación a las criptomonedas. Por un lado, diferentes autores argumentan que es prioridad que las legislaciones tengan una regulación de las criptomonedas, incluso antes de establecer derechos de los usuarios. Mientras que en otros textos, se le da prioridad a establecer la criptomoneda como un bien para que dé origen a derechos y obligaciones.

1.1. Definición de criptomonedas

Las criptomonedas no reciben una definición de la RAE, por lo cual, esta se debe extraer de los diferentes textos académicos. Carlos Arango, Joaquín Bernal y otros autores, afirman que una criptomoneda se puede definir como un elemento del conjunto de criptoactivos. Las criptomonedas tienden a ser usadas como un medio de pago para la adquisición de ciertos bienes y servicios y a su vez, también pueden ser un depósito de valor o una unidad de cuenta. Son ejemplos de ella, el Bitcoin o el Ether (Arango Arango et al., 2019, pp. 1–37).

En otros textos, se ha visto que se trata a las criptomonedas como un sinónimo de los

criptoactivos y no como un elemento de aquel conjunto. Esto se evidencia en el trato que les da la Cámara de Comercio de Bogotá, la cual constantemente dice "criptomonedas, criptoactivos o monedas virtuales". De acuerdo con ellos, las criptomonedas surgen de los avances que se han presentado en Internet, las cuales son controladas por particulares, generalmente de una forma descentralizada, sólo existen en el mundo digital, más no en el mundo físico. Esto último, no quita la importancia de las criptomonedas en el mundo tangible, puesto que ellas pueden llegar a tener relación con bienes corporales como un medio de pago (Cámara de Comercio de Bogotá, 2019).

Se puede evidenciar que últimamente es más frecuente encontrar textos académicos donde se diferencian las criptomonedas de los criptoactivos, por ser un elemento del conjunto de los criptoactivos que los que toman criptomonedas y criptoactivos como sinónimos. La justificación de esta diferencia se da en que los criptoactivos son una categoría más amplia que las criptomonedas y ellos engloban no solo a las criptomonedas, sino también a los tokens y a la moneda de los diferentes juegos equiparables a una cantidad definida en términos de una moneda fiduciaria o una criptomoneda (Chirinos, 2020, pp. 1–39).

Es importante mencionar que gran parte de la controversia entre el derecho y este tipo de activo, se presenta al tener claro que las criptomonedas no son emitidas por las autoridades monetarias de ningún Estado en concreto, lo cual puede afectar en cierto modo la soberanía monetaria de un Estado. Además, de ello, algunos teóricos consideran que en realidad las criptomonedas no son un medio de pago, al no cumplir con los requisitos fundamentales de uno: fungibilidad, divisibilidad, durabilidad, facilidad de verificar, dificultad de falsificar, portabilidad y facilidad de transferencia.

Lo anterior genera cierta duda, ya que es factible que los requisitos anteriores puedan ser cumplidos a la perfección por las criptomonedas, ya que independiente de la volatilidad de sus precios, sus características hacen que sean seguras, en especial, por el uso de la tecnología blockchain, que solo en casos muy excepcionales ha sido interferida y resulta muy poco rentable su vulneración. A diferencia, de lo que sucede con ciertos sistemas centralizados (Arango Arango et al., 2019, pp. 1–37).

En síntesis, una criptomoneda es un tipo de activo que ocasionalmente puede ser empleado de igual manera que un medio de pago para la recepción de bienes y servicios, a pesar de que resulta ser dudoso catalogar a las criptomonedas como tal, en especial, por el hecho de no ser emitidas por una autoridad monetaria, tener un reconocimiento como moneda fiduciaria y ser altamente volátiles, ya que dependen en gran parte de la especulación. Aunque también, tienen como cualidades su seguridad, al encontrarse literalmente encriptadas y por emplear sistemas de transacciones que en varias ocasiones se han reconocidos como seguros, entre ellos, el blockchain (López Allende, 2018, pp. 2–45).

1.2. Los bienes en la legislación colombiana y las criptomonedas

Hablar de bienes en la legislación colombiana implica, por lo general, tomar en cuenta las consideraciones del Código Civil Colombiano, las cuales tuvieron una gran influencia del derecho romano (Hincapié Vargas, 2018). Teniendo muy presente que dicho código es un texto que data de hace más de 100 años y por lo tanto, se hace necesario de una contextualización por medio de la doctrina jurídica y el derecho comparado.

De acuerdo con la doctrina, en el ordenamiento jurídico colombiano, se entiende como bien aquella cosa que se puede valorar económicamente y a su vez que puede hacer parte de un patrimonio (Velásquez Jaramillo, 2014, pp. 1–5). En efecto, las criptomonedas pueden tener ambos atributos, por un lado, pese a que sus precios en el mercado dependen de la especulación, tienen una valoración económica (Fernández & López, 2020, pp. 201–217); y por el otro, varios textos dan a entender su duda de que en realidad, las criptomonedas puedan entrar en un patrimonio de una persona natural o jurídica y a su vez, que se pueda ejercer sobre ellas el derecho real de dominio o propiedad sobre ellas.

Esta duda se puede deducir de varios artículos científicos alusivos a las criptomonedas, donde se les da un hipotético trato como propiedad, en vista de que las monedas fiduciarias e incluso el dinero electrónico han llegado a considerarse así en diferentes situaciones. Por esta razón, algunos juristas mencionan que las criptomonedas deberían ser también propiedad por ser efectivos electrónicos y por su posible exigibilidad frente a terceros (Low & Teo, 2017, pp. 235–268). No obstante, a pesar de esta duda, es bastante preferible no desconocer el atributo de este tipo de activos de llegar a ser apropiables, como ya sucedió alguna vez en Japón, donde sólo se reconocieron los bienes tangibles como objetos de los derechos reales para excluir al Bitcoin de esta categoría, lo cual dio lugar a una gran controversia, ya que hay una multiplicidad de bienes intangibles que pueden pertenecer las diferentes personas. Además, dicha criptomoneda es de suma importancia para la economía japonesa (*Bitcoins lost in Mt. Gox debacle "not subject to ownership" claims: Tokyo court,* 2015).

En vista de lo anterior, se puede afirmar que una criptomoneda en efecto, es un bien. Ahora, se debe saber qué tipo de bien, sería este activo. De acuerdo con Luis Guillermo Velázquez, un bien puede ser corporal o incorporal; cuando se alude a corporal, no implica que el bien necesariamente sea tangible, sino que se pueda percibir por medio de los sentidos; mientras que cuando se refiere a los incorporales habla de los derechos patrimoniales (Velásquez Jaramillo, 2014, pp. 13–15).

En realidad, una criptomoneda no debería considerarse un bien incorporal, ya que en realidad no constituye un derecho patrimonial, aunque sería válido al considerar las criptomonedas como propiedad, la posibilidad de ejercer sobre ellas derechos reales. Las criptomonedas, entonces son, bienes corporales al igual que también lo es el di-

nero electrónico, al poderse percibir mediante los sentidos y no ser un derecho (Low & Teo, 2017, pp. 235–268; Swadling, 2013).

También es posible asegurar que al igual que el dinero, una criptomoneda constituye un bien mueble, de carácter consumible, ya que se agota con su uso, pero de aquí surge otra duda: ¿una criptomoneda es un bien fungible? Retomando la legislación civil, el Código confunde los términos de fungible y consumible, pero si da a entender un atributo que en efecto la criptomoneda tiene, ser un bien de género, porque puede haber más especies iguales, aunque las criptomonedas tengan una identificación diferente. Además de ello, la doctrina y varias disposiciones legales, establecen que un bien fungible es aquel que se puede intercambiar por otros, lo cual en efecto es posible y evidente con las criptomonedas, cuando ellas son compradas con dinero fiduciario e igualmente cuando ellas, permiten obtener dinero fiduciario. Sin embargo, esto es lo que se considera que puede afectar la soberanía monetaria de un Estado, ya que con ello, el peso colombiano ya no sería la única moneda permitida en el territorio nacional (Canales Gutiérrez, 2018, pp. 102–122).

En vista de lo anterior, resulta fundamental en este punto reconocer a las criptomonedas como un bien y por ende, algo que puede ser apropiado y dar lugar a derechos y obligaciones entre particulares, además de originar diferentes relaciones jurídicas. Sinceramente, no es válido discriminar a un bien por su volatilidad (que es una característica bastante común en las criptomonedas), puesto que si se analiza bien, muchos bienes tienen la tendencia a ser volátiles como son los inmuebles por un aumento de estrato que incrementan su precio o por una calamidad que hace que su valor disminuya (Arango Arango et al., 2019, pp. 1–37).

2. LAS CRIPTOMONEDAS Y LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS

Es innegable que al hablar de la criptomoneda como un bien, se deba hablar también de los derechos y deberes que trae como consecuencia este hecho que pasa a ser por este texto doctrinal algo declarativo, porque en realidad, consiste en algo prexistente.

2.1. Ecosistemas de criptomonedas

Para este concepto es importante comprender que existe una línea que divide el mundo físico del lugar donde operan las criptomonedas, este limbo se conoce como ecosistema de criptomonedas y las personas que operan en él son intermediarios del sistema y el mundo tangible. En este ecosistema existen las plataformas de intercambio entre monedas fiduciarias y criptomonedas. Además de ello, en este sistema se ven involucradas las personas naturales o jurídicas que aceptan o solicitan alguna criptomoneda a cambio de algo, también son incluidos los proveedores de billeteras digitales (Rueckert, 2019, pp. 1–12).

En el ecosistema de las criptomonedas se puede evidenciar una hibridación entre la forma en que operan las transacciones en el mundo, donde se hace uso de las monedas fiduciarias y las transacciones que son efectuadas entre usuarios de criptomonedas. De este ecosistema hace parte un mercado volátil y especulativo, donde cada día las criptomonedas adquieren un valor muy diferente al anterior en relación con las monedas fiduciarias (Möser et al., 2013, pp. 1–14).

Es común, el uso del anonimato y ocasionalmente el ecosistema se ha prestado para el lavado de activos, por lo tanto el AML basado en el sistema KYC (Marian, 2014) ha buscado regular las transacciones en las que se ve involucra este sistema (Böhme et al., 2015; Why Bitcoin Fungibility is Essential, 2013).

En el ecosistema de las criptomonedas, se han centrado muchas regulaciones, ya que a partir de este es posible la vulneración de la soberanía monetaria de un Estado y se han visto diversas situaciones en las que el lavado de dinero se hace presente. No obstante, puede ser posible una solución a estas problemáticas, la identificación de los derechos de los usuarios, ya que en la realidad, es una de las mejores regulaciones frente a las arbitrariedades que se presenten en los diferentes sistemas, incluso los que no tienen estructura definida, ya que el derecho de los demás constituye la principal limitante a los derechos de una persona que puede llegarles a dar un uso abusivo (Freeman, 2009).

2.2. Derechos de los usuarios en los sistemas y ecosistemas de criptomonedas

Como bien se ha mencionado en el presente artículo, mucho se ha hablado de regular, pero pocas veces la legislación ha intentado dar a conocer que derechos y garantías tienen las personas que hacen parte de ese sistema. Este análisis tendrá muy en cuenta lo expuesto por Rueckert en el año 2019, quien en su momento habló de los derechos de quienes tenían relación específicamente con el sistema Bitcoin. No obstante, en esta sección, se hablará de las criptomonedas en general y a su vez, se contextualizará todo, aparte de mencionar derechos no tenidos en cuenta anteriormente.

En primer lugar, es esencial darle prioridad a la mención de ciertos derechos fundamentales que tengan relación con las criptomonedas, bien sean estos de creación jurisprudencial o constitucional. Es importante anotar, que en esta sección se hará mención exclusivamente a los que guardan más relación con este tipo de activos, si alguno queda excluido y se comprueba que guarda relación con las criptomonedas, no hay motivo para no tenerlo en cuenta. Estos derechos son básicamente:

- Derecho a la intimidad personal y familiar: Este derecho aparece en el texto constitucional colombiano en el artículo 15 como parte del capítulo alusivo a los derechos fundamentales. Un sistema o ecosistema que tenga relación con criptomonedas no puede desconocer este relevante derecho, haciendo intervenciones en la vida privada de las personas sin su consentimiento, abusando de la información privada

a la que tiene acceso o publicando datos sin autorización. Aunque el uso de perfiles anónimos es muy recomendable, ya que es difícil que las personas con las que se interactúa en el sistema, conozcan la verdadera identidad de las personas. Resulta poco práctico al hacer reclamaciones ante las autoridades estatales, ya que aunque pueden brindar ayuda, la presencia de este tipo de perfiles dificulta la situación en materia probatoria (Guadamuz & Marsden, 2015; Imwinkelried & Luu, 2015; Ling, 2015; Ober et al., 2013, pp. 237–250; Reid & Harrigan, 2013, pp. 197–223; Snell & Care, 2013, pp. 1–9).

- Habeas data: Aparece en el mismo artículo que el derecho anterior y constituye tanto un derecho fundamental como un mecanismo de protección y esto hace obligatorio que un sistema o ecosistema mantenga al día la información acerca de una persona y le permitan el conocimiento de ella a esa misma persona.
- Libre desarrollo de la personalidad: Puede tener relación con la participación en un sistema o ecosistema de criptomonedas y ningún particular o ente estatal puede impedir la participación de esta persona.
- Libertad de expresión y libertad de prensa: Estos dos derechos guardan relación con las criptomonedas, en cuanto se relacionan con la libertad de recibir información veraz e imparcial y a su vez, con la de dar a conocer información de esta índole, siempre y cuando no se vean afectados los derechos fundamentales de otras personas.
- Derecho a la honra: En un sistema o ecosistema de criptomonedas no se puede afectar el derecho a la honra de las personas, evitando que ellas sean injuriadas o calumniadas.
- Derecho a la paz: Cobra gran importancia en el territorio colombiano, debido a los múltiples conflictos que ha enfrentado. En el campo de las criptomonedas, puede constituir tanto un derecho como una forma de regular estos sistemas, ya que al hablar de aquel derecho, se prohíbe directamente la financiación del terrorismo y su favorecimiento, lo cual involucraría la prohibición de emplear las criptomonedas para estos fines antiestatales.
- Libertad de trabajo: Se puede relacionar con la libertad que tiene una persona de ejercer una profesión u oficio, si está relacionada con un rol dentro del sistema o ecosistema de las criptomonedas, siempre y cuando, no se afecten disposiciones de orden público, tales como el impedimento de usarlas para un fin ilícito como el lavado de activos.
- Derecho de reunión y derecho de asociación: Las reuniones o asociaciones que se hagan entre las personas en torno a los sistemas de criptomonedas, deben tener una mínima intervención estatal. No obstante, el objeto de ellas debe ser lícito y se debe respetar el orden público y los límites legales.

En efecto, es evidente que el ser propietario de criptomonedas o hacer parte de un sistema de ellas no es en sí mismo un derecho fundamental. No obstante, el reconocerlos como un bien, teniendo en cuenta su concepto y la conformación de sistemas y ecosistemas da lugar a asegurar que es posible que alrededor de las criptomonedas, sea posible una afectación a los derechos fundamentales de las personas que son tan protegidos por el ordenamiento jurídico colombiano y ocasionalmente, se pueda dar lugar a diferentes acciones que busque su garantía, como podría ser la acción de tutela por casos donde se vea vulnerada la libertad de expresión en un sistema o ecosistema de criptomonedas.

Rueckert en sus consideraciones también tiene en cuenta varios derechos fundamentales de los anteriormente mencionados, principalmente basado en las disposiciones que trae consigo la Convención Europea de Derechos Humanos, por lo que es posible que no haya coincidencia en ciertas titulaciones. En esto texto, es fundamental añadir los derechos de reunión y asociación, el derecho a la honra y el derecho a la paz, los cuales pueden tener una marcada relación con este nuevo tipo de activos (Asamblea Constituyente de Colombia de 1991, 1991; Rueckert, 2019, pp. 1–12).

Ahora bien, ya se mencionó que la propiedad de criptomonedas en sí misma, no constituye en la teoría un derecho fundamental. No obstante, como cualquier otro bien, una criptomoneda puede ser objeto de un derecho real y que da al propietario ciertas facultades materiales que son en esencia: usar, gozar y disponer, lo cual puede variar en cierto modo dependiendo del derecho real de que se hable. Además de ello, los terceros tienen la obligación de respetar el derecho de la persona que tenga bajo su poder criptomonedas, lo cual al instaurar diferentes acciones, se permite evitar delitos electrónicos contra este tipo de titulares (Velásquez Jaramillo, 2014, pp. 113–152).

El derecho a la propiedad que figura alrededor de las criptomonedas es reconocido, incluso por los académicos que no las reconocen concretamente como un bien por su difícil clasificación. Puesto que según ellos, deben ser activos protegidos por tres razones: tener un valor mercantil, ser potencialmente exclusivas en cabeza de una persona y tener unidades definibles (Berberich, 2010; DaCunha, 2010; Erlank, 2015, pp. 2525–2559; Fairfield, 2005; Tsukerman, 2015, pp. 1127–1170).

Por otra parte, las criptomonedas al ser un bien sobre el que se puede ejercer la propiedad, también se puede transferir (por acto entre vivos) o transmitir (por causa de muerte), algo de lo cual, pocas veces se ha hablado en la legislación colombiana, pero en otros países ya se tiene en cuenta, como es el caso japonés, Estado de donde se pasó de negar la calidad de bienes a la criptomonedas a reconocerlas como un medio de pago válido que puede dar lugar a múltiples transferencias y en caso de ser esté un activo en cabeza de una persona, debe ser posible también que se puedan transmitir por causa de muerte, aunque los diferentes textos no lo digan literalmente (ElBahrawy et al., 2017).

En esta sección es posible concluir parcialmente que el hecho de considerar a las criptomonedas como un bien, da lugar a tener en cuenta, diferentes derechos alrededor de ellas que pueden exigibles frente a terceros e incluso frente al Estado. Posteriormente, el reconocimiento de los derechos de los usuarios puede constituir si se llega a reconocer por el Estado colombiano, una regulación básica y esencial para los activos inmateriales.

CONCLUSIONES

Se puede concluir en este texto que es posible identificar los derechos de los usuarios al considerar en primer lugar, a las criptomonedas como un bien y clasificarlas como tal, ya que este texto lleva consigo el reconocimiento de que las criptomonedas puedan llegar a ser un objeto en una situación donde se involucren derechos reales o personales. Adicional, pueden dar a relaciones jurídicas entre particulares y por ende, derecho y obligaciones.

Sumado a lo anterior, como ya se mencionó, el primer avance para regular lo relativo a las criptomonedas y proteger la soberanía monetaria, si es que estas, realmente son una amenaza para ella, es reconocer los derechos de los usuarios. Si solo se dan prohibiciones o restricciones a la ligera, ignorando que las criptomonedas engloban sistemas, donde participan muchas personas, puede dar lugar a disposiciones contrarias a la Constitución por el hecho de desconocer una gran cantidad de derechos fundamentales amparados por ella.

Finalmente, se pretende hacer una recomendación a la legislación colombiana de reconocer a los activos inmateriales digitales como un bien por los argumentos expuestos en el presente texto para que el Estado colombiano logre dar un gran paso en materia de criptoactivos y en las garantías de los derechos de las personas, incluso en el ámbito virtual.

REFERENCIAS

Arango Arango, C. A., Bernal Ramírez, J. F., Barrera Rego, M. M., & Boada Ortíz, A. (2019). *Criptoactivos: análisis y revisión de literatura.* Revista Ensayos Sobre Política Económica. 92, 1–37.

Asamblea Constituyente de Colombia de 1991. (1991). *CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA 1991.*

Berberich, M. (2010). Virtuelles Eigentum.

Bitcoins lost in Mt. Gox debacle "not subject to ownership" claims: Tokyo court. (2015). https://www.japantimes.co.jp/news/2015/08/06/national/crime-legal/bitcoins-lost-in-mt-gox-debacle-not-subject-to-ownership-claims-tokyo-court-rules/#.XqjcUndFzIV%0D

Böhme, R., Christin, N., Edelman, B., & Moore, T. (2015). *Bitcoin: Economics, Technology, and Governance.* JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES, 29.

Cámara de Comercio de Bogotá. (2019). *Entendiendo los criptoactivos*. Financiero y Financiamiento, 28.

Canales Gutiérrez, S. (2018). *Bitcoin, la moneda descentralizada de curso voluntario, como equivalente funcional del peso colombiano.* Departamento de Derecho.

Caracol. (2021). *Colombia ya trabaja en un piloto para operaciones con criptomonedas.* https://caracol.com.co/radio/2021/04/03/tecnologia/1617475095_606302.html

Chirinos, G. A. (2020). *Regulación y tributación en el mercado de criptoactivos, una perspectiva de derecho comparado.* Revista de La Facultad de Derecho, 8.

DaCunha, N. (2010). *Virtual Property, Real Concerns.* Akron Intellectual Property Journal, 4(1).

Echavarría Wartenberg, D. (2019). *Surgimiento de las ICOS: implicaciones para el caso colombiano.* Revista de Derecho Privado, 38. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6299

ElBahrawy, A., Alessandretti, L., Kandler, A., Pastor-Satorras, R., & Baronchelli, A. (2017). *Evolutionary dynamics of the cryptocurrency market.* Royal Society Open Science, 4(11).

Erlank, W. (2015). *Introduction to Virtual Property: Lex Virtualis IPSA Loquitur.* Potchefstroom Electronic Law Journal, 18.

Fairfield, J. (2005). *Virtual Property.* Boston University Law Review, 85, 1047.

Fernández, P. L., & López, P. L. (2020). *La valoración de las criptomonedas. Especial referencia al caso del Bitcoin*. Boletín de Estudios Económicos, 75(230), 201–217.

Freeman, J. (2009). *La tiranía de la falta de estructuras.* In Forum de Política.

Decreto 663 de 1993, (1993).

Guadamuz, A., & Marsden, C. (2015). *Blockchains and bitcoin: regulatory responses to cryptocurrencies.* First Monday, 20. https://firstmonday.org/article/view/6198/5163

Hincapié Vargas, N. (2018). *Derecho Romano.* In Lecciones de Derecho Romano (pp. 25–26).

Imwinkelried, E. J., & Luu, J. (2015). *The Challenge of Bitcoin Pseudo-Anonymity to Computer Forensics.* Criminal Law Bulletin.

La República. (2021). *"Colombia es uno de los países que lideran en el uso de criptoactivos a nivel mundial."* https://www.larepublica.co/finanzas/colombia-es-uno-de-los-paises-lideres-en-el-uso-de-criptoactivos-a-nivel-mundial-3138356

Ling, J. (2015). *The Deep, Dark Web Is Getting Some Company Soon* — From Canadian Cops.

López Allende, M. (2018). *Cómo desarrollar confianza en entornos complejos para generar valor de impacto social.* Banco Interamericano de Desarrollo.

Low, K. F. ., & Teo, E. G. . (2017). *Bitcoins and other cryptocurrencies as property?* Law, Innovation and Technology, 9(2).

Marian, O. Y. (2014). *A Conceptual Framework for the Regulation of Cryptocurrencies*. University of Chicago Law Review Dialogue.

Möser, M., Böhme, R., & Breuker, D. (2013). *An inquiry into money laundering tools in the Bitcoin ecosystem.* Proceedings of the APWG E-Crime Researchers Summit.

Ober, M., Katzenbeisser, S., & Hamacher, K. (2013). *Structure and Anonymity of the Bitcoin Transaction Graph.* Future Internet, 5(2).

Reid, F., & Harrigan, M. (2013). *An Analysis of Anonymity in the Bitcoin System.* Security and Privacy in Social Networks.

Rueckert, C. (2019). *Cryptocurrencies and fundamental rights.* Journal of Cybersecurity, 5(1), 1–12.

Snell, J., & Care, D. (2013). *Use of Online Data in the Big Data Era: Legal Issues Raised By the Use of Web Crawling and Scraping Tools for Analytics Purposes.* Electron Commer.

Swadling, W. (2013). *PROPERTY: GENERAL PRINCIPLES*.

Tsukerman, M. (2015). *The Block Is Hot: A Survey of the State of Bitcoin Regulation and Suggestions for the Future.* SSRN:Berkeley Technology Law Journal, 30.

Velásquez Jaramillo, L. G. (2014). *Bienes*.

Why Bitcoin Fungibility is Essential. (2013). https://www.coindesk.com/bitcoin-fungibility-essential%0D

EFICACIA DE GARANTÍAS FUNCIONALES DEL ESTADO PARA MATERIALIZAR EL DERECHO DE ACCESO A TIERRAS COMUNES Y PÚBLICAS: CASO COMPLEJO CENAGOSO DEL BAJO SINÚ

Luis Alberto Méndez Hernández[5]
Milka Saray Ruiz Guerrero[6]
Eduardo Kerguelén-Durango[7]

RESUMEN

La institución de la propiedad se convirtió en la base de las relaciones sociales entre individuos que integran determinado sistema social, reconociendo que el Estado puede intervenir y establecer los límites al ejercicio de propiedad que ostentan sus asociados. Este estudio tuvo como objeto examinar la eficacia normativa de la propiedad, mediante el estudio de los conflictos agrarios suscitados por la injusta distribución del territorio, con el fin de contribuir al derecho de acceso a tierras comunes y públicas en el Complejo Cenagoso del Bajo Sinú – CCBS. Se realizó un enfoque metodológico de carácter analítico, aplicando un componente que relaciona al derecho con el espacio, propios de la cartografía simbólica, para así determinar la existencia de garantías funcionales para el acceso, permanencia y relación entre los campesinos con la tierra. Se observó que, el modelo de Estado fundado bajo el principio de libertad y de la propiedad, pone en tensión la práctica social, dando forma a un sistema rígido, propicio para la concentración de la tierra en pocas manos y, de otro lado, imposibilita la redefinición de la propiedad en un espacio determinado. Se concluye que, la institución de la propiedad en Colombia, ha propiciado su inequitativa distribución de la tierra y ha fragmentado la relación entre el campesino sin tierra con el territorio en el CCBS.

PALABRAS CLAVES: La propiedad, sistema social, conflictos agrarios, territorio.

5 Estudiante de X semestre del Programa de Derecho de la Universidad de Córdoba y miembro del semillero IUS PUBLICUM adscrito al grupo de investigación Derecho, Economía y Sociedad – GIDES -

6 Estudiante de X semestre del Programa de Derecho de la Universidad de Córdoba y miembro del semillero IUS PUBLICUM adscrito al grupo de investigación Derecho, Economía y Sociedad – GIDES -

7 Abogado, Magister en Ciencias Ambientales, docente del Programa de Derecho de la Universidad de Córdoba.

EFFECTIVENESS OF FUNCTIONAL GUARANTEES OF THE STATE TO MATERIALIZE THE RIGHT OF ACCESS TO COMMON AND PUBLIC LAND: COMPLEJO CENAGOSO DEL BAJO SINÚ CASE.

ASBTRACT

The institution of property became the basis of the social relations among the individuals that integrate certain social system recognizing that the State can intervene and establish limits to the property practice that hold their partners. This study aimed to examine the normative effectiveness of property through the study of agrarian conflicts caused by the unfair distribution of the territory to contribute to the right of access to common and public land in the Complejo Cenagoso del Bajo Sinú – CCBS. It was conducted a methodological analytical approach, applying a component that relates law with space, typical in symbolic cartography to determine the existence of functional guarantees for the access, term, and the relation between farmers and land. It was observed that the State founded under the principles of liberty and property puts a strain on social practice, shaping a strict system favorable for the concentration of land belonging to few people and prevent the redefinition of property in a determined space. It is concluded that the establishment of property in Colombia has created its unfair distribution of land and has divided the relationship between farmers with no land and the territory in the CCBS.

KEYWORDS: Property, social system, agrarian Conflicts, Territory

INTRODUCCIÓN

Los sistemas organizativos de gobierno, en el trascurrir del tiempo, fueron complejizándose, siendo la propiedad y la libertad los principios que impulsaron las bases para lograr superar el sistema feudal, compuesto por la obediencia y fidelidad irrestricta a un señor; de esta manera, se dio paso al Estado moderno liberal.

No obstante, es preciso indicar que la propiedad se convirtió en la base de las relaciones sociales entre los diferentes individuos que integran determinado sistema social. Sin embargo, este tránsito de sistema organizativo y reestructuración de la propiedad y la libertad, bajo la concepción liberal impulsada por la revolución francesa, no ayudó a superar los conflictos que se venían generando desde la época colonial por la gran concentración de la tierra en manos de los llamados adelantados y conquistadores; en contraste con los indígenas y colonizadores que llegaron al nuevo mundo a establecer asentamientos.

La existencia de grandes extensiones de tierras, permitió hacer repartos a todo aquel que tuviera el ánimo de asentarse y desarrollar actividades agrarias. Para lograr estas aspiraciones, y hacer una transición, se adoptaron en las épocas colonial y poscolonial, un régimen legal para el asunto de la propiedad sobre la tierra.

Esta tensión, entre lo contenido en la normatividad agraria y la realidad, genera una débil estructura estatal que impide responder adecuadamente y determinar acciones concretas para garantizar que las tierras baldías tengan como destinatarios a los campesinos del país y la redefinición de la propiedad.

Bajo estas premisas, se muestra que el modelo de Estado fundado en el principio de libertad y de la propiedad pone en tensión la concepción de la institución jurídica frente a la eficacia de las garantías del Estado para el acceso de los campesinos a la tierra y, por otro lado, imposibilita la redefinición de la propiedad en un espacio determinado.

Por ello, esta investigación tuvo como objetivo examinar la eficacia normativa de la propiedad, mediante el estudio de los conflictos agrarios suscitados por la injusta distribución del territorio, con el fin de contribuir al derecho de acceso a tierras comunes y públicas en el Complejo Cenagoso del Bajo Sinú.

METODOLOGÍA

Se utilizó una metodología analítica, teniendo como partida disposiciones de la época colonial que regulaban la relación de la tierra con los sujetos y de cómo esta permitía una determinada forma de organización.

Se realizó un análisis del marco jurídico agrario extendiéndose hasta los fenómenos post – colonial y la adopción del modelo de Estado liberal burgués y reforma de 1936. El análisis permitió establecer la relación existente entre el sistema jurídico, sujetos destinatarios y el espacio, estableciendo unas capas superpuestas para privilegiar la relación existente entre la espacialidad y el derecho, de acuerdo a la metodología propuesta por Boaventura de Sousa (1991).

Se incorporaron elementos interrelacionados y visiones múltiples desde los distintos sujetos que se relacionan en el territorio, a través del cual se permite entender la eficacia desde una óptica interrelacionada entre espacio-derecho-sujetos sociales, donde se materializa la propiedad, las maneras y prácticas identitarias aplicadas en la zona de estudio seleccionada.

El estudio de caso se realizó en el Complejo Cenagoso del Bajo Sinú – CCBS, el cual se encuentra ubicado al norte del departamento de Córdoba (Col.), en la parte baja de la cuenca hidrográfica del río Sinú, subregiones Bajo y Medio Sinú, sobre la margen derecha del río, entre las coordenadas 1.440.000 a 1.527.000 N y 800.000 a 855.000 E. El área de influencia comprende los municipios de Lorica, Purísima, Momil, Chima, Ciénaga de Oro y Cotorra, con un área de 38.843 hectáreas + 2000 m2 de acuerdo al levantamiento topográfico N° 274-603 del INCORA el 17 de julio de 1979 (Alarcón, Herrera, Villera, Méndez y Cuadrado, 2019).

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Hitos de la normatividad agraria y su eficacia en el tiempo.

Con respecto a la eficacia normativa relativa a la propiedad sobre la tierra, se hace necesario indicar la existencia de cuatro hitos trascendentales; i) Repartimiento de tierras y expectativa de dominio por medio de las capitulaciones en la época de la colonización; ii) De otro lado, en la fase de asentamiento y consolidación de la colonización se establecieron disipaciones para refrenar la acumulación de tierras en virtud de las capitulaciones y robustecer el sistema normativo agrario; iii) El proceso de reforma agraria inicio con la cédula del pardo de 1951; iv) Dispuso la forma de acceso a la tierra, acreditación de la propiedad, limitación y procedimiento para el aumento de la extensión contenida en el título.

El sistema jurídico mantuvo el régimen agrario y coexistencia de la hacienda, el resguardo, los baldíos y los ejidos con inclinación hacia el humanismo, aspecto retomado en la Recopilación de leyes de los reinos de las indias y cédula de San Ildefonso de 1780 que incorpora el sentido social y económico sobre la tierra.

Es necesario aclarar que, la existencia de un régimen jurídico destinado a organizar y clarificar el asunto relativo a la tierra y su clasificación no fue estable, sufriendo adecuaciones y transformaciones de acuerdo a la visión organizativa y aparición de las instituciones jurídicas producto de la ilustración. Pasando de un sistema jurídico para acceso a la tierra con sentido social y comunal, a otro de carácter individualista sustentado, según Mercado (2015), en las características relevantes del Estado liberal de derecho como el individualismo y la no intervención del Estado en el plano socioeconómico.

Esta trasformación y constitución de la propiedad no implico la desaparición de los bienes públicos y el sentido del Estado para asignar baldíos, puesto este tipo de bienes era un activo importante con el cual se sufragaban gastos. En este sentido en vigencia de la Constitución de 1863, se expide la ley 48 (1882) que tenía como finalidad establecer el cultivo de tierras baldías para adquirir su propiedad. Conviene subrayar, que en vigencia de la constitución de 1863.

No obstante, la expedición de la Ley 57 de 1887 coincide con la transformación de Estado federado a República unitaria (en el marco de la Constitución de 1886) y como consecuencia de ello, se adoptó y unificó el sistema jurídico, regulando el asunto de los bienes y su dominio (artículo 669) y los baldíos (artículo 674 y ss). Esta condición, según Pimiento (2015), instauró un cuerpo normativo con una clasificación binaria de los bienes, catalogándolos como públicos o privados.

Esta serie de cambios y reconfiguración del sistema normativo de acceso a la tierra como bien de uso público, tuvo en la etapa republicana un giro significativo frente a la propiedad como institución jurídica y frente a la necesidad de dar acceso a las tierras para garantizar el trabajo de quienes tradicionalmente han tenido un vínculo con ella.

De otro lado, dio dinamismo a la propiedad, incorporándole el sentido social que implicaba una redefinición de la forma organizativa y el fortalecimiento del marco jurídico agrario que, según Mercado (2015), "una vez entrado el siglo xx surgió en Colombia una tendencia que pregonaba por la transformación del Estado: intervencionismo de Estado, propiedad con función social" (p. 24).

Esta idealización se incorporó al instrumento de gobierno de 1886 a través del Acto Legislativo 01 del mismo año, que retomó las aspiraciones del derecho indiano relativo al aspecto humanista y libre acceso a bienes necesarios para la subsistencia de la colectividad asentada en un determinado territorio.

Ahora bien, es pertinente aclarar que, la existencia de un sistema jurídico producido por un órgano legitimado para ello, no garantiza el cumplimiento cabal e irrestricto de las disposiciones destinadas a regular el acceso a las tierras, puesto que no tiene en cuenta las realidades propias de los actores sociales y su relación con el territorio, como aspecto determinante para producir normas con capacidad no coercitiva, que podrá ser desentendida porque sus destinatarios no se encuentran representados y, por lo contrario, si excluidos.

En este sentido, se evidencia un sistema social fundamentado y soportado bajo un subsistema económico y de poder unidireccional excluyente, puesto que no ha reconocido la concepción de la propiedad como función social en las relaciones instituidas por el marco jurídico agrario que retomó ciertas idealizaciones del derecho indiano a partir de las reformas de 1936 y que fue reafirmado por el constituyente de 1991 al ratificar el sentido social de la propiedad.

Por otra parte, no reconocen las distintas miradas y relaciones que surgen entre quien explota la tierra y se identifica cultural, sociológica y tradicionalmente con ella y de cómo el marco regulatorio debe incluir estas miradas desde el espacio. En este sentido, Boaventura (1991) afirma que "la vida sociojurídica está constituida, en la práctica, por diferentes espacios jurídicos que operan simultáneamente y en escalas diferentes." (p.13).

Esta ausencia de eficacia sociológica y de relación con el espacio, impide que el marco jurídico agrario pase de un escenario formal a uno material y, como consecuencia, no se configuren garantías estatales. El Estado ha renunciado a su deber, cediéndoselo a un subsistema económico y de mercado, representado en industrias agrarias nacionales y trasnacionales. Así, la función orgánica estatal se diluye, a lo que llamaríamos fenómeno pos-empresa colonizadora global.

Conflicto agrario producto de la de la ineficacia normativa en materia agraria

Para el caso del CCBS, los altibajos y sistemas coloniales heredados e incorporados por el Estado, no corresponden a un ejercicio de reconocimiento reciproco entre todos los actores sociales que ven la tierra, no solamente como medio de producción sino como la manera en que pueden lograr realizarse como individuos en una colectividad, pudiendo mantener sus aspectos identitarios característicos.

La proliferación normativa agraria en el país, da muestra de un interés organizativo para generar condiciones igualitarias frente al acceso a la tierra, sin embargo, los resultados observados en esta investigación, permiten sugerir que solo se ha quedado en meras aspiraciones, sin eficacia, lo que ha generado conflictos agrarios en el territorio entre grupos sociales con diversos intereses y propósitos.

No obstante, dicha afirmación no significa la existencia de un sistema social o sociedad disfuncional o sin rumbo (Coser Lewis, 1967); todo lo contrario, es un sistema social donde sus integrantes tienen la capacidad de adaptarse a las dinámicas y necesidades que se presentan a través del tiempo, por la aparición y consolidación de grupos sociales o de poder que reclaman espacios de reconocimiento y el ejercicio de derechos que les corresponden.

Ante la ausencia de garantías de acceso a las tierras del CCBS, campesinos asentados por más 38 años, carentes de reconocimiento, han sido excluidos e impuesto una visión, forma de vida y costumbres que no los representa y, por otro lado, se les ha tenido en una incertidumbre dado que, si bien se han establecido formas de acceso a los bienes públicos, estas normas carecen de fuerza material, adecuación a la realidad, incorporación de una idealización. Un aspecto contradictorio es que, desde la época colonial se han establecido toda clase de políticas y sistema normativo para la liberación de la tierra y dar acceso a los más necesitados, pero los resultados, según Restrepo (2018) comenta que : "aunque el objetivo era que los vecinos pobres se beneficiaran con dicha política, fueron los grandes propietarios quienes quedaron con la mayor parte de las tierras, […], por lo general eran las que tenían mejores condiciones para el cultivo" (p.61).

En términos generales, vemos cómo el conflicto agrario se convierte en el medio para reestructurar un sistema cerrado, unidireccional, ineficaz e incapaz para adaptarse a las dinámicas y evoluciones de instituciones jurídicas como la propiedad, para que logre una aceptación universal de derechos y deberes.

Reconstrucción de la propiedad como institución jurídica fundante del Estado moderno

La propiedad, como institución jurídica, al igual que la libertad es preponderante para la noción de Estado moderno. Conceptualmente, se ha llegado al punto de afirmar que estos dos principios son los precursores del Estado moderno liberal y, desde allí, se han establecido las distintas transformaciones de este modelo de Estado y su relación con los asociados.

Ahora bien, es preciso indicar que, la propiedad se convirtió en la base de las relaciones sociales entre los individuos que integran determinado sistema social, revistiendo de autonomía política a los subsistemas que componen el mundo de la vida, considerados por Habermas (2005) como la economía, el derecho, la política, el aspecto religioso, entre otros, siendo cada uno de estos autónomos en las maneras en que se regulan ciertos hechos sociales con aspiración universal y capacidad coercitiva.

En ese sentido, la propiedad como principio fundante del Estado, permitió el consenso entre ciertos sujetos sociales, para reconocerse de manera recíproca derechos y libertades y, de esta manera, establecer reglas de orden universales aceptadas ampliamente entre quienes representan ideales y visiones similares. La ineficacia del sistema de legislación agraria no está representa a la totalidad de actores sociales y, como consecuencia, se impone un sistema regulatorio de conducta del sistema social carente de aceptación recíproca, en la cual prima una forma de propiedad rígida que impide una adecuación dinámica a las relaciones de los sujetos agrarios, por la ausencia de consenso en el escenario público.

No obstante, este reconocimiento reciproco se abstenía y su ejercicio se daba entre sujetos agrarios con interés e ideales iguales, excluyendo a otros actores que venían siendo exceptuados desde el sistema organizativo colonial y que, en el Estado moderno, no fueron tenidos en cuenta para la creación de un sistema agrario que lograra ser aceptado ampliamente y sometido a unas reglas de consenso que garantizaran su eficacia. Por tanto, Moreso (2021) sostiene que, "ese consenso es algo que solamente podemos obtener restringiendo aquellos argumentos que pueden introducirse en el foro público, porque sólo ellos responden al requisito de la reciprocidad. Y aquí es donde aparece la doctrina de la razón pública" (p. 57), en la que se configura un escenario donde se sujetan los integrantes de un determinado sistema social a la reciprocidad para el reconocimiento de derechos y obligaciones en el asunto de la relación del hombre con la tierra desde visiones diferentes, sin que esto implique una imposición de una concepción de lo bueno o lo malo. Para una parte de los interesados en el asunto de la tierra, es vista como medio de producción y generación de riqueza y para otra parte, como los colonos, la relación con la tierra tiene un fin en sí mismo consistente en la subsistencia material como sujeto integrante de un sistema organizativo.

Es así que, en el ejercicio de la razón pública, se garantiza un sistema legal agrario funcional y eficaz, dado que el Estado bajo este precepto producirá unas normas de carácter universal y aceptación irrefutable, por el alto contenido moral que emana del sistema legal, no desconocido para los destinatarios.

Sin embargo, el procedimiento realizado por parte del Estado para regular el asunto de la tierra posee una débil estructura que impide responder adecuadamente y determinar acciones concretas para garantizar el cumplimiento de las normas. La ausencia del ejercicio de la razón pública que trae como consecuencia la inexistencia de una aceptación universal generada por la exclusión de campesinos en el proceso deliberativo para el reconocimiento reciproco de derechos y obligaciones, causando la imposición de reglas, en materia de acceso de la tierra, establecidas por un sector minoritario capaz de incidir políticamente, en la economía y con tendencia liberal-burgués, considerado un grupo con una visón inflexible sobre la propiedad.

Ahora bien, para lograr una reconstrucción del derecho, se deben incluir nuevos actores sociales y de esta manera propiciar las bases para redefinir la propiedad, en el entendido de que se debe incluir la categorización de los "Derechos fundamentales que resultan del desarrollo

y configuración políticamente autónomos del derecho al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción" (Habermas, 2005, p. 188). Lo anterior, en correspondencia con el modelo de Estado fundado bajo el principio de libertad y de la propiedad, frente al cual se pone en tensión la concepción de la institución jurídica de la propiedad y a su vez se excluye el principio de reciprocidad, en el ejercicio de la razón pública como aceptación voluntaria, consiente y moralmente aceptada para la toma de decisiones de interés.

Lo anterior, en aras de propiciar una aceptación general de la institución jurídica de la propiedad, toda vez que, sin esto se imposibilita la redefinición de esta institución en un espacio determinado. Todo ello debido a que, dicha institución ha propiciado el debilitamiento del Estado frente a cómo implementar garantías funcionales para garantizar a sujetos, distintos derechos, cooptación del sistema económico y eliminación progresiva de los bienes públicos y comunes necesarios para la supervivencia en condiciones materiales para aquellos sujetos sociales en situaciones de exclusión, por carecer de iguales condiciones y garantías.

Es por ello, que la reconstrucción de la propiedad como institución jurídica, implica la realización de un proceso deliberativo en donde converjan los campesinos, para que se pueda entregar autonomía política y se construya un escenario donde se dé un reconocimiento reciproco con relación al contenido, alcance y disposición de la institución de la propiedad. En consecuencia, se abrirá paso hacia la superación de imposiciones unidireccionales, establecidas por un único actor, lo que se deriva en la renuencia frente a su aceptación universal y por ende se sujeta a la argumentación que produjera una aceptación de todos, excluyendo razones no sometidas a la deliberación.

CONCLUSIÓN

En materia de legislación agraria se ha incurrido en un exceso de construcción dogmática sobre el asunto de la propiedad, dejando de lado el aspecto de la obligación institucional del Estado para cumplir con las aspiraciones constitucionales y legales relativas al acceso de bienes de uso público. Este fenómeno se ha presentado y heredado desde la época colonial; muestra de ello, es el nutrido marco jurídico en materia agraria a lo largo de la historia del país.

Es claro que el asunto de la tierra frente a la concentración en pocas manos y la regla de acceso contiene un ideal significativo, pero es carente en cuanto a su eficacia por la rigidez de la propiedad, sumado a la transición exagerada del sistema legal agrario sometido a lo que en las ciencias exactas es denominado como ensayo y error que ha demostrado no ser conveniente, puesto que son mayores los atrasos e inconvenientes que genera; muestra de ello es que la tierra luego de 200 años de historia republicana sigue presentando problemas frente a su acceso, ineficacia normativa agraria, ausencia de claridad sobre el régimen aplicable, lo que ha causado la reducción excapítulol de un grupo social (campesinos, pueblos originarios, entre otros).

La ineficacia de la norma agraria y sus instituciones no posee fuerza material, dado que se

han establecido subcategorías agrarias: los que poseen gran capacidad económica que desestabilizan la acción del Estado – fenómeno presente desde la época colonial y acrecentado en la república - y los sujetos agrarios denominados campesinos carentes de capacidad económica y sin injerencia en los escenarios de poder, sin poder sugerir una visión distinta sobre la relación hombre-tierra-territorio como eje funcional de la legislación agraria.

REFERENCIAS

De Sousa-Santos, B. (1991). *Una cartografía simbólica de las representaciones sociales Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho.* Recuperado de:http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Cartografia_simbolica_NuevaSociedad.PDF

Coser, L. (1961). *Las funciones del conflicto social.* México. Primera edición en español, Fondo de Cultura Económica.

Habermas, J. (2005). *Facticidad y Validez.* Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid. Editorial Trotta, S.A.

Mercado, A. (2015). *La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia: el sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Recuperado de: https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/la-influencia-de-leon-duguit.pdf

Moreso, J. (2021). Rawls, *el Derecho y el hecho del pluralismo.* Anales de la Cátedra Francisco Suárez 55, pp. 49-74. Recuperado de: https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/15467/15780

Pimiento, J. (2015). *Derecho Administrativo de Bienes: Los bienes públicos.* Historia, clasificación, régimen jurídico. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Restrepo, M. (2018). *Efectos del Reformismo borbónico en el Virreinato del Nuevo Reino de Granada.* Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario / Universidad Pontificia Bolivariana.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA ¿UN MARCO CONSTITUCIONAL COMÚN O UN ESTADO GARANTISTA?

Jesús Gustavo Angarita García[8]
Moisés David Laguado García
Angeli Valentina Maldonado Galvis

RESUMEN

El objetivo de esta investigación es determinar si el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia, cumple su función o simplemente es un marco Constitucional común; entendiendo este como lo expresa el teórico Vila Casado, donde el Estado se convierte en un administrador que tiene responsabilidades en los campos de la salud, la educación, la recreación, la cultura, la actividad económica en todas sus facetas, la investigación científica; todo ello, sin descuidar sus funciones tradicionales: administración de justicia, manejo del orden público, relaciones internacionales (Vila, 2020). Es una investigación cualitativa cuenta con un análisis documental y jurisprudencial de múltiples fuentes oficiales y autores de la doctrina jurídica.

Lo que da como resultado que el Estado colombiano en garantía de que se lleve a cabo el art 1 de la Constitución Política, crea la Corte Constitucional, con el fin de proteger y velar por el cumplimiento integral de la carta magna; adicional le da una mayor importancia a los jueces dándoles la responsabilidad de que en el caso que se presente un vacío en la norma puedan subsanarlo, sin entrometerse en la rama legislativa; y al pueblo, le da un mecanismo de protección, la acción tutela, como último recurso cuando se le vulnere un derecho fundamental.

PALABRAS CLAVES: Colombia, Corte Constitucional, Dignidad Humana, Estado Social de Derecho, Tutela.

ABSTRACT

The objective of this research is to determine if the concept of the Social State of Law in Colombia fulfills its function or is simply a common Constitutional framework; understanding this as expressed by the theorist Vila , where the State becomes an administrator who has responsibilities in the fields of health, education, recreation, culture, economic activity in all its facets, scientific research; all this, without neglecting its traditional functions: administration of justice, management of public order, international relations (Vila , 2020). It is a qualitative

8 Gustavo Angarita García – Moisés Laguado García – Angeli Valentina Maldonado
Estudiantes tercer semestre derecho – universidad Simón Bolívar sede Cúcuta – Semillero derecho constitucional

investigation; It has a documentary and jurisprudential analysis of multiple official sources and authors of legal doctrine.

The result is that the Colombian State, in guarantee that article 1 of the Political Constitution is carried out, creates the Constitutional Court, in order to protect and ensure full compliance with the Magna Carta; Additionally, it gives greater importance to the judges, giving them the responsibility that in the event that there is a gap in the norm, they can correct it, without meddling in the legislative branch; and to the people, it gives a protection mechanism, the guardianship action, as a last resort when a fundamental right is violated.

KEY WORDS: Colombia, Constitutional Court, Guardianship, Human Dignity, Social State of Law

Objetivos generales

Analizar cuan eficaz es el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia con relación al cumplimiento de los derechos prestacionales de un Estado garantista.

Objetivos Específicos

- Examinar el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia desde la Constitución Política de 1991.
- Analizar la eficacia del concepto y principio de Estado Social de Derecho en Colombia
- Exponer cifras sobre el empleo de la acción tutela en el país.

INTRODUCCIÓN

Colombia es un estado social de derecho, demócrata, pluralista, unitario descentralizado y participativo, así es como se llega a definir en la constitución de 1991 en su primer artículo. Aflora entonces una duda para la mayor parte de la población colombiana, ¿Es nuestro territorio, un Estado Social de Derecho?

Antes de consolidarse el Estado Social de Derecho, predominaba en los países europeos la idea de un Estado de Derecho donde se garantizarán los derechos fundamentales, el equilibrio de poder y la prevalencia de la ley, Elías Díaz lo define como "El Estado sometido al derecho; es decir, el estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El estado de derecho consiste así fundamentalmente en el imperio de la ley" (Díaz, 1998 pág. 29).

Con el fin de la primera guerra mundial y con el surgimiento de una nueva noción política alemana, el sozialstaat y el sozialrechtsstaat en 1919 con el surgimiento de la república de Weimar, se empieza a moldear este nuevo concepto el cual se utilizaría por primera vez en 1930 por el jurista y politólogo Hermann Heller en Alemania. (Lopez, 2010)

Se trata de un modelo estatal que interviene directamente en la sociedad, en procura de asistencia social y redistribución de la riqueza para mitigar la desigualdad social que hace inoperantes las garantías del estado de derecho, que busca poner en primer lugar al hombre y no a las leyes, la idea de lo "humano" invade este nuevo concepto, la persona goza de especial atención y protección constitucional.

Dentro de este recorrido histórico, se aborda en el panorama colombiano desde 1991 con la implementación del concepto de Estado social de Derecho en la nueva constitución, puesto que esta idea forma un principio originario e importante para la carta magna, generando que el país tuviera una considerable modificación jurídica que garantizará el cumplimiento expreso de este.

Se analiza el protagonismo adquirido por la Corte Constitucional buscando asegurar la protección de los derechos fundamentales de los colombianos establecidos en esta nueva constitución, y como la Corte ha adquirido un papel protagonista como protectora de estos.

Sí se observa, la dignidad humana debe estar por encima de todo, los derechos fundamentales son el punto de arranque del Estado; pero la realidad en Colombia es otra, prima el derecho adjetivo sobre el derecho sustancial, solo lo que está contenido en la normal es lo que se debe cumplir, olvidando la esencia del Estado Social de Derecho.

Esta es una realidad preocupante, por ello, se propone el análisis de la efectividad del Estado Social de Derecho, si es solo letra en la carta magna o es un verdadero estandarte progresivo del derecho moderno, que busca principalmente la dignificación humana, sin importar credo, raza, sexo o inclinación sexual, solo la protección efectiva del ciudadano colombiano.

Lo anterior, lleva a una contradicción, por un lado, la parte dogmática de la constitución que deja en el centro el concepto del Estado Social de Derecho y la realidad en las instituciones del país es otra, acumulando cientos de tutelas al día (1797 tutelas por día). (El tiempo, 2019)

En ese orden de ideas surge la pregunta problematizadora ¿Cuán eficaz es el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia con relación al cumplimiento de los derechos prestacionales?, esto debido al constante uso de la tutela, sobre todo en los últimos 7 años. Finalmente, a partir de los resultados obtenidos de esta investigación, obtener un complemento teórico para fundamentar otras investigaciones que se basen en el Estado Social de Derecho.

METODOLOGÍA

El presente estudio se abordó desde la reflexión académica, desarrollada como una investigación cualitativa en donde se relacionan datos e interpretaciones estadísticas en documentos obtenidos de la Corte Constitucional, las cuales toman fuerza en el momento de ponderarlas con los resultados del análisis documental de múltiples fuentes oficiales y autores de la doctrina jurídica.

Este trabajo se desarrolló con fundamento en el método hermenéutico desde el desarrollo del análisis documental y análisis jurisprudencial, teniendo fundamento en los datos estadísticos de la Corte Constitucional con relación al uso de la acción constitucional de tutela en Colombia desde el año 1992 al año 2021

La técnica de recolección de datos se centró en el análisis documental, a través de la información que se encuentra en las instituciones públicas, informes académicos, estudios y artículos académicos con relación al Estado Social de Derecho

Como instrumentos se utilizaron matrices y las que se emplearon fueron la matriz de análisis documental y la matriz de análisis jurisprudencial

Los informantes claves están conformados por los datos estadísticos cargados en la página web de la Corte Constitucional con relación al uso de la acción constitucional de tutela como mecanismo de defensa de derechos fundamentales en Colombia.

DISCUSIÓN Y RESULTADOS

Para comenzar a hablar sobre Estado Social de Derecho, en primer lugar, se debe tener en cuenta el origen y contexto social donde será situado, por eso, es necesario retroceder en el tiempo, exactamente a finales del siglo XIX en Alemania quien para ese entonces atravesaba un proceso de crecimiento demográfico a causa de la industrialización obtuvo un masivo crecimiento en el proletariado urbano, el cual estaba conformado por obreros industriales que más tarde conformaron una nueva clase social.

Con el surgimiento del aludido proletariado surgen movimientos sociales que buscan la protección de ciertos derechos de este sector, los cuales posteriormente pasarían a conformar el partido social demócrata alemán. De acuerdo con (Abreu, 2009) “el producto de la idea socialdemócrata residía en que el desarrollo integral del ser humano reclama que la comunidad organizada y el Estado, actúen positivamente a fin de crear, las condiciones necesarias para el goce eficaz de estos derechos”

Posterior a la primera guerra mundial, Europa presentó una recesión económica que afectó notablemente a los ciudadanos, por esto el partido socialdemócrata surge como una alternativa que ganó fuerza y apoyo de la mayoría en la Asamblea Constituyente de 1919. (Lopez, 2010 Pág 236)

En consecuencia, la Constitución de Weimar era de índole social porque tenía 57 artículos que buscaban la protección de los derechos fundamentales por parte del Estado quien pretendía implementar un desarrollo en el constitucionalismo social “esto era apenas un esbozo de lo que después habría de ser el Estado Social de Derecho, que además ha recibido otras denominaciones como la de Estado de bienestar (Welfare State) o Estado neocapitalista” (Villar, 2007 Pág. 82-83)

En 1930, el jurista alemán Hermann Heller individualizó está teoría al aludir la transición de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, donde el primero trataba de limitar el poder para no atentar directamente en los derechos y libertades de los ciudadanos; mientras que el segundo acogía la limitación del poder pero enfatizaba que el Estado tenía la obligatoriedad en el efectivo cumplimiento de ciertas obligaciones con la sociedad, es decir, la participación de está en los diversos asuntos democráticos.

Según García-Pelayo (1995) Heller afirma que la solución no estaba en renunciar al Estado de Derecho sino en dar a éste un contenido económico y social. (Pág. 17)

Esta idea de Estado Social de Derecho fue invadiendo el mundo empezando por Europa, La Constitución de Weimar influyó en Colombia desde 1936, exactamente en la reforma constitucional por la necesidad que se presentaba en dirección a que el Estado hiciera parte de la sociedad, como se debatió en las plenarias de la asamblea constitucional y lo manifestó el constituyente Prieto: " Ya no se trata solamente de garantizar los abusos del poder público, ya no se trata de garantizar los derechos del individuo, sino que ha aparecido un concepto nuevo y es el de garantizar los derechos sociales dentro de la Carta Fundamental" (1936)

Los constituyentes colombianos acogieron los nuevos ordenamientos que se estaban presentando en Alemania, tanto a nivel constitucional como legal, los cuales se orientaban a la protección de los derechos fundamentales.

Este concepto persistió modificando la constitución colombiana hasta llegar a 1991 donde con la nueva Carta magna adquirió el concepto de Estado Social de Derecho incluyéndola en la parte dogmática de la misma, tal como se consagraba en el artículo 1° de la Constitución Política.

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Constitución, 1991).

El Estado Social de Derecho, ligado a los derechos sociales, como lo plantea el sociólogo Wilensky citado por la Corte Constitucional en la sentencia T - 406 del 1992 debe garantizar "estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad" (párrafo 20).

En este punto con el Estado Social de Derecho ya implantado constitucionalmente en Colombia, el papel de la Corte constitucional adquirió mayor relevancia como garante de los deberes del Estado en la defensa de los derechos fundamentales. El juez adquiere mayor trascendencia en su relación con el legislador y el ejecutivo, debido al nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta.

Según el autor Vila (2020) "el Estado Social de Derecho se construye día tras día, la construcción es permanente y cuenta con herramientas para ello, porque se trata de un principio constitucional y como tal, tiene carácter normativo, eficacia jurídica" (pág. 327).

Para evitar tratar al hombre como medio, el núcleo esencial del Estado es la promoción del libre desarrollo de la personalidad, que supone la armonía del individuo en el seno de la sociedad, bajo la tutela de un Estado protector de la dimensión trascendente de la persona humana. (Mesa, 2010 Pág. 57)

El ser humano es el eje fundamental del Estado Social de Derecho, el fin de este es garantizar una vida digna para todos y cada uno de los integrantes de la sociedad sin ningún tipo de distinción o preferencia. Es desde la vida del hombre en sociedad que se fundamentan los fines esenciales del Estado, los cuales se estructuran para garantizar y proteger derechos fundamentales y sociales en búsqueda del bien común, es este el norte a donde se encuentra direccionado la finalidad de este.

Un verdadero Estado Social de Derecho no se encuentra en el hecho de que normas constitucionales y legales lo consagren, sino en que estos principios sustantivos sean efectivamente garantizados por las autoridades y vividos por todas las personas. Hacia esta deben encaminarse todos los esfuerzos de gobernantes y gobernados, de suerte que, en un futuro, ojalá no lejano, la definición que de Colombia da el artículo 1° de la carta Política, no sea una simple formula retórica sino una realidad. (Mesa, N. V. 2010 Pág. 61). "El Estado Social de Derecho supone, además, la garantía material de los derechos y libertades; que el Estado Social de Derecho entraña una fórmula de compromiso entre la defensa de las libertades tradicionales de corte individual y las exigencias de la justicia social". (Pérez, pág. 226)

El profesor García-Pelayo (1995) sostiene que "el Estado Social de Derecho representa históricamente el intento de adaptación del Estado liberal burgués a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos" (pág. 18).

El Estado Social de Derecho no se limita a garantizar el llamado mínimo vital, con lo que sus beneficios estarían reducidos a los sectores más pobres y necesitados de la sociedad. Se dirige, por el contrario, a metas de mayor cobertura social, como la cultura, la recreación, la educación, la protección del medio ambiente, la participación ciudadana, en conclusión, a responsabilizar al Estado por la creación de condiciones que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo. (Vila, 2020. Pag. 649)

En la sentencia T-406 de 1992, los magistrados plantean lo que este nuevo término "social" incluido en el anteriormente acuñado "Estado de Derecho" significa y todos los alcances de este nuevo Estado Social de Derecho y la responsabilidad de la rama judicial de llenar los vacíos que deja la rama legislativa, sin que ello signifique una intromisión en el terreno de la otra rama, "con este nuevo modelo de Estado los jueces están obligados a garantizar la protección de los derechos fundamentales de todos los asociados". En la Sentencia T-406 de 1992 (Corte Constitucional, M.P.: Ciro Angarita Baron)

Como lo ha expuesto la Corte Constitucional la acepción Estado de Derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, esto significa que se ciñe al Dere-

cho; que la norma jurídica fundamental es la constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de esta última; por tal situación, se debe hablar entonces de Estado Constitucional de Derecho. En la Sentencia SU-748 de 1998 (Corte Constitucional, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz)

En Colombia el Estado Social de Derecho debe garantizar no solo los derechos fundamentales sino todos los derechos que de una u otra manera se relacionen con ellos y como esa protección garantizan que los ciudadanos tengan una vida digna.

Resulta sumamente relevante traer a colación lo que manifiesta la corte de manera muy acertada en 1992, sobre los elementos esenciales que identifican el Estado colombiano a partir de 1991:

El constituyente colombiano manifiesta que el Estado social de Derecho, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales.

(...)El sistema económico en el Estado social de Derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social. Sentencia T-533 de 1992 (Corte Constitucional, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz)

El Estado dentro del marco del Estado social de Derecho, amplía su responsabilidad como aparato estatal, ya que ahora no solo se limita a las funciones policivas que caracterizaron el Estado liberal individualista, sino que asume unas nuevas y variadas funciones como responsable del manejo de la economía. (Vila , 2020)

El Estado se convierte en gestor, en administrador, en gerente. Tiene responsabilidades en el campo de la educación, la salud, la recreación, la cultura, la actividad económica en todas sus facetas, la investigación científica; todo ello, sin descuidar las funciones tradicionales: administración de justicia, manejo del orden público, relaciones internacionales. (Vila, 2020, Pág. 654)

Uno de los principales problemas que afronta el Estado Social de Derecho es de legitimidad, esta entendida como la base esencial e indispensable de la autoridad política.

Para Max Weber, citado por Álvarez (1994) “la supervivencia de todo sistema de acción social estructurado sobre la base de relaciones de poder y obediencia depende de su capacidad para establecer y cultivar la creencia extendida y generalizada sobre su bondad y sentido, ya que tras el concepto de legitimidad no hay, fundamentalmente, condiciones, sino más bien creencias”.

De igual manera se presenta otro problema y es de tipo macroeconómico, ya que para mantener la estructura social que requiere un Estado Social de Derecho exige una gran cantidad

de recursos fiscales y requiere de buenas estrategias para conseguirlos. Esto hace que el gobierno se convierta en un actor más en el entramado socioeconómico del país, ya que es el encargado de garantizar una buena política fiscal, para poder garantizar que todos los ciudadanos tengan acceso al pleno uso de sus derechos fundamentales.

Es así como el Estado Social de Derecho presenta un elemento fundamental para garantizar a los colombianos el ejercicio de todos sus derechos, conocido como el mecanismo de "la tutela". Es en este mecanismo de defensa el cual permite realizar una revisión estricta con base al cumplimiento de lo establecido en el artículo 1, de la constitución de 1991, "Colombia es un Estado Social de Derecho", pero a través de los diferentes mecanismos judiciales se evidencia que no todos los colombianos tienen acceso al disfrute de todos sus derechos fundamentales y que no viven en condiciones dignas.

La tutela se encuentra consagrada en el Art. 86 de la constitución política de Colombia, y la corte la define de la siguiente manera:

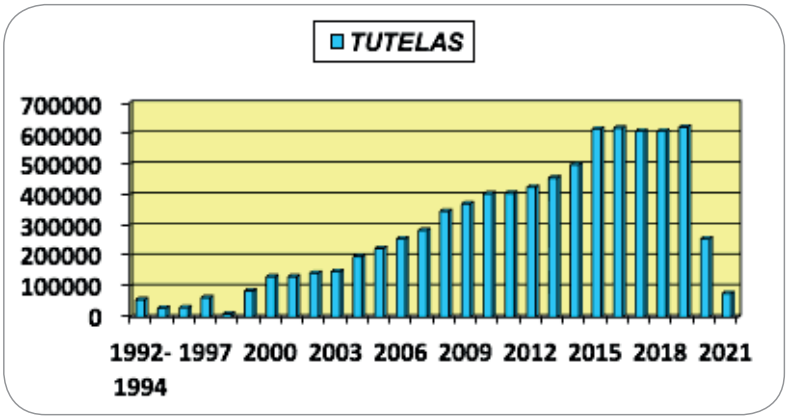
La acción de tutela tiene por objeto la protección cierta y efectiva de los derechos constitucionales fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados, lo cual explica la necesidad del pronunciamiento del Juez lo cual constituye la razón de ser de la solicitud que ante la autoridad judicial dirige la persona que se considera afectada. Sentencia T-572 de 1992 (Corte Constitucional, M.P.: Jaime Sanin Greiffenstein)

La tutela garantiza los derechos para todas las personas sin importar su estrato socioeconómico, sexo, inclinación política, religión.

Desde que la corte entro en funcionamiento se han instaurado más de 8.000.000 de tutelas, siendo el 2019 el año con más tutelas, 620.242 (Corte Constitucional, 2021) Los derechos que más se buscaron garantizar por medio la tutela fueron en primer lugar derechos de petición con cerca del 35%, en segundo lugar, el derecho a la salud con cerca del 30% y en tercer lugar el derecho al debido proceso con un 11%. (El tiempo, 2019)

Gráfico 1. Evolución histórica de presentación de acciones de tutela ante la Corte Constitucional

Fuente: Web Corte Constitucional



Según las cifras del 2019, en Colombia la tutela se utilizó casi 1800 veces por día, es decir más 70 por hora. Lo que ha ocasionado una fuerte congestión en el sistema judicial, ya que esta que debe ser el último recurso para garantizar un derecho y en muchas ocasiones se usa como la primera opción.

Una de las causas por la congestión del sistema y el sobreuso de la tutela es la crisis en el sistema de salud y dice que la única solución para esto es un cambio estructural en el sistema, que se requieren soluciones de tipo político y administrativo. (Uprimny y Garcia, 2005)

Teniendo como base los datos de la Corte Constitucional podemos analizar que en Colombia en algunas oportunidades no todos los derechos fundamentales son garantizados y es en esos casos donde aparece la Corte a actuar como garante de estos y hacer cumplir al estado o a los privados el cumplimiento de sus obligaciones y satisfacer el derecho tutelado.

El paradigma del Estado social de Derecho y la expedita herramienta de la acción de tutela han creado un inédito ambiente de cercanía entre los sectores populares y la constitución. Ello ha conducido a un mayor compromiso de la comunidad con la juridicidad, la que tiene en la Corte Constitucional a su máxima autoridad y a su primer garante.

CONCLUSIONES

El modelo de Estado social de Derecho y la herramienta de la acción de tutela han creado un ambiente de proximidad entre los sectores populares y la constitución, permitiendo el acceso a la justicia.

Sobre el principio de Estado Social de Derecho se concluye que existe ya que está contemplado en el artículo 1 de la constitución y múltiples sentencias de la corte sobre el mismo, lo que se evidencia es una falta de eficiencia en la rama legislativa en aplicar este principio en todo el ordenamiento jurídico.

Y ha sido la corte la encargada de velar por que este principio se lleve a cabo, y que cuando se denuncia alguna falencia por omisión o por que la legislación no lo contempla entrar a subsanarlo como en el caso del aborto o el matrimonio igualitario y garantizar que este se cumpla en cada uno de los colombianos y de sancionar a quienes lo transgreden.

Vemos que es la Corte Constitucional la que en muchas oportunidades ha velado por el derecho sustancial, que es un pilar en este modelo de Estado solucionado las falencias del sistema, siendo la garante de que en Colombia el Estado Social de Derecho sea una realidad y no un mito.

REFERENCIAS

Abreu, J. C. (2009). *Intereses difusos y medio ambiente un problema jurídico insoslayable. VI congreso Iberoamericano de academias de derecho.* Mexico: Academia mexicana de jurisprudencia y legislación. Disponible en: www.acj.org u.v 24/11/2009

Arraez Calles Moreno, M. A. (2006). *La hermenéutica: una actividad interpretativa.* Sapiens: Revista Universitaria de Investigación, 174.

Constitución. (1991). *Constitución Política de Colombia.* Santa Fe de Bogotá: Congreso de la República.

Corte Constitucional (1992) *Sentencia T - 406 del 05 de Junio de 1992.* MP Ciro Angarita Baron. Bogota, Colombia

Corte Constitucional (1992) *Sentencia T - 533 del 23 de Septiembre de 1992.* M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, Colombia

Corte Constitucional (1992) *Sentencia T - 572 del 26 de Octubre de 1992.* MP Jaime Sanin Greiffenstein. Bogotá, Colombia

Corte Constitucional (1998) *Sentencia SU - 747 del 02 de Diciembre de 1998.* MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogota, Colombia

Corte Constitucional. (2021). https://www.corteconstitucional.gov.co Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php

El tiempo. (06 de Diciembre de 2019). *Cada día del año se han instaurado 1.797 tutelas en el Colombia.* El Tiempo.

García-Pelayo, M. (1995). *Las transformaciones del Estado contemporáneo.* Madrid: Alianza Universidad.

Lopez, J. (2010). *LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR Y LOS DERECHOS SOCIALES* La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social en salud. Prolegómenos Derechos y Valores, 233-243.

Mesa, N. V. (2010). *Toria Constitucional e Instituciones Juridicas* (undecima Edicion). Bogotá: Temis S.A.

Pérez Luño. (s.f.). *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución.* Pág. 226

Planas, P. (1997). *Regímenes políticos contemporáneos.* Lima: Fondo de Cultura Económica.

Prieto, M. (1936). Reforma Constitucional. Santa fe de Bogotá, Colombia: Asamblea Nacional Constituyente.

Uprimny y Garcia, R. U. (12 de Diciembre de 2005). www.dejusticia.org https://www.dejusticia.org/la-reforma-a-la-tutela-ajuste-o-desmonte/

Vila Casado, I. (2020). *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporaneo.* Legis.

Villar, B. L. (2007). *Estado de derecho y Estado social de derecho.* Derecho del estado, Pág. 82.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA Y LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD "EPS"

Juan David Guarín Quiceno[9]
Brandon Steven Uribe Velandia[10]

RESUMEN

La consulta es un mecanismo oficioso en materia procesal laboral y consagrado en el código de Procedimiento Laboral, el cual establece que la consulta existirá en aquellas sentencia de primera y única instancia cuando fueren adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario y dentro de la debida oportunidad no se hubiere apelado la decisión, también serán consultadas la sentencias adversas a la nación o entidades descentralizadas donde la nación tenga calidad de garante, vía jurisprudencial ha tenido una evolución importante en cuanto a su alcance y los sujetos procesales que le aplica este mecanismo. Sin embargo, sigue siendo bastante disyuntivo para los sujetos inmersos en los procesos tanto trabajadores, empleadores y entidades del sistema integrado de seguridad social. El mencionado carácter disyuntivo ha sido materia de debate toda vez que esta figura procesal es aplicable solo a un extremo procesal como lo son los trabajadores en consonancia con la condición de debilidad en la relación laboral y a aquellas entidades adscritas a la nación condenadas lo que en principio denota una aplicación restringida al principio de igualdad procesal y por ende la correcta aplicación del debido proceso. Es correcto inferir que el legislador incluye a la entidades promotoras de salud como integrantes del sistema general de seguridad social por lo que la naturaleza de su creación sus funciones están direccionadas el cumplimiento del servicio público de salud bajo la implementación de equidad, protección integral y otros principios del sistema general de seguridad social, en el presente se aborda una postura crítica desde el punto de vista Constitucional y la contravía de derechos fundamentales que se ven vulnerados en la exclusión de las Entidades Promotoras de Salud en la aplicación de la mencionada figura del Grado Jurisdiccional de consulta dentro del proceso laboral en Colombia.

PALABRAS CLAVE: Mecanismo, igualdad, Entidades Promotoras de Salud, Seguridad Social.

---

9 Estudiante de la Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, miembro activo del semillero de Actualidad Laboral de la misma Universidad.

10 Estudiante de la Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, miembro activo del semillero de Actualidad Laboral de la misma Universidad.

JURISDICTIONAL DEGREE OF CONSULTATION AND HEALTH PROMOTING ENTITIES "EPS"

ABSTRACT

The consultation is an informal mechanism in labor procedural matters and is enshrined in the Code of Labor Procedure, which establishes that the consultation will exist in those sentences of first and only instance when they are adverse to the claims of the worker, member or beneficiary and within the due opportunity the decision has not been appealed, also sentences adverse to the nation or decentralized entities where the nation has the quality of guarantor, via jurisprudence has had an important evolution in terms of its scope and the procedural subjects that apply this mechanism. However, it continues to be quite disjunctive for the parties involved in the proceedings, whether they are workers, employers or entities of the integrated social security system. The mentioned disjunctive character has been a matter of debate since this procedural figure is applicable only to a procedural extreme such as workers in accordance with the condition of weakness in the labor relationship and to those entities attached to the nation condemned, which in principle denotes a restricted application to the principle of procedural equality and therefore the correct application of due process. It is correct to infer that the legislator includes the Health Promoting Entities as members of the general social security system because of the nature of their creation and their functions are directed to the fulfillment of the public health service under the implementation of principles of equity, integral protection and other principles of the general social security system. This paper addresses a critical position from the Constitutional point of view and the contravention of fundamental rights that are violated in the exclusion of the Health Promoting Entities in the application of the aforementioned figure of the Jurisdictional Degree of consultation within the labor process in Colombia.

KEYWORDS: Mechanism, equality, Health Promoting Entities, Social Security.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La consulta es un mecanismo de revisión oficiosa en materia procesal laboral , dicho mecanismo existe en aquellas sentencias de primera y única instancia cuando el resultado del fallo fue adverso a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario y dentro de la debida oportunidad no se hubiere apelado la decisión; también serán consultadas las sentencias adversas a la nación, los departamentos, los municipios o las entidades descentralizadas donde la nación tenga calidad de garante de acuerdo a lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo; el fundamento del porque la nación tiene derecho a la aplicabilidad del grado de consulta es debido a la protección del interés público, para proteger el ordenamiento jurídico y la eficiencia de la función administrativa. (Decreto-Ley 2158 de 1948)

La Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas ocasiones que la consulta no es un autentico recurso, sino un grado jurisdiccional que habilita al superior jerárquico para revisar la legalidad de algunas providencias, por mandato de la ley y sin que medie impugnación por parte del sujeto procesal que se considere agraviado, este grado de jurisdicción creado por la ley con el objetivo de revisar las decisiones de primera instancia que adolecen de algunos yerros que deben ser corregidos, favorece al extremo débil de la relación laboral, así como al estado con la intención de defender el interés público. La vía jurisprudencial a lo largo del tiempo ha tenido una importante evolución en cuanto a su alcance y los sujetos procesales que pueden aplicar este mecanismo. (Sentencia T-389 de 2006)

La consulta se podría considerar como disyuntiva para los sujetos inmersos en los procesos, tanto trabajadores, empleadores y entidades del sistema integrado de seguridad social. Este carácter disyuntivo ha sido materia de debate, toda vez que esta figura procesal solo es aplicable, como se mencionó, a uno solo de los extremos procesales, es decir, a los trabajadores, beneficiarios o afiliados que terminaron agravados por la decisión de la sentencia, esta prioridad se da en razón de consonancia con la condición de debilidad en la relación laboral, además de aquellas entidades adscritas a la nación que resultaron desfavorecidas en el fallo condenatorio, por la protección del interés público, lo que en principio denota una aplicación restringida al principio de igualdad procesal y por ende la correcta aplicación y materialización del debido proceso.

Sobre este aspecto es necesario recalcar la importancia de la igualdad procesal en el desarrollo del proceso, que se constituye como un principio fundamental, este nos habla de que las partes, es decir, quienes concurren de manera voluntaria o por haber sido citadas en forma oficiosa, deben tener las mismas oportunidades procesales para la realización a cavidad de sus garantías en el desarrollo del proceso. Forma parte esencial del debido proceso y su vulneración puede llevar a declarar nula una actuación. (Sentencia C-690 de 2008)

Sin embargo, la Corte Constitucional defiende la postura de permitir el uso del recurso a uno solo de los extremos en relación a la consulta, sosteniendo: *"que aun cuando la consulta tiene un vínculo especial con el debido proceso y el derecho de defensa, este no es de carácter necesario e inescindible, por lo cual su ausencia no acarrea indefectiblemente la vulneración de tales derechos, como tampoco vulnera la Carta el señalamiento de diversos requisitos de procedibilidad y las distintas finalidades con las cuales haya sido instituida la consulta, siempre y cuando respondan a supuestos de hecho disímiles y puedan ser justificados objetivamente"*. (Sentencia T-389 de 2006)

La defensa del uso de la consulta también se remite a la Constitución Política de Colombia, que en su artículo 53 actúa como garante de los derechos mínimos, ciertos, indiscutibles e irrenunciables de los trabajadores, velando especialmente por su protección, especialmente por su condición de debilidad manifiesta en la relación jurídico-laboral, este es el principal fundamento en la aplicabilidad de la consulta cuando la decisión del juez de primera o única

instancia fue totalmente adversa a las pretensiones del trabajador y la misma no ha sido apelada. Para el caso especifico de las sentencias adversas a los intereses de la nación, se debe proteger el interés público, el patrimonio de la nación, puesto que se constituye en patrimonio de los pobladores del país, dineros que deben encontrar su uso en mejoramientos al país, a la infraestructura y la economía. Aun cuando el estado no es el extremo débil de la relación laboral, sus intereses son los intereses del conglomerado.

Se establece entonces que el mecanismo de consulta no es propiamente un medio de impugnación, sino una disposición oficiosa, encaminada a la debida protección de la parte débil de la relación laboral, o los intereses de la nación, especialmente en los procesos de única instancia, donde la corte considera injusto y desigual la falta de un ente que revise las decisiones tramitadas con la sentencia, alegando que es injustificada la privación de los usuarios de la justicia de la garantía de revisión de las decisiones del juez.

Es necesario entrar a establecer lo referido a la igualdad constitucional, que difiere con la mencionada igualdad procesal; la igualdad procesal como se dijo es la que debe evidenciarse entre las partes, solo entre los que intervienen en el proceso, pero la igualdad constitucional cobija a todos los colombianos y residentes en Colombia, es la igualdad constitucional el fundamento de la corte a la hora de justificar el uso del mecanismo de consulta, en el entendido que aquellos trabajadores que por su cuantía pueden acceder a la doble instancia tienen un garante importante que evita cualesquiera vulneración de sus derechos, pero aquellos que por la cuantía solo pueden acceder a la única instancia, o que por error de parte no apelen y no se acceda a la doble instancia, podrían ver vulnerados sus derechos, no contarían con una revisión de la decisión, es por ello que este mecanismo es útil y necesario para el correcto funcionamiento de la justicia y la correcta defensa de los derechos y los intereses generales. (Sentencia C-424 de 2015)

La importancia de la consulta radica específicamente en ello, en el hecho de evitar una vulneración de los derechos de la parte débil de la relación laboral, así como los intereses de la nación, que al ser intereses públicos se constituyen en el patrimonio del conglomerado, en este orden de ideas, los jueces que revisen las decisiones en grado de consulta, estarán facultados para analizar no solo los aspectos formales de la sentencia, sino además todos los aspectos sustanciales de la providencia y del proceso, con la intención de que su análisis sea el apropiado en la protección de los derechos de las partes, se debe tener en cuenta que si el fallo en primera instancia es el proceder correcto, el grado de consulta no surtirá ningún efecto, es decir, este solo procederá cuando considere que la decisión en primera instancia no es correcta o vulnera los derechos de la parte afectada en el fallo, también procederá cuando se desconocen los principios constitucionales durante el tramite del proceso, con el único objetivo de buscar una verdadera justicia material, para tal caso se declarara la nulidad de la actuación para que se rehaga con la observancia de los principios mencionados.

si bien la creación de la única instancia fue con la intención de descongestionar las salas laborales de los tribunales, en la intención de dicho objetivo se restringen derechos importantes,

el mayor fundamento a tener en cuenta es que se protegen a los trabajadores cuyos pleitos representan un alto monto, pero para aquellos que no superan los 20 SMLMV no existen dichas garantías, el grado de consulta no actúa como una segunda instancia pero si permite revisar integralmente la legalidad del fallo con el único propósito de garantizar los derechos de las partes, especialmente de la parte débil y de los intereses del estado. (Sentencia C-153 de 1995)

Finalmente, la consulta en materia laboral es una institución procesal independiente de los recursos propiamente dichos, tanto que puede llegar a afirmarse que representa algo más que un factor de competencia, ya que propende por la realización de objetivos superiores como son la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial.

LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD EPS

Las Entidades Promotoras de Salud EPS, son las encargadas de brindar servicios médicos a la población afiliada, pueden ser privadas o publicas y se encuentran vinculadas al Sistema de Seguridad General Social en Salud SGSSS; al igual que el Sistema de Seguridad Social Integral, se rige por los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

En desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia fue expedida la ley 100 de 1993, que mediante el articulo 177 estableció que las Entidades Promotoras de Salud EPS *"son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud obligatorio a los afiliados…"* (Ley 100 de 1993)

Su principal función es la de garantizar a sus afiliados la prestación oportuna, eficiente y de calidad de los servicios, así como promover la afiliación de grupos no cubiertos en la actualidad por la seguridad social; debe velar por el accedo de los afiliados y sus familiares a los servicios de salud a nivel nacional e instaurar los procedimientos que garanticen el acceso a los servicios, entre otras. Otra función importante es que debe realizar el recaudo y administración de cotizaciones de los contribuyentes y la remisión de los mismos al fondo de solidaridad y compensación, órgano que se encuentra bajo la tutela de la nación.

¿EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA PUEDE APLICARSE EN LAS SENTENCIAS QUE DESFAVORECEN A LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD EPS?

Como se explicó, la consulta es un mecanismo de revisión oficiosa en materia procesal laboral, que se aplica en las sentencias desfavorables para la parte débil en la relación de trabajo cuando no se apela en primera instancia o el proceso es de única instancia, pero también se

aplica cuando se trata de sentencias adversas a la nación, los departamentos, los municipios o las entidades descentralizadas donde la nación tenga calidad de garante de acuerdo a lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, sin embargo, dicho mecanismo no se aplica a las sentencias desfavorables para las Entidades Promotoras de Salud EPS, lo que consideramos se encuentra injustificado, toda vez que las entidades en menciona, administran recursos públicos, como explicaremos a continuación.

El artículo 48 de la Constitución Política, señala que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control de Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

De lo establecido por la Ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud EPS, dentro de sus funciones tienen la de recaudar las cotizaciones de sus afiliados del régimen contributivo, bajo la delegación del FOSYGA, de este modo, los ingresos de las Entidades Promotoras de Salud EPS se dividen en dos cuentas independientes del resto de las rentas y bienes de la entidad, uno que maneja los ingresos del régimen contributivo y uno que maneja los ingresos del régimen subsidiado, de otro lado, el artículo 182 de la Ley 100 de 1993, señala que con cargo de las cotizaciones recaudadas, el Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS reconoce a las Entidades Promotoras de Salud EPS un valor per cápita denominado Unidad de Pago por Capitación UPC por cada uno de sus afiliados. (Ley 100 de 1993)

De este modo, encontramos que la totalidad de los ingresos de las Entidades Promotoras de Salud EPS, que estará constituido por los ingresos provenientes de la Unidad de Pago por Capitación UPC, COPAGOS, las cuotas moderadoras, los recobros no POS y los recobros de ARP-ARL, así como los demás rendimientos financieros, constituyen recursos públicos, por tener naturaleza parafiscal. Los recursos parafiscales, debido a su naturaleza jurídica, no son ingresos de la Nación, pero bien sostiene la jurisprudencia que son recursos públicos propiedad del estado, toda vez que constituyen patrimonios de afectación manejados por organismos autónomos oficiales o privados, garantizando un equilibrio entre los intereses gremiales y estatales.

De este modo las Entidades Promotoras de Salud EPS, al ser administradoras de recursos públicos, deben estar sometidas ante el control y la vigilancia de los órganos de control a cargo del Estado, especialmente sobre su trazabilidad y los procesos de responsabilidad.

Los recursos parafiscales, se constituyen entonces en cuentas especiales que deberán ser administrados por sujetos de derecho que, además, al cumplir una función pública reciben el tratamiento de los servidores públicos, estando bajo el control y vigilancia de la Contraloría General de la República. Por ende, los recursos parafiscales son recursos públicos que le pertenecen al estado, pero solo favorecen al grupo, gremio o sector que los tributa, de esta forma, los usuarios del sistema de salud y los aportes del presupuesto nacional son dineros públicos que las Entidades Promotoras de Salud EPS y el Fondo de Solidaridad y Garantía administran sin que en ningún instante se contundan ni con el patrimonio de las Entidades Promotoras de

Salud EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención del afiliado.

Con esto, tenemos claridad en que parte de los recursos administrados por las Entidades Promotoras de Salud EPS, son recursos públicos, y el velar por su protección debería ser indispensable para el órgano judicial, la utilización del mecanismo de consulta en las sentencias que las desfavorecen podría ayudar a proteger los intereses estatales, esto en base a la igualdad con otros entes estatales que si gozan de dicha protección por el hecho de administrar recursos públicos.

La necesidad de la aplicación del recurso de consulta en las sentencias desfavorables para las Entidades Promotoras de Salud EPS debería basarse en el manejo que tienen los recursos administrados por las mismas, el postulado que defiende que el mecanismo de consulta puede aplicar en sentencias que desfavorecen a la nación, los departamentos, los municipios o las entidades descentralizadas donde la nación tenga calidad de garante, se basa en el interés general que prima en los recursos que manejan, pero esta premisa también aplica para las Entidades Promotoras de Salud EPS, que como se explico anteriormente, manejan recursos de naturaleza parafiscal y por tanto recursos públicos que requieren del control y la vigilancia del Estado. Debemos tener en cuenta el interés público de dichos recursos, toda vez que su vulneración de los mismos es una vulneración directa a los intereses estatales.

Los recursos del Sistema General de Participaciones manejados por las Entidades Promotoras de Salud EPS, debido a su destinación social no pueden ser sujetos de embargo, titularización u otra clase de disposición financiera, de acuerdo a lo establecido por el artículo 8° del Decreto 050 de 2003, por esto mismo, deberían gozar de la garantía del estado en los procesos que vulneran los intereses de las entidades en mención.

Sobre la responsabilidad del Estado frente a las sentencias adversas a los intereses de las Entidades Promotoras de Salud EPS, la Sala civil del tribunal superior de Barranquilla, concluyó que la Nación es garante de la prestación de los servicios de salud en el ámbito de cobertura, toda vez que es un deber del Estado coordinar las políticas públicas del sector que deberán ser cumplidas por las entidades vigiladas. Esta vigilancia se realiza a través de la Supersalud, que puede intervenir forzosamente con fines de liquidación, es por esto, que la Supersalud puede llegar a responder solidariamente de las obligaciones nacidas en los contratos en los que intervienen.

Así mismo, y de acuerdo con lo contemplado por el artículo 17 del Decreto Ley 1281 de 2002, sin perjuicio de la responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal, los representantes legales de los departamentos, distritos y municipios, directores de salud o quienes hagan sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones y del sector salud en las entidades territoriales, podrán ser acreedores por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, a la sanción prevista en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, esto es la aplicación de multas hasta

de 2000 SMLMV a favor del Fondo de Solidaridad y Garantía, lo que demuestra sobre la importancia de dichos recursos y su protección.

En conclusión, la importancia de la aplicación del grado de consulta de manera oficiosa en los procesos que desfavorecen a las Entidades Promotoras de Salud EPS en los procesos de única instancia o de primera instancia cuando no se apele, debe tener la misma garantía procesal que los procesos que afectan directamente los intereses del estado bajo el derecho de igualdad frente a las demás entidades que manejan y administran los recursos públicos. Reconociendo la importancia de dichas entidades en la función social, así como la protección, administración y cuidado de los recursos públicos que le corresponden.

BIBLIOGRAFIA

Decreto-Ley 2158 de 1948, *Código Procesal del trabajo y de la Seguridad Social*, Colombia, Gaceta del diario oficial, 24 de junio de 1948, Recuperado desde: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimental_laboral.html

Sentencia C-153 de 1995, Colombia, Referencia: expediente D-719, 5 de abril de 1995. Recuperado desde: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-153-95.htm#:~:text=los%20siguientes%20t%C3%A9rminos%3A-,%22Toda%20sentencia%20judicial%20podr%C3%A1%20ser%20apelada%20o%20consultada%2C%20salvo%20las,el%20condenado%20sea%20apelante%20%C3%BAnico%22.

Sentencia C-690 de 2008, Colombia, Referencia: expediente D-6939, 9 de julio de 2008. Recuperado desde: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-690-08.htm#:~:text=Principio%20fundamental%20del%20derecho%20procesal,a%20la%20bilateralidad%20de%20la

Sentencia C-424 de 2015, Colombia, Referencia: Expediente D-10513, 8 de julio de 2015. Recuperado desde: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-424-15.htm

Sentencia T-389 de 2006, Colombia, Referencia: expediente T-1246349, 22 de mayo de 2006. Recuperado desde: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-389-06.htm#:~:text=Sentencia%20T%2D389%2F06&text=Es%20obligaci%C3%B3n%20del%20recurrente%20sustentar,de%20competencia%20del%20superior%20jer%C3%A1rquico.

Ley 100 de 1993, Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, Colombia, Diario Oficial No. 41.148, 23 de diciembre de 1993. Recuperado desde: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD DISCAPACIDAD E INCLUSIÓN SOCIAL TUNJA

Jonny Alexander Puentes R.[11]

RESUMEN

Las personas en condición de discapacidad tienen derecho al trabajo y a un trato sin ningún tipo de discriminación. En este sentido muchas personas afectadas por algún tipo de discapacidad esperan una oportunidad para demostrar sus habilidades y competencias que les permita mejorar su calidad de vida en todo nivel.

En ese orden de ideas la presente investigación tiene como objetivo general analizar los procesos de inclusión laboral para las personas con discapacidad, en el marco de la normatividad y políticas propuestas a nivel nacional y regional desarrolladas en la ciudad de Tunja.

Uno de los principales problemas que se presentan en la ciudad de Tunja es el desempleo, la tasa de desempleo en Tunja, trimestre octubre-diciembre, llegó al 19,7%, la tercera ciudad con mayor desempleo en el país. Hay 19.451 desempleados; comparados los trimestres oct-dic de 2019 y 2020, se perdieron 5.681 empleos, hay 7.078 desempleados más. De enero a diciembre de 2020 el desempleo llegó al 20,7%[12].

Las condiciones de inclusión de las personas con discapacidad son bajas con respecto a las del resto de la población. En 2020, el 41,1% de las personas con algún tipo de discapacidad en el departamento de Boyacá, lograron tener acceso simultáneo oportunidades sociales y productivas, porcentaje inferior al reportado por las personas sin discapacidad (46,5%). La doble exclusión es mayor en las personas con discapacidad (25,9% vs 18,2%)[13]

PALABRAS CLAVE: Inclusión laboral, capacidades diferentes, políticas públicas, políticas inclusivas, ajustes razonables.

---

11 Estudiante del programa de Derecho (Facultad de ciencias jurídicas y políticas internacionales) Fundación Universitaria Juan de Castellanos Tunja-Boyacá. Semillero *Justicia Constitucional y garantías fundamentales. Email: alexanderpuentes80@gmail.com japuentes@jdc.edu.co Cel. 3193383928

12 Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (DANE). (2021). Recuperado de https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo

13 Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (DANE). (2021). Recuperado de https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo

LABOR INCLUSION OF PEOPLE WITH DISABILITIES DISABILITY AND SOCIAL INCLUSION TUNJA

ABSTRAC

Persons in disability status are entitled to work and treatment without discrimination. In this sense, many people affected by some type of disability expect an opportunity to demonstrate their skills and competencies that will allow them to improve their quality of life at all level.

One of the main problems in the city of Tunja is unemployment, the unemployment rate in Tunja, October-December quarter, reached 19.7%, the third most unemployment city in the country. There are 19,451 unemployed; compared to the Oct-Dec quarters of 2019 and 2020, 5,681 jobs were lost, there are 7,078 more unemployed. From January to December 2020, unemployment reached 20.7%.

The conditions of inclusion of persons with disabilities are low compared to those of the rest of the population. In 2019, 41.1% of people with disabilities in Boyacá were able to have simultaneous access to social and productive opportunities, lower than reported by people without disabilities (46.5%). Double exclusion is higher in people with disabilities (25.9% vs 18.2%)

KEYWORDS: Labour inclusion, different skills, public policies, inclusive policies, reasonable adjustments.

INTRODUCCIÓN

Una persona con discapacidad debe disfrutar de las mismas oportunidades que alguien que no tenga esta condición, y es aquí en donde interviene en gran parte la vinculación laboral, pues cuando esta población se involucra laboralmente forman parte del sistema económico del país, obligando así a crear políticas públicas que contribuyan a mejorar las condiciones laborales sin distinción alguna.

Así pues, se deben llevar a cabo actividades de divulgación para promover la sensibilización a la comunidad laboral y brindar asesoría a empresarios sobre los mecanismos de inclusión laboral de las Personas con Discapacidad y de los servicios de intermediación laboral. Abordando la inclusión laboral desde la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de la ONU, y desde el Modelo conceptual social de la discapacidad, rompiendo enfoques y paradigmas tradicionales en los diferentes actores que intervienen en este proceso, promoviendo el derecho a vincularse en el mercado laboral abierto, con los ajustes que garanticen entornos laborales inclusivos y accesibles, y materializando lo que implica, en la práctica, la no discriminación.

Al hablar de personas con discapacidad nos referimos a “aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igual-

dad de condiciones con las demás" Organización de la Naciones Unidas. Departamento de asuntos económicos y sociales (13 de diciembre de 2006). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html

Aunque en la actualidad existen muchas personas con algún tipo de discapacidad y que han pasado a formar parte del mundo productivo ya sea ubicándose en algún empleo o comenzado algún tipo de emprendimiento, aún existe un amplio porcentaje que se mantiene al margen de los procesos de inclusión.

Las barreras relacionadas con la entrada de personas con discapacidad son las siguientes: la falta de experiencia, cultura no inclusiva, falta de capacidades organizacionales, paradigmas acerca de la discapacidad, sobre protección familiar y discriminación. Organización internacional del trabajo. OIT *destaca beneficios de la inclusión laboral de personas con discapacidad*. (OIT) (2017).

Dentro de las necesidades más apremiantes que tiene este grupo poblacional esta la falta de generación de empleo ya que ni el sector privado ni el sector público, han tenido en cuenta la empleabilidad, hay muchas personas preparadas que no tienen una oportunidad laboral debido a su condición, lo que reduce mucho las oportunidades laborales

El presente artículo, realiza un análisis sobre inclusión laboral de personas con discapacidad y las políticas públicas de la ciudad de Tunja, desde sus antecedentes por lograr la equidad e igualdad laboral de este grupo de personas; cuyo marco normativo está destinado a hacerles partícipes de la sociedad y de la economía, para que no sean excluidas del campo laboral.

El objetivo principal de la política pública de discapacidad de la ciudad de Tunja (Acuerdo municipal 0026 de 2011), es generar condiciones básicas que les permitan superar obstáculos, para la construcción de una vida digna; es una mirada desde los Derechos de las personas y no desde el asistencialismo del estado, promoviendo su desarrollo social, humano y económico.

La inclusión laboral de personas con discapacidad brinda a trabajadores, la oportunidad de mejorar su calidad de vida, desarrollar y realizarse a nivel personal, laboral y profesional. La presencia de trabajadores con discapacidad representa desafíos colectivos en busca de productividad, ya que el nivel de compromiso y pertenencia crece, así como la responsabilidad y perseverancia que estas personas manifiestan.

METODOLOGÍA

La metodología utilizada es de tipo jurídico-descriptivo, consiste en comprender, identificar y analizar la situación de las personas con discapacidad y el modelo utilizado por el ordenamiento jurídico colombiano, así como las deficiencias y carencias del sistema legal respecto de la protección y la atención diferencial de esta población especifica.

La investigación propiamente dicha en su procedimiento está basada en el estudio del escenario jurídico, pero para afianzar más esta se pretende realizar entrevistas a: 1) personas en condición de discapacidad de cada empresa, 2) los jefes inmediatos de cada una de las empresas seleccionadas y 3) un miembro de la familia de la persona en condición de discapacidad y así lograr fortalecer la propuesta y dejar claro la necesidad de contar con una política pública de inclusión social fortalecida que garantice los derechos de esta población y su control.

Para el desarrollo de la presente investigación en curso, el problema se formula mediante el siguiente interrogante: ¿Cómo ha sido el tratamiento socio-jurídico de las personas en condición de discapacidad en el marco de la política pública de inclusión social de la ciudad de Tunja?

Para identificar a la población que participa en la investigación, se inicia una búsqueda sobre los programas de inclusión laboral que existen en el municipio, ubicando a las principales organizaciones del sector privado que se encuentran desarrollando programas de inclusión laboral, una vez se logren identificar las empresas que van a participar en el proceso se seleccionaran los grupos muéstrales mencionados anteriormente.

Instrumentos de investigación. La entrevista conversacional se realizará a todos los participantes; la persona en condición de discapacidad, su jefe inmediato y un familiar, incluye una serie de cuestionamientos en torno a las características del proceso de inclusión laboral, la adaptación, experiencias y vivencias dentro de la empresa y en el puesto de trabajo.

Dentro de la metodología establecida también se pretende determinar el alcance jurídico y social del acuerdo municipal N° 0026 de 2011 "Por medio del cual se adopta la política pública de inclusión social para las personas con discapacidad de la ciudad de Tunja y así analizar los diferentes factores jurídicos y sociales, que no estarían permitiendo a las personas con discapacidad incluirse laboral y socialmente.

Mediante la metodología propuesta anteriormente se pretende recolectar diferentes resultados, los cuales se presentaran en un momento único en el tiempo, se recogerán datos que permitan identificar falencias y fortalezas de modelos de gestión de proyectos implementados sobre los procesos de inclusión laboral de personas en condiciones de discapacidad actualmente por las empresas, para construir elementos iniciales para una propuesta inclusiva en el contexto laboral para dichas personas, así mismo comprender los procesos socio- jurídicos de inclusión laboral de personas en condición de discapacidad en empresas del sector público y privado de la ciudad de Tunja, para contribuir al fortalecimiento de la política pública de inclusión social, Acuerdo municipal N° 026 de 2011.

RESULTADOS PARCIALES

En este capítulo se analizan los resultados parcialmente obtenidos con el fin de conocer la manera en que se construyen los procesos de inclusión laboral de personas en condición de discapacidad en la ciudad de Tunja.

La ruta de atención comienza, con el ingreso de la persona en el registro para la localización y caracterización de las personas con discapacidad (por sus siglas RLCPD), una vez realizado este proceso, se identifican las necesidades de los usuarios, y se direcciona el caso de acuerdo al servicio solicitado por la persona con discapacidad, su familia y/o cuidadores.

Teniendo en cuenta lo anterior, la administración municipal, brinda a la comunidad una serie de programas y subprogramas en aras de cubrir y garantizar el bienestar de todos los habitantes del municipio, existe una línea muy importante la cual hace referencia a la atención y apoyo a la población con discapacidad, la misma está siendo atendida por varias sectoriales de la administración y para este caso el Centro de Empleo y Emprendimiento Activa-T viene acompañando los procesos de emprendimiento de diferentes organizaciones no gubernamentales que trabajan con población con discapacidad, recibiendo apoyo en equipos, insumos, con profesionales y acompañamiento durante el crecimiento de las diferentes ideas negocio.

Así mismo, las dependencias e institutos descentralizados de la Alcaldía de Tunja a través de los diferentes subcomités de seguimiento a las acciones para la población con discapacidad, lograron visibilizar las necesidades más sentidas de la población; como: el acceso al transporte, al medio físico, el acceso a los escenarios educativos, la salud y la inclusión laboral en el municipio.

La articulación con el sector privado ha sido de vital importancia, en aras de aunar esfuerzos tendientes al mejoramiento de la calidad de vida de la población con discapacidad y sus familias, por tal razón, más de 80 empresarios departamentales y locales hicieron parte de la jornada que articuló la Alcaldía Mayor de Tunja, Gobernación de Boyacá y SENA Regional Boyacá, para llevar a cabo el Encuentro Empresarial de Inclusión Laboral para personas con Diversidad Funcional, con el objetivo de consolidar redes de trabajo para vincular laboralmente a esta población.

Durante la jornada se dio a conocer más de 70 perfiles de personas con discapacidad para iniciar procesos de inclusión laboral en niveles de formación técnico, tecnólogo y profesional en diferentes áreas, además los empresarios hicieron parte de una nutrida agenda, que incluyó la intervención de un entrenador laboral y conferencias en: TIC seguridad informática, Pacto de Productividad y Teletrabajo.

No obstante, a pesar de los avances que ha tenido la política pública de inclusión social de la ciudad de Tunja en el caso de la protección de las personas con discapacidad, se sigue observando que las condiciones de acceso, permanencia y promoción en los sistemas de atención integral en salud, protección, generación de empleo y trabajo, educación, comunicaciones y en los espacios de participación siguen siendo insuficientes.

La inclusión de personas con discapacidad, como presenta la ley 361 de 1997, esta presente en todo el marco de la contratación de este grupo poblacional, sin embargo, hace falta mejorar y fortalecer los procesos de inclusión laboral, sobre todo en lo que tiene que ver con el seguimiento y evaluación de la política pública (Acuerdo municipal 0026 de 2011)

Por otro lado, este modelo es interesante en la medida en que parte de la importancia de ir solucionando y superando las barreras que, en cada fase, pueden llegar a limitar la participación de las personas con discapacidad en el entorno laboral.

Superar las barreas depende de la forma en que se olviden los prejuicios que existen en torno a la discapacidad, del desarrollo de estrategias organizativas y de capacitaciones que fomenten una cultura inclusiva en las organizaciones, y del apoyo del Estado para reglamentar la inclusión laboral, y para apoyar a las empresas en la adecuación de su infraestructura y en el aprendizaje de los conocimientos que deben adoptar para garantizar el trabajo digno, equitativo y seguro para las personas que presentan algún tipo de discapacidad, que partiendo de lo establecido de la normatividad nacional y para efectos de análisis de información, la resolución 113 de 2020 expedida por el Ministerio de salud reconoce las siguientes categorías de discapacidad: Física, auditiva, visual, sordo ceguera, intelectual, psicosocial (mental) y discapacidad múltiple.

Sin duda alguna, la principal debilidad que se puede ir advirtiendo es que en realidad no se implementa un estudio previo que permita conocer con detalle las capacidades y conocimientos de la persona con discapacidad. Además, no se genera un proceso de capacitación con las personas que son contratadas, lo cual resulta fundamental para que tengan un buen desempeño en sus puestos de trabajo.

Una de las estrategias claves que se pueden utilizar al interior de una empresa para mantener coherencia entre sus principios y sus objetivos con las cualidades y capacidades del equipo de trabajo, más aún cuando se aplican procesos de inclusión laboral para personas con discapacidad es realizar capacitaciones iniciales y periódicas, en donde no sólo se potencien los conocimientos de los trabajadores, sino en donde se fomente la participación y la comunicación, se alineen las capacidades con la misión de la empresa, y se genere una apropiación de los valores que rigen el desarrollo de la compañía en todo el equipo de trabajo.

Todos estos son factores que deben ser tenidos en cuenta para el mejoramiento de los modelos de inclusión laboral, con el fin de no sólo apoyar el ingreso de una persona con discapacidad a un entorno laboral, sino también lograr que se sienta cómodo en su nuevo puesto de trabajo, generando un acompañamiento constante para que pueda dar lo mejor de sí, aprender y desarrollar nuevas habilidades.

CONCLUSIONES

Aunque en la actualidad existen muchas personas con algún tipo de discapacidad y que han pasado a formar parte del mundo productivo ya sea ubicándose en algún empleo o comenzado algún tipo de emprendimiento, aún existe un amplio porcentaje que se mantiene al margen de los procesos de inclusión.

Dentro de las necesidades más apremiantes que tiene este grupo poblacional esta la falta de generación de empleo ya que ni el sector privado ni el sector publico han tenido en cuenta la empleabilidad, hay muchas personas preparadas que no tienen una oportunidad laboral debido a su condición, lo que reduce mucho las oportunidades laborales. Sin embargo, en Tunja la inclusión de población con discapacidad es cada vez más visible.

El objetivo principal de la política pública de discapacidad es generar condiciones básicas que les permitan superar obstáculos, para la construcción de una vida digna; es una mirada desde los Derechos de las personas y no desde el asistencialismo del estado, promoviendo su desarrollo social, humano y económico.

La administración municipal viene implementando diferentes estrategias en el marco de la Política de Inclusión Social de la población con discapacidad que ha logrado brindar nuevos espacios para ellos en aplicación a la Ley Estatutaria 1618 de 2013. El proceso de atención e inclusión de las personas con discapacidad en el municipio se desarrolla de manera transversal en todas las secretarías y dependencias de la administración municipal, adelantando acciones pertinentes conforme a lo establecido en el acuerdo municipal N° 0026 de 2011 Por medio del cual se adopta la política pública de inclusión social para las personas con discapacidad de la ciudad de Tunja.

Al restringir en gran medida las oportunidades laborales de las personas, con la discapacidad se genera pobreza y vulnerabilidad, lo cual no sólo impide que éstas personas no puedan desarrollar sus capacidades y habilidades en el plano profesional, reduciendo su participación en la actividad social y económica de un país, sino que además les dificulta en gran medida la posibilidad de costear los tratamientos y servicios médicos que les permitirían, mejorar, tratar o superar su discapacidad.

De acuerdo a la problemática planteada, el propósito de esta investigación es plantear elementos iniciales para una propuesta humanizante en las prácticas de inclusión laboral de personas en situación de discapacidad en el contexto laboral; con el fin de generar inclusión laboral en empresas del sector tanto público como privado de la ciudad de Tunja.

Los procesos de inclusión laboral a personas en condición de discapacidad física están regulados a nivel internacional y nacional por una normatividad legal y unos mandatos que tienen como base general la búsqueda del goce pleno de los derechos, la no exclusión y la igualdad de oportunidades para todas las personas sin importar su género, su raza, su lugar de procedencia y por su puesto sus condiciones diversas.

Es importante que las entidades públicas y privadas, se unan para crear redes de apoyo a las familias y personas con diversidad funcional a fin de que esta población contribuya al desarrollo económico de su entorno y genere estabilidad económica en su hogar así mismo, Se debe educar a la familia para ser parte inicial de este proceso, a fin de involucrarse y permitir

descubrir, desarrollar y reforzar nuevas habilidades, que finalmente aportan al desarrollo de una sociedad y economía de la ciudad

Las autoridades del municipio deben establecer redes de apoyo e interacción entre entidades territoriales, instituciones de formación y empresarios con el fin de crear incentivos, y dar a conocer la importancia de incluir personas con discapacidad en todas las oportunidades a las que tiene acceso cualquier persona del municipio.

Dentro de la formación y el proceso de inclusión se debe involucrar a la familia para ser parte inicial de este proceso, a fin de participar activamente y permitir descubrir, desarrollar y reforzar nuevas habilidades, que finalmente aportan al desarrollo de una sociedad y economía de la ciudad.

Los procesos de formación personal y profesional deben responder a la flexibilidad de los procesos siendo cada vez más adaptables a cualquier tipo de población, de tal manera que toda la comunidad se adecué a personas con discapacidad y no lo contrario.

Con esto se resalta la importancia del desarrollo individual de cada sujeto como parte de un entorno en donde son valoradas y resaltadas sus destrezas y capacidades, permitiendo enfocarlas correctamente para aplicarlas en el ámbito laboral.

La inclusión laboral brinda a trabajadores, la oportunidad de mejorar su calidad de vida, desarrollar y realizarse a nivel personal, laboral y profesional. La presencia de trabajadores con discapacidad representa desafíos colectivos en busca de productividad, ya que el nivel de compromiso y pertenencia crece, así como la responsabilidad y perseverancia que estas personas manifiestan.

REFERENCIAS

Alcaldía de Tunja (2018). *Acuerdo Municipal No 0026 de 2011* - Por medio del cual se adopta la política pública de inclusión social para las personas con discapacidad de la ciudad de Tunja, para el periodo de 2011 - 2024. https://www.tunja-boyaca.gov.co/somos-capaces/acuerdo-municipal-no-0026-de-2011-por-medio-del-cual

Alcaldía de Tunja (2018). *Plan de Desarrollo Municipal de Tunja 2016-2019* "Tunja en Equipo". Colombia. Tunja. https://www.tunja-boyaca.gov.co/planes/plan-de-desarrollo-municipal-de-tunja-_20162019

Alcaldía de Tunja (2021). *Plan de Desarrollo Municipal de Tunja 2020-2023* "Tunja la capital que nos une". Colombia Tunja. https://www.tunja-boyaca.gov.co/planes/plan-de-desarrollo-municipal-de-tunja-_20202023

(2013). Consejo Nacional de Política Económica y Social. (CONPES). *Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social.* Bogotá, diciembre 9 de 2013.

Colombia. Departamento Nacional de Estadística. (DANE). (2021). *Estadísticas por tema mercado laboral empleo y desempleo.* Personas con limitaciones permanentes. https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo

Colombia. *Resolución 113 de 2020*, Ministerio de salud y protección social. Por la cual se dictan disposiciones en relación con la certificación de discapacidad y el Registro de Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad.

Colombia. Congreso de la Republica de Colombia. (1997). *Ley 361 de 1997*. "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 42.978, de 11 de febrero de 1997. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0361_1997.html

Hopenhayn, M. (2008). Inclusión y exclusión social en la juventud latinoamericana. Pensamiento Iberoamericano, 3(2), 49-71.

Montoya, L. C. (2009). *Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia.* Vniversitas, 115-139

Organización de la Naciones Unidas. (ONU). Departamento de asuntos económicos y sociales. (13 de diciembre de 2006). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.* https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html

Organización internacional del trabajo. *OIT destaca beneficios de la inclusión laboral de personas con discapacidad.* (OIT) (2017). http://www.ilo.org/santiago/sala-de-prensa/WCMS_614713/lang--es/index.htm

Organización Mundial de la Salud. (2001). *Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud.* Madrid: IMSERSO. https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=3562:2010-clasificacion-internacional-funcionamiento-discapacidad-salud

Pacto de productividad (2006). *Programa empresarial de promoción laboral para personas con discapacidad.* http://www.pactodeproductividad.com

Padilla, A. (2010). *Discapacidad: contexto, concepto y modelos.* International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, (16), 381- 414.

Verdugo, M., Vicent., Campo, M., & Urries, B. (2001). *Definiciones de discapacidad en España: un análisis de la normativa y la legislación más relevante.* España, Madrid: S

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD COMO MECANISMO REIVINDICATORIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES UN ABORDAJE EN CONTEXTO SAN PABLO – CIÉNAGA GRANDE DEL BAJO SINÚ

Katierth Medellín-Mestra[14]
Karina Sierra Herrera[15]
Eduardo Kerguelén Durango[16]

RESUMEN

La propiedad desde el contexto constitucional reviste doble connotación: se edifica como un derecho y reviste obligaciones. Por ende, la carga privatista, ilimitada y paradójicamente absolutista de contenido civilista, es insoslayablemente contrario a valoraciones axiológicas de solidaridad constitucional e inevitablemente lejano al Estado Social de Derecho. De conformidad con el espíritu constitucional, armonizado con el desarrollo jurisprudencial, se le da particular alcance desde aspectos sustanciales, indistintamente de su categoría (pública o privada). El objetivo perseguido, analizar su función social, como mecanismo reivindicatorio de derechos fundamentales, mediante un abordaje en contexto del predio San Pablo, se utiliza un enfoque socio-jurídico, con la profundidad de un estudio descriptivo y sistemático. Mediante visitas de campo se obtuvieron fuentes de información primaria y secundaria; posteriormente se realizó un análisis en contexto sobre el predio San Pablo. Los resultados evidencian fenómenos típicos del derecho privado, sobre bienes que, suponían ser de carácter público, dada su naturaleza (baldíos); en consecuencia, se observa desdé la institucionalidad: actos administrativos y fallos judiciales de "adjudicación" de grandes extensiones de tierra del baldío, a algunos particulares; en contraste, comunidades campesinas con pequeños predios bajo contratos de comodato, que se tornaron materialmente ineficaces, debido a la falta de consolidación y seguimiento de la autoridad competente. En conclusión, se sugiere que la carencia de clarificación y formalización de los predios baldíos pertenecientes a San Pablo no brinda seguridad jurídica a las comunidades campesinas que lo habitan, dejándoles expuestos y desdibujando con ello la función social de la propiedad y la solidaridad constitucional.

PALABRAS CLAVES: función social de la propiedad, reivindicación y derechos fundamentales

---

14 Administradora en Salud y estudiante de X semestre del Programa de Derecho de la Universidad de Córdoba y miembro del semillero IUS PUBLICUM adscrito al grupo de investigación Derecho, Economía y Sociedad – GIDES.

15 Estudiante de X semestre del Programa de Derecho de la Universidad de Córdoba y miembro del semillero IUS PUBLICUM adscrito al grupo de investigación Derecho, Economía y Sociedad – GIDES.

16 Abogado, Magister en Ciencias Ambientales, docente del Programa de Derecho de la Universidad de Córdoba.

THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY AS A MECHANISM TO VINDICATE FUNDAMENTAL RIGHTS: AN APPROACH IN CONTEXT, SAN PABLO LAND, GRANDE SWAMP OF LOWER SINÚ.

ABSTRACT

Property from the constitutional context has a double connotation: it is built as a right and has obligations. Therefore, the unlimited and paradoxically absolutist privatization charge with a civil content, is unavoidably contrary to axiological evaluations of constitutional solidarity and inevitably distant from the Social State of Law. In accordance with the constitutional spirit, harmonized with the jurisprudential development, it is given particular scope from substantial aspects, regardless of its category (public or private). The objective pursued, to analyze its social function, as a mechanism to claim fundamental rights, through an approach in the context of the San Pablo property, a socio-legal approach is used, with the depth of a descriptive and systematic study. Through field visits, primary and secondary information sources were obtained; later an analysis was carried out in context on the San Pablo property. The results show typical phenomena of private law, on assets that were supposed to be of a public nature, given their nature (uncultivated); Consequently, it is observed from the institutionality: administrative acts and judicial decisions of "adjudication" of large tracts of vacant land, to some individuals; in contrast, peasant communities with small properties under loan contracts, which became materially ineffective, due to the lack of consolidation and monitoring of the competent authority. In conclusion, it is suggested that the lack of clarification and formalization of the vacant lots belonging to San Pablo does not provide legal security to the peasant communities that inhabit it, leaving them exposed and thereby blurring the social function of property and constitutional solidarity.

KEYWORDS: social function of property, claim and fundamental rights.

INTRODUCCIÓN

La Ciénaga Grande del Bajo Sinú (CGBS) es catalogado como un cuerpo de agua constituido por las dinámicas hídricas que se dan en el "complejo de lagunas y la cuenca media y baja del río Sinú, mediante un conjunto de caños ubicados en la zona baja del valle de dicho río, antes de que éste forme un delta para desembocar en el mar Caribe" (Salazar, 2018, p 5). Ahora bien, este complejo cenagoso comprende los municipios de Chimá, Cotorra, Lorica, Momil y Purísima en el departamento de Córdoba; "con un área de 38.843 hectáreas + 2000 m2 conforme al levantamiento topográfico N° 274-603 elaborado por el INCORA el 17 de julio de 1979" (Alarcón et al., 2019, p. 10). De ahí que, el predio San Pablo se localiza al interior de este complejo cenagoso, en el municipio de Cotorra, al occidente de la CGBS, entre las coordenadas geográficas X=1.493.500 a X=1.513.500 y Y=1.140.00 a Y=1.159.50 (INCORA, 1982), dentro de

los terrenos que integran la Ciénaga Grande, entre el Delta 71 y 86 a partir del levantamiento topográfico antes señalado.

En este orden de ideas, se debe indicar que en 1924 a partir de un cercamiento realizado por parte de particulares indeterminados se da por constituido el predio San Pablo con aproximadamente 1300 ha, posteriormente este predio es vendido en 1931 a la firma Pombo y Hermanos, quien posteriormente vendió a la sociedad Barguil Calume titulado a nombre de Miguel Calume (Fals Borda, 2002). "En virtud de la irregular configuración latifundista, campesinos pertenecientes a la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos de Colombia - ANUC, a principio de los años 80 escalonaron sus reclamaciones con el propósito de recuperar predios de la finca San Pablo" (Alarcón et al., 2019, p.21). Toda vez que, los predios objeto de cercamiento estaban constituidos, además, por los playones en que los campesinos de la zona realizaban cultivos agrícolas temporales; adicionalmente se avivo el descontento del campesinado en razón a la posición del entonces INCORA, quien a través de su actuaciones u omisiones favoreció ciertas clases influyentes de la región en desmedro de la comunidad campesina.

Posteriormente, el 14 de febrero de 1985 los Milane Calume solicitan que los campesinos que ocupan el predio San Pablo, lo desalojen, acción que fue perpetrada de manera reiterada y con el uso de la fuerza, lo que provocó la oposición del Procurador Agrario de ese entonces quien sostuvo que "el delito de invasión no se da en predios baldíos de reserva del Estado (…) no hay perturbación de posesión porque se trata de un área anexa a la poseída por la querellante (...) el desalojo ha sido arbitrario y la destrucción de casas constituyen conductas delictivas (Fals Borda, 2002, p.196).

Como es natural, la vía de hecho producida al margen de las reglas del procedimiento legalmente establecido, estimuló la reacción de los campesinos sin tierra, quienes se tomaron la sede administrativa del INCORA, entidad que no tuvo otra opción más que reconocer la vigencia de la Resolución 010 de 1982 por la cual se declaraba la propiedad de un bien baldío de la Nación que se encuentra en la CGBS, se procede al reparto de parcelas adjudicadas mediante contratos de uso a los campesinos beneficiados, luego de un acuerdo entre las partes, "de este modo el predio San Pablo se distribuyó de la siguiente manera: parcelas de tres (3) ha para cada campesino y setecientas (720) ha, a Lily Calume." (Alarcón et al., 2019, p.23), incluida la solicitud de indemnización "por el puente construido y mejoras sobre 20 hectáreas más" (Fals Borda, 2002, p.198).

Es así, como el Estado ha intervenido en estas tensiones principalmente a través de las políticas de tierras a cargo del entonces INCORA, entidad que jugó un doble rol. Mientras la dirección del sector agrario impulsó la adjudicación a título gratuito de baldíos y bienes ingresados al Fondo Nacional Agrario a campesinos sin tierra entre las décadas de 1960 y 1990, la doble condición de muchos funcionarios públicos como representantes de intereses privados, provocó la formalización de áreas indebidamente ocupadas por los latifundistas, a la vez que ge-

neró obras de infraestructura como el desvío de caños para distritos de riego (Roa Avendaño, 2012). En ese sentido, Alarcón et al. (2019) sostiene:

> El futuro de esta situación es incierto, por un lado, la gente sigue buscando las alternativas para alcanzar la formalización de sus derechos de propiedad; por otro, la experiencia de los años ha marcado una duda razonable en algunos, como lo expresa uno de los habitantes del municipio de Cotorra: *"con el pasar de los días se va a complicar más la cosa, porque no es justo que durante las inundaciones, los ricos con sus tierras y sus vacas la pasen en terrenos secos y las comunidades entre el agua"*[17]. (p.76)

Resulta imperioso anotar que, el predio San Pablo se constituyó en medio de tensiones entre campesinos y terratenientes, situación frente a la cual el Estado permaneció inoperante al no resolver de fondo las problemáticas generadas por la distribución inequitativa y desproporcionada de la tierra, entre sectores influyentes de la zona y el campesinado; toda vez que, a través de la resolución 010 de 1982 proferida por el INCORA, se condujo a la adjudicación de grandes extensiones de tierras a algunos sectores influyentes de la región, en contraposición con el trato conferido al sector campesino, a los que se le concedieron pequeños predios en su mayoría a título de comodato. Es así, como en un primer momento la iniciativa del INCORA a través de la resolución 010 de 1982 se concentró en incluir los linderos generales de la Ciénaga Grande y el nombre de los colindantes de la misma, a fin de determinar el uso de los predios desecados artificialmente con criterio de asignación; sin embargo, este intento se tornaría inocuo tras la pérdida del expediente que soportaba la resolución ante descrita. Aunado a lo anterior, con posterioridad emergería el infructuosos Auto 710 de mayo 21 de 2019 de la Agencia Nacional de Tierras (ANT), por medio del cual se dio el cierre de la actuación administrativa de reconstrucción del expediente del Proceso Agrario de deslinde adelantado sobre terrenos que conforman la denominada Ciénaga Grande del bajo Sinú, sin que fuere resuelto el asunto en cuestión. En este sentido, la concordancia entre estas dos disposiciones radica en que ambas tratan de dirimir un conflicto de terceros indeterminados interesados, en contraste con propietarios, poseedores, y/u ocupantes, campesinos y pescadores artesanales; sin que esto resulte en un medio para resolver de fondo el asunto, en razón a lo cual se tradujo a meros intentos fallidos. En consecuencia, el objetivo de este estudio fue analizar como la función social de la propiedad puede configurarse en un mecanismo reivindicatorio de derechos fundamentales y a su vez como a través del mismo, es posible conferir garantías en lo

17 Acopio de testimonios de campesinos del predio San Pablo en las jornadas comunitarias del 9 al 11 de junio del 2018, en el marco del proyecto «Fortalecimiento de capacidades de comunidades locales y funcionarios públicos para gestionar conflictos territoriales en 7 departamentos de Colombia», cuyo propósito fue "Comunidades y funcionarios públicos documentan y tramitan de manera articulada sus conflictos territoriales a través de «Observatorios Locales Permanentes»", integrados en la iniciativa interinstitucional Transformemos Territorios Construyendo Paz, suscrito entre la Agencia Suiza para la Cooperación y el Desarrollo –COSUDE– de la Embajada de Suiza en Colombia, la Universidad Nacional de Colombia, la Universidad de Córdoba, la Universidad de Cartagena, la Universidad Popular del Cesar, la Universidad de los Llanos, la Universidad de la Amazonía, la Procuraduría General de la Nación y el Centro de Justicia Derecho y Sociedad «Dejusticia».

referido a la seguridad jurídica frente a comunidades asentadas en el predio San Pablo en la Ciénaga Grande del Bajo Sinú.

METODOLOGÍA

Dada la naturaleza conflictiva de la problemática que ha tenido lugar en el predio San Pablo y en general en la Ciénaga Grande del Bajo Sinú,; se planteó un acercamiento con la comunidad a través de líderes locales y organizaciones sociales de influencia en el área, entre otros actores. En consecuencia, se realizó un abordaje en contexto del predio San Pablo; en donde, se desarrolló un enfoque socio-jurídico, con la profundidad de un estudio descriptivo y sistemático. Donde a través de visitas de campo se obtuvieron fuentes de información primaria y secundaria, a partir de los pobladores de la zona, quienes a la fecha contaban con documentación relacionada, contratos de comodato, contratos de asignación y resoluciones de adjudicación que le fueren concedidos en su momento, de ahí que se plantearon categorías de análisis[18].

Se agrega, además, que en algunas visitas que se realización fue posible contactar con algunos pobladores que protagonizaron en su momento los movimientos campesinos y que en consecuencia se vieron inmersos en la confrontación generada en el proceso de apropiación de la ciénaga y que además vivieron las capturas ilegales, persecuciones policiales y desalojos en la zona. En razón a lo antes descrito, fue posible un análisis en contexto sobre el predio y a su vez fue posible contrastarla con información oficial, proferida por el entonces INCORA (hoy día Agencia Nacional de Tierras – ANT), los registros en oficinas de instrumentos de Lorica (dado para el momento en que se empezó a gestar San Pablo, Cotorra no tenía la categoría de municipio y hacia parte de Lorica) e información de algunos entes territoriales.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La propiedad como derecho relacional en la configuración de derechos fundamentales.

A la hora de abordar a la propiedad como institución jurídica, se tiende a evocar el contenido privativista de la misma y en este orden de ideas considerarla como un derecho absoluto en el que se configura relaciones de carácter individual. Sin embargo, es de notar que la propiedad y para este caso en concreto, la propiedad de la tierra se traduce en "un derecho a usarla y beneficiarse de ella. Un derecho como ese es necesariamente relacional: se tiene en relación con otros (…), pueden incluir una porción de un recurso de propiedad común o un derecho indi-

18 Se hace referencia a la propiedad como categoría de análisis y a su vez se desarrollan subcategorías como la naturaleza de la propiedad (pública y privada) y figuras jurídicas que intervinieron en la misma (contrato de comodato, contrato de asignación y resoluciones de adjudicación).

vidual a una cosa concreta" (Blomley, 2020, p. 257). Aunado a lo anterior, la propiedad no es un elemento aislado e independiente; toda vez que, obedece a una serie de condicionamientos que se traducen en obligaciones que se derivan del denominado Estado Social de Derecho.

De ahí, que la corte constitucional en lo referido a la función social de la propiedad ha expresado en diversos pronunciamientos, como el contenido en la Sentencia C-595 (1999):

> La función social de la propiedad presenta diversas y matizadas caracterizaciones, las cuales están determinadas por la naturaleza de los bienes, su clase, y la entidad que es titular de los derechos que de ella emanan, así como también por la posición económica de las personas que la poseen. La función social tiene, por una parte, el significado de moderar y restringir el alcance del derecho de propiedad, mientras que, por otra parte, le corresponde el de implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad. (p. 1)

Ahora bien, para el caso de San Pablo es preciso armonizar lo antes señalado con el contenido del artículo 64 constitucional, mediante el cual se establece el derecho al acceso progresivo a la propiedad de la tierra al expresar:

> Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos. (Constitución política colombiana, 1991). *Subrayado y negrilla fuera del texto*.

En este orden de ideas, se debe establecer que el artículo 64 constitucional, se circunscribe a un ámbito de protección personal y material. En primera medida, en lo referido al ámbito de protección personal se identifican: trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa y a los campesinos. Por otro lado, en cuanto al ámbito de aplicación material es preciso anotar que el estado está obligado a ofrecer una serie de garantías, es así como a nivel jurisprudencial se consagran en contenidos como el de la sentencia C-623 (2015):

> (i) acceso a la tierra, a través de la titulación individual o colectiva de tierras a los pobladores rurales, mediante formas asociativas, de su arrendamiento, de la concesión de créditos a largo plazo, de la creación de subsidios para la compra de tierra, del desarrollo de proyectos agrícolas, entre otros; (ii) acceso a los recursos y servicios que permitan realizar los proyectos de vida de la población rural como educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial; y (iii) seguridad jurídica de las diferentes formas de tenencia de la tierra como la propiedad, la posesión y la mera tenencia, sin que ello signifique que su protección se circunscriba solamente a éstas. En definitiva, el debate actual sobre el derecho al territorio, específicamente su contenido de acceso a la tierra, abarca varias relaciones y, como punto importante,

> la seguridad jurídica que debe brindar el Estado para proteger la conexión que surge entre la población rural y el espacio físico en el cual aspiran desarrollar su proyecto de vida, lo cual trasciende el campo de la aclaración de títulos y los derechos reales sobre bienes. (p. 46)

Por ende, resulta relevante evocar la discusión contenida en la Sentencia T-407 (2017) que expresa:

> La jurisprudencia de la Corte ha precisado que el artículo 64 está íntimamente relacionado con la protección de los derechos a la vivienda y al trabajo. La relación entre el acceso a la tierra como puente para la realización de otros derechos fundamentales de la población agraria, se explica, por ejemplo, en la sentencia T-076 de 2011. (…), sus consideraciones son pertinentes para evidenciar la conexión a la que se viene haciendo referencia, así:
>
> "*En cuanto a lo primero, es evidente que el sustento de la población campesina, comprendido como la consecución de los elementos materiales básicos para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, depende de la explotación económica de la tierra rural. (…), es claro que la tierra rural no solo es un medio de producción para los campesinos, sino que también constituye el espacio para el ejercicio del derecho a la vivienda…*" (Subrayado de la Sala). (p. 23-24)

En consecuencia, debido al modelo de estado en el que se establecen las estructuras sociales y en este orden de ideas las instituciones sociales[19] que la integran, se debe partir del hecho de que en la propiedad converge una fuerte carga u obligación, tal como es su función social. De ahí que, al incursionar en lo que es, la función social de la propiedad, se avizora lo que representa en materia de reivindicación de derecho fundamentales, es preciso indicar que, si bien a nivel constitucional no se consagra como tal, a través del desarrollo jurisprudencial se ha dado un paso en esa vía, hacia las garantías que reviste. En el entendido de que se ha manifestado como un derecho fundamental por conexidad; lo anterior, partiendo de que el desconocimiento del mismo, puede afectar derechos y principios que por naturaleza son fundamentales, como el de la vida, la integridad física y la dignidad como principio fundante del estado social de derecho.

Ahora bien, al abordar el contexto del predio San Pablo, se debe tener presente que en el departamento de Córdoba ha sido escenario de conflictos en torno a la tierra, a lo que la institucionalidad no ha sido ajeno y ocasionalmente cómplice silencioso de las configuraciones y

19 El termino "las grandes instituciones sociales" es tomado de Rawls de su libro la teoría de la justicia de 1971, donde expresa "La propiedad privada de los medios de producción, (…) son ejemplos de las grandes instituciones sociales. Tomadas en conjunto, como esquema, las instituciones definen los derechos y deberes del hombre e influyen sobre sus perspectivas de vida, sobre lo que puede esperar hacer y sobre lo que haga". Véase en Rawls, J, La teoría de la justicia (México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1979), 20.

problemáticas generadas por la tierra, es así como conforme a diagnósticos de la defensoría del pueblo se ha dejado sentado estos fenómenos en el departamento de Córdoba. Un ejemplo de ello, es la Resolución Defensorial 058 del 29 de diciembre (2010) donde se expresa:

> Históricamente, el departamento de Córdoba se ha caracterizado por la existencia de grandes extensiones de tierra en manos de pequeños círculos, y una gran masa campesina arrendataria y de jornaleros de las tierras rurales, lo que ha limitado el acceso a los medios de producción a esta gran mayoría de la población que presenta elevados porcentajes de necesidades básicas insatisfechas (NBI) (el 53.53% de los hogares posee NBI y el 23.91% de los hogares se encuentran en situación de miseria). Hay monopolio de la tierra, desarrollo empresarial incipiente y predominio de la economía agraria y la ganadería extensiva. (p. 3)

Es así, como se evidencia que las problemáticas latentes en el predio San Pablo son una muestra representativa de lo que acontece en el departamento. Ahora bien, en relación al predio en mención, es necesario desatacar que desde la institucionalidad se ha contribuido con este fenómeno; es así como, en primera medida se destaca decisiones proferidas por autoridades como el entonces INCORA, la cual en un intento por alinderar los terrenos que integraban la ciénaga y conferir atribuciones, incluyendo lo referido al predio San Pablo, confirió derechos sobre terrenos baldíos del Estado materialmente ineficaces, que agravarían la situación luego de la pérdida del respectivo expediente (Resolución 0101 de 1982), es así como se tornó inocuo este intento por ofrecer alternativas a esta problemática. Ahora bien, dichas actuaciones por parte de las autoridades no han trascendido con el paso del tiempo. De ahí, que posteriormente a través del Auto 710 de mayo 21 de 2019 de la Agencia Nacional de Tierras (ANT), se diera el cierre de la actuación administrativa de reconstrucción del expediente del Proceso Agrario de deslinde adelantado sobre terrenos que conforman la denominada Ciénaga Grande del bajo Sinú, sin que fuere resuelto el asunto en cuestión.

Por otro lado, se debe tener presente frente a la población campesina que se estableció en San Pablo por regla general les fueron conferidos contratos de uso transitorios que en la actualidad carecen de vigencia, por otro lado se hallo un contrato de asignación por parte del INCORA del 22 de febrero de 1985 a 120 campesinos, en donde se establecían condiciones para una posterior adjudicación, dicho contrato en la practica no se vio materializado; toda vez que, a los campesinos no les fue adjudicado dichos predios. Con lo cual se deja en evidencia que desde la institucionalidad no ha sido posible dar solución a la problemática que tiene lugar en el predio referido y menos aun en las configuraciones que se han generado en torno a la tierra en la Ciénaga Grande del Bajo Sinú.

CONCLUSIÓN

El Estado colombiano, posee sin duda alguna una gran problemática en materia de tierras, ello en razón a la desequilibrada y desmedida acumulación de las mismas, por parte de algunos sectores privilegiados; por otra parte, se evidencia la irremediable y constante falta de acceso por parte de comunidades que tradicionalmente han explotado la tierra, con limitaciones adicionales, como lo son los escasos medios de producción para la adecuada exploración de las tierras, la falta de acceso a programas agrícolas, debido a la falta de formalización. Es así, como se evidencia que el precepto consagrado en el artículo 64 constitucional, no trasciende a la materialidad. Lo anterior, a pesar de los reiterados pronunciamientos de la corte constitucional, en donde además se ha destacado que, tal como se ha discutido previamente, el carácter relacional de la propiedad como derecho fundamental en la medida en que, para sectores como el campesinado, viene a determinar condiciones de vida y el consecuencia el desarrollo de derechos fundamentales.

Si bien, el acceso a la tierra no alcanza a catalogarse como un derecho inalienable y esencial de manera autónoma, si es posible distinguir que frente a campesinos, la tierra viene a convertirse en un escenario a partir del cual subsisten y trabajan, es en este sentido en donde se puede establecer su conexión; de ahí que la corte constitucional exprese frente a los atributos del derecho a "la propiedad rural en beneficio del sector campesino (…) el derecho a que el Estado adopte medidas progresivas destinadas a efectivizar el acceso a la propiedad rural y el mejoramiento de su calidad de vida, en términos de dignidad humana" (Sentencia SU-426, 2016, p. 1)

Por otra parte, otro componente que surge en esta dinámica por la tierra es el hecho de que se ha conferido la propiedad de predios baldíos a través de fallos judiciales, mecanismo que sin duda alguna no es el previsto, frente a este tipo de predios. En este sentido, es posible agregar que surge además una dificultad por parte del Estado a la hora de proteger dichos predios frente a este fenómeno de "privatización judicial de bienes públicos", y es el hecho de que no se tiene un registro o inventario de bienes baldíos con lo que además se dificulta el acceso a la tierra sobre predios sin identificar, producto de la debilidad institucional por parte de la autoridades como la Agencia Nacional de Tierras que vendría a ser la llamada a intervenir en estas problemáticas.

REFERENCIAS

Alarcón, Orlando, R., Herrera Mestra, D.A., Villeras Araujo, E.R., Cuadrado Vertel, J.B. y Méndez Hernández, L.A. (2019). *"Proceso de Formalización de Predios Baldíos Ciénaga Grande del Bajo Sinú"*. Fondo Editorial Universidad de Córdoba.

Blomley, N. (2020). *Derecho, propiedad y geografía de la violencia: la frontera, el censo inmobiliario y la grilla.* En derecho y geografía: espacio, poder y sistema jurídico (pp.591 – 340). Bogotá, Colombia: universidad de los Andes.

Corte constitucional. (1999). *Sentencia C-595.* Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-595-99.htm#_ftn8

Corte constitucional. (2015). *Sentencia C-623.* Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-623-15.htm

Corte constitucional (2016). *Sentencia SU-426.* Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU426-16.htm

Corte constitucional. (2017). *Sentencia T-407.* Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-407-17.htm

Defensoría del Pueblo. (2010). *Resolución Defensorial 058 del 29 de diciembre.* Recuperado de file:///C:/Users/cmede/Downloads/defensorial58.pdf

Fals Borda, O. (2002). "*Historia doble de la Costa: Retorno a la tierra*". Maestros de la sede, 4. Universidad Nacional de Colombia. Banco de la República. El Ancora, Bogotá.

Salazar, I. (2008). *La economía de la ciénaga Grande del Bajo Sinú: lugar encantado de las aguas.* Recuperado de https://repositorio.banrep.gov.co/handle/20.500.12134/469

Rawls, J. (1979). *La teoría de la justicia.* México D.F: Fondo de Cultura Económica.

Roa Avendaño, T. (2012). *Como el agua y el aceite.* Conflictos socioambientales por la extracción petrolera. CENSAT. Bogotá.

Secretaria del Senado de la Republica. (1991). *Constitución política colombiana.* Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

LA PENSIÒN, UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL PARA LOS COLOMBIANOS, PERO UNA UTOPÍA PARA LOS TRABAJADORES RURALES, CASO VEREDA PEDERNAL

Brayan Alexis Chaux Vargas[20]

RESUMEN

La seguridad social en pensión, es un derecho sustancial, de orden público, su satisfacción permite la calidad de vida de las personas, el respeto por la dignidad humana y cumplimiento de los fines de un Estado Social de Derecho. Por su parte, en el Estado Colombiano, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, género los nichos orientadores para constitucionalización del Derecho de la Seguridad Social, por lo cual, la pensión es considerado por conexidad como un derecho de carácter fundamental.

De igual manera, es una garantía constitucional para la población trabajadora, que permite dirimir las contingencias que se derivan de la la vejez, la invalidez, o la muerte. Sin embargo, para los trabajadores rurales acceder y cotizar para una pensión se ha convertido en una utopía, prueba de ello, son los trabajadores rurales de la vereda Pedernal, municipio del Agrado, departamento del Huila, Colombia.

Por lo tanto, el presente trabajo, es el resultado de una investigación etnográfica, en la cual, se identifica los factores que generan que los trabajadores rurales descritos, no puedan cotizar al Sistema de pensiones, para hacer efectivo este mandato constitucional.

Asimismo, se acudió al análisis jurisprudencial, para analizar los criterios que ha establecido la Corte constitucional en materia de las pensiones y trabajadores rurales.

Igualmente, se analiza el régimen de pensiones que consagra la ley 100 de 1993, estableciendo los requisitos primordiales para gozar de los beneficios de una pensión, poniendo entre dicho su efectividad. Por último, se reflexiona sobre las falencias de cobertura del sistema pensional.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social, Trabajador rural, Sistema Integral de Pensiones, Constitucionalización del Derecho.

20 Estudiante de la Universidad Militar Nueva Granada, Facultad Derecho, miembro activo del semillero de Investigación "Actualidad Laboral" de la misma Universidad.

THE PENSION, A CONSTITUTIONAL GUARANTEE FOR COLOMBIANS, BUT A UTOPIA FOR RURAL WORKERS, CASE OF PEDERNAL VILLAGE.

ABSTRACT

The social security system in pension is a substantial and public order right, that allows the satisfaction of people quality life, especially human dignity and the accomplish of the social state of law purpose. In the case of Colombia, the 1991´s national constituent assembly give the fundamentals or niches of the constitutionalizing of the social security rights, therefore the pension is considered as a fundamental rights by connection

In the same way, this is a constitutional guarantee for the working population, that allows a solution of the contingencies that arise from old age, disability or death. However, the access to a contribution to the social security system in pension form rural workers, has become an utopia; a proof of this are the rural workers of Pedernal village, municipality of Agrado, department of Huila, Colombia.

Therefore, this paper is the result of an ethnographic research, which identifies the cause factors that the rural workers described above the impossibility of contribute to the Social Security System in pension, in order to make this constitutional mandate effective. In the same way, a jurisprudential analysis was carried out to analyze the criteria established by the Constitutional Court on the subject of pensions and rural workers.

Likewise, it is analyzed the Social Security System in pension established by Law 100 of 1993, establishing the main requirements to enjoy the benefits of a pension, putting into question its effectiveness. Finally, it reflects on the shortcomings in the coverage of the pension system.

Keywords: Social Security, Rural Worker, Comprehensive Pension System, Constitutionalization of Law, Social Rule of Law.

INTRODUCCIÓN

La seguridad social es un derecho fundamental, que permite calidad de vida y desarrollo integral para la población del Estado colombiano. Su mandato constitucional, se encuentra consagrado en en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, estipulando el derecho a la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio, permitiendo constitucionalizar el derecho de la Seguridad Social en el ordenamiento jurídico Colombiano, igualmente, por jurisprudencia constitucional, es considerado como un derecho fundamental

En ese mismo contexto, la Constitución Política de 1991, fue el hito jurídico que permitió consolidar el Sistema de Seguridad Social Integral en el Estado Colombiano, prueba de ello, es la ley 100 de 1993, este mandato normativo tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad hu-

mana, mediante la protección de las contingencias que la afecten (Ley 100 de 1993, Sistema Integral de Seguridad Social, Art 1).

En esa misma linea, el Sistema de Seguridad Social Integral, brinda la cobertura en Pensiones, Salud, Riesgos Profesionales, Servicios Sociales Complementarios, lo anterior como una garantía constitucional de carácter irrenunciable, así pues, las Pensiones es el punto cardinal del presente trabajo.

En ese orden de ideas, el presente trabajo se encuentra estructurado de la siguiente manera, en primer lugar, se expone la protección constitucional que tiene el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en segundo lugar, los criterios para cotizar y acceder a una Pensión en el Estado Colombiano, igualmente, la concepción dogmática del trabajador rural y su distintiva participación en el Sistema de Pensiones. En tercer lugar, se contemplan los resultados y discusiones que se derivan de la presente investigación, por último las conclusiones del autor.

En fundamento con lo anterior, se empleó la siguiente pregunta problema: ¿ Cuáles son los factores y efectos sociales que conlleva que los trabajadores rurales, que se desempeñan como recolectores del grano de cacao de la vereda Pedernal, no coticen al Sistema General de Pensiones?.

Para pretender dar respuesta a la pregunta problema, la metodología empleada para la presente investigación, se realizó siguiendo los lineamientos teóricos de la investigación etnográfica, con un enfoque mixto, con el objetivo de identificar la afiliación y cotización al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de los trabajadores rurales que prestan un servicio como recolector del grano de cacao, asimismo, su nivel educativo.

La recolección de información se realizó durante el 02 de febrero del 2012 y el 09 de marzo del mismo año. La población seleccionada, fueron los trabajadores rurales de la vereda Pedernal, del municipio del Agrado, departamento del Huila, Colombia, la muestra se conformó por 20 trabajadores cuyas edades oscilaban entre los 45 y 55 años de edad, los cuales, prestan un servicio como recolectores del grano de cacao, este producto de origen tropical, es el componente esencial del chocolate, en el cual, los granos de cacao son las semillas del árbol Theobroma. (De La Cruz Medina & Vargas Ortiz, 2012, pág. 3). De igual manera, , para el año 2020, la población que conforma el descrito municipio son 8.937 habitantes, de los cuales, 3.187 son habitantes de la zona rural. (Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2020, pág. 1)

Para el trabajo de campo y la obtención de información, se realizaron preguntas y entrevistas de carácter abierto acorde al objeto de estudio, con la pretensión de obtener los datos para la solución de la pregunta problema,igualmente, para la representacion y analisis de los datos estadísticos se empleó el software estadístico SPSS (Statistical Package for the Social Sciences), en su versión 11.5. Las encuestas y entrevistas se desarrollaron en un lenguaje básico, evitando los aforismos jurídicos, con la finalidad de obtener empatía y confianza en los trabajadores rurales que conformaron la muestra estudiada, permitiendo de manera satisfactoria la recolección de información.

La seguridad social en Pensiones, una garantía constitucional

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991, estableció los principios rectores que son el baluarte de la seguridad jurídica del Estado Colombiano. Esta Constituyente, permitió promulgar la Constitución política de 1991, consagrando a Colombia como un Estado Social de Derecho, que se fundamenta, en la solidaridad, el trabajo, y el respeto por la dignidad humana según los postulados del artículo primero de la Constitución política de 1991.

En ese orden de ideas, la Constituyente de 1991, estipulo que la Constitución Política es la norma de normas según lo consagrado en el artículo cuarto, permitiendo tener supremacía jurídica en el ordenamiento normativo del Estado Colombiano, por lo cual, se puede considerar que el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico inició con la Constitución de 1991 (Manrique, 2014, pág. 12)

De igual forma, la Seguridad Social es un derecho de rango constitucional, que permite lograr una la calidad de vida a la población que conforma al Estado Colombiano, sus efectividad ocasiona estabilidad y garantías para satisfacer las necesidades humanas.

Asi las cosas, la Pensión es garantía constitucional que permite dirimir las contingencias que se derivan de la muerte, la vejez o la invalidez, su satisfacción permite cumplir con los fines esenciales del Estado Social de Derecho. Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia que T-398/13 manifestó que "el derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas." Es por ello, que la satisfacción del derecho a la Pensión permite cumplir con los fines del Estado Social de Derecho que consagra el artículo 1 de la Carta Política de 1991, igualmente, el no goce del derecho a la Pensión colisiona la dignidad humana, poniendo entre dicho la razón de ser de la norma superior del Estado Colombiano. Por su parte, un Estado que imposibilite acceder a su población al goce efectivo del Derecho a la pensión, es un Estado que condena a su población a la inestabilidad económica.

Asimismo, la Carta Política de 1991 estableció mecanismos jurídicos ágiles con el propósito de proteger y salvaguardar los derechos fundamentales que consagra, por ejemplo, la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la norma superior. Por lo tanto, es procedente la acción de tutela cuando se vulnere el derecho a la Seguridad Social, al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-005, 1995, ha manifestado que "el derecho a la seguridad social es fundamental en el caso de las personas que presenten alguna circunstancia de debilidad manifiesta, en razón de su conexidad con el derecho fundamental al mínimo vital y, por tanto, su vulneración puede ser conocida a través de la acción de tutela."

Por otra parte, Colombia es miembro de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), logrando que la protección de la seguridad Social en Pensiones, tenga un criterio fundamental en el marco de la filosofía del Trabajo Decente, que promueve esta Organización Tripartita, es

decir la OIT. En virtud de lo anterior, la Carta Política de 1991, en fundamento con su artículo 93, ha permitido que el Estado Colombiano haya ratificado Convenios de la OIT en materia de Seguridad Social para integrarlos al ordenamiento jurídico, prueba de ello, el C025 de 1927 - Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura).

Trabajador Rural y Pensiones

El sector rural en el Estado Colombiano, es vital para su armonía y sostenibilidad económica. Según la OIT, "la economía rural tiene un gran potencial para crear empleos decentes y productivos, así como para contribuir al desarrollo sostenible y el crecimiento económico" (OIT, 2017). No obstante, el sector rural ha tenido un abandono Estatal, lo cual ha generado, pobreza, desempleo y poblaciones rurales en estado de vulnerabilidad.

En lo referente al tema de estudio, la inestabilidad laboral es un factor clave para que el trabajador rural recolector del grano de cacao no cotice al sistema de pensiones. Es de connotar, que la recolección del grano de cacao es un trabajo temporal, el cual consiste en "la extracción del grano de la mazorca de cacao para su posterior fermentación" (Compañía Nacional de Chocolates, 2019, pág. 6)su recolección dura aproximadamente mes y medio durante los primeros 6 meses del año, lo anterior, teniendo en cuenta la variable de extensión y producción de la cosecha de cacao en la Vereda Pedernal. Esta dinámica en el sector rural, ocasiona que los trabajadores rurales se trasladen a otras veredas en busca de trabajo o contrario a ello se dediquen a otras labores del sector rural, lo anterior genera inestabilidad laboral, cuyos efectos se ven reflejados en no poder cotizar al Sistema de Pensiones.

En ese orden de ideas, la OIT en el Convenio 141 de 1975, artículo 2, numeral 1, estipula una aproximación del concepto trabajador rural, estableciendo que "la expresión trabajadores rurales abarca a todas las personas dedicadas, en las regiones rurales, a tareas agrícolas o artesanales o a ocupaciones similares o conexas, tanto si se trata de asalariados como, a reserva de las disposiciones del párrafo 2 de este artículo, de personas que trabajan por cuenta propia, como los arrendatarios, aparceros y pequeños propietarios." Bajo esa premisa, se considera que los recolectores del grano de cacao son trabajadores rurales por las características que desempeñan en la prestación del servicio.

De igual manera, los trabajadores rurales son la mano obrera que contribuyen a la producción de alimentos, su trabajo es sustancial para la consolidar un Estado con economía solidaria. No obstante, los trabajadores rurales han sido objeto de vulneraciones de derechos humanos, discriminacion y abandono estatal. En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-077/17 "ha considerado que los campesinos y los trabajadores rurales son sujetos de especial protección constitucional en determinados escenarios. Lo anterior, atendiendo a las condiciones de vulnerabilidad y discriminación que los han afectado históricamente, de una parte, y, de la otra, a los cambios profundos que se están produciendo, tanto en materia de

producción de alimentos, como en los usos y la explotación de los recursos naturales." Esta dinámica de desprotección, ha ocasionado una inestabilidad económica al Trabajador rural que no le permite la partición al Sistema General de pensiones.

Por su parte, la ley 100 de 1993, en el marco de los principios de solidaridad, universalidad, eficiencia y participación, instituye que el Sistema General de Pensiones se encuentra conformado por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). El primero, consiste en "aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas." (Ley 100 de 1993, art 31) En este régimen las personas pueden acceder a las siguientes clases de pensiones, cumpliendo con las formalidades que a continuación se describen, para obtener una pensión de vejez, cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre y 1.300 semanas (Ley 100 de 1993, art 33). De igual manera, para acceder a una Pensión De Invalidez Por Riesgo Común, se debe acreditar las siguientes condiciones, 1) Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, 2) Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma. (Ley 100 de 1993, art 39, numeral 1 y 2)

De igual manera, para obtener la Pensión de Sobrevivientes, es necesario contar con los siguientes requisitos 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento. (Ley 100 de 1993, art 46, numeral 1 y 2)

Por otro lado, el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad, es "el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados" (Ley 100 de 1993, art 59) En ese orden de ideas, la descrita ley, establece que "tendrán derecho a una Pensión de Vejez , a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente." (Ley 100 de 1993, art 64). Así mismo, este régimen también permite acceder a una pensión de invalidez por Riesgo Común y Pensión De Sobrevivientes , cuyos requisitos sustanciales son iguales a los que consagra la pensión de invalidez en Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

Por otro lado, el legislador estableció que ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones, es decir incompatibilidad de los Regímenes, según lo indicado en el artículo 16 de la ley 100 de 1993. Igualmente, el monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente (Ley 100 de 1993, art 64)

Así las cosas, durante el análisis de la ley 100 de 1993 y demas legislacion concordante, para cotizar al Sistema General de pensiones, los trabajadores con vínculo laboral sus aportes a pensión equivale al 16% del salario de los trabajadores, es decir, el 12% lo paga el empleador y el 4% el trabajador. Para los trabajadores independientes el 16% del 40% del total de los ingresos mensuales.

De igual manera, existe una obligatoriedad en cotizar al sistema General de Pensiones, para toda relación que se derive de la relación laboral o contrato de prestación de servicios, lo anterior, según lo establecido en el artículo 17 de la ley 100 de 1993. Asi mismo, la mencionada ley, crea el Fondo de solidaridad Pensional, este fondo tiene por objeto "subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, personas en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción" (Ley 100 de 1993, art 26)

Por otro lado, En el Estado Colombiano para la protección de la vejez implementó los Beneficios Periódicos Económicos (Beps), este programa no constituye una pensión, sino una protección para la vejez, "son un mecanismo individual, independiente, autónomo y voluntario de protección para la vejez, que se ofrece como parte de los Servicios Sociales Complementarios y que se integra al Sistema de Protección a la Vejez, con el fin de que las personas de escasos recursos que participen en este mecanismo, obtengan hasta su muerte un ingreso periódico, personal e individual." (Decereto 604 de 2013, art 2)

En ese orden de ideas, este programa contempla ciertas formalidades para su ingreso, por ejemplo, Ser ciudadano colombiano, y ertenecer a los niveles I, II y III del Sisbén, de acuerdo con los cortes que defina el Ministerio del Trabajo y el Departamento Nacional de Planeación (DNP). (Decreto 604 de 2013, art 3)

En fundamento con lo anterior, la dogmática jurídica del Sistema Pensional es muy técnica, lo cual, es un dilema para trabajadores rurales que conformó la muestra estudio, en razón de que el 68% no finalizó el bachillerato, el 15% finalizó la primaria básica y solo el 17% finalizó el bachillerato (obsérvese gráfica 1). Esto refleja , que el no acceso a una educación de calidad, ha conllevado que los trabajadores rurales desconocen las obligaciones del empleador en el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones, al respecto, Según el Banco Mundial, en Colombia "existe evidencia empírica que los trabajadores de bajos ingresos tienen un conocimiento reducido sobre los programas de protección social, mayormente debido a la falta de experiencia en el sector formal"

Por otro lado, la informalidad y la inestabilidad laboral en la recolección del grano de cacao se ha convertido en una costumbre en el cual, el trabajador rural es desprotegido del sistema de Seguridad Social en materia pensional. Así mismo, "En Colombia, las condiciones de

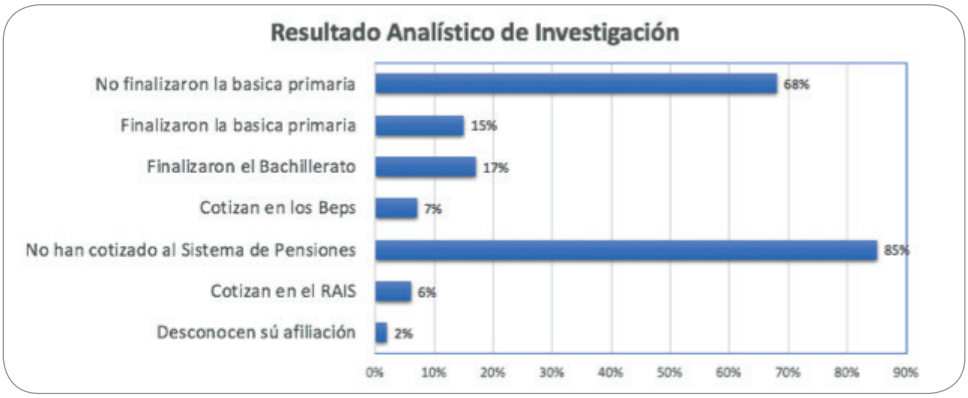
informalidad que caracterizan el empleo de los trabajadores rurales no permiten su acceso a una pensión de jubilación, debido a que los recursos económicos de los que disponen se ven condicionados por salarios variables, trabajo por temporadas, carencia de contratos formales y demás factores que hacen que el ahorro para la vejez en un fondo de pensiones no resulte viable para todos." (Benavides, 2019 , pág. 5)

Asimismo, no cotizar al sistema de pensiones conlleva a la precariedad laboral del trabajador rural, colisionando los preceptos constitucionales que consagra la Constitución política de 1991. En virtud de lo anterior, materializar el derecho a la Pensión consiste en que las personas sin estabilidad laboral, puedan realizar aportes Sistema General de Pensione, sin descuidar sus necesidades vitales, por ejemplo, su alimentación o el sustento de su nucleo familiar.

Por otro lado, no cotizar al Sistema de Pensión ocasiona un desbalance económico, así mismo, "Colombia ha sido un país que no ha tenido una política pública clara sobre los problemas de sostenibilidad económica y la cobertura de los derechos pensionales del adulto mayor, reconociendo pensiones exageradamente altas a un porcentaje muy bajo de la población en edad de jubilación, y dejando por fuera una gran mayoría desamparada, ahondando el problema de la desigualdad social en el país." (PÉREZ DE LA ROSA, 2016, pág. 8) Es por ello, que es de gran vitalidad que los trabajadores rurales tengan acceso a un salario digno, permitiendo realizar sus aportes al Sistema General de Pensiones.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En fundamento con lo expuesto, en el análisis estadístico de las encuesta se evidencia que el 85 % de la muestra estudiada no ha cotizado durante su vida laboral al Sistema General de Pensiones, el 6% cotiza en el Régimen de de Ahorro Individual con Solidaridad, el 7% ahorra en los Beneficios Economicos Periodicos (obsérvese gráfica 1). Estos Resultados, ponen entre dicho los principio de universalidad y participación que consagra la ley 100 de 1993, igualmente, colisiona los fines del Estado Social de Derecho.



Gráfica 1

Fuente: elaboración propia del trabajo

Por su parte, siguiendo los preceptos filosóficos del "deber ser", el Sistema Pensional de Colombia se contrasta con la realidad social del trabajador rural. En ese orden de ideas, hacer efectivo el derecho a la Pensión, no consiste solamente en acceder a los beneficios económicos que brinda, sino también, en que una persona sin importar la profesión u oficio que ejerza pueda cotizar al Sistema Pensional, esto demuestra, que la cobertura en el sistema de pensiones en el Estado Colombiano es deficiente, esto ocasiona un déficit fiscal para el Estado Colombiano, en razón de que su sistema pensional es progresivo, asimismo, se fundamenta en el principio de solidaridad.

En efecto, esta garantía constitucional, se puede convertir en una utopía para los trabajadores rurales de la vereda Pedernal, en razón, de que la recolección del grano de cacao es un trabajo inestable, el salario del trabajador rural objeto de estudio, depende de los kilos de grano de cacao que recoja, lo cual, es utilizado para el cubrimiento de sus necesidades básicas y de su núcleo familiar.

Esto representa, una desprotección social, que conlleva que los Trabajadores rurales no coticen al Sistema de Pensiones, lo que significa que en su etapa de vejez serán personas en Estado de vulnerabilidad. Por otro lado, el 6% de los trabajadores rurales que cotiza en el Régimen de de Ahorro Individual con Solidaridad lo hacen de manera intermitente, es decir, cuando existe una mayor producción en las cosechas de cacao, es un mayor ingreso económico, que les permite cubrir sus necesidades básicas y cotizar el sistema de pensiones, igualmente, durante los últimos tres años no han realizado sus respectivos aportes, esto obedece a los cambios climáticos en la región que han conllevado a la sequía de ciertos cultivos de cacao. En cambio, el 7% cotiza durante los últimos tres años a los Beps, es de connotar que este programa no constituye una pensión, es un servicio social complementario que instituye la ley 100 de 1993, que permite una garantía económica para salvaguardar la vejez que permita una calidad de vida en el marco de la dignidad humana, no obstante, se puede considerar "que no es otra cosa que el reflejo de un fallido sistema General de Pensiones, que no brinda las garantías mínimas para lograr una pensión y ofrece este tipo de opciones con el fin de cubrir una mínima parte de estas falencias" (DANIEL FELIPE HERRERA ANDRADE, y otros, 2014, pág. 40)

Los Beps, debe ser un programa subsidiario con enfoque social, es decir, que no sea un programa que pretenda cubrir las problemáticas que se derivan del Sistema Pensional Colombiano. El Estado Colombiano, debe realizar una reforma al Sistema de Pensiones, en el cual, comprenda que los ingresos económicos del trabajador rural al trabajador formal de la ciudad no son iguales, por su parte, la informalidad, la inestabilidad laboral son factores que conllevan a la precariedad laboral, que son óbices que imposibilidad al trabajador rural cotizar al sistema de pensiones, prueba de ello, los trabajadores rurales recolectores del grano de cacao de la vereda Pedernal.

CONCLUSIONES

La Carta Política de 1991, permitió consolidar la Seguridad Social como un derecho de carácter fundamental, permitiendo la procedencia mecanismos constitucionales como por ejemplo la acción de tutela para protegerla. Por su parte, su desde su promulgación, la Corte Constitucional, ha asumido un rol garantista, prueba de ello, catalogar al trabajador rural como sujeto de especial protección, estableciendo criterios que permitido amparar los derechos que se derivan de la Seguridad Social, como las Pensiones, a esta población trabajadora.

La Constitución Política de 1991, consolidó una ordenamiento jurídico robusto en materia pensional, con un enfoque garantista, esto ha permitido una serie de garantías constitucionales cuya efectividad conllevan a la armonía económica e institucional del Estado Colombiano.

En relación con la síntesis de la pregunta problema, la informalidad e inestabilidad laboral, el no acceso a un salario digno, son factores sociales que causan que los trabajadores rurales que conformaron la muestra de estudio en el presente trabajo, no puedan cotizar al Sistema General de Pensiones. Esto presenta un dilema para el Estado Colombiano, en primer lugar, estos factores aumentan la probabilidad que estos trabajadores, no puedan cotizar, para asimismo en su vejez gozar de los beneficios de ser pensionado en un país como Colombia, asimismo, la calidad de vida en el marco de la dignidad humana se puede contrastar en el etapa de vejez, pues será una población con inestabilidad económica que no le permitirá la satisfacción de las necesidades humanas.

Por otro lado, los Beps son un medio para solventar las necesidades para una persona que no pueda cotizar al Sistema de Pensiones o contrario a ello, no cumpla con los requisitos para acceder a la pensión, puede ser una garantias sustancial para las personas que no perciben un salario digno, sin embargo, los beps no pueden ser utilizados como un medio para cubrir las fallas del regimen de pension.

Esta protección constitucional de la Seguridad Social en Pensiones, no debe ser excluyente para los trabajadores rurales, que a pesar de la precariedad laboral que suscitan siguen trabajando en el campo para recoger los alimentos, como por ejemplo, los granos de cacao, que es un ingrediente esencial para producir el chocolate.

Por ultimo, acceder a una pensión, no consiste solamente en que una persona acceda a sus beneficios económicos, sino que le permite cotizar sin descuidar sus necesidades humanas. El Estado Colombiano necesita una política pública con austeridad económica, para solventar el déficit fiscal y económico que tiene el Sistema Pensional en Colombia, para así mismo, que el derecho a la Pensión no sea un ideal inalcanzable, sino una garantía efectiva del Estado Social de Derecho, permitiendo al trabajador rural en su etapa de vejez gozar de una pensión digna, con estabilidad económica para el cubrimiento de sus necesidades básicas.

REFERENCIAS

Ley 100 de 1993. (Art 1). Sistema Integral de Seguridad Social. Bogotá D.c, Colombia.

Manrique, W. Y. (2014). *La Constitucionalización Del Derecho En El Ordenamiento Jurídico Colombiano.* Vniversitas, 12-36.

Manrique, W. Y. (2014). L*A CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.* Vniversitas, 12-36.

OIT. (2017). *Economía rural.* Obtenido de https://www.ilo.org/global/topics/economic-and-social-development/rural-development/WCMS_546253/lang--es/index.htm

Compañía Nacional de Chocolates, S. (2019). *Cosecha, Beneficio y calidad del grano de cacao.* 6-36.

Ley 100 de 1993. (art 31). Sistema de Seguridad Social Integral.

Ley 100 de 1993. (art 33). Sistema de Seguridad Social Integral.

Ley 100 de 1993. (art 39, numeral 1 y 2). Sistema de Seguridad Social Integral .

Ley 100 de 1993. (art 46, numeral 1 y 2). Sistema de Seguridad Social Integral .

Ley 100 de 1993. (art 59). Seguridad Social Integral.

Ley 100 de 1993. (art 64). Seguridad Social Integral.

Ley 100 de 1993. (art 64). Seguridad Social Integral.

Ley 100 de 1993. (art 26). Seguridad Social Integral .

Decereto 604 de 2013. (art 2).

Decreto 604 de 2013. (art 3). *Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos.* Periódicos (BEPS).

Benavides, Y. A. (2019). *Diseño de un programa de educación financiera rural en la vereda Pueblo Viejo, municipio de Chocontá: un enfoque en el ahorro para la vejez*. 5-61.

DANIEL FELIPE HERRERA ANDRADE, y otros. (2014). *¿BENEFICIOS ECONOMICOS PERIODICOS: UNA ALTERNATIVA PARA LA VEJEZ DIGNA DE LOS MÁS VULNERABLES?* Universidad Libre de Colombia, 40-76.

De La Cruz Medina & Vargas Ortiz. (2012). *CACAO: Operaciones Poscosecha. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura*, 2-78.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística, D. (2020). *Censo Nacional de Poblacion y Vivienda.* Agrado-Huila: Gobierno de Colombia.

PÉREZ DE LA ROSA, S. E. (2016). *La sostenibilidad económica del sistema pensional en Colombia.* 1-8.

VIABILIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL VOTO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA

Priscila Obregón Sánchez[21]

RESUMEN

El objetivo de este texto es determinar la conveniencia de la implementación del voto electrónico en el sistema electoral colombiano. Se entenderá el voto electrónico como una transformación producto de la industria 4.0.

En la actualidad, este tema cada día cobra más fuerza gracias a su carácter digital, pues lo que algunos ven cómo un avance, símbolo de participación real ligada a una mayor fuerza de alcance, otros ven la decadencia de un sistema fruto de la desconfianza, es aquí donde está el verdadero reto de la implementación de un sistema electrónico de votación; lograr la confianza del pueblo para no decaer en un abstencionismo generalizado.

El trabajo fue desarrollado mediante recursos investigativos con un enfoque cualitativo y recurre a una técnica de recolección de datos de carácter documental. A su vez, la investigación, es de tipo predictiva, y socio-jurídica.

Para dar con el objetivo del texto se partirá de dos premisas principales, en primer lugar, se estudiará la transformación de la democracia como concepto y sus diferentes mecanismos de votación, en segundo lugar, tratará el concepto de democracia, sistema electoral y voto en Colombia donde se hará un análisis normativo de voto y voto electrónico y se estudiará como las condiciones socioeconómicas influyen en la implementación de un nuevo sistema de votación. De esta manera se pretende a partir de la organización y el funcionamiento del sistema electoral colombiano llegar a la conclusión de que tan conveniente sería implementar un sistema de votación electrónica.

PALABRAS CLAVE: Industria 4.0; Ciber democracia; Sistema Electoral; Voto Tradicional; Voto Electrónico; Tecnologías Disruptivas.

21 Estudiante de derecho de la Universidad de Medellín

VIABILITY OF THE IMPLEMENTATION OF ELECTRONIC VOTING IN COLOMBIA

ABSTRACT

The objective of this text is to determine the convenience of the implementation of electronic voting in the Colombian electoral system. Electronic voting will be understood as a transformation product of Industry 4.0.

Right now, this issue is gaining strength every day thanks to its digital nature, since what some see as progress, a symbol of real participation linked to a greater outreach force, others see the decline of a system as a result of mistrust, This is where the real challenge lies in the implementation of an electronic voting system; to gain the confidence of the people so as not to decline into a generalized abstentionism.

The work was developed through investigative resources with a qualitative approach and it uses a documentary data collection technique, At the same time, it is predictive, and socio-legal.

To find the objective of the text, we will start from two main premises, in the first place the transformation of the concept of democracy will be studied and its differents voting mecanisms, secondly it will deal with the concept of democracy, electoral system and voting in Colombia where a normative analysis of voting and electronic voting will be made and finally, an analisis will be made of how the socioeconomic conditions influence the implementation of a new voting system. In this way, it is intended from the organization and operation of the Colombian electoral system to reach the conclusion that it would be convenient to implement an electronic voting system, or failing that, what kind of voting system would be the most optimal.

KEYWORDS: Industry 4.0; Cyberdemocracy; Electoral system; Traditional Vote; Electronic Voting; Disruptive Technologies.

INTRODUCCIÓN

El objetivo general de este texto es determinar la conveniencia de la implementación del voto electrónico en el sistema electoral colombiano y pretende a lo largo del texto analizar la aparición de la ciber democracia como un producto de la transformación digital y determinar en qué medida es abarcada por el concepto tradicional de democracia, también pretende estudiar los mecanismos de votación en retrospectiva, determinar los cambios que ofrece la tecnología en materia electoral y comparar el voto tradicional con el voto electrónico, en esta misma línea, introduce la urna electrónica y el e-voto cómo variantes del voto electrónico. Por otro lado, trae un análisis normativo tanto de voto cómo de voto electrónico partiendo principalmente del código electoral y la Constitución política de 1991, también pretende estudiar las condiciones en las que se encuentra el país y cómo estas influyen en la implementación de

una nueva modalidad de voto. A su vez, tiene como fin dar respuesta a la siguiente pregunta ¿Es el voto electrónico la modalidad de votación más viable para el sistema electoral colombiano? Es importante para la finalidad del texto, partir de cómo la aparición de la democracia como sistema sociopolítico trajo consigo la posibilidad de poder acceder a una mejor calidad de vida, mediante nuevas oportunidades de participación ciudadana, sin embargo, con la aparición de nuevas tecnologías y la llamada "industria 4.0" la democracia avanza a la par con el resto de la humanidad y se transforma en lo que algunos llaman "ciber democracia", cómo es de esperarse, el mecanismo de participación fundamental para un estado democrático; el sufragio, avanza a la par y surge un nuevo mecanismo de votación, llamado "voto electrónico".

1. TRANSFORMACIÓN DEL CONCEPTO DEMOCRACIA

En este apartado se analizará, en primer lugar, que abarca la democracia cómo concepto y su transformación en ciber democracia, y pretende determinar cuál sistema trae más beneficios que perjuicios. (A) En segundo lugar, se estudiarán los cambios que las tecnologías producen en los sistemas de votación mediante un paralelo entre voto tradicional y voto electrónico y finalmente, estudiará los mecanismos con los que cuenta la ciber democracia en términos de voto electrónico (B).

A. Democracia y ciber democracia

La democracia (1), desde su creación ha tenido diferentes transformaciones, mediante las cuales se ha logrado adaptar a las diferentes necesidades de una población determinada. Hoy en día, producto de la industria 4.0, la democracia se digitaliza (2) y se adapta a las nuevas necesidades de una sociedad completamente computarizada donde la tecnología es un medio para cualquier fin, de esta manera surge la llamada "Ciber democracia" (3) este apartado pretende concluir en términos generales parcialmente cuál forma de democracia es más viable (4).

La democracia: definición, principios y clasificaciones

El término democracia hace referencia a una forma de gobierno en la cual la soberanía es ejercida por el pueblo, mediante diferentes mecanismos de participación; el sufragio universal, libre y secreto es de todos el más esencial, esto por ser insustituible, es decir, sus funciones y todo lo que representa no puede ser reemplazado, por medio de este se garantiza el correcto funcionamiento del estado, entendiéndose esto como una consecuencia del ejercicio legítimo de la soberanía. (Sistema de Información Legislativa, 2010) Por otro lado, al concepto "democracia" se le atribuye la definición de una forma específica de gobierno, sin embargo, esto no significa que este sistema se implemente igual en todas partes, ya que está indirectamente ligado a las características sociales y culturales de cada población. (Consejo Europeo, 2017). A raíz de esto surgen diferentes

clases principales de democracia: En primer lugar, la representativa o indirecta, en segundo lugar, la democracia participativa y en tercer lugar, la democracia directa. (Rodríguez Burgos, 2014)

La transformación digital como agente de evolución de la democracia

Con la llegada de la industria 4.0 y la llamada digitalización de las cosas o "transformación digital" la forma de ver el mundo cambia, pues los modos por medio de los cuales se llevaban a cabo diversas actividades cambiaron, por ende, la percepción que se tenía tiende a variar e inminentemente influirá en el resultado de dichas actividades. Cuando se habla de democracia es indispensable relacionarlo con una forma de gobierno donde el poder es ejercido por el pueblo, ya sea de manera directa o indirecta. Ahora bien, es importante pensar en el cómo, ¿cómo el pueblo ejerce este poder? La respuesta se puede encontrar en los sistemas de participación, pero más enfáticamente en el sufragio universal; el derecho al voto, este es una manifestación de la libertad individual, el cual es ejercido mediante procesos de votación, proceso que dependerá del sistema electoral. Desde la consolidación de la democracia cómo sistema sociopolítico se adoptó un sistema de votación "manual" el cual en términos muy generales consiste en dirigirse a un puesto de votación, emitir el voto en una papeleta e ingresarlo en una urna. Con la llegada de la transformación de las cosas, se renueva la democracia y transforma los mecanismos para ejercer el poder, entre ellos; el sufragio universal, ahora bien ¿cómo renueva la digitalización el voto manual? de esta transformación surge el llamado "voto electrónico" donde el voto pasa de lo manual a lo electrónico, deja a un lado la necesidad de la presencialidad. Es importante, para finalizar, destacar que la industria 4.0, no ha sido la única que le ha presentado avances y mejoras al sistema, aunque se puede decir que las 3 primeras revoluciones industriales estuvieron más enfocadas en la evolución conceptual y a qué sectores de la sociedad debía abarcar, mientras que la 4 se centra en transformar el modus operandi. (Rifkin, 2011)

La ciber democracia

Se entiende por ciber democracia, todo proceso democrático que, gracias a la cuarta revolución industrial, ha cambiado su manera de llevarse a cabo con el fin de aumentar su productividad, es decir, la esencia de la democracia no sufre alteraciones, es decir, sus principios generales no se modifican. Esta ciber democratización, trajo consigo nuevas formas de concebir los mecanismos de participación, es decir, se transformaron los modos de ejecución, y es así cómo surge la llamada "automatización de la democracia", estas son algunas de las tareas que se pueden digitalizar: La planeación, conservación de registros electorales; la verificación y conteo de firmas para una postulación, la fiscalización y revelación de contribuciones y gastos de campaña, el registro de electores, la identificación de los electores en los sitios de votación, el manejo del voto en ausencia, el registro de votos, conteo de papeletas y transmisión de escrutinios locales a los cen-

tros de escrutinio, entre otros. (Red de Conocimientos Electorales, 2021) Ahora bien, en cuanto a los beneficios que ofrece la ciber democracia sobre la democracia convencional, se puede reducir en la palabra "simplificar", ¿por qué simplificar?, porque una democracia digitalizada permite, en primer lugar, facilitar el acceso a información estatal a mayor parte de la población y en esta misma línea solicitar información y recibirla por los mismos medios, en segundo lugar permite agilizar procesos, es decir, los procesos se podrán llevar a cabo vía digital, por otro lado permite un mejor manejo de recursos estatales, pues en términos de largo plazo, la inversión será cada vez más baja. Ahora, en cuanto a los perjuicios que presenta la ciber democracia frente a la democracia tradicional, se centra principalmente en desigualdad y riesgos. En cuanto a la desigualdad, no es un secreto que las TIC´s han ratificado las brechas sociales, ya que la mayoría de la población de bajos/nulos ingresos, al igual que la población rural tienden a no tener accesibilidad a internet o a dispositivos tecnológicos, es por esto que los índices de participación de estas poblaciones tenderían a disminuir. Por otro lado, en cuanto al riesgo, en primer lugar, está la vulnerabilidad de la privacidad, en segundo lugar, está la posible pérdida de poder estatal por estar situado en un territorio "no definido" y en tercer lugar está la probabilidad de sufrir intromisiones que pretendan sabotear las elecciones o de alterar los resultados. Todo esto genera altos índices de desconfianza en la población lo cual puede desembocar en el abstencionismo.

Hacia dónde ir: ¿Democracia o Ciber democracia?

En términos generales, se puede concluir que el modelo que ofrece más beneficios que perjuicios es la ciber democracia, principalmente porque conserva todos los beneficios de un sistema democrático tradicional y se le adicionan más, a su vez los perjuicios que se plantean allí son en primer lugar los mismos perjuicios que tendría un modelo democrático tradicional y por otro lado son principalmente de carácter hipotético. (Ver A.3 supra). Es importante tener en cuenta que el contexto general de cada sistema electoral puede generar variaciones en lo presentado, la conclusión anterior se hace netamente a partir de la teoría general.

B. Mecanismos de votación en retrospectiva

Este apartado tiene como fin analizar los mecanismos de votación, en primer lugar, se estudiarán los cambios producidos por la transformación digital (1), en segundo lugar, se hará una comparación entre el sistema de voto tradicional y el electrónico, (2), posterior a esto se pretende hacer una conceptualización sobre los mecanismos de votación que trae el voto electrónico que son (3), esto para determinar cuál de las dos modalidades de voto (tradicional o electrónico) es más benéfico.

Cambios que ofrece la tecnología a los procesos y sistemas electorales

La tecnología le proporcionó a la democracia y a sus mecanismos, la posibilidad de

abrirse a nuevas modalidades que pueden constituir un sentido de participación real. Los recursos tecnológicos permiten entonces que tanto los procesos cómo los sistemas electorales sean modificados en aras de un bien común, es decir, los modifica para abarcar más y hacerlo mejor, ¿cómo se hace mejor? haciéndolo más eficaz, más económico y transmitiendo más confianza a los votantes.

Problema del voto: tradicional y electrónico

El objetivo de este apartado es establecer un paralelo entre el voto tradicional y el voto electrónico donde se analizarán los problemas que acarrea cada una de estas modalidades. Ahora bien, entrando en materia, se puede entender por voto, cómo la manifestación de la opinión pública. Es un derecho fundamental cuya función es garantizar la participación cómo elemento principal de un estado democrático. (Oxford, 2020) Es el mecanismo mediante el cual los ciudadanos de determinado territorio participan de la vida política. Es libre y secreto. De esta manera se entiende cómo voto tradicional, el medio por el cual se lleva a cabo dicha manifestación, en este se requiere de la presencia física de la persona; esto se hace mediante una citación previa en un lugar y una fecha determinada, a su vez requerirá de la presencia de jurados de votación, ministros de fe, y demás. (Padrón Pardo, 2018)

Por otro lado, se entiende voto electrónico cómo una transformación del voto tradicional cómo resultado de la 4 revolución industrial, este tiene las mismas atribuciones, pero varía su modalidad, es decir, tanto el sistema de votación cómo el sistema de conteo de votos presenta cambios en su modus operandi. (Red de Conocimientos Electorales, 2020) Ahora que ya se tienen los conceptos básicos de cada uno se hará un paralelo en cual se pretende comparar las características constitutivas de un modelo de votación, necesarias para que sea viable, entre las cuales están: eficacia, agilidad, capital invertido, transparencia, índices de participación y confianza, se pretende determinar cuál cumple en mayor medida cada una de estas. En primer lugar, en cuanto a la efectividad, se podría decir de manera general que el más eficaz teniendo en cuenta su agilidad y cabida a márgenes de error es el voto electrónico en cualquiera de sus dos modalidades, esto ya que presenta en primer lugar un modus operandi mucho más sencillo, esto se debe a que en el voto tradicional o manual, todos los aspectos deben de funcionar casi que con perfecta coordinación o el proceso cómo tal puede verse afectado, en cambio en el voto electrónico estos aspectos disminuyen considerablemente, esto gracias a que el sistema digital se encarga de la mayoría de los aspectos, esto a su vez, contribuye a que las posibilidades de descoordinación sea mucho más inferior y en el caso excepcional de que se dé, esta sería del personal, pues el sistema cómo tal está hecho precisamente para evitar irregularidades, por ende este no se puede descoordinar con el mismo sistema. En segundo lugar, requiere de una organización logística menos compleja y menos extensiva, esto en el sentido de que aunque sí es un proceso complejo el de crear un

algoritmo para llevar a cabo una votación y todo lo que esta conlleva, esto no es algo que se tiene que hacer de manera repetitiva en cada proceso electoral, pues ese algoritmo después de creado se puede ir adaptando a las circunstancias, según esto el proceso se desenvuelva con mayor agilidad, y gracias a que limita la intervención humana, disminuye los márgenes de error y los vuelve casi nulos, ligados únicamente al excepcional caso de fallas sistemáticas. En segundo lugar, en cuanto al capital invertido, respecto al voto tradicional, la inversión debe de hacerse de manera repetitiva, es decir, en cada proceso electoral hay que financiar los mismos aspectos; urnas, papeletas, citaciones, y todo lo que conlleva un proceso electoral. Esto hace, que en términos de largo plazo la inversión no se verá reducida ni incrementada de manera significativa. Por otro lado, el sistema de voto electrónico, aunque sí supone una mayor inversión inicial comparado con la financiación de un periodo electoral tradicional, en términos de largo plazo este se verá reducido, ya que la financiación no es repetitiva cómo en el sistema de voto tradicional, sino que es una inversión de una sola vez que permite ser utilizada en demás eventos electorales con modificaciones mínimas en caso de ser necesarias. Esto, nos permite concluir que el sistema de votación que requiere de una menor financiación es la modalidad de voto electrónico, puesto que esta, aunque en términos de corto plazo será mayor que la de una modalidad tradicional, en términos de largo plazo, en comparación con la tradicional esté se verá reducido mientras que el otro se mantendrá, con variaciones no significativas, entonces, en términos de largo plazo, la modalidad tradicional será mayor a la electrónica. En tercer lugar, en cuanto a la confianza reflejada por el sistema, se partirá de la premisa de que los índices de participación son una consecuencia de la confianza proyectada en los ciudadanos por el sistema, en este punto se tendrá la transparencia cómo factor fundamental en la producción y transmisión de confianza, a su vez, se mirará esta como producto de la representatividad y la inclusión y se analizará el abstencionismo cómo ausencia de las anteriores. Una de las principales causas de abstención es la falta de representatividad y de inclusión que emiten los candidatos, esto es un problema que va más allá de la modalidad de voto, por lo cual puede afectar a los dos sistemas en la misma medida. Ahora bien, en cuanto al voto tradicional, los índices de participación generalmente bajan por la necesidad de traslado para efectuar el proceso. Por otro lado, algunas personas encuentran el proceso de inscripción de la cédula cómo un proceso tedioso y difícil de llevar a cabo, aparte de que se anuncia con poco tiempo y la información no es de fácil acceso para comunidades rurales, por ende, no lo hacen.

En cuanto al voto electrónico, generar confianza es su problema principal, a raíz de esto muchos países han prohibido la implementación de este. El voto electrónico genera desconfianza en la medida en la que no cuenta con garantías en cuanto a: la protección de datos personales, a que su voto sea realmente secreto, esto ya que el proceso de autentificación es en el mismo medio en el que se emite el voto, por otro lado, dada la forma en la que funciona el algoritmo, una vez emitido el voto este se cuenta de manera auto-

mática y al final se da un resultado del número total de votos contados por el sistema, por lo cual no se puede volver a contar, A su vez, el sistema de e-voto podría aumentar las brechas de desigualdad, ya que un gran número de personas no cuentan con accesibilidad a internet o a dispositivos móviles. Es por esto, que lo ideal, mientras que esta brecha siga existiendo y no se pueda garantizar el acceso a las plataformas de toda la ciudadanía sería implementar un sistema mixto.

Los mecanismos de la ciber democracia

Este apartado pretende conocer la diferencia y la funcionalidad de los mecanismos principales de la ciber democracia en cuanto a procesos electorales, por un lado, se estudiará la urna electrónica (a) y sus atribuciones, por el otro lado se estudiará el e-voto (b) y lo que abarca este concepto.

a. Urna Electrónica

La urna electrónica se considera una variante del voto electrónico porque, aunque sí requiere la presencia física de la persona, la forma de emitir el voto es digitalizada, algunas de estas urnas funcionan con papeleta manual, pero con un lector óptico que lee y almacena el voto, cómo también existen urnas que son completamente digitalizadas y el voto se emite en la pantalla de la urna. (Ver B.2.a supra).Para esto se necesita la presencia de personal especializado en el funcionamiento y mantenimiento en los lugares de votación. (Barrientos del Monte, 2007)

b. E-Voto

En esta modalidad la presencia física de la persona en los puestos de votación, no es necesaria, ya que el voto se emite de manera remota y solo se requeriría de un dispositivo móvil y de conectividad a internet. Para este se debe de hacer un proceso previo a la jornada electoral, pues mediante una plataforma especializada para esto, se debe de hacer la inscripción con los datos personales del votante, se crea un usuario con una contraseña y posteriormente podrá ingresar el día de las elecciones, selecciona la opción de preferencia y de esta manera la plataforma encripta el voto, se va haciendo un conteo automático para posterior a la hora de cierre de las mesas, es decir, de la plataforma, se emitirá el resultado por parte del algoritmo, en esta parte es importante enfatizar en que es un sistema que funciona mediante un algoritmo y no necesita de la intervención humana, esto permite reducir los márgenes de error a la hora del conteo de votos, en cuanto a las auditorías, el sistema sí permite auditar el proceso electoral la eficiencia o deficiencia de esta dependerá de la previa programación y diseño del software y por ende de la auditoría cómo tal. (Barrientos del Monte, 2007)

CONCEPTO DE DEMOCRACIA, SISTEMA ELECTORAL Y VOTO: COLOMBIA

Este apartado pretende analizar las normas existentes que regulan el voto en Colombia (A), por otro lado, pretende analizar por un lado las condiciones socioeconómicas de la población y por otro lado qué normativas existen alrededor del voto electrónico (B).

1. El Voto en Colombia: análisis normativo

En Colombia, el voto está reglamentado por diferentes normativas, entre ellas destacan las establecidas en la constitución colombiana y el código electoral, allí se establece el voto cómo un mecanismo de participación democrática (artículo 103 C.P), cómo un derecho y un deber ciudadano (artículos 5 y 6 del código electoral, artículo 258 C.P y artículo 1 de la Ley 403 de 1997), también, se determinan las obligaciones que tiene el Estado en materia electoral, se determinan las regulaciones con las que se deberá regir un proceso electoral y las funciones generales de la organización electoral, a su vez, se establece que se puede implementar el voto electrónico con el fin de agilizar y mejorar procesos, también le otorga la atribución de ser secreto. (artículo 258 C.P). Por otro lado, le atribuye al voto la característica de universalidad, determina que solo aquellos que sean ciudadanos Colombianos pueden ejercer sus derechos políticos (Artículo 99 de la Constitución Política) ,serán ciudadanos colombianos aquellos mayores de 18 años (Artículo 3 del código electoral).En esta misma línea se establece que los miembros de la fuerza pública (Artículo 219 C.P), quienes tengan suspendidos sus derechos políticos y aquellos que no se hayan inscrito previamente en el censo electoral (Artículo 8 del código electoral).

En conclusión, en Colombia el voto es universal (ya que todos los ciudadanos tienen la facultad para votar); igualitario (el voto de todos los ciudadanos tendrá el mismo peso, por lo cual sólo podrán hacerlos 1 vez); programático (quienes eligen, imponen el mandato al elegido); secreto (ya que la normatividad colombiana exige que se vote en cubículos individuales, esto con el propósito de garantizar privacidad) y facultativo. (Constitución Política, 1991)

2. Voto Electrónico En Colombia

Este apartado pretende analizar las condiciones con las que cuenta Colombia ante la posible implementación del voto electrónico, estas condiciones se estudiarán desde 2 perspectivas; socioeconómica y normativa (1), posterior a esto, se estudiará la normativa existente en el país que tengan cómo fin regular la implementación del voto electrónico (2).

A. Condiciones de Colombia para implementar el Voto electrónico

En este punto se hará un análisis de las condiciones socioeconómicas del país y de los índices de accesibilidad a conexiones de internet con el fin de determinar si Colombia cuenta con las condiciones para implementar un sistema de votación electrónica, ya sea un sistema de urna electrónica o de e-voto.

Condiciones socioeconómicas

En primer y lugar el índice de pobreza en Colombia para el año 2020 aumentó en el 42, 5% de la población, es decir, 3,6 millones de colombianos ingresaron a la situación de pobreza por la crisis causada por la pandemia producto del COVID-19.(La República, 2021b) (DANE, 2021) En segundo lugar, según Forbes "Colombia es el país más desigual de América Latina", esto con base en el informe anual del Índice de Desarrollo Regional para Latinoamérica (Forbes Staff, 2020). En tercer lugar, para el año 2020 el 69% de la población colombiana es decir 35.00 millones de colombianos tenían acceso a internet, según esto 15,61 millones de colombianos lo cual equivale al 31% de la población total no contaban con accesibilidad a internet, por otro lado, el 119% tenía conexiones en celulares, esto, no quiere decir que cada persona en Colombia tuviera acceso a un celular ya que gran parte de la población cuenta con más de una línea. (Medina, 2020) Según esto, se puede concluir que la influencia que tienen estos factores en la implementación de un sistema de voto electrónico, es que, en primer lugar, tratándose de una modalidad de e-voto 15,61 millones de colombianos no podrían acceder a la plataforma con la que se ya que no contarían con la accesibilidad a internet para poder conectarse. Por otro lado, para las personas en condición de pobreza que cuentan con accesibilidad a internet la implementación de una modalidad de e-voto supondría un ahorro en sus ingresos pues ya no se verían en la necesidad de desplazarse de un lugar a otro. En segundo lugar, tratándose de una modalidad de urna electrónica esta no contaría con el ahorro de ingresos de movilidad para personas de bajos recursos, pues todavía será necesaria su presencia en las mesas de votación, sin embargo, las personas que no cuentan con accesibilidad a internet podrán ejercer su derecho al voto. En tercer y último lugar, todos estos factores, en caso de no ser regulados a la hora de implementar una modalidad de voto electrónico, solo generarían un aumento de las brechas de desigualdad en Colombia. Es por esto que se llega a la conclusión de que un modelo de votación electrónica mixta es lo más conveniente para estas circunstancias, es decir, implementar ambos modelos, tanto el e-voto como la urna electrónica ya que permitiría que las personas que no tienen accesibilidad a internet puedan dirigirse a los centros de votación y al mismo tiempo, que las personas puedan emitir el voto de manera remota.

2. Normativa existente sobre voto electrónico

En Colombia las normativas que buscan regular el voto electrónico son bastante limitadas, por ejemplo, en la constitución política de 1991 se habla sobre esta modalidad de voto en el artículo 258, parágrafo 2, donde se establece que este podría implementarse con el fin de volver el sistema más ágil y más transparente. Adicional a esto, en el año 2004 se expidió una ley; la ley 892 de 2004, la cual estableció que Colombia debía incorporar en su sistema electoral el voto electrónico a partir del 2009 sin embargo, no hubo pronunciamientos por parte de las entidades encargadas, por lo cual en el 2011 se reiteró

lo establecido allí mediante el artículo 39 de la Ley 1475 de 2011, como resultado de esta se fijó un nuevo plazo para su implementación, este nuevo plazo fue el 2014, en el 2014 la historia se repite de nuevo, las autoridades encargadas justificaron el desacatado repetitivo en cuanto a la implementación del voto electrónico con la falta de recursos para financiarlo. Hasta este punto se puede decir que para la fecha Colombia no contaba con la legislación suficiente para implementar un sistema de votación electrónica, pues el código electoral en específico y de manera general todas las normativas que regulan un proceso electoral estaban hechas a partir del funcionamiento de un modelo completamente diferentes, por lo cual, implementar una nueva modalidad de voto sin tener unas regulaciones lo suficientemente sólidas daría cabida a muchas posibles irregularidades en el desarrollo de las actividades electorales, sin mencionar los índices de desconfianza que esto generaría, es por estas razones que se puede llegar a decir que el estado debió haber procurado las ya mencionadas regulaciones desde el año 2004 si sus intenciones eran realmente implementar un sistema de votación electrónico, o en su defecto en el año 2009.(Sotaquirá, n.d.) Sin embargo, en el año 2020 se radica el proyecto de ley 234 que buscaba modificar el código electoral, en este, el artículo 143, establece las modalidades de voto que se podrían estar implementando en el país en próximas elecciones, esto de la siguiente manera; el voto podrá ser presencial y establece 3 modalidades de voto de manera presencial: 1. Manual; 2. Mixto y; 3. Anticipado. (Código electoral, 2020) Aunque ahora, el código electoral trae a colación diferentes modalidades de voto, no es muy claro respecto a sus regulaciones entre otras cosas cómo fraude, falta de garantías, falta de especificidad sobre el escrutinio, entre muchas más, la que más confusión ha generado ha sido todo lo relacionado respecto a la protección de datos personales y la calidad secreta del voto, esto ya que al hacer la autentificación de la personas en el mismo medio que se emite el voto (ya sea una plataforma a la que se accede de manera virtual o una urna electrónica), no existe una manera de verificar que el sistema no guarde datos personales y que el voto sea realmente secreto.

CONCLUSIONES GENERALES

Se puede concluir de manera general que el voto electrónico sí es la modalidad de votación más viable para el sistema electoral colombiano, sin embargo, después de haber estudiado las 2 modalidades mediante las cuales se puede implementar el voto electrónico, se determina que para el caso colombiano no es una cuestión de determinar que modalidad traería más beneficios que perjuicios, sino de determinar cómo un sistema mixto, donde se puedan implementar ambas modalidades sería el más ideal ya que una suprimiría los perjuicios de la otra y viceversa, dejando un modelo de votación sostenible y funcional, cabe aclarar que el modelo “ideal” es el del e-voto pero este no se puede implementar como sistema único hasta garantizar las condiciones socioeconómicas necesarias para hacerlo. Por otro lado, en cuan-

to a la regulación existente sobre este modelo de votación, se puede concluir que el código electoral colombiano no cuenta con las regulaciones necesarias para implementar un sistema de votación electrónico, aunque en la nueva versión del código electoral se menciona esta modalidad de manera explícita este no especifica como deberá de ser reglamentado y las regulaciones preexistente que trae el código electoral como tal, son basadas en una modalidad completamente ajena al modus operandi de la democracia digitalizada. Por ende, no sería viable implementar esta modalidad de votación hasta no tener unas regulaciones que sean lo suficientemente claras y concisas. Por otro lado, la desconfianza generada por el sistema de votación electrónica constituiría posiblemente el reto más grande de su implementación, pues hasta que no se logre transmitir la suficiente confianza por parte del sistema, este no se podría implementar ya que esto aumentaría las tasas de abstencionismo, deslegitimando de esta manera los resultados obtenidos.

REFERENCIAS

Constitución Política, (1991). https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf

Código Electoral, (2020). https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2020-09/P.L.E.409-2020C%3B234-2020S %28CODIGO ELECTORAL%29.pdf

González De La Garza, L. M. (2010). *Voto electrónico por internet y riesgos para la democracia.* Revista de Derecho Político. http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/9109

Civil, R. N. del E. (2014). *Así se organizan unas elecciones.*https://www.registraduria.gov.co/Asi-se-organizan-unas-elecciones.html

López Sandoval, I. (2016). *Elección pública y análisis institucional de la acción gubernamental.* Science Direct. https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0185084916000049

Sotaquirá, R. (n.d.). *¿Qué está pasando con el voto electrónico en Colombia?* https://www.unisabana.edu.co/nosotros/subsitios-especiales/especial-campus-elige-bien/que-pasa-con-el-voto-electronico-en-colombia/

Electoral, M. de observación. (2013). Sistema Político electoral. https://participacion.mininterior.gov.co/sites/default/files/af_modulo_sistema_politico_electoral_alta_2_0.pdf

Angulo Moncayo, N. (2019). *Ciberpolítica y ciberdemocracia.* Una arqueología del prefijo ciber [Universidad central de ecuador]. https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7687/1/04-EN-Angulo.pdf

Electorales, R. de conocimientos. (2021). *Automatización de las elecciones.* https://aceproject.org/main/espanol/em/emf.htm

Rifkin, J. (2011). *La tercera revolución industrial.* http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332017000301457

La segunda revolución industrial y el nacimiento de la gran empresa. (n.d.). [Universidad de Cantabria]. https://ocw.unican.es/pluginfile.php/1213/course/section/1495/MC-II-3.pdf

Galbiatti, M. (n.d.). *Revolución industrial.* https://www.aiu.edu/resources/Proceso Administrativo/6.pdf

Electorales, R. de conocimientos. (2020). *Sistemas Electorales.* https://aceproject.org/ace-es/topics/es/onePage

Rodríguez Burgos, K. (2014). *Democracia y tipos de democracia* [Universidad Autónoma de Nuevo León]. http://eprints.uanl.mx/8477/1/Documento2.pdf

Europeo, C. (2017). *Democracia.* https://www.coe.int/es/web/compass/democracy

Legislativa, S. de información. (2010). *Democracia. http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=67*

Civil, R. N. del E. (2019). *ANÁLISIS DE LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA EN COLOMBIA.* https://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/analisis_calidad_democracia_colombia_-_caap_sept_26_2019_.pdf

La República. (2021). *Pobreza en Colombia aumentó al 42.5% de la población en 2020.* El Economista. https://www.eleconomista.com.mx/economia/Pobreza-en-Colombia-aumento-al-42.5-de-la-poblacion-en-2020-20210429-0133.html

DANE. (2021). *Pobreza monetaria y pobreza monetaria extrema.* https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-monetaria

Forbes Staff. (2020). *Colombia es el país más desigual de toda América Latina.* Forbes. https://forbes.co/2020/10/30/economia-y-finanzas/colombia-es-el-pais-mas-desigual-de-toda-america-latina/

VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO FRENTE AL CASO DE LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS MINEROS EN EL PÁRAMO DE SANTURBÁN AFECTADO POR LA MEGA MINERÍA

Angie Daniela Enríquez Gómez[22]

RESUMEN

El páramo de Santurbán es una región natural ubicada en Colombia, en los departamentos de norte de Santander y Santander, cuenta con una amplia extensión territorial y ha sido definido por el IDEAM como una "estrella fluvial" que pertenece a las cuencas hidrográficas del Caribe, Magdalena y Orinoco, característica que destaca su relevancia como generador del recurso hídrico vital, ecosistema rico en minerales y habitad de especies endémicas.

Teniendo en cuenta la gran reserva de minerales que posee el páramo, empresas mineras multinacionales han propuesto la ejecución de proyectos de megaminería, solicitando la aprobación de licencias ambientales, que inicialmente no procedieron debido a los posibles impactos negativos irreversibles que podrían someter al ecosistema a un deterioro grave y perdida de su funcionamiento como productor de agua.

Sin embargo, los posibles beneficios y satisfacción de intereses patrimoniales, llevó a solicitar e intentar nuevamente estudiar la posibilidad de aprobar las licencias ambientales, en consecuencia, de ello, actualmente se llevan procesos judiciales con amplios debates respecto a la ponderación de los intereses económicos del país y desarrollo social, o la protección y garantía de los derechos colectivos y del ambiente de las generaciones presentes y futuras.

De esta manera, el otorgamiento de licencias ambientales para realizar megaminería en esta zona estratégica, vincula directamente a la problemática de la explotación de recursos mineros y sus consecuencias, el análisis de varios factores sociales, económicos y ambientales que influyen en la toma de decisiones judiciales frente al caso de la megaminería en el páramo de Santurbán.

PALABRAS CLAVE: Páramo, Agua, Derechos, Ponderación, Consecuencias.

22 Angie Daniela Enríquez Gómez: Colegio La Inmaculada- Pasto -Primaria 2006 – 2010, Colegio la Inmaculada -Pasto -Bachiller Académico 2011- 2016, Universidad Mariana-Pasto -Derecho 2017- Cursando.

VIOLATION OF THE RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT IN THE CASE OF THE EXPLOITATION OF MINING RESOURCES IN THE SANTURBÁN PARAMO AFFECTED BY MEGA MINING.

ABSTRAC

The paramo of Santurbán is a natural region located in Colombia, in the northern departments of Santander and Santander, it has a wide territorial extension and has been defined by IDEAM as a "river star" that belongs to the hydrographic basins of the Caribbean, Magdalena and Orinoco, characteristic that highlights its relevance as a generator of vital water resources, an ecosystem rich in minerals and a habitat of endemic species.

Taking into account the large reserves of minerals owned by the paramo, multinational mining companies have proposed the execution of mega-mining projects, requesting approval of environmental licenses, which initially did not proceed due to possible irreversible negative impacts that could lead to serious deterioration of the ecosystem and loss of its function as a water producer.

However, the possible benefits and satisfaction of patrimonial interests, led to request and try again to study the possibility of approving environmental licenses, as a result of it, currently taking legal proceedings with extensive discussions regarding the weighting of the economic interests of the country and social development, or the protection and guarantee of collective rights and the environment of present and future generations.

In this way, the granting of environmental licenses to carry out mega-mining in this strategic area, it links directly to the problem of mining exploitation and its consequences, analysis of various social, economic and environmental factors that are included in making judicial decisions in the case of the mega-mining in the paramo of Santurban.

KEYWORDS: Wasteland, Water, Rights, Weighting, Consequences

INTRODUCCIÓN

El páramo de Santurbán es una región natural que se encuentra ubicada en Colombia, en los departamentos de norte de Santander y Santander, cuenta con una extensión territorial aproximadamente de 142.000 hectáreas de las cuales una gran parte se ubica en los municipios de California, Charta, Surata, Beta y Tona. A su vez, el IDEAM ha definido al complejo de Santurbán como una "estrella fluvial" que pertenece a las cuencas hidrográficas del Caribe, Magdalena y Orinoco, razón por la cual, se destaca la relevancia del páramo como generador del recurso hídrico, y, adicionalmente debido a sus procesos biológicos como un ecosistema rico en minerales.

Históricamente, de acuerdo con lo investigado por el Instituto Alexander von Humboldt el páramo de Santurbán, encuentra sus primeros registros entre el siglo I a. C y el siglo XVI d. C, años en los cuales sus primeros pobladores fueron grupos indígenas que llevaron a cabo las primeras exploraciones y explotación de minerales en el páramo, captando así, la atención de varios países y principalmente de los conquistadores españoles, quienes se interesaron y vincularon rápidamente al fenómeno de la minería del oro en Santurbán, descubriendo el potencial del ecosistema para la realización de actividades mineras.

Actualmente, el páramo de Santurbán continua siendo un ecosistema de gran interés para empresas mineras tanto multinacionales como nacionales, que han identificado en esta región de Santander la existencia de una de las reservas minerales más importantes del planeta, proyectando la extracción de toneladas de mineral, para lo cual, con el fin de ejecutar este tipo proyectos de megaminería se solicitó la aprobación de licencias ambientales al Estado colombiano, las cuales inicialmente no procedieron debido a la negativa establecida por los estudios técnicos realizados, teniendo en cuenta los posibles impactos negativos de carácter irreversible que podrían someter al ecosistema a un deterioro grave y perdida de su funcionamiento como productor de agua.

Sin embargo, los posibles beneficios y satisfacción de intereses patrimoniales que puede generar para el país la ejecución de dichos proyectos mineros en el páramo de Santurbán, llevó a que nuevamente fueran solicitadas dichas licencias ambientales al Ministerio de Ambiente, razón por la cual, actualmente sobre dichas solicitudes se llevan a cabo procesos judiciales para otorgamiento de las mismas, situación que ha generado polémica frente a los posibles fallos ya que en ellos se encuentran amplios debates frente a la ponderación de los intereses económicos del país y desarrollo social, o la protección y garantía de los derechos colectivos y del ambiente de las generaciones presentes y futuras en conexión con el derecho al agua.

De esta manera, el otorgamiento de dichas licencias ambientales solicitadas para la ejecución de proyectos de megaminería en el territorio, vincula directamente a la problemática de la explotación de recursos mineros y sus consecuencias, el análisis de varios factores y situaciones discutibles entorno al paramo de Santurbán , los cuales se han logrado identificar a través del análisis de varias sentencias, entre ellos; las dificultades de la delimitación del páramo de Santurbán, el incumplimiento de estudios técnicos que garanticen una explotación de minerales segura para el ambiente y los ciudadanos y de los requisitos legales para el otorgamiento de las mismas, así como la falta de inclusión y participación de la ciudadanía en la toma de decisiones en este tipo de conflictos socioambientales con los cuales puede llegarse a vulnerar los derechos colectivos y del ambiente, así como la economía misma de las poblaciones aledañas.

La problemática se agudiza cuando aun sin tener en cuenta las posibles consecuencias negativas de carácter irreversible, tampoco se considera la participación de la ciudadanía en una problemática que está debatiendo la garantía y protección de derechos constitucionales,

ya que esto ha sucedido y se ha evidenciado con el análisis de sentencias en las cuales se tienen en cuenta acciones de tutela presentadas tras la vulneración del derecho al acceso de información y a la participación de los accionantes, quienes son afectados tras la anticipada aceptación de licencias, las cuales violan sus derechos a un ambiente sano; usurpando los suministros brindados por el páramo y deteriorando a este ecosistema estratégico, además de generar consecuencias negativas respecto a la economía de los habitantes que subsisten de la minería artesanal.

En este orden de ideas, a través de varias sentencias se distinguen falencias en el cumplimento de los deberes del Estado, ya que se otorgan licencias sin el cumplimento de los requisitos legales, afectando con ello la protección integral de las zonas de páramo, y frente a la función de las autoridades ambientales, en múltiples casos no se establece una fase de información a la comunidad, para que ésta participe en temas de delimitación, áreas protegidas para su control y vigilancia, ordenamiento y desarrollo de los recursos naturales renovables del medio ambiente.

Frente a esta problemática socioambiental gran parte de la comunidad pretende que los proyectos de megaminería no se lleven a cabo puesto que representan un riesgo al ecosistema del páramo, a su vez, el comité para la defensa del agua y el páramo de Santurbán, Ambientalistas y políticos promueven la conformación de alianzas para rechazar la mega minería en pro del medio ambiente, ya que, la realización de este tipo de actividades, afirman que ocasionaría miseria al país, puesto que el aporte económico de esta actividad no representa los esfuerzos, riesgos y costos que te tienen que pagar los ciudadanos.

DESARROLLO

Formulación del problema

¿Cuáles son los factores sociales, económicos y ambientales influyentes en las decisiones judiciales dadas frente al caso de la explotación de los recursos mineros en el páramo de Santurbán a partir del 2010 hasta el año 2018?

Objetivos

Objetivo general

Analizar los factores sociales, ambientales y económicos influyentes en las decisiones judiciales tomadas frente a la explotación de recursos mineros en el páramo de Santurbán afectado por la megaminería a partir del 2010 hasta el año 2018

Objetivos específicos

1. Identificar el marco jurídico de la explotación de recursos mineros en el páramo de Santurbán.

2. Estudiar las decisiones judiciales dadas frente al debate de la protección de los derechos colectivos y del ambiente ante la solicitud de aprobación de licencias ambientales para la explotación de recursos mineros en el páramo de Santurbán.
3. Especificar los factores sociales, económicos y ambientales puestos en ponderación frente a la presentación de proyectos de megaminería que pretenden ser ejecutados en una de las zonas de paramización más importantes del mundo.

MARCO REFERENCIAL

Marco teórico

Los páramos son reconocidos como ecosistemas estratégicos y relevantes, debido a la particularidad de su flora y fauna, condiciones geológicas, su funcionamiento como regulador hídrico y corredor biológico, entre otras características. En el mismo entendido, el Ministerio de Ambiente a través del libro PARAMOS, para el Manejo Sostenible y Restauración de Ecosistemas de la Alta Montaña colombiana, respecto a la importancia de estos ecosistemas ha mencionado que:

> *"Los Páramos cumplen importantes funciones culturales y económicas las cuales dependen de las lógicas propias de las culturas de los grupos humanos que los habitan, sean campesinos, indígenas o colonos. Así mismo, prestan múltiples servicios ambientales y cumplen importantísimas funciones naturales, relacionadas con su capacidad de interceptar, almacenar y regular los flujos hídricos superficiales y subterráneos, lo cual le da el valor estratégico al páramo. Además, en los ecosistemas de páramo nace una gran cantidad de ríos, fundamentales para la economía del país, el consumo humano, el abastecimiento de los centros urbanos, la producción agrícola e industrial, y la generación hidroeléctrica.* (Ministerio del Medio Ambiente, 2002, pág. 5)
>
> *Así mismo, nuestros páramos son importantes centros de endemismo de flora y fauna ya que poseen el 8% del total de endemismos de la flora colombiana manifestándose especialmente en la cordillera oriental. Igualmente, contribuyen en la fijación de carbono a través de la necromasa adherida a las plantas gracias a la lenta descomposición de la materia orgánica, dada la característica humífera de su suelo."* (Ministerio del Medio Ambiente, 2002, pág. 5)

De tal manera que la problemática de la realización de megaminería en zonas como el páramo de Santurbán, se centra en que, las contribuciones a la economía de nuestro país, no serían proporcionales con las graves afectaciones de carácter ambiental y social que podría ocasionar. Respecto a la identificación de los principales factores puestos en ponderación ante la procedencia o no de megaminería, Rodrigo Negrete en el libro MINERÍA EN COLOMBIA DERECHOS, POLÍTICAS PÚBLICAS Y GOBERNANZA, respalda que:

> *"La implementación del modelo extractivista de los recursos naturales y los conflictos que está generando en gran parte del territorio nacional hacen inevitable efectuar análisis sobre las implicaciones de la minería desde los ámbitos normativos, ambientales, sociales y económicos, incluyendo aspectos que se relacionan con la jerarquía normativa, la prelación de derechos, los derechos fundamentales, los derechos colectivos, la utilidad pública y el interés social, el deber de planificación de los recursos naturales a cargo del Estado, la eficacia de las políticas, normas, instituciones, instrumentos administrativos mineros y de manejo y control ambiental, todo esto bajo la lupa de la Constitución Política, de los tratados internacionales sobre derechos humanos y sobre medio ambiente, y la normativa ambiental, minera y tributaria vigente en el país."* (Salamanca & Negrete Montes, 2013, pág. 27)

> *"Esta situación ha conllevado a que se privilegien estas actividades extractivas por parte de diferentes entidades del Estado sobre otro tipo de actividades productivas, e incluso sobre los derechos fundamentales y colectivos de los colombianos, lo que ha convertido a la minería en una actividad generadora de conflictos sociales, ambientales, económicos y culturales en varias regiones del territorio nacional."* (Salamanca & Negrete Montes, 2013, pág. 23)

Respecto al análisis del factor ambiental y social ante la vulneración de los derechos colectivos y del ambiente directamente relacionados con derechos fundamentales como la salud, vida, seguridad, agua, entre otros, así como la Defensoría del Pueblo en estudio realizado en el mismo libro LA MINERÍA SIN CONTROL Un enfoque desde la vulneración de los Derechos Humanos, menciona que:

> *"la actividad minera sin control, además de afectar los derechos al goce a un ambiente sano y aprovechamiento racional de los recursos naturales, dada la indivisibilidad e interdependencia de los derechos colectivos1, vulnera los derechos a la vida, la salud, la seguridad y salubridad públicas, la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, la seguridad alimentaria y el derecho humano al agua"* (Defensoria del Pueblo, 2015, pág. 12).

A su vez, cabe destacar la grave afectación y contaminación del agua como un elemento de la naturaleza de vital importancia para la supervivencia del hombre que se ha convertido y reconocido como un derecho, el cual debe ser protegido y garantizado para generaciones presentes y futuras. Es así como la minería, se muestra como un riesgo potencial, con consecuencias como las que se destacan en LA MINERÍA SIN CONTROL Un enfoque desde la vulneración de los Derechos Humanos, entre ellas se menciona:

> *"Con la actividad minera sin control se presenta la contaminación de fuentes hídricas por vertimientos de mercurio, cianuro, grasas, residuos de combustibles y sólidos suspendidos que son arrojados tras la actividad de las máquinas en los cauces de los ríos,*

> *lo que contribuye al deterioro de la calidad del agua, vulnerando el derecho humano disponer de esta (…)"* (Defensoria del Pueblo, 2015, pág. 233).
>
> *"El agua residual producto de la explotación minera no tiene ningún tipo de tratamiento como sedimentadores y trampas de grasa que permitan retener residuos como combustibles, grasas, aceites y materiales contaminantes, por lo que el recurso hídrico se ve perdido en su totalidad"* (Defensoria del Pueblo, 2015, pág. 186)

De esta manera, teniendo en cuenta las consecuencias ambientales, sociales y económicas, por medio de los procesos de creación normativa se ha establecido como regla para la procedencia de megaminería, el otorgamiento de licencias ambientales, las cuales cuentan con problemáticas propias, tal como lo menciona Rodrigo Negrete en el texto MINERÍA EN COLOMBIA DERECHOS, POLÍTICAS PÚBLICAS Y GOBERNANZA:

> *"A pesar de la existencia del marco constitucional, legal y reglamentario relacionado con la planificación y ordenamiento ambiental de los recursos naturales, es evidente la ausencia concreta de dicho ordenamiento, y de manera consecuente de reglas de juego claras por parte del Estado, lo que ha incidido en que se adopten determinaciones que afectan el territorio a través del otorgamiento de títulos mineros y de instrumentos administrativos de manejo y control ambiental de carácter particular y concreto como son las licencias y permisos ambientales, las cuales en muchos casos no consultan la realidad ambiental y social del área por lo que contribuyen a generar deterioro del entorno, concretamente del agua, el suelo, la biodiversidad, el aire y el paisaje, afectándose de esta forma a los habitantes de esas regiones."* (Salamanca & Negrete Montes, 2013, pág. 35).

REFERENTE LEGAL

El estudio realizado se ha sustentado en una serie de normas las cuales regulan la actividad minera para la protección de páramos, como en el caso de Santurbán. Se cuenta con leyes que se fundamentan en la constitución política de Colombia en sus artículos 8, 63, 79, 80, 333, 334 y 360, los cuales en términos generales enfatizan en el papel del Estado como principal protector de las riquezas culturales y naturales de la Nación, de igual forma el cumplimiento hacia los derechos de todos los ciudadanos a gozar de un ambiente sano otorgando los espacios pertinentes para que la sociedad de manera activa participe en la toma de decisiones frente a este tema de manera especial, dándole un lugar de importancia al papel protagónico de la educación como medio para la búsqueda de soluciones a la problemática ambiental.

El establecimiento de estos artículos en la constitución ha sido referente para la creación de bases como decretos y leyes ordinarias orientadas hacia la regulación y el manejo adecuado de los páramos como reservas de vida y como medios para el desarrollo de la explotación de recursos no renovables planteando criterios y requisitos que deben tenerse en cuenta para

estas prácticas, reguladas en el Decreto 2811 del 18 de diciembre de 1974 en el cual en su artículo 2 se establecen como objetivos

> *"Lograr la preservación y restauración del ambiente además de la conservación y utilización racional de los recursos naturales, según algunos criterios de equidad que aseguren el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de estos y la máxima participación social, para beneficio, salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio nacional, además se debe tener en cuenta la importancia de prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables sobre los demás recursos, también es indispensable regular la conducta humana, individual o colectiva y la actividad de la administración pública, respecto del ambiente, de los recursos naturales renovables y las relaciones que surgen del aprovechamiento y conservación de tales recursos del ambiente".* (Presidente de la Republica, 1974)

Esto con el fin de que como lo menciona en su artículo 32 se pueda

> "Prevenir el deterioro ambiental o daño en la salud del hombre y de los demás seres vivientes, estableciendo condiciones para la importación, la fabricación, el transporte, el almacenamiento, la comercialización, el manejo, el empleo o la disposición de sustancias y productos tóxicos o peligrosos. En particular, en la ejecución de cualquier actividad en que se utilicen agentes físicos tales como sustancias radioactivas o cuando se opere con equipos productores de radiaciones, se deberán cumplir los requisitos establecidos para garantizar la adecuada protección del ambiente, de la salud del hombre y demás seres vivos". (Presidente de la Republica, 1974)

A su vez se destaca el código de minas por medio del cual en su artículo 34 se encuentran determinadas las zonas excluibles de la minería en donde

> "No se podrán ejecutar trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras". (Congreso de Colombia, 2001)

Así mismo se encuentra la ley de protección de paramos establecida en la ley 233 de 2018 que como lo menciona su artículo 1 su objeto principal es

> "Establecer como ecosistemas estratégicos los páramos y demás ecosistemas de alta montaña como también fijar directrices que velen por su integralidad, preservación, restauración, uso sostenible y generación de conocimiento" (Senado de la Republica de Colombia, 2018)

Todas estas bases y fundamentos normativos tienen en común su orientación hacia la protección de recursos naturales no renovables en los páramos, el establecimiento de objetivos

a garantizar y proteger los derechos a un ambiente sano de las personas que viven en dichas zonas y al control y regulación de las actividades de explotación que se puedan llevar a cabo en estos lugares.

Además de tener en cuenta la protección legal otorgada a los paramos por medio de otras disposiciones jurídicas nacionales y a través del bloque de constitucionalidad teniendo en cuenta tratados internacionales, convenciones, entre otras.

Referente jurisprudencial

En la sentencia C- 389 del 2016 la corte constitucional después de un extenso análisis y arduo debate concluyo con el alcance de la sentencia(ratio decidendi), mencionando que la entrega del título minero no puede considerarse como una actuación vacía de sentido, a la luz del principio de razón suficiente en las actuaciones del Estado (las actuaciones deben tener un propósito válido), es posible concluir, sin necesidad de una profunda argumentación que la regulación actual vulnera el principio de planeación ambiental y no persigue la protección de las riquezas naturales, ni un adecuado manejo del ambiente.

También, por medio de la sentencia SU 133 del 2017, la Corte encontró alcance en que la minería es una actividad permitida por la Constitución, pero bajo estrictos estándares ambientales, laborales, de planificación estatal y de participación. Una actividad en la que las decisiones estatales requieren espacios de coordinación y concurrencia entre los distintos niveles territoriales, destinados a armonizar la propiedad de los recursos del subsuelo en cabeza del nivel central con la autonomía de los municipios en la definición de los usos del suelo. Una actividad, en fin, en la que resulta imprescindible la participación de las poblaciones afectadas en estas decisiones, y la consulta a las comunidades étnicas, cuando estas las afectan directamente.

Referente doctrinal

En este referente se destaca lo establecido por LOS PARAMOS ANDINOS ¿Qué Sabemos? escrito por Robert Hofstede, Rocío Polanco, Adriana Vásquez y otras personas más, en el cual se menciona que los países andinos han avanzado en programas y políticas de manejo y conservación de páramos, estableciendo tiempos para iniciar estudios académicos que identifiquen la efectividad de los diferentes programas y modelos de gobernanza.

Sin embargo, frente a los efectos negativos de esta actividad se refiere a través del libro MINERIA: ¿DEL EXTRACTIVISMO A UNA NUEVA ERA?, producido por Martha Moncada Paredes, Diego Fernando Otero y Camilo González Posso, que Colombia es rica en recursos energéticos como petróleo, carbón, gas natural e hidroenergía y de minerales como oro, plata y platino, que hay que aprovecharlos racionalmente, para lo cual se requiere una planeación de largo plazo y una estrategia de desarrollo industrial.

Referente histórico

Frente a la problemática de la megaminería en los páramos en el contexto jurídico, se reconoce un hito relevante como lo es la creación del código de Minas y medio ambiente, mencionado por el espectador, el cual redacto que la introducción de algunas cláusulas de previsión ambiental en documentos ha servido para defender los páramos, sí, pero no resultan totalmente coherentes con el ordenamiento jurídico que emana de la Constitución. Si bien hoy es obligatorio excluir la minería de los páramos, según el código minero, y adicionalmente los humedales consagrados en Ramsar (convenio internacional de humedales ya ratificado), esto no quiere decir que éstos sean los únicos espacios a proteger. No pretenderá la legislación minera borrar los determinantes ambientales del ordenamiento del territorio.

Así mismo, se evidencia otro suceso importante como lo es la declaratoria de humedales como sitios RAMSAR mencionado por la Fundación Humedales Bogotá, la cual estableció que la inclusión de un humedal en la lista representa el compromiso del Gobierno de adoptar las medidas necesarias para garantizar que se mantengan sus características ecológicas. La Convención incluye diversas medidas para responder a las amenazas para las características ecológicas de los sitios.

Paradigma

La investigación que se presenta, tiene como paradigma el denominado naturalista, ya que la temática es abordada desde un punto de vista social, debido a que en el desarrollo del estudio de las diversas problemáticas establecidas en el caso del páramo de Santurbán, deben comprenderse y ponderarse los intereses que se han ido desarrollando y configurando conforme a la toma de decisiones dadas en el caso a partir del 2010 hasta el 2018, en las cuales intervienen directamente las necesidades naturales, laborales y económicas de la comunidad Santandereana. De igual manera debe destacarse, que la investigación está enfocada en la búsqueda de soluciones a nivel de la comunidad, para construir una visión al futuro que contribuya a elevar la calidad de vida de los Santandereanos.

Enfoque

El enfoqué desarrollado en la investigación es el histórico hermenéutico puesto que se pretende interpretar y comprender la problemática en un contexto determinado, en este caso el páramo de Santurbán, establece una realidad socio ambiental que ha ido generando gran impacto en la calidad de vida de la comunidad Santandereana, todo esto teniendo en cuenta la construcción de los sucesos que se han dado en el desarrollo de la problemática de la mega minería en el páramo de Santurbán teniendo en cuenta las diversas percepciones que se establecen en la comunidad Santandereana, adentrándonos de esta forma a la cotidianidad del problema investigado, teniendo en cuenta todos los factores ambientales, económicos, laborales y sociales que se ponen en ponderación con el fin de crear concientización y empoderamiento sobre la problemática que ha generado conflictos y un gran impacto negativo so-

bre el medio ambiente. Es una investigación cualitativa que responde a situaciones de índole sociopolítico donde ya ha tenido que intervenir el estado y sus actores con el fin de encontrar soluciones que conlleven a mejorar la calidad de vida de los habitantes de esta población.

Método

Se encuentra que, para solucionar el interrogante de la investigación planteada, se pueden usar dos métodos, uno, el histórico analítico ya que se buscan reconstruir todos los sucesos dados en la problemática de la mega minería en el páramo de Santurbán con el fin de evaluar, recolectar y verificar la información establecida dentro de la investigación, permitiendo de esta forma realizar un análisis más profundo de las causas y efectos que el caso ha ido generando. Dando así un reconocimiento de la naturaleza del caso permitiendo producir hipótesis y posibles soluciones a la problemática. De igual manera mediante la utilización del método etnográfico por medio del cual la investigación logra reconocer a la comunidad Santandereana y comprender e interpretar la realidad en la cual se desarrolla la investigación, para así generar un contexto más amplio de la problemática de la mega minería en el páramo y los efectos negativos de esta actividad en la comunidad, permitiendo establecer de manera más fácil la interpretación del caso, con el fin de que se comprendan las diferentes percepciones que surgen de los habitantes del páramo de san turban frente a la problemática que afecta de forma directa su calidad de vida.

REFERENCIAS

Congreso de Colombia. (2001). *Codigo de Minas*, Ley 685 del 2001.

Defensoria del Pueblo. (2015). *LA MINERÍA SIN CONTROL* Un enfoque desde la vulneración de los Derechos Humanos. Bogota D.C., Colombia: Defensoria del Pueblo.

Ministerio del Medio Ambiente. (2002). *PARAMOS.* Programa para el Manejo Sostenible y Restauración de Ecosistemas de la Alta Montaña colombiana. Bogotá D.C., Colombia: ma Ministrio del Medio Ambiente. Obtenido de Academia.edu.

Presidente de la República. (1974). *Decreto 2811 de 1974*.

Salamanca, L. J., & Negrete Montes, R. (2013). *Minería en Colombia.* Derechos, políticas públicas y gobernanza. Contraloria General de Republica.

Senado de la Republica de Colombia. (2018). *Ley 233 de 2018*.

Capítulo 7

Derecho, Educación y Sociedad

CONCILIACIÓN VIRTUAL Y AFECTACIÓN EMOCIONAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA[1]

Maira Alejandra Palacio Cruz[2]
Francy Daniela García Certuche[3]

RESUMEN

En este capítulo, se pretende abordar lo que ha sido la evolución de la conciliación virtual y cuándo tomo más fuerza. A medida que avanza el tiempo, también avanza la tecnología, punto clave durante el confinamiento y para responder a los desafíos del COVID-19. Sin duda la vida nos cambió a todos, tratando de aceptar una nueva realidad desde casa, aunque si bien para algunos, esta nueva adaptación no es un problema por las comodidades en las que vive, para otros en cambio, es una lucha diaria; por estudiar, por no tener trabajo, entre otras dificultades que se le han sumado a la crisis actual. Algunos ejemplos de dificultades asociadas a esta crisis son la separación de cuerpos del matrimonio, la inasistencia alimentaria, la pérdida de empleo, contratos laborales terminados, surgimientos de conflictos entre arrendatario y arrendador porque no ha sido posible por parte del tenedor del bien inmueble cancelar a tiempo el canon de arrendamiento y por ende el arrendador que vive del ingreso mensual del canon o muchas veces arbitrariamente pide al arrendatario devolver el bien inmueble, entre otros. A raíz de los conflictos que estas personas se le han presentado en esta crisis sanitaria, las emocionas negativas han aflorado más en estos tiempos; el estrés latente, la ira, la depresión, todo esto por no saber qué hacer. Con base en l o anterior, las personas con el conocimiento de la existencia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y en particular; la conciliación, deciden acudir ante estos centros, para buscar solucionar pacíficamente y sin vía judicial los acaecimientos presentados y más ahora en pandemia, y para ello han hecho uso de este mecanismo vía virtual.

PALABRAS CLAVE: conciliación, conflictos, pandemia, virtualidad, mecanismos alternativos de solución de conflictos.

1 Texto derivado del proyecto de investigación titulado “conciliación virtual y afectación emocional en tiempos de pandemia” y realizado como producto de investigación a partir del Semillero de Investigación Ética y Sociedad

2 Estudiante del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. Integrante del Semillero de Investigación Ética y Sociedad

3 Estudiante del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. Integrante del Semillero de Investigación Ética y Sociedad

VIRTUAL CONCILIATION AND EMOTIONAL INVOLVEMENT IN TIMES OF PANDEMIC

ABSTRACT

In this chapter, it is intended to address what has been the evolution of virtual conciliation and when it took more force. As time progresses, technology also advances, a key point during confinement and to respond to the challenges of COVID-19. Without a doubt, life changed us all, trying to accept a new reality from home, although for some, this new adaptation is not a problem due to the comforts in which they live, for others it is a daily struggle; for studying, for not having a job, among other difficulties that have added to the current crisis. Some examples of difficulties associated with this crisis are the separation of bodies from the married couple, lack of food assistance, loss of employment, terminated employment contracts, the emergence of conflicts between the tenant and the landlord because it has not been possible for the owner of the real estate to cancel time the lease canon and therefore the landlord who lives en the monthly income of the canon or many times arbitrarily asks the tenant to return the real estate, among others. As a result of the conflicts that these people have been presented with in this health crisis, negative emotions have surfaced more in these times; latent stress, anger, depression, all this from not knowing what to do. Based on the foregoing, people with knowledge of the existence of alternative dispute resolution mechanisms and in particular; conciliation, they decide to go to these centers, to seek to solve peacefully and without judicial means the events presented and more now in pandemic, and for this they have made use of this mechanism through virtual means.

KEYWORD: conciliation, conflicts, pandemic, virtuality, alternative conflict resolution mechanisms.

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este texto es, no solo resaltar la importancia que las plataformas tecnológicas están cobrando durante la emergencia sanitaria y sus ventajas y que sin duda son un gran aliado a la hora de tomar distancia en estos tiempos, sino que, además, hay que destacar la otra cara de la pandemia, donde las personas han sido afectadas emocionalmente, debido a: la pérdida de empleo, personas de escasos recursos que no pueden acceder a la administración de justicia ni a los mecanismos de resolución de un conflicto, en especial a la conciliación, ya sea por sus escasos recursos, o por el grado de analfabetismo, o porque no saben cómo acceder a una herramienta tecnológica que les permita acceder a los diferentes mecanismos. Hay que tener en cuenta también, la alta tasa de separaciones de los matrimonios durante el confinamiento y a lo que se ven enfrentados, como por ejemplo a la custodia,

cuidado y alimentos de los niños, niñas y adolescentes, entre otros. Todo esto hace que se desencadenen en las personas emociones negativas como el estrés, la depresión y la ira.

Lo anterior, ha hecho del acceso a la justicia y a los MASC una alternativa para no asistir de forma presencial a las mismas, por tanto, el uso de las plataformas tecnológicas se hace indispensable, aunque cuando se trata del entorno social, debemos ser conscientes, de que es necesario guardar la distancia para conservar nuestra salud y la de nuestra familia.

A diferencia de lo que fueron las pandemias en siglos anteriores, como, por ejemplo: la gripe española que surgió en 1918, hoy en día contamos con un aliado; el avance tecnológico. Para esa época, al no contar con tecnología avanzada que les permitiera el trabajo en casa, o la atención al usuario en línea, las personas, en su mayoría preferían no ir a trabajar, resguardándose en sus casas y tomando todas las medidas para frenar los contagios de virus que terminó en 1920. Sin embargo, hace más de un año nos despertamos con la noticia de que un nuevo virus devastaría gran parte de la población mundial y a si es, hasta el momento siguen creciendo las tasas de contagio, debido a esto el gobierno nacional implementó medidas encaminadas a controlar los contagios. En las actividades cotidianas se han usado diferentes aplicaciones como meet, teams, entre otras, para trabajar desde casa y para atender a usuarios en temas de conciliación, entre otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos. En este sentido, este texto tiene dos propósitos, el primero, es exponer las consecuencias que ha traído la pandemia y como ha afectado las emociones de las personas, y el segundo, resaltar los retos y las ventajas de la conciliación virtual.

DESARROLLO

¿La conciliación virtual y cuál es su aporte?

La conciliación es un Mecanismo Alternativo de Resolución de Conflictos, donde las partes, voluntariamente y por sí solas resuelven sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral llamado conciliador, quien los guía en el transcurso de la audiencia, proponiendo fórmulas de arreglo para que de forma respetuosa lleguen a un acuerdo. Se encuentra regulada por la ley 640 de 2001, el cual modifica normas relativas a la conciliación:

> ARTÍCULO 19. CONCILIACIÓN. Se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios.

Hoy por hoy gracias a la implementación de herramientas tecnológicas, para que el sistema judicial no se detenga y también para que los mecanismo de resolución de conflictos se desarrollen con normal funcionamiento a través del uso de las plataformas virtuales, tal como lo dispone el decreto 491 de 2020 (Presidencia de la República de Colombia) por el cual se

adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas.

> Artículo 10. Continuidad de los servicios de arbitraje, conciliación y otros mecanismos de resolución de conflictos por medios virtuales. A fin de mantener la continuidad en la prestación de los servicios de justicia alternativa, los procesos arbitrales y los trámites de conciliación extrajudicial(...) se adelantarán mediante el uso de tecnologías de la comunicación y la información.

Es decir; que tanto las entidades públicas y los centros de conciliación autorizados pondrán a disposición de los usuarios los medios virtuales para llevar a cabo las diferentes audiencias de conciliación y demás mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Otro de los aportes que ha dado la conciliación virtual; es la economía, dado que es de forma virtual, las personas que han quedado sin empleo para estos tiempos, expresan que así están ahorrando el dinero de lo que puedan gastar en transporte y priorizar otros gastos.

La conciliación virtual hace que uno de los aportes más significativos en este tiempo, sea el acercamiento entre las personas sin tener que presencialmente acudir a una audiencia para resolver sus diferencias exponiendo la salud de las mismas, sin duda es una de las formas más salubres para cumplir con el distanciamiento social requerido, evitando así el contagio masivo.

Otro de los aportes que ha dado la conciliación virtual; es la economía, dado que es de forma virtual, las personas que han quedado sin empleo para estos tiempos, expresan que así están ahorrando el dinero de lo que puedan gastar en transporte y priorizar otros gastos.

¿Como y cuando se dio paso a la conciliación de forma virtual en Colombia?

La conciliación de forma virtual se dio paso, a raíz de la emergencia sanitaria que se produjo a finales del año 2019, sin embargo en el país, la Presidencia de la República, a través del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, y, a fin de continuar con la prestación del servicio de justicia, el gobierno implementó herramientas tecnológicas, para continuar dentro lo posible de forma normal, el desarrollo de todos los servicios, promoviendo la conciliación y demás mecanismos alternativos de solución de conflictos, pero siempre, con protocolos de bioseguridad.

Ventajas de la conciliación virtual

Una de las ventajas indiscutiblemente es; la brecha que ha abierto la emergencia sanitaria a una posible evolución duradera en el uso de las tecnologías, para acercarnos digitalmente con las personas. Arboleda (2015) afirma que:

> El mundo de la virtualidad se va posicionando poco a poco en nuestro diario vivir, y permea todas las modalidades de justicia tanto la ordinaria en los juzgados, como la alternativa o complementaria que es la que se aplica por fuera de ellos (…)

A fin de contener un poco la barrera de los contagios y tratando de cuidar la salud de las personas, el uso de las tecnologías y sus plataformas han ocupado un lugar muy importante convirtiéndose en un aliado estratégico durante la emergencia, en el ámbito laboral, para que dentro de lo posible tratemos de evitar las aglomeraciones.

Desventajas de la conciliación virtual

La realidad para la población más vulnerable como las personas de la tercera edad, discapacitados, mujeres, niños, o personas que viven en asentamientos informales, barrios marginales, veredas o corregimientos no ha sido posible para ellos el acceso a las TICS, situación que dificulta las solicitudes de ayuda que realizan las personas, circunstancia que amenaza el movimiento de la administración de justicia, por otra lado, suponiendo que todos tienen acceso a la tecnología, no se nos puede olvidar que hay personas que no saben usar tales herramientas, como un computador un celular o una tableta, entre otros, ya sea porque en sus vidas cotidianas nunca lo vieron necesario, o por el analfabetismo existente en la población, siendo todo esto una barrera a la hora acceder a la justicia, o al uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en especial a la conciliación de virtual.

Afectación emocional de las personas que sufren los efectos del COVID 19:

Las personas que sufren aun las consecuencias del COVID 19 se ven afectadas emocionalmente y conductualmente en algunos casos, ya sea por el elevado estrés y que al mismo tiempo puede llevarlas a la depresión o al desespero, ya sea por cuestiones económicas o personales, donde a la vez pueden verse afectado todo el núcleo familiar. Las más afectadas son aquellas personas que han perdido sus empleos por la contingencia, estas personas son más propensas a sufrir depresión, ansiedad y estrés porque al perder sus trabajos están perdiendo el sustento de sus familias, pues su economía de la noche a la mañana bajo y no de forma gradual, el pensar que pasara más adelante si no consiguen un trabajo rápido o si no recuperan su empleo, esta situación hace que las personas perdiendo su salud y más aún para las personas que fueron despedidos sin justa causa. Para este tiempo, es una realidad que algunos empleadores despidan a sus empleados, pero sin justa causa y sin las formalidades que ello requiere; Decreto ley 2663 de 1950 (Presidencia de la República), por el cual se establece el código sustantivo. 5 de agosto de 1950.

> Artículo 51 #3 por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador.

Lo anterior, toda vez que, debido a la contingencia por la que atraviesa el mundo entero, en Colombia normativamente se pueden suspender las actividades por un límite de tiempo y previa autorización del Ministerio del Trabajo, sin embargo, no todos los empleadores cumplen a cabalidad con estos requisitos, lo que hace más gravosa la situación económica de las personas, desencadenando todo tipo de emociones negativas. Otra afectación negativa de esta crisis sanitaria, es lo sucedido con los matrimonios no solo en Colombia, sino en todo el mundo, de tal forma que, en medio del aislamiento decidieron iniciar trámites de divorcio, en tanto que, detrás del divorcio vienen otros trámites que requieren de un proceso conciliatorio, como, por ejemplo: el tema de alimento, cuidado y custodia de los niños, niñas y adolescentes y emocionalmente tanto las ex cónyuges como sus hijos se pueden ver afectados por estas decisiones

¿Cómo la conciliación virtual influye positivamente en las personas que están sufriendo los efectos del COVID 19?

En el punto anterior, se retomaron tangencialmente las afectaciones emocionales que la situación actual trae consigo. Es en estos casos, donde la conciliación virtual contribuye dando posibles soluciones a diferentes controversias y conflictos, ya sea en el caso donde el empleado es despedido sin justa causa y busca llegar a un acuerdo de forma pacífica y poco extendida con el empleador para un posible reintegro a sus labores. O en el caso donde aquellas parejas que están en proceso de divorcio buscan llegar a un arreglo sobre la custodia y cuidado de los hijos en común.

También contribuye positivamente en aspectos económicos, en tanto que, por la contingencia implicaría gastos adicionales para aquellas personas que quedaron sin empleo, por lo que sería un ahorro en dinero y tiempo, por el simple hecho que para las personas que están trabajando, solicitar permisos para asistir a una audiencia de conciliación se les complica un poco. De esta forma, desde la comodidad de su trabajo, sin tener que salir de las instalaciones laborales pueden acceder a tiempo de forma virtual.

La conciliación por regla general como herramienta de descongestión y como proceso transformador de relaciones; es beneficiosa en todo momento y en muchos aspectos, aparte de los ya mencionados, pues también es célere, es expedita, sencilla, donde un abogado conciliador desde su empatía más que un resultado, busca calmar los ánimos conciliatorios y que la reunión se dé dentro de un ambiente pacífico dando posibles soluciones donde las partes estén de acuerdo para que se llegue a un solución duradera.

CONCLUSIONES

Si bien es cierto las emociones influyen en el desarrollo de conflictos aún más grandes, también es cierto que muchas veces el derecho se encarga de sancionar conductas que provienen de las emociones, de manera que es equívoco pensar que el derecho es una ciencia social estricta y cuadriculada, pues este impacta en diversos aspectos, de manera que no es raro pensar que esta crisis haya traído consigo muchos problemas emocionales que desencadenaron incluso en divorcios y que al tener hijos en común han necesitado de los MASC para llegar a una serie de acuerdo en pro del bienestar de los menores. Entre otros casos que han necesitado la ayuda de profesionales del derecho. es por ello que la conciliación de forma virtual de alguna forma ha ayudado a mitigar un poco los contagios teniendo como principal aliada la tecnología para enfrentar la crisis sanitaria, gracias a la implementación de plataformas digitales que dan lugar a atender de forma virtual las diferentes audiencias de conciliación.

La tecnología ha traído una serie de ventajas que brinda a nivel de los Masc, y que una de ellas es la posible duración en el tiempo de la virtualidad aún después de la pandemia y como aliada durante la pandemia acercando a las partes para que diriman sus conflictos, sin la preocupación de exponerse al virus evitando así un mayor contagio. Sin embargo, para la población más vulnerable es otra la realidad, para estas personas no ha sido posible el acceso a las Tics debido a su condición económica y educativa, al no tener herramientas o dispositivos electrónicos que le permitan acceder a la justicia es aquí donde se evidencia la desigualdad, la falta de oportunidades debido a los escasos recursos económico en algunos sectores del país y que se han agravado por la entrada de la pandemia.

REFERENCIAS

Arboleda López, Adriana Patricia. (2015). *Conciliación interdisciplinaria virtual*. Revista Lasallista de Investigación, 12(2), 84-93. Retrieved May 27, 2021, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-44492015000200009&lng=en&tlng=es.

Aires, E. (3 de diciembre de 2020). *La pandemia de coronavirus acabó con nuestro matrimonio.* Obtenido de BBC NEWS: https://www.bbc.com/mundo/noticias-55176072

Corte Constitucional de Colombia. (9 de julio de 2020). *sentencia C -242 de 2020.* Bogotá

Presidencia de la República de Colombia. (5 de agosto de 1950). *DECRETO 2663 DE 1950*. Obtenido de https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/Decreto-2663-de-1950.pdf

Presidencia de la Republica de Colombia. (20 de marzo de 2020). *DECRETO 491 DE 2020*. Obtenido de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30039011

Portafolio. (26 de febrero de 2021). *Cierres impulsaron desempleo en ciudades y tasa subió a 17,3%*. Obtenido de https://www.portafolio.co/economia/tasa-de-desempleo-en-colombia-e

DE LA LIBERTAD AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD
¿Del libre desarrollo de la personalidad a la esclavitud moral? El caso de la dosis mínima

David Alejandro Gil Rodríguez[4]
Cindy Alejandra Herrera Pineda[5]
Verónica Betzabé Marín Bedoya[6]
Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C. – Colombia

Mayo 31 de 2021

RESUMEN

Como es sabido, el derecho a la libertad constituye uno de los logros más representativos en el desarrollo institucional jurídico-política de occidente. Así, por ejemplo, en la revolución francesa, este principio se establece como un pilar de la configuración del Estado de Derecho. De hecho, con el paso de los siglos, la exaltación de ese derecho condujo a la reducción radical de la esclavitud en el siglo XIX. Ya en el siglo XX el espectro de la libertad se amplía y se comienzan a categorizar diversos tipos de libertad, dentro de los cuales se puede resaltar, la libertad religiosa, la libertad de conciencia, la libertad económica y el libre desarrollo de la personalidad. Este último se refiere a un fenómeno particularmente interesante, por cuanto, influye aspectos de tipo psicológico con alcances morales, que eventualmente podrían afectar el proyecto de vida de una persona.

PALABRAS CLAVE: Derecho, libertad, libre desarrollo de la personalidad, drogas.

4 Tecnólogo en investigación de accidentes de tránsito e integrante del Semillero de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda

5 Integrante del Semillero de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda

6 Integrante del Semillero de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda

FROM FREEDOM TO THE FREE DEVELOPMENT OF THE PERSONALITY.

FROM THE FREE DEVELOPMENT OF THE PERSONALITY TO MORAL SLAVERY?

THE CASE OF THE MINIMUM DOSE.

ABSTRACT

As is known, the right to freedom constitutes one of the most representative achievements in the legal-political institutional development of the West. Thus, for example, in the French Revolution, this principle was established as a pillar of the configuration of the rule of law. In fact, over the centuries, the exaltation of that right led to the radical reduction of slavery in the 19th century. Already in the twentieth century, the spectrum of freedom broadened and various types of freedom began to be categorized, within which religious freedom, freedom of conscience, economic freedom and the free development of the personality can be highlighted. The latter refers to a particularly interesting phenomenon, since it influences psychological aspects with moral implications, which could eventually affect a person's life project.

KEY WORDS: Right, freedom, free development of the personality, drugs.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, en primer lugar, analizará en profundidad la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto del derecho de la libertad en Colombia, así como también el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dosis mínima a través de jurisprudencia de la Corte Constitucional. Resulta relevante considerar si, la legalización de la dosis mínima en Colombia ha constituido, realmente, un ambiente en el que las personas han desplegado su libertad moral o, por el contrario, se ha abierto una puerta al mundo de los vicios y la dependencia. Para llevar a cabo este objetivo se hará un análisis del valor de la libertad a la luz de los doctrinantes más representativos del tema, una descripción histórica de la evolución constitucional de los diversos tipos de libertad, un énfasis en el libre desarrollo de la personalidad y un balance cuantitativo que pondera el desarrollo jurisprudencial del libre desarrollo de la personalidad, respecto al incremento de estadísticas de personas que consumen sustancias psicoactivas.

DOCTRINA DEL DERECHO DE LA LIBERTAD

Existen varios sentidos del derecho a la libertad, en primer lugar, empezaremos por mencionar aquella libertad que proviene de la voluntad del hombre, de esa libertad como derecho. Así mismo, el filósofo y jurista mexicano García Máynez se refiere a este derecho aduciendo que se podría definir como *"la aptitud para obrar por sí, o sea, sin obedecer a ninguna fuerza o motivo determinante, es una casualidad cuyo primer momento es sólo causa, no efecto de la causa"* (García, 2018, p. 16, citado por Fernández, 2018, p.20).

Así mismo, se ha considerado que esta libertad en sí misma conlleva un sentido de responsabilidad tanto individual como social, es por ello que existe una relación entre la libertad y la ética, lo que significa que la persona debe obrar con conciencia en beneficio de su propio bien.

Cabe hacer mención, que John Locke en su libro *Segundo tratado sobre el gobierno civil* se refiere a la libertad como:

> La libertad natural del hombre consiste en estar libre en cualquier poder superior sobre la tierra, y en no hallarse sometido a la voluntad o a la autoridad legislativa de hombre alguno, sino adoptar como norma, exclusivamente, la ley de la naturaleza. (John Locke, 1689)

Es por esto que la libertad es uno de los pilares más importantes para la sociedad, para él esto significa que los individuos nacen dotados de la facultad para decidir y juzgar por sí mismos de lo que es necesario y suficiente.

Evolución constitucional con énfasis en el libre desarrollo de la personalidad

En este apartado vamos a considerar el aspecto histórico del derecho de la libertad que ha tenido diferentes avances en el trayecto constitucional, es por ello que nos ocuparemos de realizar una breve aproximación a lo que ha ocurrido desde la Constitución del Socorro en 1810 hasta la actualidad con la Constitución de 1991.

Recordemos que el Socorro era una de las quince provincias del Virreinato de la Nueva Granada, fue la precursora en la expedición de la Constitución el 9 de agosto de 1810 que declaraba en su artículo 14 "la libertad e igualdad (...) como principios fundamentales". A ello le siguieron las constituciones de las otras provincias que recalcaban en la libertad como principio fundamental, sobre todo después del grito de independencia el 20 de julio de 1810 en Santa Fe.

En 1821 mediante el Congreso de Angostura y después de la Batalla de Boyacá que dió la total independencia al territorio, surge la Constitución de Cúcuta con el propósito de constituir la Gran Colombia conformada por lo que se conoce hoy como Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela. La libertad siguió siendo considerada como un principio fundamental, pero tam-

bién se comienza a proteger estableciéndose como deber estatal (artículo 3), y prohibiendo la privación injusta en el artículo 126. En 1832 con la Constitución Neogranadina, lo más representativo se observa en el artículo 7, núm. 4: "velar sobre la conservación de las libertades públicas" entendidas como:

> [S]ituaciones Jurídicas legales y reglamentarias en las que el individuo halla reconocido el derecho de actuar (agir) sin sobrepasar el marco de los límites fijados por el derecho positivo vigente y eventualmente determinados, bajo el control jurisdiccional, por la autoridad de policía encargada del mantenimiento del orden público. Este derecho es protegido por una acción, esencialmente por el ejercicio de control de legalidad. (Colliard citado por Sánchez, 1989, p. 60)

La carta de 1832 fue la primera y única en acuñar el término de "libertades públicas" que permite a la población hacer efectivo sus derechos sin sobrepasar las normas de orden público.

La Constitución de 1853 que introduce el reconocimiento de la libertad individual (artículo 5, núm. 1) y la libertad de industria y trabajo (artículo 5, núm. 4), siendo un avance importante en la historia nacional.

En 1858 se amplía el espectro de la libertad en el artículo 56, estableciendo no solo la libertad individual, sino también la de expresión mediante imprenta, de tránsito en el territorio confederal, de asociación y, por último, de comercio entre los Estados. En 1863 se hace una distinción entre la libertad de imprenta y la libertad de expresión, siendo la primera solo para medios de comunicación y la segunda para cada persona que se encuentre en el territorio, garantizando tanto de manera verbal como escrita, así mismo es la única Constitución que habilita a los ciudadanos a portar y comercializar armas.

La Constitución de 1886 que fue ejercida por más de un siglo trae como novedad la libertad de culto en el artículo 39, aun con un Estado eminentemente católico y en el artículo 48 se limita la libertad de armas permitiendo su uso sólo a quienes porten licencia y estableciendo el monopolio de las mismas en cabeza del Estado.

Fue hasta nuestra actual norma superior promulgada en 1991 que se aunó en el derecho y se estableció:

1. Garantía de la libertad desde el nacimiento sin discriminación "por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica" (artículo 13).
2. Libre desarrollo de la personalidad (artículo 16).
3. Libertad de conciencia (artículo 18).
4. Libertad de cultos (artículo 19).
5. Libertad de expresar y difundir pensamientos y opiniones (artículo 20).
6. Libertad de circulación (artículo 24).
7. Libertad de escoger profesión u oficio (artículo 26).

8. Libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra (artículo 27).
9. Libertad personal (artículo 28).
10. Libertad de asociación (artículo 38).

Un catálogo amplio de derechos que manifiestan el Estado Social de Derecho propio de esta Carta Política. Es importante señalar que es hasta esta norma suprema que se habla de la libertad al libre desarrollo de la personalidad, que tiene un avance sobre todo en materia jurisprudencial.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, EN RELACIÓN CON LA DOSIS MÍNIMA

El derecho al libre desarrollo de la personalidad

La comunidad internacional en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) reconoce como derecho el libre desarrollo de la personalidad que tiene toda persona para su satisfacción, el cual debe ser garantizado por el Estado y respetado por la sociedad en general. La Constitución de 1991 lo consagró como derecho fundamental en el artículo 16: "todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico", este derecho permea inexorablemente muchas áreas de la libertad que tiene cada individuo para autodeterminarse forjando su plan de vida, tal como se expresa la jurisprudencia:

> El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido. Debe ser por tanto considerado como principio por cuanto es orientador, integrador y crítico de las normas constitucionales. (Sentencia T-542 de 1992, CConst)

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se ubica dentro de los derechos fundamentales cuyo objeto tiene la particularidad de estructurar una esfera vital del individuo, es decir, la construcción de su plan o proyecto vital.

> El derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. (Sentencia T-099 de 2015, CConst)

La razón principal de establecer este derecho como fundamental es que abarca el proyecto vital del ser humano (Del Moral, 2012, p. 66), indispensable para el desenvolvimiento en la sociedad, siempre que los límites al ejercicio de este "macro derecho", como lo expresa Villalobos

(2012, p. 65), sea el respeto de los otros individuos y el ordenamiento jurídico. Es entendido como un macro derecho porque se manifiesta en cada una de las esferas del desarrollo de la persona, la protección de otros derechos, como lo son: libertad de conciencia, derecho de asociación, derecho a la identidad personal, derecho a tener una familia o, para lo que nos atañe en esta oportunidad, la libertad que tiene el individuo de consumir sustancias psicoactivas.

La Corte Constitucional se ha referido al derecho del libre desarrollo de la personalidad de la siguiente manera:

> La norma superior establece que toda persona tiene derecho a disfrutar al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás, el orden jurídico y los principios constitucionales cuya eficacia vincula a las autoridades y todos los particulares, más aún en casos en los que se discute sobre la protección de los menores y los adolescentes que en nuestro sistema jurídico tienen carácter fundamental, prevalente y universal. (Sentencia T-349 de 2016, CConst)

De la misma forma, la Corte Constitucional ha establecido en varios aspectos la relación que existe entre el derecho del libre desarrollo de la personalidad con la dignidad humana, y con la autodeterminación, esto a raíz de las diferentes circunstancias que se presenten, por consiguiente, la Corte afirma que:

> El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política, se encuentra íntimamente relacionado con la dignidad humana y con la autodeterminación. Ha sido definido constitucionalmente como la posibilidad que tiene cada persona de escoger su propia opción de vida, limitada únicamente por los derechos de los demás y por el ordenamiento jurídico. (Sentencia T-595 de 2017, CConst)

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en afirmar que este derecho aparte de estar íntimamente relacionado con la dignidad humana, protege la capacidad de las personas para establecer de forma autónoma las opciones vitales. El derecho al libre desarrollo de la personalidad presupone, que "el titular del mismo tenga la capacidad volitiva y autonomía suficiente para llevar a cabo juicios de valor que le permitan establecer las opciones vitales conforme a las cuales dirigirá su senda existencial". (Sentencia T-595 de 2017, CConst)

En conclusión, el libre desarrollo de la personalidad no se debe mirar desde la óptica de un mero derecho, porque éste trasciende y se ubica en un principio que estructura el orden jurídico, ya que, permea la vida de la persona. Por tal motivo es uno de los ejes orientadores de la autonomía y la autodeterminación del ser humano, quien es aquel que define qué comportamientos adopta en el transcurso de su existencia, de manera que se tiene esa libertad mientras no afecte a la sociedad y no vaya en contra de los preceptos constitucionales.

Dosis mínima

Para referirnos a la dosis mínima, entendida por el Estatuto Nacional de Estupefacientes (L. 30/86), en el artículo 2, literal j), como: "la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo", es necesario realizar un acercamiento a los antecedentes normativos nacionales que han regulado el porte de estas sustancias:

1. La Ley 11 de 1920 es la primera en pronunciarse sobre la materia, en el artículo 1o se prohíbe la venta, a menos que la persona tenga una orden médica.
2. La Ley 118 de 1928 en el artículo 6o establece que los consumidores de drogas deben ser tratados en centros de salud.
3. El artículo 3o de la Ley 45 de 1946, subroga el artículo 220 del Código Penal de 1936, presumiendo la responsabilidad de tráfico en cabeza de quien porta sustancias psicoactivas.
4. La Ley 30 de 1986 en el artículo 51 sanciona el porte de estupefacientes en "cantidad considerada como dosis mínima" y también, autoriza internar al consumidor en centro de rehabilitación.

Es oportuno ahora observar el desarrollo jurisprudencial que se ha tenido, iniciando con la sentencia C-221 de 1994, en la cual se demanda el artículo 51 y 2o de la Ley 30, arguyendo, entre otras cosas: a) el Estado no puede privar de la droga al consumidor, b) los derechos inalienables se extienden al derecho a enfermarse y, c) hay discriminación entre adictos y enfermos incurables, en el segundo caso sería una internación indefinida.

La Corte Constitucional declara inexequible el artículo 51 y 87 con fundamento en que "el legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución" (Sent. C-221/94) y, ciertamente no lo están porque va en contra del libre desarrollo de la personalidad, "[d]ecidir por [la persona] es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen" (Sent. C-221/94).

En síntesis, la Corte despenaliza el consumo de sustancias ilegales porque esta acción no afecta directamente los derechos de los demás, pero sí limita la libertad de elegir el plan de vida. Una decisión contradictoria porque, como lo expresa el salvamento de voto, "se permite a los individuos consumir droga, pero se prohíbe su producción, distribución y venta, [c]arece de toda lógica que la ley ampare al consumidor de un producto y, en cambio sancione a quien se lo suministre" (SVoto, Hernández, Herrera, Morón & Naranjo, Sent. C-221/94), discusión en la que no se ahondará en esta oportunidad.

En el año 2000 con el Código Penal (L. 599) se estipula como delito el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes con salvedad en el uso de la dosis personal que, conforme lo establece el artículo 2o de la Ley 30 de 1986, es:

Clase de droga	Cantidad
Marihuana	20 gramos
Hachís	5 gramos
Cocaína o sustancia estupefaciente a base de cocaína	1 gramo
Metacualona o droga sintética	2 gramos

Posteriormente, la Corte Constitucional reiteró lo manifestado en la sentencia C-221 de 1994, así:

> [P]ara efectos de la despenalización que se dispuso, debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada como dosis de uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro. (Sentencia C-420 de 2002, CConst)

Continuando despenalizado el consumo, porte y conservación en las cantidades establecidas por la Ley 30 de 1986.

En el año 2009 con el acto legislativo 02 de diciembre de 21 se modifica el artículo 49 de la Constitución Nacional expresando en el inciso sexto: "[e]l porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica". Lo anterior contradice lo que había manifestado la jurisprudencia hasta la fecha, es por ello que en virtud de la acción de inconstitucionalidad se demanda este apartado y, en sentencia C-574 de 2011, la Corte Constitucional se declara inhibida:

> [N]o puede ser comprendida autónomamente, sin tener en cuenta la segunda y la tercera parte del precepto que prescribe que "con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéuticos para las personas que consuman dichas sustancias", y que, "el sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto"

De esta manera, la Corte da luces de cómo se debe interpretar el inciso, a saber: prohibición del porte y consumo cuando la persona libremente manifiesta querer someterse a tratamiento, por lo que requerirá de orden médica. Sin embargo, el inciso sexto del artículo 49 no dejaba de ser contradictorio frente a la posibilidad que tiene el individuo de portar dosis mínima para su consumo sin orden médica, es por ello que la Ley 1787 de 2016, que reglamentó el acto legislativo 02 de 2009, adiciona al artículo 376 del Código Penal:

> Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias. (artículo 13)

En lo que toca a la prohibición de porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del artículo 49 superior, se entiende con la adición que hizo la Ley 1787 que se refiere a cantidades superiores a la dosis mínima, para lo cual sí se requiere autorización y, no se penaliza.

Ahora bien, en sentencia SP2940 de 2016 de la Corte Suprema de Justicia se expone el caso de Yesid Arias, un militar que en ejercicio de sus funciones es capturado con 50,2 gramos de marihuana, superando la dosis máxima permitida. La CSJ, sala penal, absuelve al procesado con fundamento en:

> Por tanto, la dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite demostración en contrario. (Sentencia SP2940 de 2016, CSJ, p. 9) (subrayado nuestro)

En relación con lo antedicho, se sienta un precedente importante que deben tener los Jueces de Conocimiento en cuenta al momento de responsabilizar a alguien por el porte de estupefacientes, ya que, se instaura la dosis de aprovisionamiento "en la que se demuestre que la persona necesita, habida consideración de su condición y situación personal de consumidor, adicto o enfermo, esto es, una dosis, cuya cantidad debe ser representativa de la necesidad personal" (Sentencia SP2940 de 2016, CSJ, p. 8).

Con lo que se lleva hasta aquí, es conveniente evaluar comparativamente el estado de la situación en las regiones, respecto al número de consumidores anual:

Año	Indicativo	Marihuana	Cocaína	Basuco
2008 Nacional	**Menor**	169 *Huila*	32 *Chocó*	164 *Norte de Santander*
	Mayor	131.247 *Bogotá, D.C.*	49.800 *Medellín*	13.190 *Medellín*
2011 Escolares	**Menor**	62,30 *San Andrés*	6,82 *San Andrés*	1,42 *San Andrés*
	Mayor	50.807,16 *Bogotá, D.C.*	20.667,38 *Bogotá, D.C.*	5.995,26 *Bogotá, D.C.*
2013 Nacional	**Menor**	748 *San Andrés*	378,12 San Andrés	205,50 *Orinoquía, Am.*
	Mayor	115.976 *Medellín*	44.831,88 *Medellín*	11.047,68 *Medellín*

Información tomada del Observatorio de Drogas en Colombia

Como se ve en la información suministrada por el Observatorio de Drogas, es creciente el número de consumidores en el país, siendo Medellín y Bogotá los lugares que tienen más concentración y San Andrés el municipio con menos consumo.

Relación entre derecho al libre desarrollo de la personalidad y dosis mínima

Respecto del tema que nos ocupa, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dosis mínima, han tenido una gran incidencia en el territorio colombiano. Como cuestión primera, es sabido que históricamente los individuos han elegido por su propia libertad consumir sustancias que les altere el sistema nervioso central, surgiendo las primeras drogas en el territorio. A raíz de esto, se han generado un sin número de prohibiciones donde la legislación ha intervenido para lograr medir el consumo de este tipo de sustancias, por tanto, la Corte Constitucional señaló que el derecho al libre desarrollo de la personalidad incluye la protección del porte y consumo de la dosis personal (Sent. C-221 de 1194, CConst).

La sentencia C-221 de 1994 con Magistrado Ponente Carlos Gaviria Diaz es muy clara al señalar que el trato al consumo y porte de drogas corresponde únicamente al fuero interno de la autonomía personal de cada quien, y el Estado no puede inmiscuirse ya que cada ser humano es dueño de su propia vida y puede desenvolverse como lo prefiera, siempre y cuando no se afecten los derechos de los demás. De la misma manera, nadie puede ser sancionado ni perseguido por desarrollarse libremente, y solo puede existir restricción de la libertad cuando se deteriora la libertad de otra persona. Esto llevó a cabo la vía libre al consumo de la dosis mínima.

Posteriormente, la sentencia C-574 de 2011 resolvió la demanda de inconstitucionalidad del Acto Legislativo 02 de 2009 agregando al artículo 49 constitucional la prohibición y porte de la dosis mínima excepto cuando se trate de prescripción médica, en ese sentido la Corte Constitucional hizo alusión al desarrollo de la libre personalidad indicando que el hecho de prohibir determinada conducta no conlleva de ningún modo una penalización, adicionalmente defendió la autonomía de los consumidores y toxicómanos para la posibilidad de acceder a rehabilitación únicamente cuando ellos expresen su consentimiento. Este pronunciamiento resalta la dignidad enfocada hacia la autodeterminación, empero, la Corte declaró inhibida dicha cuestión para resolver de fondo la decisión.

En síntesis, desde la perspectiva constitucional la Corte ha sido enfática en garantizar el libre desarrollo de la personalidad y ha cumplido con su labor en cuanto la protección de la autonomía. Por ende, es claro que el gobierno nacional no se ha preguntado las condiciones en las que se desarrolla dicha autonomía al permitir que cada persona tome la decisión de usar drogas, así como tampoco manifiesta preocupación alguna por las condiciones que pueden afectar la integridad y el peligro que puedan generar. No obstante, el gobierno es quien se debe ocupar de lograr una integralidad normativa que atienda a estos aspectos desde las dimensiones frente al derecho del libre desarrollo de la personalidad que desee consumir una sustancia, por tal razón, es importante recurrir a nuevas perspectivas donde se integren el uso respecto de las drogas.

CONCLUSIÓN

El derecho al libre desarrollo de la personalidad reviste gran importancia dado que resulta ser la facultad que cada individuo tiene para elegir su forma de vivir, su libertad para escoger, para ser plenamente independiente, según lo establecido en la sentencia de la Corte Constitucional C-T542 de 1992. Cabe resaltar, que este derecho trae consigo la autonomía e identidad personal, puntos importantes para destacar la protección del individuo.

Por otra parte, la dosis mínima ha pasado de estar penalizada a permitirse con la sentencia C-221 de 1994 en la se determinó la exequibilidad del artículo 2o y la inexequibilidad del artículo 51 y 87 de la Ley 30 de 1986 atinentes a la rehabilitación de quien aprehendan consumiendo. Luego de esto, el cambio más trascendental se dio con la sentencia SP2940 de 2016 de la CSJ, mediante la cual se configura una dosis de aprovisionamiento y queda a arbitrio del Juez determinar qué cantidad es aceptable de acuerdo a las condiciones particulares de la persona.

Es evidente que, en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la normatividad y jurisprudencia colombiana han promovido la legalización del consumo y/o porte de sustancias psicoactivas en cantidades entendidas como dosis personal. A pesar de ello, se ha observado que, en lugar de disminuir el consumo, este ha crecido excapítululmente, trayendo consigo una afectación a la salud pública, lo cual es un derecho colectivo de carácter constitucional (artículo 49, C. N.).

Si bien la dosis mínima es permitida en desarrollo del derecho del artículo 16 superior, también es cierto que va encaminado a no tipificar conductas autolesivas, entendidas como "toda conducta deliberada destinada a [producir] daño físico directo en el cuerpo, sin la intención de provocar la muerte" (Villarroel, Jerez, Montenegro, Montes, Igor & Silva, 2013), lo que no obsta para que en ejercicio de ello se afecte a la población en general, muestra de lo cual son las cifras ascendentes del consumo de drogas. Aunque el Estado ha actuado en pro de la regulación de algunas sustancias, particularmente el cannabis mediante Decreto 613 de 2017, es necesario que las medidas adoptadas tengan un efecto directo en los índices de consumo y que, el ser permisivos frente al derecho del libre desarrollo de la personalidad no implique afectaciones a la salud pública.

REFERENCIAS

Constitución Política (1810, agosto 15). [Constitución del Socorro]

Constitución Política. (1821, agosto 30). [Constitución de Cúcuta]

Constitución Política (1832, marzo 1). [Constitución Neogranadina]

Constitución Política 1 de (1843, mayo 8). [Constitución de la República de Nueva Granada]

Constitución Política 1 de (1853, mayo 20). [Constitución de la República de Nueva Granada]

Constitución Política (1858, mayo 22) [Constitución para la Confederación Granadina]

Constitución Política (1863, mayo 8) [Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia]

Constitución Política (1886, agosto 5). [Constitución Política de Colombia]

Constitución Política de Colombia (1991, julio 7) [C.N.]

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948, diciembre 10). Asamblea General de las Naciones Unidas.

Del Moral, A. (2012). *El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. Cuestiones Jurídicas*, VI (2), 63–96. https://www.redalyc.org/pdf/1275/127526266005.pdf

Fernández, J. (Junio, 8 de 2018). *"El derecho de la libertad para Eduardo García Maynez"*. Instituciones de investigaciones jurídicas de la UNAM. Recuperado de: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-posgrado-derecho/article/download/35780/32709#:~:text=363%2C%20donde%20comentando%20el%20concepto,cualquiera%20de%20los%20posibles%20l%C3%ADcitos

Ley 11(1920, septiembre 15). Sobre importación y venta de drogas que formen hábito pernicioso. Congreso de la República [Colombia]. Diario Oficial año LVI. N. 17322. 20 de septiembre de 1920. Pág. 1. Bogotá: Imprenta Nacional.

Ley 118 (1928, noviembre 22). Por la cual se adiciona la Ley 11 de 1920, sobre importación y venta de drogas que formen hábito pernicioso, y se dictan otras disposiciones relativas al servicio de Higiene. Congreso de la República [Colombia]. Diario Oficial año LXIV. N. 20956. 28 de noviembre de 1928. pág. 4. Bogotá: Imprenta Nacional.

Ley 45 (1946, diciembre 18). Por la cual se subrogan algunas disposiciones de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal y se adicionan otras de la Ley 167 de 1941. Congreso de la República [Colombia]. Diario Oficial año MCMXLVI. N. 26311. 21 de diciembre de 1946. pág. 2. Bogotá: Imprenta Nacional.

Ley 30 (1986, enero 31). Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República [Colombia]. Diario Oficial No.44169 de septiembre 21. Bogotá: Imprenta Nacional.

Ley 599 (2000, julio 24) [C.P.]. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República [Colombia]. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000. Bogotá: Imprenta Nacional.

Ley 1787 (2016, julio 6). Por medio de la cual se reglamenta el Acto Legislativo 02 de 2009. Congreso de la República [Colombia]. Diario Oficial No. 49.926 de 6 de julio de 2016. Bogotá: Imprenta Nacional.

Locke, J. (1689). *"Segundo tratado sobre el gobierno civil"*. Editorial, Alianza. Recuperado de: http://cinehistoria.com/locke_segundo_tratado_sobre_el_gobierno_civil.pdf

Martínez Garnica, A. (s. f.). *Confederación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada.* Banco de la República. https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-244/confederacion-de-las-provincias-unidas-de-la-nueva-granada

Observatorio de Drogas en Colombia. (2008). *Situación de Consumo Nacional.* http://www.odc.gov.co/SIDCO/consumo/situacion-consumo

Observatorio de Drogas en Colombia. (2011). *Situación de Consumo Escolares.* http://www.odc.gov.co/SIDCO/consumo/situacion-consumo

Observatorio de Drogas en Colombia. (2013). *Situación de Consumo Nacional.* http://www.odc.gov.co/SIDCO/consumo/situacion-consumo

Sánchez Férriz, R. (1989). Revista de Derecho Político. *Las Libertades Públicas como grupo de derechos con características propias no susceptibles de ser confundido con los restantes derechos constitucionales*, 30, 55–73. http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-1989-30-14D38D81&dsID=PDF

Rodríguez Gómez, J. C. (s. f.). *La Independencia del Socorro en la génesis de la emancipación colombiana.* Banco de la República. https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-242/la-independencia-del-socorro-en-la-genesis-de-la-emancipacion-colombiana

Salvamento de voto de los Magistrados Hernández, Herrera, Morón & Naranjo a la sentencia C-221 (1994, mayo 05). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D- 429.]. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia C-221/94 (1994, mayo 05). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D- 429.]. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia C-420/02 (2002, mayo 28). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-3665.]. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia T- 542/92 (1992, septiembre 25). Acción de tutela. [Expediente D-7784429.]. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Diaz. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia C- 574/11 (2011, julio 11). Demanda de inconstitucionalidad. [Expediente D-8371.]. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia T-099/15 (2015, marzo 10). Acción de tutela [Expediente T-4.521.096.]. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional [Colombia].Sentencia T-099/15 (2015, marzo 10). Acción de tutela [Expediente T-4.521.096.]. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia T-595/17 (2017, septiembre 25). Acción de tutela [Expediente T-6.210.027.]. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia SP2440 (2016, marzo 09). Recurso de casación [Radicado No. 41760]. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

Villalobos Badilla, K. J. (2012). *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad* (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

Villarroel G, J., Jerez C, S., Montenegro M, M. A., Montes A, C., Igor M, M., & Silva I, H. (2013). *Conductas autolesivas no suicidas en la práctica clínica: Primera parte: conceptualización y diagnóstico.* Revista chilena de neuro-psiquiatría, 51(1), 38–45. https://doi.org/10.4067/s0717-92272013000100006

LA EDUCACIÓN SEXUAL COMO MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS

Scheily Nathaly Vergara Sánchez[7]
Shelzea Cubillos Zárate[8]
Universidad Militar Nueva Granada
Facultad de Derecho
Bogotá, D.C. - 2021

RESUMEN

La educación sexual es fundamental en la formación del ser humano, en donde este demuestra y define la garantía y bienestar en las relaciones sexuales, consentimiento, autoconocimiento, identificación de violencia sexual tanto física, psicológica y verbal. Es necesario demostrar como la normalización del lenguaje desde la familia y que se replica en los entornos escolares, constituyen una problemática social que esta sistematizada a tal punto que no se ve como un problema, que influya en comportamientos delictivos que puedan comprometer a los menores en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

En consecuencia, de lo anterior se plantea la pregunta problema si la educación sexual en los entornos escolares sirve como medio de prevención de delitos sexuales en cual debe ser implementados desde preescolar hasta media superior ya que el 84% de la victimas por delitos sexuales son niños, niñas y adolescentes que conviven con sus victimarios pensando que el abuso que sufren es un acto normal en la sociedad ocasionando traumas por dichos actos.

PALABRAS CLAVES:Delitos sexuales, educación sexual, prevención, SRPA, y sociedad.

7 Estudiante de VII de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada sede Bogotá, integrante del semillero de investigación del grupo de Derecho Público "Virginia Gutiérrez de Pineda"

8 Estudiante de IV de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada sede Bogotá, integrante del semillero de investigación del grupo de Derecho Público "Virginia Gutiérrez de Pineda"

ABSTRACT

Sex education is fundamental in the formation of the human being, where it demonstrates and defines the guarantee and well-being in sexual relations, consent, self-knowledge, identification of physical, psychological and verbal sexual violence. It is necessary to demonstrate how the normalization of language from the family and that it is replicated in school environments, constitute a social problem that is systematized to the point that it is not seen as a problem, that influences criminal behaviors that may compromise minors in the Criminal Responsibility System for Adolescents.

Consequently, from the above, the problem question arises whether sexual education in school environments serves as a means of prevention of sexual crimes in which it must be implemented from preschool to upper secondary, since 84% of the victims of sexual crimes are children, girls and adolescents who live with their perpetrators thinking that the abuse they suffer is a normal act in society causing traumas due to these acts.

KEYWORDS: Sex crimes, sex education, prevention, SRPA, and society.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca hacer un análisis de la importancia de la educación sexual, como esta se relaciona con las instituciones primaria y secundaria propuestas por varios sociólogos, pero dicha educación enfocada a un estudio de genero y prevención en casos de delitos sexuales, demostrando como lo ilustrado en la familia interviene en nuestra forma de actuar llevando en algunos casos que los aprendices lleguen a ser los sujetos activos del tipo penal, en consecuencia evidenciar un problema su acto sino algo normal por lo aprendido en las instituciones, lo anterior se desarrolló a través de un método de investigación histórico y hermenéutico, que da cuenta de las políticas públicas de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, combinando los métodos de investigación cuantitativa y cualitativa, estableciendo una línea de reglamentación legislativa desde 1991 sobre la obligatoriedad de la educación sexual como factor pedagógico, que da cuenta de la efectividad o no de esta herramienta preventiva en la concurrencia de delitos sexuales.

LA EDUCACIÓN SEXUAL COMO MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS SEXUALES

"Educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres"

Pitágoras.

Las instituciones primaria como secundaria (familia y escuela) tienen una gran responsabilidad social, una tarea con el objetivo de buscar ciertamente una formación para que el ser humano se adapte a la vida en colectividad, con una instrucción de valores y competencias

básicas para su supervivencia en sociedad, "La Formación ética y la responsabilidad social se deben plantear en forma transversal, busca configurar la base de toda formación humana completa, sobre la cual el estudiante orientará su proyecto de vida." (Amarente), misma que establece conjuntos de normas para el orden del interés general que pueda versen afectada por diferentes problemáticas, *"el discurso está en el orden de las leyes"* (Foucault, 1970, pág. 13) la pregunta es ¿El estado colombiano si está formando correctamente a sus niños, niñas y adolescentes?, la frase Educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres (Pitágoras) cautiva e influye en las mentes de muchos siendo, así que se encuentra en la entrada de las cárceles en Colombia, pero porque tenemos que esperar que el ciudadano llegue y vea esa frase y no la fortalecemos desde las instituciones, separando la frase de Pitágoras debemos entender que "educar" no equivale a "castigar" sino "aprender" logrando una perspectiva cívica - ética y no la búsqueda de la sumisión.

> A los niños y jóvenes se les implanta el miedo, y por ese medio se les educa. El castigo, en sus múltiples variantes empleadas, se convierte en el mecanismo por excelencia para moldear a los futuros policías, padres de familia, ingenieros, feligreses, políticos y médicos de nuestra comunidad. La curiosidad y el "pensamiento autónomo" son palabras y hechos que difícilmente encontraremos merodeando por los pasillos del sistema educativo colombiano, donde leer un libro por propia iniciativa es casi un acto heroico o de rebeldía. (Poniente, 2014)

Un problema que podemos evidenciar a la hora de la practica en los modelos de educación en Colombia es la sumisión y memoria, a esta ultima me refirió que es mas importante que el estudiante memorice para una nota, que al contrario entender y reflexionar sobre los temas a tratar de manera lógica por medio de estrategias pedagógicas, y que ese discurso que aprendió en casa por ejemplo: el caso típico "a la mujer toca pegarle porque si", no transcienda a la practica en su entorno al punto le pegarle a una compañera por simplemente ser una niña.

> *La voluntad de verdad, como los otros sistemas de exclusión, se apoya en una base institucional: está a la vez reforzada y acompañada por una densa serie de prácticas como la pedagogía, el sistema de libros, la edición, las bibliotecas, las sociedades de sabios de antaño, los laboratorios actuales [y es acompañada] por la forma que tiene el saber de ponerse en práctica en una sociedad, en la forma que es valorado, distribuido, repartido y en cierta forma atribuid.* (Foucault, 1970, pág. 22)

Buscando un análisis sobre Michel Foucault respecto a la educación se sitúa en como la base institucional debe buscar nuevas tácticas para la formación del ciudadano sin que este se le oprima en su manera de pensar, hablar, libertad y expresión. Por eso el hace mención en como las instituciones ven su oportunidad de formación para la implementación de discursos políticos, afecta la voluntad de la verdad y mostrando como se ilustran esos micropoderes que pasamos por alto, por eso ya teniendo en cuenta en la responsabilidad que tiene las instituciones en la formación, otro aspecto a mirar es la institución primaria (familia) que es la encar-

gada de nuestros valores los cuales constituyen las funciones esenciales de supervivencia, pero esto se ve afectada cuando dicho aprendizaje con lleva al ejercicio de algún comportamiento como lo es los delitos sexuales, en consecuencia el aprendiz no lo ve como un factor problemático sino algo normalizado en nuestra sociedad, "quienes ejercen el poder coactivo y también cuando el logro de las mejoras depende de quienes, investidos de autoridad, llegan a presumir que el ejercicio de su misión les confiere superior sabiduría y, en su consecuencia, el derecho a imponer sus creencias a los demás" (Hayek, 2019, pág. 25) seguidamente viene la pregunta ¿Por qué es importante la educación sexual en Colombia?

La educación sexual es fundamental en la formación del ser humano, en donde este demuestra y define la garantía y bienestar en las relaciones sexuales, consentimiento, autoconocimiento, identificación de violencia sexual tanto física, psicológica y verbal, sintetizando que la violencia sexual abarca actos de acoso verbal hasta intimidación física, la legislación colombiana desde varios años nos ha resaltado por todas partes que la educación sexual es de carácter obligatorio como, por ejemplo:

> *La constitución política de Colombia, resolución 3353 de 1993 del MEN (Obligatoriedad de la Educación sexual en todas las instituciones educativas del país), Decreto reglamentario de 1860 de agosto 3 de 1994, la ley 1098 de noviembre 8 de 2006 (Código de infancia y la Adolescencia), 1146 del 2007, 1257 del 2008, 1336 de 2009; el Decreto 2968 del 2010, (por el cual se crea la Comisión Nacional intersectorial para la Promoción y Garantía de los Derechos Sexuales y Reproductivos), la Resolución 425 de 2008, el CONPES 147 y la Ley 1620 15 Marzo 2013 (Ministerio de Educación , 2017).*

Por lo tanto, el problema no es la legislación *"Por la cual se establece la obligatoriedad de la Educación Sexual en todos los establecimientos educativos del país que ofrecen y desarrollan programas de preescolar, básica, media y media vocacional"* (Resolución 3353, 1993), sino al contrario el problema aquí es la práctica de la misma en los institutos educativos del territorio colombiano, dicha educación sexual termina siendo una charla sobre enfermedades sexuales de una hora pero ofrecido solamente en la educación media, también hablo desde mi experiencia ya que estuve en 10 colegios en diferentes partes del territorio nacional en donde la educación sexual fue casi nula, "La Corte Constitucional mantuvo la cátedra de educación sexual obligatoria únicamente para los grados de bachillerato y universitarios, por lo que no amplió estos cursos para primaria y preescolar, como lo solicitaba el Colectivo Sin Embarazos en Adolescentes". (Tiempo, 2016).

¿Por qué es fundamentar y urgente la educación sexual desde preescolar? para responder nuestra pregunta ciertamente debemos hablar de los delitos sexuales, en principio la palabra delito: "El comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación, y desarrollo de la comunidad y exige como sanción una pena criminal" (Echandia, 1980) adicionalmente "La conducta típica, antijurídica y culpable, para la cual el legislador ha previsto una sanción penal" (Echandia, 1980), entonces ¿Qué es un delito

sexual? Los delitos sexuales son aquellos que afectan la libertad sexual, la indemnidad sexual, la dignidad y el desarrollo de la sexualidad de las personas, dichos delitos están reglamentados en el código penal colombiano:

- Acceso carnal
- Actos sexuales
- Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.
- Acoso sexual
- Matrimonio temprano
- Otras formas (esterilización forzada, aborto forzado, entre otros)

> *El delito sexual en Colombia, continúa siendo uno de los factores violentos que registra un mayor impacto en la sociedad, dadas la circunstancias en que se cometen y por involucrar en él, prioritariamente, a menores de edad de ambos sexos y ser sus victimarios, en su gran mayoría, personas cercanas al círculo familiar y social.* (Hernández, 2004).

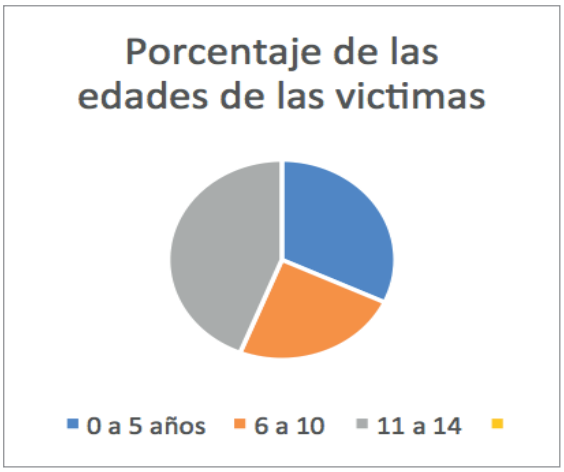
Justamente por eso la educación sexual debe ser implementada desde preescolar, los delitos sexuales siguen siendo un tormento en nuestra sociedad, pero lastimosamente el 84.3% de las victimas de este tipo penal son los niños, niñas y adolescentes que en la mayoría de los casos conviven o son cercanos a su victimario (padre, madre, tío, padrastro, vecino, amigo y demás).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la violencia sexual como:

> *Todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo*" (Organización Mundial de la Salud, 2013)

Adicionalmente la constitución política de Colombia establece lo siguiente

> *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono,*



> *violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia*. (Constitución Politica de Colombia, Art.44, 1991) viene la pregunta ¿Cómo la educación sexual puede ayudar en la prevención y detención de los delitos sexuales?

La violencia sexual está tan normalizada este factor problemático en Colombia que no se dan cuenta que *"84.3% de las victimas en delitos sexuales son los niños, niñas y adolescentes"* (Hernández, 2004), *"La Dane expresa que entre 2015 y 2020 se registraron 119.026 casos de violencia sexual contra la niñez, de los cuales 100.814 fueron contra niñas y 18.212, contra niños, en todo el país"*. (tiempo, 2021)

La mayoría de las víctimas no saben que les están haciendo con exactitud, por ejemplo: "Hace unos meses escuche el caso de una señora que en su infancia fue víctima de abuso sexual por parte de su padre, en su relato contaba que esos actos que le hacia su padre era algo que no le gustaba pero ella pensaba que se hacía con normalidad en los hogares, algo que todos los padres hacían con sus hijas, y no entendía porque cuando le contaba a sus amigas no le volvían hablar, ella expresa que ahora si entiende por lo que paso en su infancia y asegura que si en la escuela le hubieran enseñado lo que es un abuso habría detenido su infierno a tiempo" y como este hay más casos por lo tanto toca enseñar educación sexual desde preescolar para que no se enseñen a si mismos que los delitos sexuales son algo normal, que sepan cuando pueden ser víctimas de esa problemática social, por el contrario ese episodio de terror termina con "problemas emocionales diversos y complejos. La aparición de estrés postraumático, baja autoestima, culpabilidad o incluso sentirse sucio son frecuentes. incluso en aquellos casos más graves, pueden ser desencadenantes de la aparición de trastornos psicológicos más severos". (Somos Psicologia y Formación Clinicas Psicologicas en Madrid , 2020) y suicidio ya que no pueden vivir por el trauma como por ejemplo el caso "La fiscalía de Colombia investiga el caso de una menor que se suicidó tras ser retenida por la policía, La joven denunció que los agentes le habían agredido sexualmente". (Quesada, 2021)

Otro punto a ver sobre la educación sexual y los delitos sexuales, es la administración de justica en Colombia, según la DANE al día 13 niñas entre 10 y los 14 años se convierten en madres y esto solo nos confirma como no están respaldado los derechos en este caso de las niñas y adolescentes afectando múltiples factores:

1. Nos están normalizando por todas partes la violencia sexual, ya que por las edades se entiende que hubo delito.

   En el tema de aborto cuando las niñas quieren acceder ya que es sus derechos se le niega Si en el artículo 11 y el artículo 205 de la Ley 1098 de 2006, se contribuye con la adecuada aplicación y cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 emitida por la Corte Constitucional en donde el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos:

   (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico;

   (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y,

   (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso camal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

   ¿Qué hace una niña de 11 y 12 siendo judicializada por aborto? Si cumple con los causales 1 y 3, ya que por el simple hecho de su edad se considera acceso carnal abusivo llegan a ser judicializadas, demostrando la mala administración de justicia y ejecución de las leyes.

2. Lo perjudicial que es un embarazo tanto física como mental y mas cuando hay casos de este tipo *"Me quedé embarazada a los 16 años como consecuencia de las violaciones de mi padre"* (Fuentes, 2018)

   "Cuando una niña entre los 10 y los 13 años queda embarazada, puede sufrir un riesgo materno alto, también el feto. Implica que al no haber culminado su desarrollo tiene mayor probabilidad de tener una pelvis estrecha, por lo que no puede tener un parto vaginal. Así mismo, la niña puede presentar desmineralización de su cuerpo, cuando sea adulta mayor, va a tener predisposición a tener osteoporosis, fracturas patológicas de la cadera, de la columna" explica Gabriel Barbosa, director del servicio de Ginecología y Obstetricia en el Hospital San Ignacio.

   En conclusión la educación sexual obligatoria y pedagógica desde preescolar hasta media superior es necesaria en nuestra sociedad, sobre todo en un Estado como en Colombia que normaliza este factor problemático que daña la integridad de nuestros niños, niñas y adolescentes trayendo consigo traumas que llegan hasta el punto de suicidio, en donde nues-

tra infancia y adolescencia identifiquen cuando son víctimas de algún delito sexual desde el "piropo" en la calle hasta la intimidación sexual física, como la instituciones intervienen en nuestra forma de entender y supervivir en sociedad, la implementación de conceptos y comportamientos llevan a intervenir en nuestro actuar limitando cierta libertad y voluntad ocasionando patrones de comportamiento.

"Cuanto más sensibilizada esté la sociedad acerca de los efectos de la violencia familiar en los/as niños/as y jóvenes, más precoz será la detección ya que no se la podrá minimizar, naturalizar ni justificar como excesos en atribuciones "naturales" de padres y educadores". (Intebi, 2021).

REFERENCIAS

Amarente, A. M. (s.f.). *La institución educativa y la formación en la responsabilidad social.* Obtenido de Teseopress: https://www.teseopress.com/gestioneducativaresponsable/chapter/la-institucion-educativa-y-la-formacion-en-la-responsabilidad-social/

Echandia, A. R. (1980). Derecho Penal - Parte General. En A. R. Echandia, *Derecho Penal - Parte General*. Bogotá: Temis.

Foucault, M. (1970). El Orden del Discurso. En M. Foucault, *El Orden del Discurso* (pág. 22). Fabula Tus Quets Editores.

Fuentes, A. (2018). *Me quedé embarazada a los 16 años como consecuencia de las violaciones de mi padre.* Actuall.

Hayek, F. A. (2019). Los Fundmentos de la Libertad. En F. A. Hayek, *Los Fundamentos de la Libertad* (pág. 25). Unión Editorial .

Hernández, L. M. (2004). *Comportamiento del delito sexual en Colombia en el 2004*. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forences .

Intebi, I. V. (2021). *Estrategias y Modalidades de Intervención en Abuso Sexual Infantil Intrafamiliar.* Gobierno de Cantabria.

Madrid, S. P. (2020). *Somos Psicologia y Formación Clinicas Psicologicas en Madrid.* Obtenido de https://www.somospsicologos.es/blog/traumas-por-abusos-sexuales/#:~:text=Las%20personas%20que%20han%20sufrido,incluso%20sentirse%20sucio%20son%20frecuentes.

Poniente, A. (16 de Marzo de 2014). *Al poniente.* Obtenido de https://alponiente.com/educad-a-los-ninos-y-no-tendreis-que-castigar-a-los-hombres/#:~:text=3%3A23%20

pm-,%E2%80%9CEducad%20a%20los%20ni%C3%B1os%20y%20no%20tendr%-C3%A9is%20que%20castigar%20a,fundamental%20para%20lo%20que%20hoy

Quesada, J. D. (2021). *La fiscalía de Colombia investiga el caso de una menor que se suicidó tras ser retenida por la policía.* El Pais.

Salud, O. M. (2013). *Organización Mundial de la Salud.* Obtenido de http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98821/WHO_RHR_12.37_spa.pdf;jsessionid=-C467743E2C19B0CFB5275F74039058C6?sequence=1

Tiempo, E. (24 de Febrero de 2016). *El Tiempo.* Obtenido de https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16519293

Tiempo, E. (2021). *Al día, 13 niñas entre los 10 y los 14 años se convierten en madres*. El Tiempo.

Unidas, M. d. (13 de febrero de 2017). *Ministerio de Educación.* Obtenido de Ministerio de Educación : https://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-article-172105.html?_no-redirect=1

Código Penal Colombiano [CPC]. *Ley 599 de 2000*. 24 de julio de 2000 (Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 44. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Congreso de la República de Colombia. (2006). *Ley 1098 de 2006*. Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial N° 46.446. Bogotá, D.C, miércoles 8 de noviembre de 2006.

Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia C-355*.

EL DESPOJO DEL IDEAL DE COMPLACENCIA EN LA RECONSTRUCCIÓN DE LA MASCULINIDAD

Fabián Andrés Mora Soto[9]
Marcela Del Pilar Roa Avella[10]

RESUMEN

Las masculinidades hacen parte de la estructura social e histórica, y determinan las ideologías a lo largo del tiempo. Al analizar estas concepciones, podemos dilucidar que las masculinidades hegemónicas a partir del ideal de complacencia, lesionan la dignidad humana, con prácticas inconscientes que como comunidad consideramos normalizadas, debido a la fuerza simbólica de la dominación patriarcal.

El presente trabajo de investigación, pretende argumentar la incidencia de los ideales patriarcales en la construcción de la masculinidad, determinando cómo los mismos lesionan derechos y garantías fundamentales de masculinidades marginadas.

Se realiza un análisis socio-jurídico, con un enfoque cualitativo, acompañado de un discurso deductivo, en donde se parte de ideologías patriarcales y de los ideales de complacencia, con el fin de evidenciarlos en la configuración de la masculinidad hegemónica y las masculinidades marginadas. Todo lo anterior, utilizando una interpretación de la ley para poner de presente cómo esto podría generar violaciones de derechos fundamentales, discriminación, crímenes de odio, entre otros.

Se concluye, que a través de los ideales de complacencia se configura la masculinidad hegemónica, lo cual normaliza una discriminación de las masculinidades marginadas. Todo esto se replica en la relación del individuo, la sociedad y el Estado; se advierte que la corrección a estas discriminaciones, puede estructurarse desde el constitucionalismo crítico, el cual, a partir de derechos fundamentales arraigados en la dignidad humana, tales como el libre desarrollo de la personalidad y el principio de igualdad, los cuales permitirían implementar políticas públicas concretas y normativas que se separen de la heteronormatividad.

PALABRAS CLAVE: Masculinidades, ideal de complacencia, constitucionalismo, derechos fundamentales.

---

9 Estudiante de pregrado de derecho de la Universidad Militar Nueva Granada

10 Colaboradora. Coordinadora del semillero de investigación: "Género, grupos minoritarios y derecho: un diálogo permanente" de la Universidad Militar Nueva Granada

ABSTRACT

Masculinities are part of a social-historical structure and determine ideologies over time. By analyzing these conceptions, we can elucidate that hegemonic masculinities based on the ideal of complacency injure human dignity. Thus, the symbolic force of patriarchal domination generates unconscious practices that as a community we consider normalized. The present research was conducted as a qualitative socio-legal analysis accompanied by a deductive discourse. The objective was to argue the incidence of patriarchal ideals in the construction of masculinity, by determining how they damage the fundamental rights and guarantees of marginalized masculinities. To analyze the results was necessary to use a legal interpretation to show how this could generate violations of fundamental rights, discrimination, hate crimes, among others. Hence, it can be concluded that through the ideals of complacency, hegemonic masculinity can be structured, which normalizes discrimination of marginalized masculinities, and all these concepts can be applied in the relationships of individuals in society, and the State. It is remarkable to mention that the correction of these discriminations can be rearranged from critical constitutionalism, which it is based on fundamental rights that converged on human dignities, such as the free development of personality and the principle of equality. These values would allow the implementation of specific public policies and regulations that separate from heteronormativity.

KEYWORDS: Masculinity, The ideal of complacency, fundamental rights, the principle of equality.

PREGUNTA PROBLEMA

¿Cómo el despojo del ideal de complacencia puede ser un factor sustancial para concebir normativas constitucionales que cobijen a las masculinidades marginadas y garanticen mejor sus derechos fundamentales?

OBJETIVO GENERAL

Argumentar la necesidad de la implementación de normativas legales a partir de fundamentos constitucionales que protejan a las masculinidades marginadas.

Objetivos específicos

1. Definir en qué consiste el ideal de complacencia en torno a la masculinidad hegemónica.
2. Advertir sobre la incidencia de ideales patriarcales en el derecho colombiano.
3. Describir cómo el constitucionalismo podría salvaguardar a las masculinidades marginadas.

INTRODUCCIÓN

En la sociedad colombiana actual, existen ideales que controlan la razón individual al ser considerados como "viables"; la demagogia instaurada en diferentes campos, la implementación de modelos económicos cada vez más competitivos, el machismo en los diferentes géneros o clases sociales y una comunidad que aún no reconoce a las nuevas masculinidades, permitió la generación y vinculación de ideales patriarcales entre los que se destacan los ideales de: hombre, riqueza, felicidad y complacencia.

Los ideales patriarcales lesionan a las masculinidades marginadas, las cuales son aquellas sobre las que recae el yugo de la jerarquización masculina, ello implica una lesión de derechos fundamentales englobados en la dignidad humana; desde un punto de vista jurídico, se necesita de mejores políticas públicas, que partan de principios fundamentales desarrollados jurisprudencialmente por la Corte Constitucional como vocera de la Constitución Política, con el objetivo de que estas reglas instauradas por medio de la discriminación positiva (Corte Constitucional, Sala Plena, C-293 de 2010) sean la referencia normativa ante las situaciones jurídicas de las masculinidades marginadas que luchan en contra de los ideales patriarcales.

Lo expuesto nos lleva al siguiente interrogante: ¿Cómo el despojo del ideal de complacencia puede ser un factor sustancial para concebir normativas constitucionales que cobijen a las masculinidades marginadas y garanticen mejor sus derechos fundamentales?

Para resolver este interrogante, se deben identificar los diferentes conflictos ideológicos de las masculinidades, esta situación genera como consecuencia conductas sociales no reguladas legalmente (Durkheim,1979), que lesionan fundamentos constitucionales y emanan de lo que se ha considerado como masculinidad hegemónica, la cual parte de la dominación por medio de la jerarquización masculina (Méndez, 2002), por lo cual se estructura una solución jurídica brindada desde lo que se conoce como constitucionalismo crítico, el cual incorpora a los excluidos en el proceso constitucional (Llano y Silva, 2018) acompañado de la discriminación inversa como medida de aseguramiento para instituir medidas públicas que no desamparen a grupos minoritarios (Dworkin,1991).

1. IDEALES QUE PERPETÚAN A LA MASCULINIDAD HEGEMÓNICA.

Ideal de hombre.

A lo largo del tiempo, el género masculino ha sido el rector de toda esfera humana, dictaminando para sí y en su beneficio un conjunto de características y requisitos para acceder a facultades exclusivas en ámbitos como el económico, político, social y cultural. De allí surge el constructo del ideal de hombre.

La sociedad estructura tal ideal para referirse a quien se ajuste a las características siguientes: blanco, letrado, con poder adquisitivo, culto, fornido, y perteneciente a una alta posición

social; factores que le permite al hombre desplegar actuaciones que serán legitimadas y rara vez cuestionadas siempre que se valide de la jerarquización masculina.

El hombre, no es <autónomo>, teniendo en cuenta, que la sociedad lo califica en relación con los ideales que escoja, por ello, existe una subjetividad "de complacencia respecto a las expectativas masculinas, reales o supuestas, especialmente en materia de incremento del ego" (Bourdieu, 2000, p. 86).

De acuerdo con lo anterior, el hombre no queda excluido de dicha segregación, es cierto que, gracias a ser encasillado en el género masculino, puede gozar de beneficios y evitar costos transaccionales a diferencia del género femenino, sin embargo, existen otros factores, que pueden desvincular al hombre de estas facultades si no cumple con lo anteriormente determinado como ideal de hombre.

Si el varón no satisface las demandas sociales del ideal de hombre, y presenta rasgos, características o asume roles distintos a los tradicionales (negro, pobre, orientaciones sexuales diversas, entre otros.), puede perder los privilegios de los que dispone la masculinidad hegemónica e incluso ser clasificado en un marco social inferior al que sufre la mujer hoy día.

Ideal de riqueza

En nuestra contemporaneidad existe un modelo neoliberal determinado en la competitividad y división del trabajo, correlacionando así la producción —entiéndase como la especialización y cooperación de fuerzas laborales— con la eficiencia por parte de los medios de producción; como dicen Laval y Dardot en las sociedades capitalistas: "cada participante trata de superar a los otros en una lucha incesante para llegar a ser el líder y seguir siéndolo" (Laval y Dardot, 2013, p. 148), este planteamiento generó un nuevo concepto, el ideal de riqueza, el cual encuentra su consumación en un ámbito laboral y capitalista.

El progreso, lo entendemos como aquello que nos permite vislumbrar nuestros esfuerzos en diferentes ámbitos inherentes al ser humano o en las innovaciones que este realiza desde su ser interior o exterioriza en distintos ámbitos; todo progreso nace a partir del trabajo, esta ocupación permite a la persona obtener una remuneración gracias al desarrollo que presta en comunidad y el salario obtenido le permite consumir todo aquello que desde su individualidad considere como necesario; siempre que pueda permitírselo para complacerse consumirá aquello que desea logrando transmitir a sus semejantes que actualmente triunfa en la vida. A su vez, esa riqueza generada, le permitirá ubicarse en lugares privilegiados o no, en la estructura social.

Ideal de felicidad

Una sociedad competitiva construye y difunde ideas consideradas no solo como ciertas, también implica que los individuos las apropien, e incluso las justifique y defienda por medio de argumentaciones "lógicas"; tales como <si cumples con las características esen-

ciales de un varón, la adquisición de ciertos productos te permitirá obtener aquello que deseas>; estos razonamientos pueden influenciar las decisiones de las personas, aún si estas lesionan los arbitrios morales de los diferentes individuos, pero al permearse de las virtudes del género masculino, surge el ideal de felicidad, el cual se genera una vez aceptados los preceptos del hombre modelo.

La felicidad se estructura en un marco de objetos efímeros que no suplen necesidades fundamentales, los gastos de un individuo rico y poderoso lo convierten en un sujeto moralmente inconsciente, absorbido por los ideales anteriormente mencionados, teniendo en cuenta que, "la felicidad no está determinada por la gratificación de los deseos ni por la apropiación y el control que aseguren confort, sino más bien por un aumento permanente en el volumen y la intensidad de los deseos" (Lara & Colín, 2007, p. 212), con lo cual, se busca la imposición de intereses consumistas a partir de un capricho que el individuo busca complacer a toda costa.

Ideal de complacencia

Los diferentes ideales patriarcales practicados inconscientemente por las mayorías, lesionan a las minorías fatigadas por el sistema social que se aplica, pero los individuos no pueden evitarlo porque su razonamiento se encuentra viciado por el ideal de complacencia, que corresponde con la convergencia de los ideales de hombre, riqueza y felicidad, generando un embudo que tiene como sustancia final este ideal, el cual se deriva de un círculo vicioso que es necesario detener para la estructuración no solo de masculinidades más sanas y conscientes de su entorno, sino también para la institución de una sociedad sobria del consumo y que de forma sensata formule y solvente aquello que realmente como conjunto desea lograr.

Es necesario alertar más profundamente cómo estos arquetipos reivindican al varón y más allá de ello, buscan generan la actitud de ser amo, señor y dueño de todo lo que pueda estar a su alcance; por ello, el género permite el análisis de las relaciones de poder, el poder nunca está definido, ni se puede definir en relación a sí mismo, en tanto siempre se supone el poder de uno ejercido sobre otro (Connell, 1995; Burin & Meler, 2000; Bourdieu, 2000; Ramírez, 2005).

Estos razonamientos convergen en una misma masculinidad, la cual se denomina como hegemónica, entendida como "un Corpus construido sociohistóricamente, de producción ideológica, resultante de los procesos de organización social de las relaciones mujer/hombre a partir de la cultura de dominación jerarquización masculina" (Méndez, 2002, p. 9).

Existe una clase especial de masculinidad que no puede apropiar ninguno de estos ideales para sí y le es imposible evitar el rechazo que en los varones más tradicionales genera, también se ven lesionados por otros grupos sociales u otras esferas por fuera del ámbito social estructurado; un repudio general nace y son condenados a pertenecer a lo más bajo que la comunidad pueda considerar, se establece así la noción de masculinidad marginada.

2. MATERIALIZACIÓN DEL IDEAL DE COMPLACENCIA EN EL DERECHO COLOMBIANO

Perspectiva de la masculinidad desde las políticas públicas

El ideal de complacencia (creado social e históricamente) atenta en contra de la estructura social y en consecuencia provoca un declive del Estado Social de Derecho, dado que, al partir de ideales patriarcales e imposiciones de dominación masculina dentro de un entorno social, el individuo no puede determinar su libre desarrollo de la personalidad sin verse limitado por las imposiciones de la masculinidad hegemónica, por lo cual se lesiona directamente su dignidad como persona, por ello, el Estado está en la obligación de proteger a las minorías con el objetivo de mantener la armonía establecida por el ordenamiento jurídico.

La unión entre la masculinidad hegemónica y el derecho, nace a partir de la heteronormatividad; es un término que "compone reglas jurídicas, sociales y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes" (Global Rights, 2010, p. 95).

En el marco internacional, han surgido iniciativas que desvirtúan la masculinidad hegemónica, como lo sería la iniciativa promovida por "Unicef (2004) llamada Masculinidades y desarrollo social que articuló la investigación sobre identidades masculinas y relaciones sociales de género con la formación de técnicos, profesionales y líderes varones vinculados al desarrollo social" (Meneses y Gómez, 2018, p. 68), sin embargo, al Estado colombiano aún le queda un largo camino para que esos llamados internacionales se traduzcan en normativas legales, lo cual tiene como consecuencia que el escenario nacional carece de una solución real, teniendo en cuenta, que "el derecho deberá plantearse en clave de justicia, incluso pese al derecho positivo, encontrando en la teoría de los derechos fundamentales una vía para materializarla" (Agudelo Giraldo, 2015, pp. 111-136).

En Colombia existe un ejemplo que evidencia el amparo por las minorías, como lo es el hecho de definir la situación militar del individuo que se determina como mujer transgénero; una persona que no debe ser vinculada dentro del servicio militar obligatorio y mucho menos pagar cualquier tipo de compensación a la fuerza pública dada su construcción de mujer, "pensar lo contrario sería negar el sentido y la construcción identitaria, lo cual iría en contravía de nuestros mandatos constitucionales" (Defensoría del Pueblo, 2014, p. 69).

Si confrontamos las normas legales del ordenamiento jurídico colombiano con el ideal de complacencia, podemos determinar que la principal falencia radica en la ausencia de reglamentación legislativa en materia de género, debido a que las políticas e iniciativas que protegen a las masculinidades provienen de organismos internacionales, Colombia solo se adhiere a las mismas, lo cual implica que el Estado parta de normas constitucionales no desarrolladas en leyes, que busquen proteger a las masculinidades marginadas.

Estado, individuo y sociedad

Es evidente que el Estado debe permear las diferentes estructuras sociales, con el objetivo de regular las distintas interacciones de los ciudadanos, regulaciones que pueden encontrarse en normativas de diferente nivel, que abordan las facultades de los individuos, y los diferentes límites normativos que permiten dar orden a una sociedad que tiende a ser conflictiva cuando se generan choques culturales, los cuales pueden atentar contra la sociedad misma, un grupo minoritario de esta, o contra un solo individuo, sin embargo, existen vacíos normativos en donde las normas legales no son suficientes para proteger al individuo y debe recurrirse a principios y valores del ordenamiento jurídico.

> Durkheim definió la anomia como una situación de crisis caracterizada por la inexistencia real de normas. Al afirmar que la ausencia de normas está caracterizada a una carencia real, se quiere significar que ellas pueden estar consignadas en la legislación de manera nominal, pero los valores implícitos en las mismas no son acatados, sino desobedecidos en forma repetitiva y generalizada (Durkheim, 1979, pp.76-77).

Por otro lado, en sistemas marcadamente positivistas, el juez no está habilitado para crear fuente de derecho; desde el punto de vista político, las minorías pueden manifestarse y protestar con el fin de hacer valer sus derechos, pero no tienen el poder social suficiente para influir de forma eficaz en el proceso de creación del derecho, teniendo en cuenta, que priman y se garantiza prevalentemente lo que desee la mayoría, idea sobre la que se construye la Democracia, con lo cual, es preciso enfocar el derecho a partir de la realidad social.

> Rudolf von Ihering planteó en el siglo XIX una lucha por el Derecho, aquel que debe tener una traducción en la realidad social, que no es otra cosa que la lucha por los fines que debe cumplir el Derecho en la sociedad, donde se reconoce que el Derecho está relacionado con los intereses de las personas, pero por encima de estos debe primar la idea de justicia (Von Ihering, 2004, pp. 77 y ss).

La sociedad colombiana se encuentra en un punto crítico, desea plantear ideas liberales en donde se proteja no solo al individuo, también busca que las distintas comunidades sean partícipes de este movimiento, sin embargo, cuando existen choques ideológicos con respecto a las masculinidades, las masculinidades marginadas deben soportar los ideales hegemónicos.

La masculinidad hegemónica es una mayoría que ejerce dominio patriarcal en la sociedad, lo cual genera una crisis para esos hombres que dentro de lo planteado no satisfacen los ideales patriarcales que la sociedad les ha expuesto, por ello, recurren al apoyo de grupos minoritarios, pero si no cumplen las expectativas de estos, incluso allí serán discriminados; al final, no dispondrán de ningún tipo refugio social o legal.

Aquí, se contempla la teoría del estructural funcionalismo desarrollada entre otros, por Robert Merton, la cual concibe que “la orientación central del funcionalismo se expresa en la

práctica de interpretar los datos mediante la determinación de las consecuencias que los mismos tienen para las estructuras más amplias de las que proceden" (Arnoletto, 2007, p. 84), por lo cual se parte de las violaciones a principios constitucionales como lo sería la dignidad humana para poder referenciar directamente a las masculinidades marginadas, con el objetivo de conocer cómo se genera y soluciona su problemática.

> La sociedad se encuentra conformada por estructuras sociales y éstas, a su vez, por subestructuras, las cuales forman el sistema social, cuyas partes tienen por objeto la realización de una serie de tareas o la ejecución de unas atribuciones que desempeñan en forma armónica, pues persiguen una finalidad común, la cual es la generación de la estabilidad que permite el desarrollo de la vida social (Silva, 2008, pp. 29-43).

En la masculinidad y más precisamente aquellos hombres que intentan nutrir su vida del ideal de complacencia, pueden llegar a experimentar una desviación de la conducta deseada o esperada por el conglomerado al determinarlos como hombres que deben estar a la altura de aquellos ideales que deben tener para acoplarse y desarrollarse socialmente; estos ideales no atienden a necesidades naturales del hombre, al contrario, son concepciones culturales o demandas sociales, y esto genera una discrepancia entre el individuo y su comunidad.

Lo anterior se fundamenta en que los "comportamientos disconformes" se encuentran en determinados grupos; depende del impacto diferencial de dicha "presión", que se experimenta en función de las respectivas situaciones sociales" (Díaz, 2010, pp. 365-376), es decir, la masculinidad hegemónica ejerce su yugo sobre las masculinidades marginadas, como grupos con comportamientos disconformes.

3. CONSTITUCIONALISMO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN PARA LAS MASCULINIDADES MARGINADAS

Constitucionalismo crítico y masculinidad marginada

La masculinidad hegemónica y el patriarcado en conjunto con las diferentes concepciones que se han estructurado culturalmente en torno a la identidad masculina, son definiciones sociales e históricas, las cuales suelen ir en contravía de diversos preceptos constitucionales relacionados con derechos fundamentales como la igualdad; en relación con este derecho, desde el constitucionalismo crítico, se ha planteado la necesidad de un Estado más inclusivo.

> Entre los postulados que caracterizan el constitucionalismo crítico se encuentra el cuestionamiento de la desigualdad y, en forma particular, la exclusión, debido a que el

> constitucionalismo convencional de manera parcial se opone a la desigualdad, mientras, por lo contrario, el constitucionalismo crítico aspira a incorporar a los excluidos en el proceso constitucional (Llano y Silva, 2018, p. 7).

Desde un punto de vista objetivo, se observa que el constitucionalismo crítico parte de la equidad y no de la igualdad que representa a nuestra estructura normativa; las masculinidades marginadas, son atacadas por la masculinidad hegemónica, por no atenerse a los ideales hegemónicos, muchas veces los individuos pertenecientes a estas masculinidades no disponen de herramientas legales para poder defenderse, porque para gran parte de la sociedad sus concepciones no tienen eco, además, su situación es nueva para el derecho y esto les excluye de cualquier soporte normativo, por lo cual deben recurrir a la madre de todas las normas, la Constitución Política.

Las masculinidades marginadas se encuentran en circunstancias desfavorables, al existir una vulneración de derechos fundamentales que en sociedad se ve materializada en diversas formas, por mencionar algunos, se encuentra la discriminación, violencia física o psicológica, crímenes de odio, acoso laboral etc. Todas estas actuaciones son ocasionadas por el no cumplimiento de las prácticas masculinas patriarcalmente preponderantes.

Las masculinidades marginadas como grupo minoritario de nuestra sociedad colombiana, en diversos escenarios sociales se encuentran sin garantías jurídicas, por lo que su salvaguardia se encontraría en las normas constitucionales y la doctrina constitucional, especialmente aquella relacionada con los derechos contenidos en los artículos 13, 16 y 18 de la Constitución.

La Constitución Colombiana establece en su artículo 13 que "todas las personas somos iguales ante la ley, sin ningún tipo de discriminación ante la misma" (Const, 1991, art, 13)., sin embargo, en la realidad no existe la igualdad entre iguales, se deben equilibrar los escenarios y controlar la ley homogénea ante una sociedad heterogénea.

La discriminación inversa

Una forma de vincular a los grupos excluidos del conglomerado social es a partir de las ya mencionadas medidas exclusivas y favorecedoras, las cuales permiten garantizar el principio de igualdad a partir de la equidad para superar la desigualdad que dichos grupos o comunidades sufren constantemente. Dworkin "insiste en que las preferencias (de las mayorías) basadas en algún tipo de prejuicio en contra de un grupo nunca pueden contar a favor de una política que incluya la desventaja de dicho grupo (...)" (Dworkin, 1991, p. 270).

> Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana ha dicho que "Las acciones de discriminación positiva tienen lugar en un contexto de distribución y provisión de bienes públicos escasos, tales como puestos de trabajo, cargos públicos de alto nivel, cupos

> educativos o incluso, selección de contratistas del Estado" (Corte Constitucional, Sala Plena, C-293 de 2010).

La misma corporación ha reconocido que el artículo 16 condensa la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, advirtiendo que:

> […] en una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-481, 1998).

Por otro lado, La Constitución Política de Colombia en su artículo 18 desarrolla el derecho de libertad de conciencia, un derecho fundamental de aplicación inmediata, y de acuerdo con el cual toda persona tiene derecho de actuar de acuerdo a sus propios parámetros de conducta sin que le puedan imponer actuaciones que estén contra de su razón (Const, 1991, art, 18).

No obstante, existe una discrepancia, ya que las masculinidades marginadas que no se encuentran representadas o asemejadas por su mayoría, al no satisfacer los ideales que el conglomerado les ha planteado y deciden tomar otros arquetipos con respecto a su ser, sufren lesiones constantes en sus derechos y garantías constitucionales, teniendo en cuenta que están desprovistos de políticas públicas en cuanto a sus derechos de igualdad, libre desarrollo de la personalidad y libertad de consciencia.

La Corte Constitucional como vocera de la Constitución

La Corte Constitucional como vocera y guardiana de la Constitución, debe procurar por medio de su jurisprudencia que el individuo tenga la posibilidad de expresar su individualidad sin imponer límites sociales (salvo los legales y constitucionales), con el objetivo de no lesionar el desarrollo independiente del individuo, ni su capacidad de elección. Lo anterior, debe entenderse en su relación con el principio de solidaridad contemplado en el artículo 1 de la Constitución colombiana como fundamento del Estado colombiano y el de solidaridad social consagrado en el artículo 95 de la Carta Magna. Considerando los referidos fundamentos constitucionales como plataforma; la Corte sostuvo en el fallo C-404/98 que:

> […]el constituyente colombiano ha erigido un principio rector de la conducta que puede enunciarse así: Si del comportamiento que tú observes se siguen consecuencias para los demás, tu comportamiento debe ser de tal suerte que los efectos altruistas (positivos) se incrementen y los egoístas (negativos) se eviten (Corte Constitucional, Sala Plena, C-404, 1998).

Dentro de las obligaciones del Estado, se destaca la garantía de la igualdad y la eliminación de la discriminación, así como la priorización de cualquier tipo de denuncia de conductas

que atenten en contra de los principios o derechos constitucionales anteriormente citados, afirmando que si el acto se presenta ante un grupo de personas, "la discriminación implica afectaciones inmateriales a la dignidad que han de ser especialmente valoradas por el juez constitucional, de acuerdo con las reglas aplicables" (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T-691, 2012), permitiendo que los mecanismos jurídicos de los cuales disponen las víctimas, se desarrolle apropiadamente la investigación y sanción en contra de cualquier delito o limitación de derechos de los ciudadanos.

Para acompañar y evitar el desamparo de las masculinidades que a lo largo de la historia han sido violentadas y marginadas en nuestra sociedad colombiana, la jurisprudencia constitucional establece que el auto reconocimiento del individuo cuenta con una protección constitucional la cual se encuentra ligada no solo al individuo, también se extiende a los grupos minoritarios.

"Reconocer las nuevas masculinidades hace que la regulación normativa no pueda entenderse sólo bajo el componente del sexo" (Corte Constitucional, Sala Plena, C-220, 2019) porque la reglamentación debe entenderse desde distintos espectros legales, sociales y culturales, por ello, es necesaria no solo una ampliación legislativa en lo referente a la temática, también es necesario ir de la mano con aquello que dispone la Constitución en sus amplios valores y principios.

CONCLUSIONES

Desde las dos vías —antropológica y jurídica— se debe reconstruir el concepto de masculinidad. Para el caso colombiano, ya hay antecedentes jurídicos firmes gracias a los aportes del constitucionalismo crítico.

El Estado como garante de la dignidad humana, debe permear las esferas sociales con políticas públicas y mandatos legales que se nutran y garanticen derechos fundamentales como el libre desarrollo a la personalidad, libertad de conciencia, y el principio de igualdad engendrado desde la equidad, con el objetivo de desacralizar el ideal de complacencia del derecho colombiano.

Las construcciones sociales de las nuevas dimensiones de la masculinidad engranan perfectamente en la defensa de derechos fundamentales que encarna la Constitución colombiana desde hace casi tres décadas. Es fundamental comprender que sin la carta magna no tienen cabida estos conceptos en el país, y que sin estos conceptos es imposible que los principales principios formulados en esta norma tengan sentido.

REFERENCIAS

Agudelo Giraldo, O.A. & Galán, A. R. (2015). *Derecho injusto.* Fórmula de universalización y derechos humanos. Novum Jus, Vol. 9, n°. 2. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, pp.111-136.

Arnoletto, E. J. (2007). *Curso de teoría política.* Juan Carlos Martínez Coll. p. 84.

Bourdieu, P. *La dominación masculina*, Anagrama, Barcelona, 2000, p. 86.

Burin, M., & Meler, I. (2000). *Varones género y subjetividad masculina* (No. 305.32 B8).

C. Laval y P. Dardot, *La nueva razón del mundo,* Gedisa, Barcelona, 2013, p. 148.

Connell, R. W. (1995). *Masculinities* (2nd ed.). Cambridge: Polity Press.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 13 [Titulo II]. 43ra Ed. Legis.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (9 de septiembre de 1998) *Sentencia C-481*. MP [Alejandro Martínez]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (10 de agosto de 1998) *Sentencia C-404. MP* [Carlos Gaviria y Eduardo Cifuentes]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (21 de abril de 2010) *Sentencia C-293.* MP [Nilson Pinilla]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (22 de mayo de 2019) *Sentencia C-220.* MS [Alejandro Linares]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (28 de agosto de 2012) *Sentencia T-691*. MP [María Calle]

Díaz, O. H. (2010). *Anomia, normalidad y función del crimen desde la perspectiva de Robert Merton y su incidencia en la criminología.* Criminalidad, 52(1), 365-376.

Defensoría del Pueblo. (2014). *Servicio militar obligatorio en Colombia: Incorporación, reclutamiento y objeción de conciencia.* Bogotá: nd. p. 69.

Durkheim, Émile. *Las reglas del método sociológico,* Bogotá, Ediciones Bogotá, 1979 - PP. 76 y 77

Dworkin, R. (1991, 13 de abril). *Race and the uses of law.* The New York Times. p. 270.

Global Rights: Partners for Justice, *Cómo lograr credibilidad y fortalecer el activismo: una guía para la incidencia en temas de sexualidad*, 2010, pág. 95.

Lara Pulido, G. M., & Colín, G. (2007). *Sociedad de consumo y cultura consumista. Argumentos (México, DF), 20(55), p. 212.*

Llano franco, J. V., & Silva García, g. (2018). *Globalización del derecho constitucional y constitucionalismo crítico en América Latina*. Utopía y Praxis Latinoamericana, 23(supl 2). p. 7.

Méndez, L. B. (2002). *Masculinidad hegemónica e identidad masculina*. Dossiers feministes, p. 9.

Meneses, T. y Gómez Camacho, R. (2018). *Género y emergencias sociales. Vinculando las masculinidades a las políticas públicas desde la bioética social*. Revista Latinoamericana de Bioética, 18(35-2), p. 68. DOI: https://doi.org/10.18359/rlbi.3388

Ramírez Rodríguez, J. C. (2005). Madejas entreveradas: *Violencia, masculinidad y poder: Varones que ejercen violencia contra sus parejas*. Zapopan: Universidad de Guadalajara.

Silva García, G. (2008). *La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario.* Prolegómenos, XI, (22), pp. 29-43.

Von Ihering, Rudolf (2004), *La lucha por el derecho*, Valletta, Argentina, pp. 77 y ss

GENEALOGÍA DEL DERECHO A LA ADOPCIÓN EN FAMILIAS HOMOPARENTALES

Paula Daniela Vargas Villalobos[11]

II Encuentro de Investigación jurídica y sociojurídica
Seminario Masculinidades, Feminidades, Hegemonía Y Patriarcado
Fundación Universitaria Los Libertadores
Mayo, 2020 - Bogotá D.C.

RESUMEN

En Colombia la adopción de niños, niñas, jóvenes y adolescentes por parejas del mismo sexo ha sido objeto de múltiples debates. La adopción se ha considerado como una medida de protección mediante la cual se brinda a los niños, un padre o una madre, que proporcione lo apropiado para su desarrollo pleno e integral y su bienestar. Las autoridades de control, como el ICBF, tiene el deber de vigilar las adopciones y realizar los procedimientos necesarios que garanticen las condiciones necesarias para que tengan una calidad de vida digna y dentro de la cual puedan disfrutar del pleno goce de sus derechos.

Por lo anterior la presente genealogía busca evidenciar el desarrollo de los fallos emitidos por la Corte Constitucional frente al problema jurídico de determinar si la adopción por parejas del mismo sexo, garantiza el derecho a la familia al adoptado, con el fin de proporcionarle su bienestar y un hogar, entre otras posibilidades. El análisis se basó en textos relacionados con el tema y principalmente en las sentencias de la Corte Constitucional. Esta línea del tiempo es un aporte necesario porque a pesar de las variadaslíneas llevadas a cabo, ninguna aborda el fondo del derecho fáctico de garantías hacia el menor. Se verá a lo largo del trabajo que la respuesta al problema jurídico ha sido evolutivay positiva para salvaguardar a los menores de nuestro país.

PALABRAS CLAVE: Adopción, familia, familia homoparental, igualdad, derechos, menores.

11 Estudiante de décimo semestre de la Fundación Universitaria Los Libertadores

GENEALOGY OF THE RIGHT TO ADOPTION IN HOMOPARENTAL FAMILIES

ABSTRACT

In Colombia, the adoption of children, youth and adolescents by same-sex couples has been the subject of multiple debates. Adoption has been considered as a protection measure through which children are offered, a father or a mother, who provides what is appropriate for their full and integral development and well-being. The control authorities, such as the ICBF, have the duty to monitor adoptions and carry out the necessary

procedures that guarantee the conditions necessary for them to have a dignified quality of life and within which they can enjoy the full enjoyment of their rights.

Therefore, this genealogy seeks to evidence the development of the rulings issued by the Constitutional Court in the face of the legal problem of determining whether the adoption by same-sex couples guarantees the right to the family to the adoptee, in order to provide their welfare and a home, among other possibilities. The analysis was based on texts related to the subject and mainly on the rulings of the Constitutional Court. This timeline is a necessary contribution because despite the various lines carried out, none addresses the substance of the factual right of guarantees towards the minor. It will be seen throughout the work that the response to the legal problem has been evolutionary and positive to safeguard minors in our country.

KEYWORDS: Adoption, family, homoparental family, equality, rights, minors.

INTRODUCCIÓN

Actualmente la infancia y adolescensia están expuestos a situaciones que pueden amenazar o vulnerar sus derechos fundamentales, principalmente el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, ya que cuando los adoptantes conforman una pareja del mismo sexo, existen bastantes prejuicios morales, religiosos, entre otros, que señalan que los menores serán objeto de vejámenes si llegasen a vivir bajo el cuidado de dichas parejas, privando al menor de tener la oportunidad de crecer en un ambiente de protección, cuidado y amor, por nombrar algunos.

Así las cosas, este trabajo busca determinar si.: ¿La adopción entre parejas del mismo sexo, le garantiza el derecho a la familia a los niños, niñas y adolescentes?, cumpliendo con las garantías al principio del interés superior del niño y el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella desde una óptica imparcial del Derecho de Familia, como se interpreta dentro del Estado Social de Derecho, siendo relevante el tema, ya que plantea la necesidad de identificar las implicaciones que han surgido a partir de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional en el marco del debate sobre la adopción por parte de parejas del mismo sexo,

resaltando la imperiosa necesidad de proporcionar a los menores la posibilidad de acceder a una familia y más aún, garantizarle al niño las condiciones óptimas y la oportunidad de crecer y desarrollarse integralmente en el seno de un hogar, con el objeto de disminuir el número de menores huérfanos o en estado de abandono, y además forjar ciudadanos más felices e íntegros para lograr una sociedad más equilibrada.

Teniendo en cuenta lo anterior, se va a realizar una línea jurisprudencial, en torno a las sentencias más relevantes de la Corte Constitucional en referencia a la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo, de las cuales se observarán sus decisiones como precedentes jurídicos que permitan sustentar el desarrollo de la investigación, a margen de la línea planteada en el Libro: El derecho de los Jueces por López Medina (2006), que refiere la necesidad de acotar el conflicto de intereses a través de la jurisprudencia, identificando las sentencias más relevantes, para finalmente, construir pronunciamientos jurisprudenciales; de este modo, este trabajo es desarrollado a partir del rastreo de diversas fuentes jurídicas entre las que se encuentran libros, artículos, documentales, videos, revistas, para complementar los conceptos emanados por la Corte Constitucional, el cual, se desarrollará en tres partes. En primer lugar, se analiza cómo la literatura experta ha debatido el alcance y límites del derecho a la familia y la adopción por parejas del mismo sexo. En segundo lugar, se determina la eficacia y garantía al menor a su derecho tener una familia y no ser separado, al ser adoptado por una pareja del mismo sexo. Finalmente, se presentan conclusiones, derivadas del análisis jurisprudencial sobre la adopción homosexual como garantes del derecho a la familia de los menores en Colombia.

DESAROLLO

1. Marco Teórico

En conformidad con lo estipulado en las diferentes sentencias proferidas por la Corte Constitucional y la Constitución Política de nuestro país, los menores gozan de especial protección del Estado colombiano, al tener la obligación de salvaguardar y velar por la protección del menor, haciendo predominantes sus derechos por encima de cualquier otro. De acuerdo con ello, el Estado, la sociedad y la familia velan por la garantía del pleno ejercicio de sus derechos para que el menor obtenga un desarrollo armonioso e integral, ya que a través de la adopción se le posibilita al menor el acceso a una familia. En el Código Civil colombiano de 1873, se menciona por vez primera de manera normativa la adopción, explicada como un contrato solemne en escritura pública, avalada por previa autorizació judicial, contentiva de autorización de un notario y firmada por dos testigos para su validez. Posteriormente, en el año de 1960 se expidió la ley 140, ley en la cual, era necesario adquirir una licencia para adoptar, el proceso se otorgaba ante notario mediante escritura de adopción en la que firmaban las partes, es menester aclarar que el código nombrado

anteriormente se encuentra subrogado por el Código Civil actual (Ley 153 de 1887). La ley 75 de 1968, crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), trayendo consigo la implementación de figuras tales como filiación e hijo natural, estableciendo a diferencia de las leyes anteriores que únicamente en materia sucesoral tendrán los derechos de hijo natural, siendo el juez el único competente para la entrega o revocación de un proceso de adopción. Sucesivamente se dicta la Ley 5 de 1975 que modifica y establece dos clases de adopción: adopción plena haciendo referencia a que el menor adoptado podría heredar como hijo legítimo y rompía todo vínculo con la familia sanguínea, mientras que en la adopción simple el menor adoptado heredaba como hijo natural y podría conservar los apellidos de su familia de origen, término que se elimina posteriormente a margen de lo dictado en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), ya que en este decreto se empieza a reconsiderar la adopción y se establece como una medida de protección vigilada por el Estado, al reconocer en su artículo sexto que "todo menor tiene derecho a crecer en el seno de una familia". Finalmente, la adopción se define como "(...)una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza", definición establecida por el Código de la infancia y adolescencia (Ley 1098 de 2006), el mismo que hoy en día se encuentra vigente y salvaguarda los derechos de los niños niñas y adolescente, en especial el derecho del menor a tener una familia.

Teniendo en cuenta lo anterior, existen actualmente dos tipos: adopción administrativa, la cual se declara a través del ICBF, y adopción Judicial la cual es decretada por medio de una sentencia judicial y queda debidamente ejecutoriada estableciendo así la relación paterno-filial, derivando con ello lo siguiente:

1. Las partes adquieren los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo.
2. La adopción establece parentesco civil entre las partes, que se extiende en todas las líneas y grados consanguíneos. El menor adoptado llevará como apellidos los de los adoptantes y en cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando este sea menor de tres años, consienta en ello, o el Juez encuentre justificadas las razones de su cambio.
3. Por la adopción, el menor deja de pertenecer a su anterior familia, en consecuencia, se extingue todo parentesco de consanguinidad.
4. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.

Lo anterior, busca establecer la genealogía de la adopción en Colombia desde sus bases hasta su estabilidad actual, para evidenciar a través de este escrito en sus próximos apartes, la actualidad de la adopción en cuanto los padres adoptivos conformen una pareja del mismo sexo.

2. MARCO CONCEPTUAL

Concepto de Derecho de Familia

Este concepto lo establece ((MAZEUD, 1968) citado por Machicado (2012)) como *"El conjunto de normas que rigen la constitución, organización disolución de la familia como grupo, en sus aspectos personales y de orden patrimonial"* por lo tanto, el derecho familiar está en caminado a las leyes, regulaciones y procesos judiciales que involucran inversamente la unidad familiar, y rige los procesos judiciales que involucra:

- Matrimonio y cohabitación
- El divorcio y la manutención conyugal
- Custodia del menor y sustento de niños
- Adopción

Por lo anterior, se le aclara al lector que el tema desarrollado en el presente escrito en gran parte está relacionado con lo que versa el Derecho de familia en nuestro ordenamiento.

Concepto de Familia

En nuestra Constitución específicamente en el artículo 42, se define a la familia como (…) *el núcleo fundamental de la sociedad constituido por vínculos naturales o jurídicos, basados en la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla* (…). Esta definición nos establece que la familia se conforma por un hombre y una mujer, pese a lo anterior, la visión de un núcleo familiar compuesto por padre y madre, ha cambiado, por lo tanto esta definición deja de lado otras posibles consideraciones, como son las familias conformadas por madres cabeza de familia, padres de crianza, padres cabeza de hogar y parejas del mismo sexo, entre otras; en razón al vacío legislativo de esta última, la jurisprudencia en busca de la protección y garantía del principio de igualdad y los derechos fundamentales, por nombrar algunos, ha generado grandes cambios en sus decisiones, como son a grandes rasgos las sentencias: C-075/2007 que otorga la posibilidad de conformar uniones maritales de hecho y abarcar en el régimen patrimoniales a parejas del mismo sexo. Del mismo modo, la sentencia C-577/2011 mediante la cual la Corte revisó las expresiones "hombre y mujer" reconociendo en su fallo que (…) La voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de personas de orientación sexual diversa (…) agregando que las uniones entre personas del mismo sexo deben ser protegidas. Seguido por el reconocimiento a adoptar el hijo biológico de alguna de las partes conformantes, posibilidad otorgada por los fallos de las sentencias SU-617/2014 y C- 071/2015, de la misma manera, la Corte en su sentencia C-683/2015 pronunció la posibilidad de adopciones de menores de edad, incluso si no son los hijos biológicos de la pareja, ya que no resulta constitucional privar a los menores de ser adoptados por parejas del mismo sexo que conforman una familia y cumplen los extensos requisitos para

brindarles un entorno y en desarrollo integral; como ultimo pronunciamiento del tema la Corte aclaró los argumentos y conceptos del matrimonio entre parejas del mismo resaltando que estas uniones constituyen familia.

Familia Homoparental

Según Buil, García, Lapastora y Rabasot (2004) *"La familia ha cambiado, como la sociedad de la que forma parte. Sus formas se han diversificado y se alejan del modelo patriarcal tradicional. También el avance de la biotecnología ha contribuido a este cambio. Así, hoy día hay familias compuestas por dos progenitores, mujer y varón; familias monoparentales (por viudedad, divorcio u opción personal); familias en cuyo origen actuaron un progenitor y "la sombra" de otro (óvulo o esperma congelado); y familias integradas por dos progenitores del mismo sexo" Pag (83)*. Las autoras nos exponen algunos tipos de familias que son importantes enunciar, ya que se ha generado un cambio significativo en las concepciones tradicionales, que influyen sustancialmente en la normatividad. Es así que en consideración de nuestra Constitución Política, en especial su artículo 1°, establece que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el principio de la dignidad humana, mismo que establece el trato digno a conformidad de la condición humana, sin que ningún actuar de un particular o un ente estatal denigre dicha condición; de la misma manera define al estado social de derecho, como aquella organización política responsable de garantizar derechos y un trato digno e igualitario a la población, en especial a quienes se encuentran bajo un estado de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, asumiendo la obligación de maximizar las capacidades humanas en un entorno igualitario de manera formal y material, garantizando la plenitud de los derechos.

Así mismo, la Constitución Política de 1991 trae consigo la palabra "pluralismo", palabra la cual reconoce las minorías y su objeto de protección por parte de la sociedad, a través de diversos órganos del Estado, para asegurar el pleno ejercicio de los derechos de las comunidades y la defensa de los mismos, evitando la limitación del libre ejercicio de los derechos, es así que el pluralismo consiste en un principio fundante del Estado que toma importancia en torno a la protección de minorías, en el caso en concreto parejas del mismo sexo y Niños, niñas y adolescentes.

Con lo anterior se concluye que en la actualidad, existen diferentes tipos de familias, es por esto que Blanco, T (2015) nos expone algunos tipos de familias a considerar en su artículo *parentalidades en familias diversas* (…) *Se entenderá por familia diversas a aquella familia que no cumpla con la heteronormatividad, lo que significa que no se compone por una unión parental compuesta por un hombre y una mujer heterosexuales, sino al contrario, por uniones hombre- hombre, mujer-mujer, personas bisexuales o personas transgénero.*

Las familias homoparentales son aquellas que se conforman por una pareja homo- sexual y los hijos o hijas que se adquieren antes o durante dicha unión. Debido a que la diversidad sexual incluye también a personas bisexuales, transexuales e intersexuales, se debe tener en cuenta que estas familias pueden ser más diversas de lo comprendido por la lógica heterosexual. (Pag 3) (…) Continuando con la línea, establecido el escenario constitucional, y según lo anterior se entiende el concepto de familia homoparental, como el vinculo afectivo y estable de dos o más personas que se consideran a sí mismas como una familia con la característica que el rol de padres se ejercerá por dos personas del mismo sexo, que pueden adquirir obligaciones de crianza.

Adopción

Como se mencionó en el marco anterior la adopción es una medida de restablecimiento de derechos en favor del menor, encaminada a la protección y garantía de sus derechos fundamentales especialmente su Derecho Fundamental a tener una Familia, otorgando de manera irrevocable una relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza y bajo la suprema vigilancia del Estado, aunado a la anterior definición de familia la adopción posibilita el acceso a una familia constituida a partir de un escenario de pareja, sin importar la orientación sexual de los adoptantes, por ende el estado como garante del pluralismo, la igualdad y la dignidad humana brinda la posibilidad al menor hacer parte de una familia mediante un proceso transparente e íntegro que garantice la idoneidad de los adoptantes.

Respecto a los tipos de adopción en Colombia, el Código de Infancia y Adolescencia establece las siguientes modalidades:

- Adopción individual, opción que contempla a única. Persona como parte adoptante.
- Adopción conjunta, es la opción otorgada a los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años, parejas solteras o cónyuges conjuntos.
- Adopción consentida, es la autorización que se le otorga al cónyuge o compañero permanente del padre o madre biológico de un niño, siempre y cuando la pareja demuestre la convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años.

CONSTRUCCIÓN DE LÍNEA JURÍDICA

Conforme lo expone López Medina (2006), frente a la caracterización de sentencias hito según su tipología, se tienen en cuenta, según el orden:

- **Sentencia fundadora**

  La sentencia fundadora de línea la describe López Medina (2006) como (…) los fallos proferidos en el periodo inicial de actividad de la Corte, en los que se aprovecha sus primeras sentencias de tutela y de constitucionalidad para hacer interpretaciones de Derecho. (Pag 164). Por ende al abordar el tema de la adopción homoparental es preciso establecer que su punto de origen, está bajo lo versado en la Sentencia T-290/1995 de la Corte Constitucional, ya que determina por primera vez si constituye la orientación sexual diversa en un impedimento para obtener la custodia de un menor, en el caso en concreto, una menor que sus padres abandonaron en un inquilinato y el administrador se hizo cargo de la menor, pero posteriormente el ICBF la arrebato de su cuidado toda vez que la menor se encontraba en situación de peligro.

- **Sentencia consolidadora de línea**

  La Sentencia C-814/2001 consolida la no viabilidad constitucional al reconocimiento jurídico de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, considerando que en el margen jurídico únicamente existe la concepción de familia de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 de la Constitución que versa sobre su conformación y esta deberá ser conformada por la unión de un hombre y una mujer, explicando que únicamente accederán de manera expresa a la adopción quienes pretenden adoptar siendo cónyuges, es decir un hombre y una mujer unidos por el vínculo del matrimonio; y quienes conformen una pareja formada por hombre y mujer que hayan convivido ininterrumpidamente un periodo no inferior a tres años. Conforme a lo anterior, la proyección de familia sería entendida literalmente a lo expresado en la Constitución, considerando que no es una conducta omisa que propicia desigualdad de trato a una comunidad en especial, y al contrario garantiza la noción de unión familia, brindado una visión ampliada del término de familia.

- **Sentencia modificadora de línea**

  Para este punto es necesario traer a colación el contexto importante por el cual estaba atravesando la jurisprudencia en el marco de derechos de parejas del mismo sexo, ya que los precedentes generaron fallos en lo referente al reconocimiento de diferentes derechos para las parejas con orientación sexual diversa como lo son la igualdad generada en materia de derechos patrimoniales a través de la sentencia C-075/2007 o el reconocimiento de derechos pensiónales de su compañero permanente a través de la sentencia C-336/2008; estos fallos buscaban garantizar la dignidad humana y el pleno goce de derechos sin ninguna discriminación, al considerar que conformamos un Estado social de derecho; por lo anterior en la sentencia C-029/2009 se remplantean los aspectos referentes al tema familiar, la Corte expone que no existen impedimentos jurídicos para desestimar la unión

entre parejas del mismo sexo y no conferirle el estatus de familia, ya que cumplen con los presupuestos afectivos y emocionales que las configura. Lo anterior busca establecer de manera clara que la noción de familia a partir del fallo emitido en la sentencia C-029/2009, cambia significativamente al reconsiderar las partes entendidas en la unión familiar.

- **Sentencia reconceptualizadora de línea**

  Las sentencias reconceptualizadoras de línea, se establecen como las afirmaciones de un concepto o argumento, con la introducción de una mejor interpretación que la que se ha mantenido en la línea del tiempo. A través de las Sentencias, T-276/2012 y SU- 617/2014, se confirman las decisiones adoptadas en el numeral anterior, y vuelve a reiterar que la unión familiar, en especial el matrimonio, no puede considerarse únicamente como la unión entre un hombre y una mujer, ya que se ha considerado jurídicamente que la figura tanto de la familia y el matrimonio, se debe aplicar sin distinción de género, con los mismos efectos vinculantes y jurídicos que llegan a tener las uniones entre parejas heterosexuales.

- **Sentencia dominante**

  En cuanto la sentencia dominante se tiene que, serán las sentencias contentivas de criterios vigentes y dominantes, por medio de los cuales la Corte busca resolver un conflicto de interés en un escenario Constitucional. Frente a la temática de adopción por parte de parejas del mismo sexo, encontramos que la sentencia dominante hace referencia al expediente C-071/2015, debido a que la misma constituye un compilado jurisprudencial en donde se pueden encontrar las demás tipologías de sentencias. Esto, debido a que se constituye un precedente respecto a la adopción conjunta por parte de compañeros permanentes del mismo sexo, por cuanto tiene que primar el principio de interés superior del menor, por ende esta sentencia faculta a las parejas del mismo sexo hacia el acceso a la adopción, en arras de garantizar al menor su participación en un núcleo familiar, de la misma manera, la Corte resalta que la adopción no debe concebirse como la garantía hacia las personas adultas sino al bienestar del menor y a su derecho fundamental.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Tras la expedición de la Constitución Política de 1991, la legislación sobre la protección de las minorías, el pluralismo y el derecho a la familia presentó un cambio importante para la garantía del derecho a la igualdad, específicamente, en el margen de los derechos de las parejas del mismo sexo y los niños, niñas y adolescentes, toda vez, que la Corte Constitucional a través de la jurisprudencia ha venido asumiendo por medio de sus precedentes un rol garante a la igualdad para la diversidad colombiana; La familia se ha presentado como un derecho fundamental para el menor, consagrado sobre las disposiciones legislativas del Artículo 44 de

la Constitución Política, refiriendo lo siguiente **"*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.*"**(Subrayado fuera del texto); del mismo modo como un elemento para la función social, destacado nacionalmente a partir de la Carta de 1991, según lo expresa la sentencia C-271 (2003) "(…) ***La Constitución le otorga a la institución familiar el carácter de piedra angular dentro de la organización política estatal, rescatando el criterio universal que la reconoce como elemento primordial de la sociedad y elevando a canon constitucional mandatos básicos de preservación, respeto y amparo que tienden a garantizar su existencia y pleno desarrollo, algunos de los cuales ya aparecían anunciados en leyes civiles*** (…). Lo anterior contextualiza el concepto de familia como un núcleo vigilado por el Estado, en garantía al derecho en cumplimiento al ya nombrado Artículo 44.

El artículo 42 de la Constitución contempla dos formas de conformar familia, a saber una por un vínculo natural y la otra por un vínculo jurídico; esta última se establece por medio de la adopción; ahora bien en cuanto a la adopción por parejas del mismo sexo, se tiene que de manera jurisprudencial aparece por vez primera en la Sentencia T-290/1995, misma que buscaba delimitar si una menor bajo el cuidado de un padre de crianza con orientación sexual diversa, fue arrebatada de su cargo por su condición sexual tal como lo afirmaba el tutelante, en esta sentencia, la Corte entra a delimitar por primera vez la consideración de un vínculo familiar jurídico, siéndola parte responsable del cuidado un padre con orientación sexual diversa, considerando las condiciones de vida brindadas por el accionante al interés superior del menor, por esta razón, el fallo emitido versa que la menor fue arrebatada de su cargo, por el mal estado de vida que él podía brindarle y no en su condición sexual, más aún cuando la Corte refiere que "(…) ***Negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución. Se pretendía así dejar claramente establecido que eran otros los motivos que habían guiado a la Corte al confirmar la sentencia que denegó la tutela.*** (…), con esto la Corte fundamenta que su decisión es objetiva y se acoge a las normas constitucionales, no obstante, expresa que (…) ***La homosexualidad no es en sí misma un lastre moral, pues el comportamiento recto o desviado de una persona nada tiene que ver con sus preferencias sexuales. El comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y que es aquél, y no éstas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño.*** (…). En este fallo, cabe recalcar que comienza con una posible flexibilización en torno a la consideración de adoptar por parte de una pareja con orientación sexual diversa, tanto así, que autores como (Abreo & Nieves, 2015. Pág 7), se acogen al anterior escenario y confirman que en el caso de negación a los menores en condición de adoptabilidad por razón a la orientación sexual de los tramitantes, se configura como una negación hacia la posibilidad del infante a tener una familia.

De aquí la Corte, a través de la Sentencia C-093 de 2001 y la Sentencia C-814 de 2001, empiezan a realizar precisiones en cuanto los adoptantes deben cumplir los requisitos formales para adoptar, siendo precisados por el decreto 2337 de 1989, confirmando que la pareja pertinente para adoptar era establecida bajo la Concepción de hombre y mujer, explicando que la solicitud de cumplimiento al mismo, no restringía el derecho a la familia, ni el derecho a la adopción, por cuanto, el último no es un derecho fundamental y se tiene que regir con la consideración de garantizar un bienestar óptimo al menor.

La Sentencia C-029/2009 observa que, frente a la concepción de familia, debería ampliar el concepto correspondiente a "pareja" al considerar que no existen impedimentos jurídicos para desestimar la union entre parejas del mismo sexo y no conferirle el estatus de familia, ya que cumplen con los presupuestos afectivos y emocionales que las configura. Ante esto, la Corte concreta su concepción por medio de la sentencia C- 577/2011 considerando que las familias del mismo sexo constituyen un tipo de familia y esta debe ser amparada por el estado, aclarando la concepción del artículo 42 de la siguiente manera:

> *"La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia [...] las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la "voluntad responsable de conformarla" también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales."*

Con lo anterior la Corte buscaba reafirmar su decisión y establecer que, mediante el principio de igualdad, las familias en general tienen que gozar de protección integral por parte del Estado. Ahora bien, a través de las sentencias T-276/2012 y SU-617/2014, se confirman las decisiones adoptadas en el numeral anterior, y vuelve a reiterar que la unión familiar, en especial el matrimonio, no puede considerarse únicamente como la unión entre un hombre y una mujer, ya que se ha considerado jurídicamente que la figura tanto de la familia y el matrimonio, se debe aplicar sin distinción de género, con los mismos efectos vinculantes y jurídicos que llegan a tener las uniones entre parejas heterosexuales. Ahora bien, en la Sentencia C-071/2015 se establece un precedente importante en cuanto a la adopción, debido a se le da paso a la adopción conjsdentida por parte de compañeros permanentes del mismo sexo, considerando la primacía del principio de interés superior del menor, facultando a la adopción en parejas con orientación sexual diversa, garantizando el derecho fundamental a la familia por parte del menor y salvaguardando su desarrollo íntegro como miembro de un núcleo familiar, de la misma manera, la Corte resalta que la adopción no debe concebirse como la garantía o el derecho a adoptar hacia las personas adultas sino al bienestar del menor y a su derecho

fundamental de tener una familia y no ser apartado de ella; esta sentencia es un gran paso para garantizarle al menor un acceso optimo a una familia sin tener en consideración su orientación sexual, puesto que la Corte a realiza el análisis enfocado en la medida de protección del menor, resaltando que la importancia del proceso de adopción no versa en dar un niño a una familia sino dar una familia a un niño.

La Corte a través de la sentencia C-683-2015, acude al derecho comparado, entre la evidencia científica y fallos relevantes, para determinar que la ciencia y la jurisprudencia de países que aceptan la adopción homoparental, el interés superior del menor no es vulnerado por la orientación sexual de los padres, a diferencia de ello, negarle la posibilidad a una pareja del mismo sexo constituye negarle a un menor en condición de adoptabilidad la posibilidad de tener una familia, aunado a ello la Corte menciona que la negación conforma un desconocimiento a los principios constitucionales garantes a la infancia especialmente su derecho a tener una familia; con el anterior análisis la Corte concluye que la restricción de adoptar hacia las parejas del mismo sexo, no tiene fundamento constitucional, ya que las parejas del mismo sexo pueden salvaguardar el interés superior del menor y otorgarles un crecimiento íntegro, óptimo y pleno.

Lo anterior evidencia que por medio del análisis jurisprudencial llevado a cabo, Colombia al ser un Estado Social de derecho, tiene que garantizar la dignidad humana, la igualdad, el pluralismo y el respeto de los derechos fundamentales, para la población en especial la más vulnerable y las minorías, en este sentido el Estado actúa como garante especialmente de los derechos de los infantes y adolescentes en el país, siendo el Estado responsable de la garantía del derecho a la familia de los niños, niñas y adolescentes, otorgándole a los padres la obligación de cuidar, enseñar, respetar y brindar lo necesario para que el infante pueda desarrollarse en un contexto cultural, contextual y familiar. De este modo, el Estado otorga la posibilidad de tener una familia a los niños, niñas y adolescentes que no cuentan con ella, a través de la adopción, mecanismo en el cual se le garantiza el interés superior al menor y su derecho a pertenecer a un vínculo familiar y no ser separado de ella, así las cosas, la Corte Constitucional en sus llamados a la protección de los intereses del menor se ha pronunciado en favor de la adopción homoparental ya que la misma no se configura como amenaza al desarrollo o los intereses del menor.

CONCLUSIONES

- El Estado social de derecho en Colombia, salvaguarda y garantiza los principios constitucionales que se establecieron a partir de la Carta Política de 1991, en especial el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su derecho fundamental a tener una familia y no separada de ella.
- Las concepciones de familia y parejas han cambiado de manera positiva, ya que por medio de estos avances normativos se han reconocido otros tipos y han permitido el acceso

igualitario en diferentes ámbitos garantizando diferentes derechos como salud, pensión, adopción, entre otros.

- La adopción entre parejas del mismo sexo, le garantiza el derecho a la familia a los niños, niñas y adolescentes, por cuanto, se ha establecido que toda persona tiene la posibilidad de adoptar siempre y cuando garantice el desarrollo pleno del menor, una buena calidad de vida y lo necesario para su subsitencia.
- El punto de apoyo de la presente línea jurisprudencial se encuentra en la sentencia C-683/2015, al cumplir con todas las características en torno a la garantía del derecho a la familia de los niños, niñas y adolescentes, cuando son adoptados por una pareja del mismo sexo.
- Con la construcción de la presente línea se encontró que las sentencias hito frente a la garantía del derecho a la familia de los niños, niñas y adolescentes, cuando son adoptados por una pareja del mismo sexo, se encuentran en las sentencias T- 295/1995, C-814/ 2001, C-029/2009, C- 071/ 2015, T-276/2012 y SU-617/2014.
- La adopción homoparental no vulnera los derechos al menor, a contrario sensu se configura como una garantía hacia al menor la efectividad de sus intereses y derechos, otorgándole a un niño una familia.

REFERENCIAS

López Medina (2006). *El Derecho de los jueces*, 3a. reimp., Bogotá, Legis- Uniandes, Facultad de Derecho, 2002, Capitulo 5 & 6 (p. 139 - p. 264)

((MAZEUD, 1968) citado por Machicado (2012)) "*¿Qué es el Derecho de Familia?*",Apuntes Juridicos™, 2012 http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/02/que-es-el-derecho-de-familia.html

Buil, García, Lapastora y Rabasot (2004) *La adopcion por homosexuales*, recuperado de: http://www.mlapastora.com/articulos/La_adopcion_por_homosexuales.pdf

Blanco, T (2015) *Parentalidades en familias diversas*. Recuperado de: https://www.redalyc.org/pdf/153/15342284004.pdf

Alexy, R (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*, recuperado de: http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MzU1MTUm_aWRlPTEwMzcmdXJsPTE1Jm5hbWU9UkNFQ18xN18yMzkucGRmJmZpbGU9U kNFQ18xN18yMzkucGRmJnRhYmxhPUFydGljdWxvJmNvbnRlbnQ9YXBwbGljY XRpb24vcGRm

Velez, S (2016) *Los principios generales del derecho en el artículo 230 de la constitución política*. Normas morales o Normas jurídicas. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v15n30/1692-2530-ojum-15-30-00047.pdf

((Henri y León Mazeaud) citados por Aedo(2014)) *El concepto de culpa aquiliana y su evolución en las últimas décadas*. Distintas teorías. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718- 97532014000200002

Abreo, Y., Nieves, E. (2015). *Adopción homoparental en concordancia con la constitución de 1.991*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de: https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/18325/AbreoMantilaYu__diMargareth2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Constitución Política de Colombia (1991) Artículo 42.

Constitución Política de Colombia (1991) Artículo 44.

Ley 1096 (2006) Código de la infancia y la adolescencia.

Sentencia Su-617/204. Magistrado Ponente Dr. Luis Guerrero, Corte Constitucional.

Diario El Tiempo (2019) *La homosexualidad no nace, se hace*.Recuperado de: https://www.eltiempo.com/elecciones-colombia-2019/elecciones-bogota-el- candidato-que-se-opone-a-los-lgtbi-413152

Bibliografía Consultada

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2016). *Qué es la adopción ?* Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/que-es-la-adopcion

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2016) *Cuáles son los requisitos para adoptar?* Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/cuales-son-los-requisitos- generales-para-adoptar

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2016). *Quién puede adoptar?* Recuperado de https://www.icbf.gov.co/quien-puede-adoptar.

Scielo (2013) *La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia*. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932013000200008

Gaviria, C (1991) *Decreto 2067,* Recuperado de: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/2045453/DECRETO+2067+DE+1991+PDF.pdf/c7fb-1df4-6c07-46cd-bce2-ff76cedb31a3?version=1.1

Sentencia C-814/2001 recuperada de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-814-01.htm

Sentencia. T-290/95 recuperado de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-290-95.htm

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2012) *Concepto 117*. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000117_2012.htm

Scielo (2016) *La adopcion en Colombia: un proceso judicial, psicológico y emocional. Reflexión A partir de Una experiencia personal*, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123- 43662016000200016

Saavedra () *Perspectivas juridicas sobre la adopcion por parejas del mismo sexo: una mirada desde la legislación nacional*. Recuperado de: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/derectum/article/download/5206/4409/

UNAM (S.A) *Introducción al derecho de familia*. Recuperado de: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/3.pdf

Scielo (2017) *Dificultades de la adopciondeniñosen Colombia a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional entre 2011 y 2016*. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v18n35/1657-8953-ccso-18-35-00006.pdf

Colombia Diversa (S.A). *Adopcion igualitaria*. Recuperado de: http://www.colombia-diversa.org/p/adopcion.html

Garay, A (2015) *La adopción homosexual en la jurisprudencia de la corte constitucional: Transitando el camino hacia la adopción conjunta*. Recuperado de: repository.unaula.edu.co:8080/bitstream/123456789/531/1/unaula_rep_pre_der_ 2015_adopcion_homosexual.pdf

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2017) *Concepto 15.* Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000015_2017. htm

De avanzada(2012) *Cómo no defender la adopción homoparental*. Recuperado de: http://de-avanzada.blogspot.com/2012/05/como-no-defender-la-adopcion.html

Lopez(2019) *Qué es el derecho de familia en Colombia?* Recuperado de: https://lopezmoralesabogados.com/que-es-el-derecho-de-familia-en-colombia

Estrada L, Arango B, Carrasquilla Z, Mesa A, González A,Gonzales M, Lopez D y Correa J (2017) *Dificultades de la adopción de niños en Colombia a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional entre 2011 y 2016*. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v18n35/1657-8953-ccso-18-35-00006.pdf

Palomino, J (S.A) *La constitución multicultural peruana*. Recuperado de: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5505756.pdf

Higuera, M (2016) *Análisis dinámico de la línea jurisprudencial, respecto de la sustitución de la constitución.* Recuperado de: http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/download/1143/1109/0

Guzman, C; Garcia, A; Osorio, A (2016) *Evolución jurisprudencial del derecho a la adopción por parejas del mismo sexo.* Recuperado de: repositorio.unilibrepereira.edu.co:8080/pereira/bitstream/handle/123456789/511/ EVOLUCION%20JURISPRUDENCIAL.pdf;sequence=1

Acevedo, L; Marin, J; Heredia,D; Gómez, M; Múnera, N; Correa, L; Medina, J (2017) *La adopción Homoparental en Colombia: presupuestos jurídicos y análisis de la idoneidad mental.* Recuperado de: https://www.redalyc.org/jatsRepo/3150/315054787008/html/index.html

Ortiz, I (2016). *La batalla ideológica en la demanda contra la definición de familia.* Recuperado de: https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/nueva-demanda-para- cambiar-el-concepto-de-familia-en-colombia-320470

Singer, P; Sagan A (2020) *Más allá de la familia tradicional:Por qué no aceptar otros modelo?* Recuperado de: https://www.eltiempo.com/vida/educacion/familia- tradicional-por-que-no-aceptar-otros-modelos-449138

ICBF (2009) *Concepto 36015 de 2009*. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0036015_2009.htm

Carillo Velásquez (2016) *Igualdad, derechos y garantías de las parejas del mismo sexo: análisis descriptivo de las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional colombiana.* Recuperado de: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6713561.pdf

Páez, M (2013) *La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia.* Recuperado de: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3610/3790

Pradilla, S (2011) *Aplicación del principio del interés superior del menor como mecanismo para proteger el derecho de los niñas y niños a tener una familia y no ser separados de ella.* Recuperado de: https://www.redalyc.org/pdf/733/73318918011.pdf

Colombia Diversa (2017) *Familia bajo sospecha.* Recuperado de: https://colombiadiversa.org/publicaciones/familias-bajo-sospecha/

Montes, Y; Rodríguez, C; Yaya, T (2016) *Adopción de familias homoparentales desde la perspectiva del derecho civil y de familia en Colombia 2005-2015*. Recuperado de: https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11039/Monografia%20Adopcion%20familias%20homoparentales.pdf?sequence=3

Anónimo (S.A) *El tipo de familia no altera el producto.* Recuperado de: https://ucu.edu.uy/sites/default/files/facultad/dcsp/Concurso_2015/018_El_tipo_d_e_familia_no_altera_el_producto_adopcion_homosexual.pdf

Chaparro, L.J., Guzmán, Y.M. (2017). *Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado.* Revista CES Derecho, (8), 2, 267-297.

Garcia, Z (2005) *La adopción Homoparental.* Recuperado de: https://www.redalyc.org/pdf/4596/459645450009.pdf

Bonilla, L; Candado,J (2015) *Análisis de los desafíos de la adopción homoparental en Colombia.* Recuperado de: https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/9765/Bonilla_Candado_ 2016.pdf?sequence=1

ALGUNAS HERRAMIENTAS PARA EL DESARROLLO DEL PENSAMIENTO CRÍTICO EN EL AULA

Ximena Martinez Muñoz[12]
Duban Herrera Alvarez[13]

INTRODUCCIÓN

La nueva generación de estudiantes poseen nuevas necesidades y diferentes maneras de percibir la realidad, esto se traduce en un reto para el académico del derecho, toda vez que tiene que implementar estrategias y metodologías de enseñanza, actualizándose constantemente y enseñando de una manera más dinámica e interactiva, para que al estudiante se le dé la importancia que merece, brindándole acompañamiento pero también a su vez autonomía en la adquisición del conocimiento, que no se limita únicamente en memorizar lo descrito en una disposición normativa.

El estudiante, como se mencionó anteriormente, no aprende de la mejor manera con el uso de la metodología arcaica y conservadora, porque son ahora más directos, con gusto al debate y a la confrontación argumentativa. Pero el dilema se da cuando el profesor coarta esa posibilidad, o sea no ejercen a cabalidad su libertad de cátedra, puesto que en muchos casos se censura, por miedo a posibles consecuencias que podría acarrear por parte de la institución, y esto no debería ser así, porque esto hace parte de la formación del educando, se necesita que el profesor incentive el pensamiento crítico, que el estudiante se cuestione el por qué para qué y cómo de las cosas, pero sucede lo contrario, en vez de que el profesor en muchos casos desarrolle una "barrera" entre él y el profesor que muchas veces se traduce en un temor reverencial, toda vez que este último muchas veces menosprecia y subestima al estudiante, la consecuencia lógica es que el estudiante no le halle gusto a la materia objeto de estudio, y en el caso más extremo desista de la materia, por falta de motivación y comprensión.

Y esto es lo que pretende el presente artículo dar a conocer, de acuerdo a las experiencias que los estudiantes de derecho han tenido a través de su carrera universitaria, entender cuál es la mejor estrategia a implementar para la aprehensión del conocimiento impartido por parte del profesor al estudiante.

---

12 Estudiante de derecho, sexto semestre UMNG

13 Estudiante de derecho, sexto semestre UMNG

RESUMEN

El derecho es una (Revista Española de Pedagogía) de las ciencias sociales más complejas de estudiar, (Debate que aun se presenta en las aulas, si es o no una ciencia, pero eso nos daría para realizar una tesis) puesto que analiza el comportamiento de una sociedad que está en constante cambio y evolución, que a medida que avanza, surgen nuevas "necesidades" que el derecho debe llegar a suplir y que estas a su vez producen conflictos, y es allí donde el derecho se aplica, con el fin de lograr una seguridad y tranquilidad entre los individuos. Si bien es cierto, las normas, la doctrina y la jurisprudencia son importantes y necesarias para la obtención del conocimiento de un estudiante, se debe tener en cuenta también que todo cuerpo normativo es derogable, y obsoletas y es allí donde el educando deberá dentro de los años de formación del pregrado desarrollar competencias y habilidades que le sean fructíferas para adaptarse al cambio.

El deber ser de un pedagogo del derecho es fungir como guía del conocimiento, implementando estrategias, metodologías y herramientas en pro de la formación intelectual y conceptual del estudiante. En la actualidad, se sigue empleando la metodología prusiana del Siglo XVIII (18) que por cierto es ortodoxa, y arcaica , donde lo único que el estudiante debe hacer es memorizar lo expuesto por el profesor, coartando así la posibilidad de ir más allá, de poder investigar otras fuentes, que le serán útiles al educando para formar una postura frente a un tópico en específico.

PALABRAS CLAVE: Métodos de aprendizaje, pedagogía en derecho, formación intelectual, pedagogos, estudiantes de derecho

SOME TOOL FOR THE DEVELOP CRITICAL THINKING IN THE CLASSROOM

ABSTRACT

Law is one of the most complex social sciences to study, (A debate that is still presented in classrooms, whether or not it is a science, but that would give us to carry out a thesis) since it analyzes the behavior of a society that is in constant change and evolution, that as it progresses, "new needs" arise that the law must meet and that these in turn produce conflicts, and that is where the law is applied, in order to achieve security and tranquility between individuals. Although it is true, the norms, doctrine and jurisprudence are important and necessary to obtain the knowledge of a student, it must also be taken into account that all normative body is derogable, and obsolete and that is where the student must within the formative years of the undergraduate develop competencies and skills that are fruitful to adapt to change.

The duty of a law pedagogue is to act as a guide of knowledge, implementing strategies, methodologies and tools in favor of the intellectual and conceptual formation of the student.

At present, the Prussian methodology of the XVIII century (18) is still used, which by the way is orthodox, and archaic, where the only thing that the student has to do is memorize what was exposed by the teacher, thus restricting the possibility of going further, to be able to investigate other sources, which will be useful to the student to form a position on a specific topic.

KEY WORDS: Learning methods, pedagogy in law, intellectual training, pedagogues, law students

PREGUNTA PROBLEMA

¿Cuáles son esas herramientas o metodologías eficientes para que el profesor pueda impartir conocimientos jurídicos relacionados con diferentes áreas de la ciencias sociales tales como la historia, la antropología, sociología y psicología entre otras y a su vez, cómo puede el estudiantes aprender y aterrizar esos conocimientos a su diario vivir, específicamente en su carrera?

METODOLOGÍA

La metodología de la investigación fue cualitativa y explicativa; Cualitativa, porque nuestra principal herramienta fue la recolección de información y posterior sistematización, para brindarle respaldo al tema en cuanto a nuestra utilización del método explicativo, ya que nos permitimos dentro del artículo dar nuestras propias hipótesis a raíz de nuestra experiencia particular dentro del aula.

Objetivo general

Determinar las problemáticas de las metodologías educativas actuales implementadas dentro de la Universidad Militar Nueva Granada en la facultad de Derecho.

Objetivos específicos

1. Describir la situación actual de las metodologías implementadas dentro de las aulas en la facultad de derecho.
2. Comparar las metodologías implementadas en la aulas actualmente con los métodos innovadores de la educación como los son la evaluación contínua, juego de roles, debate, critical thinking, socialización de noticias y case book.
3. Sugerir la implementación de dichos métodos innovadores en las aulas para una mejor comprensión de la carrera y con esto convertir el estudiante en mejor profesional.

DESARROLLO

La juventud de esta nueva era, tiene una visión del mundo diferente, formas de interpretación y pasiones que varían de acuerdo a sus costumbres, creencias y experiencias, es por ello que el profesor así como se adecúa al cambio normativo, deberá también adecuarse al cambio generacional de sus estudiantes.

Para ser un estudiante y un íntegro profesional del derecho es imprescindible, aprender acerca de otras áreas del conocimiento, tales como Psicología, antropología, sociología y una de las ramas que menos les interesa a los estudiantes, la Historia (entre otras); esto se debe a que pierden su motivación, debido al engorroso trabajo de analizar acontecimientos, y fechas relevantes.

El profesor deberá actuar con sagacidad (Enganchar al estudiante, COMO QUIEN vende un producto) para emplear estrategias pedagógicas pertinentes, para que el estudiante desde el primer día de clase se cautive con la asignatura, que despierte su interés y este le permita saber por que area del derecho desea inclinarse, generar esa pasión por aprender cada vez más, promoviendo su vinculación en espacios académicos que enriquezcan su proceso educativo (Tales como lo son, los semilleros, foros, congresos, etc) Esto le permitirá un correcto desempeño en resolución de conflictos, en la formulación de un proyecto, el escribir un artículo científico, entre muchas otras posibilidades que tiene el estudiante para desarrollar habilidades en argumentación.La tarea del profesor va más allá de impartir una clase magistral, donde reitera lo que ya está consignado en libros, artículos y demás herramientas que aunque son útiles, sufren constante cambio.

Uno de los métodos evaluativos más importantes de la historia ha sido la Mayéutica o también conocido como método Socrático, que es el periodo pre tyleriano, en el que, el objeto de la evaluación es determinar en qué medida se han alcanzado los objetivos propuestos. Nace de la Dialéctica que es la acción de parir ideas, hacer nacer a un pensador a través del cuestionamiento, de la escucha y la búsqueda de la verdad, que se da, inicialmente como un arte, en el que, el valor de la escucha se desarrolla primordialmente para poder realizar un correcto interrogatorio, y esto se denomina como “la observación”, lo anterior se realiza en acompañamiento del maestro, que más allá de buscar que nazcan respuestas correctas, se requiere es de la defensa y argumentación de las mismas, capacidad que confiere valentía, análisis, y conocimiento, por lo que el maestro incita a sus estudiantes a un debate como herramienta pedagógica y evaluativa.

La “Evaluación continua” es un sistema evaluativo que busca brindarle un acompañamiento académico al estudiante partiendo desde lo esencial en la asignatura, en el que, se le evaluará el proceso y con ello la adquisición de conocimiento, desde aprendizajes básicos como lo es el Lenguaje del derecho, como el Estudiante se desenvuelve y siembra en sí un pensamiento crítico, y desde ello empieza a aplicar los contenidos en situaciones reales, a través de análisis de casos, simulación de audiencias, análisis jurisprudenciales, debates, etc.

Para poder desarrollar esta "evaluación continua" es importante desde cero palpar el terreno estudiantil, lo que nos indica, que el docente se debe interesar por conocer en qué nivel educativo están sus estudiantes, cuáles son sus debilidades y fortalezas, lo anterior se puede lograr según (SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. Pag 3) mediante el análisis de lecturas críticas, exposiciones orales o incluso algún trabajo escrito, que permita al estudiante exponer sus posturas del tema, pero resaltando su opinión, no solo con el hecho de leer y decir que entendió de x tema, sino, ir un paso adelante, en el que el estudiante pueda expresar si fue o no de su agrado el ejercicio, se sintió cómodo o incluso cumplió con sus expectativas.

Oppenheimer, en su libro "Sálvese quien pueda" en su capítulo de educación, habla de la necesidad del amor en el momento de trasmitir la enseñanza, lo contrario a lo que conocemos hoy en día de manera coloquial como los docentes "terroristas"los cuales orientan su discurso hacia la generación de temor entre sus estudiantes, dificultando el proceso evaluativo y el desarrollo mismo de la asignatura, ya que la predisposición en el aula, la falta de amor por la pedagogía, lo que hace es transgredir los sueños y expectativas del estudiante, ejerciendo presión psicológica, por ende en el momento en el que no se está enamorado de la carrera, es probable el abandono por parte del estudiante antes de llegar a la finalización del proceso académico.

Cronbach refiere, que de nada sirven los resultados sin un proceso, ya que únicamente guiarse de un logro o fracaso de una prueba, es, básicamente, estandarizar los conocimientos en un "logro" o "fracaso" sin importar lo humano y la importancia de profundizar y adentrarse en los procesos académicos.

Limitarse a la evaluación cuantitativa única en el semestre reduce todo, esto, según Hilda Taba, reduce el alma de la educación, ya que, unos de los fines de este método es que el estudiante aprenda, interiorice, y procese conceptos y conocimientos, pero, en el momento en que se realiza esta acción únicamente por alcanzar una nota, nos lleva a cuestionarnos, ya que el estudiante estando presionado adquiere dichos conocimientos de manera momentánea, casi automática, repitiendo conceptos por repetir sin mayor profundidad, sin un análisis crítico, ya que su única función es responder correctamente, donde sus pensamientos deben señalar una única respuesta correcta y esto nos lleva a "Saber que", olvidando el "Saber como", entender a profundidad, y perder el amor por el conocimiento y adquirir únicamente ese aprendizaje por un valor, por una nota.

Es por ello que se reduce completamente el concepto de universidad, de universo del conocimiento, y lo convierte en el "cumplir" "pasar" para no perder la materia, porque conlleva presión, ya sea, económica, puesto a que cada crédito de las materias tiene un valor económico, familiar, ya que en casa nos espera un núcleo que ve en nosotros un mejor futuro, en el aspecto social y personal, no deja de ser igual de conflictivo. Toda esta presión, es suficientemente grande, como para estar en un aula de clase en la que consideras que no hay amor, empatía, y reconocimiento por el prójimo.

JUEGO DE ROLES

Es un método educativo que se basa en la apropiación de un personaje histórico. Los educandos por medio de esta herramienta o estrategia pedagógica, tal como denota Kran y Latina (2006, p 396) desarrollan un sentido de pertenencia y compromiso con la investigación histórica, ya que tendrán la libertad de analizar la información compilada de cierto personaje histórico, esto también le servirá para producir una interpretación crítica del mismo y a su vez mejorará tanto su expresión oral como escrita, también le ayudará a fortalecer su confianza y seguridad, puesto que el profesor le está dando la importancia que él se merece, no lo limitará, al contrario le dará más herramientas en las cuales él llevará a buen término la culminación de la actividad de manera independiente , claramente el profesor tendrá que dictar los parámetros y los requisitos, porque por más que él de manera autodidacta se esté formando, el profesor deberá (más por vocación que por obligación) guiarlo porque él es quien tiene la experiencia, y sin el fin de menospreciarlo, lo corregirá, y lo criticará de una manera constructiva, para que el estudiante entienda el por qué del error, y así poder superar el mismo, con mayor esfuerzo y motivación.

Otra herramienta correspondiente útil que sirve como complemento al estudiante para la apropiación de un personaje es la utilización de la inteligencia artificial, que aunque su adquisición es muy compleja, causará en el estudiante la sensación de que está viviendo en el momento histórico, sin necesidad de desplazarse a un museo o a un lugar determinado, y esto le generará una gran experiencia, que se traducirá en conocimiento.

DEBATE

Incentivar el debate es incentivar la capacidad de argumentar en los estudiantes, lo cual, implica necesariamente, que los estudiantes han de investigar para la fundamentación y solidificación del mismo, para lo que se requiere una estructuración discursiva con fuentes reales, que le permitan al estudiante defender su postura, no la postura que se pretenda traer a colación, sino realmente darse la oportunidad de “sapere aude” en el que Kant afirma que un acto revolucionario es el que implica incentivar al conocimiento mismo, a tener un propio juicio de las cosas, tener el valor de usar la habilidad propia de pensar. Lo anterior lo podemos desligar del concepto de “operadores jurídicos” ya que en el momento en el que se incentiva en la academia al hablar de manera abierta y no a la censura, se opaca el actuar de quien procede como operador u/o programador.

El debate como herramienta pedagógica busca desarrollar competencias como lo son las capacidades comunicativas, escucha activa, sociales y lingüísticas, desarrollando a través el uso de las mismas capacidades de oratoria y retórica, que son legados de la cultura griega. Lo anterior, se realiza mediante la formulación de argumentos, y estos se elaboran a través de

la búsqueda de fuentes. Lo cual, nos señala que es una herramienta muy completa, permite el desarrollo tanto intelectual como verbal de quienes participen, y esto como abogados nos prepara para las audiencias orales.

El debate nos permite prepararnos no solo para la vida académica, sino para la vida laboral y social, tener perspectivas propias y más allá de eso, fundamentos para defenderlas y una lectura real de la sociedad. Por encima de los contenidos establecidos en cada área, es importante que los docentes evalúen si han dejado en sus estudiantes un granito de arena, si estos comprendieron, interiorizaron los conocimientos y les permitió formarse como mejores personas y profesionales.

Una herramienta metodológica de la que se desprende el debate, es el Critical Thinking, considerada una habilidad que se adquiere a través de la formulación de argumentos, capacidad de persuadir, buen uso del dialecto, etc. la cual, es una herramienta necesaria para el desarrollo de habilidades de líderes. Dicho método busca que los estudiantes en las aulas aprendan a expresar sus ideas, opiniones, rebatir, o lo que comúnmente conocemos como "replicar" y la necesidad de estar abiertos al cambio de opinión, lo que deja de lado el radicalismo por posturas que enceguecen y no permiten crecer.

¿Cual es el miedo al debate en las aulas? ¿porque algunos docentes prefieren no implementarlo?¿realmente son libres de su uso de cátedra? Hemos percibido en diferentes escenarios la incomodidad que genera el debate, quizá, porque busca sacar a todos de su zona de confort, tener reglas precisas, un moderador, donde sea académico y no emocional. Lo anterior llega a reflejarse como censura, o muchas veces, como si la opinión del estudiante no tuviese mayor valor, porque existe una postura dominante, donde el docente es quien plantea sus posturas y no permite opinión en contra. Hemos denotado con mi compañero que en la Universidad existe un aire de censura impregnado en las aulas, las mismas que no permiten tocar ciertos temas, ignorarlos, de lo contrario se considera radical, imprudente, y por lo mismo se debe callar.

¿Estamos siendo educados a través de la cultura del miedo? ¿Son señalados aquellos que piensan diferente? son preguntas que me hago cuando se denota la intención de crear el debate en el aula, de brindar mayor libertad de pensamiento en sus estudiantes, pero, finalmente, existe un temor que frena a algunos de ellos, con comentarios como "es mejor no dar nombres" "es mejor no hablar del tema" entonces, ¿porque no ir de frente con temas sociales, económicos, políticos y culturales que nos competen a todos? Es ahora donde debemos apropiarnos del discurso de libertad, no sólo la libertad de cátedra, sino también la libertad de educación, de elegir el camino que se desea tomar para construir los profesionales que queremos ser, sin tanto formalismo, desligándose de la cultura del miedo en la que hemos crecido, miedo a hablar, miedo a pensar, miedo a opinar, porque se le teme al juzgamiento y no se proporciona una correcta crítica constructiva.

Socialización y crítica de noticias de actualidad

El estudiante de derecho debe obtener el hábito de actualizarse constantemente en temas no solo jurídicos, también de otras ramas del conocimiento, entonces una propuesta que si bien es cierto la utilizan algunos profesores, es la socialización de noticias de actualidad, tanto del ámbito nacional como internacional, donde lo que se pretende es que se pueda criticar, apoyar u opinar respecto al tema del cual se está tratando, por ejemplo, diariamente se conoce la consumación de un delito, una reforma normativa, una trascendental providencia judicial. Esto no solo le ayuda al estudiante a obtener un pensamiento crítico, sino también le ayuda al profesor a entender las capacidades interpretativas de cada uno de sus estudiantes, y así mismo idear estrategias propias para enseñar.

CASE BOOK

La lectura de libros, artículos y ensayos ayudan al estudiante a obtener mayor conocimiento, eso está muy claro, tristemente el estudiante requiere de condicionamiento y estímulo para realizar lecturas, y es allí, donde el docente debe realizar una valoración efectiva más allá del examen estricto de "digame la pagina y segun x autor" puesto a que esto limita el conocimiento y lo reduce a una única respuesta correcta, una forma de invitar al estudiante a implementar la lectura, es el hecho de que diga cuál fue su parte favorita del escrito, o la que más le llamó la atención, de esta manera, se podrá denotar si el estudiante ampliamente, leyó o no, le gusto o no.

Es un acto de resaltar, cuando los docentes se toman la tarea de recomendar libros de manera libre que sabe que el estudiante se sentirá a gusto al leer, y ya es un acto personal, si el estudiante desea realizar dicha retroalimentación o no, pero el docente, se quedará con la tranquilidad de que brindo con la libertad la posibilidad de adquirir un mayor y amplio conocimiento.

La metodología "case book" se ha utilizado por mucho tiempo, si bien es cierto, puede en muchas ocasiones desarrollar el hábito de la lectura, muchas veces también se desarrolla una intimidación por parte del profesor al estudiante, ya que lo que se pretende en esta metodología es que luego de leído el apartado de un texto, se plantee un caso jurídico, se den definiciones de algunos conceptos, o se puede también hacer una serie de preguntas, es ahí donde está el problema, porque esas preguntas se hacen de manera inquisitiva, con el fin de confundir y hacer caer en el error al estudiante, esto es un despropósito, porque se genera una predisposición, donde lo que el estudiante espera es que el profesor siempre lo corrija y no lo retroalimenta de manera apropiada.

Si la metodología se emplea de manera eficaz, las clases fluyen bastante, los estudiantes se motivarían más a aprender, habría una "conexión" estudiante-profesor, porque, con base a las preguntas que el profesor plantee, el estudiante a su vez contra-preguntará, tal como se explicó en el método socrático, para así poder ahondar lo máximo posible en el tema objeto de estudio.

CONCLUSIÓN

Consideramos que existen otras formas, es momento de desligarnos de la idea de que la educación Arcaica y conservadora es el único método educativo, la revolución educativa se encuentra en cada uno de nosotros, por parte de los estudiantes, en exigir y desligarnos de la cultura del miedo, como de los docentes en usar métodos más empáticos que los acerquen a la realidad académica, por lo que el debate, la evaluación continua, el juego de roles, case book, entre otros, nos permiten crear argumentos de peso, que tiene respaldo investigativo, fuentes verídicas y formales, por lo que puede llegar a generar escozor en la sociedad académica. Precisamente porque nos encontramos en la Universidad y esta nos induce en un "universo de las ideas" que implica un sin número de opiniones, perspectivas, que merecen ser oídas, trabajadas, y respetadas, de lo contrario, pierde la esencia de lo que realmente es un aula de clases, ahora bien, les pregunto yo a ustedes, ¿si el pensamiento crítico no se crea dentro de las aulas, entonces donde?

REFERENCIAS

Vargas Vasserot, C., 2012. *LIBRO, METODOLOGÍA ACTIVAS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: PRUEBA, ENSAYO Y PERCEPCIÓN POR PARTE DE LOS ALUMNOS.* [online] Core.ac.uk. Available at: <https://core.ac.uk/download/pdf/143456169.pdf> Acceso 27 March 2021.

OPPENHEIMER, A. (2018). *SALVESE QUIEN PUEDA/ EVERY MAN FOR HIMSELF* (1st ed., pp. 213-240). VINTAGE Español.

Torres, R. (2021). *DERECHO A LA EDUCACION ES MUCHO MAS QUE ACCESO DE NIÑOS Y NIÑAS A LA ESCUELA.* Retrieved 26 March 2021, tomado de: http://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos-humanos-discapacidad/Torres%20R%20octubre%202006%20Derecho%20a%20la%20Educaci%C3%B3n%20es%20mucho%20m%C3%A1s%20que%20acceso%20de%20ni%C3%B1os%20y%20ni%C3%B1as%20a%20la%20escuela.pdf

Salazar Benitez, O. (2021). *ESTRATEGIAS Y HERRAMIENTAS PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.* Recuperado 29 Marzo 2021, de https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SZrVl14PTIIJ:https://www.uco.es/ucopress/ojs/index.php/dyd/article/view/3678/3564+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co

Poy, R. y Gonzales Aguilar, A. (2013). *Factores de éxito de los MOOC: algunas consideraciones críticas.* Recuperado el 29 de marzo de 2021, de https://www.researchgate.net/profile/Audilio-Gonzales-Aguilar/publication/263165074_Factores_de_exito_de_los_MOOC_algunas_consideraciones_criticas/links/5781565708ae9485a43bdd1d/MOito-deraciones-decrlos. pdf

Coraggio, J. (1994). *Pedagogía crítica: eje de desarrollo de la enseñanza superior.* Recuperado el 29 de marzo de 2021 de https://fceia.unr.edu.ar/images/PDF/Pedagogia.pdf

De Loyola, S. Biblioteca Digital UMNG. Recuperado el 29 de marzo de 2021 de https://www-jstor-org.ezproxy.umng.edu.co/stable/pdf/23762169.pdf?ab_segments=0%2Fbasic_search_gsv2%2Fcontrol&refreqid=fastly-default%3Ac55deb0d11ef76d7f960d25

Davini, M. (2021). *METODOS DE ENSEÑANZA Utilización de las TIC como apoyo a sistemas de evaluación continua en educación superior: I. Aplicación en evaluación sumativa y formativa en cursos de Facultad de Medicina.* Recuperado el 30 de marzo de 2021, de https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/55091503/-METODOS-DE-ENSENANZA-

2012. *Utilización de las TIC como apoyo a sistemas de evaluación continua en educación superior: I. Aplicación en evaluación sumativa y formativa en cursos de Facultad de Medicina.* [online] Recuperado el 4 de abril de 2021 de: <https://www.researchgate.net/publication/321278651_Utilizacion_de_las_TIC_como_apoyo_a_sistemas_de_evaluacion_continua_en_educacion_superior_I_Aplicacion_en_evaluacion_sumativa_y_formativa_en_cursos_de_Facultad_de_Medicina>

Periche Yarlequé, E. (2019). *"Capacitación docente en métodos pedagógicos y su influencia en el rendimiento académico de la enseñanza universitaria."* Recuperado el 30 de Marzo 2021, de http://repositorio.unac.edu.pe/handle/UNAC/3591?show=ful

Revista Española de Pedagogía. (s.f.). *Pedagogía y Derecho*. Recuperado el 1 de marzo 2021 de https://www-jstor-org.ezproxy.umng.edu.co/stable/23761951?Search=yes&resultItemClick=true&searchText=historia+de+la+pedagog%C3%ADa&searchUri=%2Faction%2FdoBasicSearch%3FQuery%3Dhistoria%2Bde%2Bla%2Bpedagog%25C3%25ADa&ab_segments=0%2Fbasic_search_gsv2%2Fcontrol&refreqid=fastly-default%3Aa0cf1676aa0c0f77bbc686fefd8f5345&seq=1#metadata_info_tab_contents

Julio Siciliano, (2012) *"Utilización de las TIC como apoyo a sistemas de evaluación continua en educación superior: I. Aplicación en evaluación sumativa y formativa en cursos de Facultad de Medicina."* Recuperado el 30 de marzo, de: https://www.researchgate.net/publication/321278651_Utilizacion_de_las_TIC_como_apoyo_a_sistemas_de_evaluacion_continua_en_educacion_superior_I_Aplicacion_en_evaluacion_sumativa_y_formativa_en_cursos_de_Facultad_de_Medicina

Polo C, Estrada M; Barrio M; Meriño O; Guette C; Granados R; Palacin A: Muñoz R, Estrada M; Vergara R y Osorio A. (2018) *Juego de Roles: Una estrategia pedagógica para el fortalecimiento de la convivencia.* Rescatado el 01 de marzo. http://dx.doi.org/10.17981/culteduscoc.9.3.2018.103

Gonzales C, Valdivia S. (2017). *Juego de roles.* Rescatado el 01 de Marzo. https://idu.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2017/08/4.-Juego-de-Roles.pdf

GIL L. *Los juegos de Rol como estrategia de enseñanza*. (2015). file:///C:/Users/Asus/Downloads/5056-Texto%20del%20art%C3%ADculo-16937-1-10-20180706.pdf

Galindo p, Hernán F. (2017) *Pensamiento crítico como lo vive un estudiante: un acercamiento fenomenológico.* Rescatado el 01 de Marzo. https://repository.usta.edu.co/handle/11634/32547

Gaete R, Quezada. (2010) *El juego de roles como estrategia de evaluación de aprendizajes universitarios.* Rescatado el 01 de Marzo. http://www.scielo.org.co/pdf/eded/v14n2/v14n2a04.pdf

Galindo P, (2008). *Pensamiento crítico como lo vive un estudiante: un acercamiento fenomenológico.* Rescatado el 01 de Marzo. https://repository.usta.edu.co/handle/11634/32547%7D

Vásquez A y Manassero M, (2020) *Evaluación de destrezas de pensamiento crítico: validación de instrumentos libres de cultura.* Rescatado el 01 de Marzo. https://revistas.pedagogica.edu.co/index.php/TED/article/view/9801

Morales L. (2014) *El pensamiento crítico en la toería educativa contemporánea. Rescatado* el 01 de Marzo. https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-47032014000200022

HOMBRES DE SEGUNDA CLASE: MASCULINIDAD SUBORDINADA VS. MASCULINIDAD HEGEMÓNICA

Brigitte Mora Chaparro[14]
Marcela del Pilar Roa Avella[15]

RESUMEN

"Ser hombre", es un constructo histórico que privilegia el cumplimiento de ciertos estereotipos, características y roles ajustados a la identidad masculina. La masculinidad es un concepto evolutivo y cambiante, que responde a factores sociales, económicos y culturales, determinantes en los patrones de socialización.

Hasta mediados del Siglo XX se encasilló al ser humano por el género: masculino o femenino, según la genitalidad al momento del nacimiento. Desde la década de los 70, los Men´s Studies empezaron a generar interés académico en la significación de "Ser hombre", señalando las posibles discriminaciones y segregaciones de que son víctimas las masculinidades alternativas, o aquellas que se separan de los rigores de la masculinidad tradicional, denominadas marginadas o discriminadas.

Bajo este entendido se plantea ¿Cuáles son las dinámicas de configuración de las masculinidades respecto de grupos de hombres que son discriminados frente al concepto tradicional de masculinidad hegemónica, en especial referencia a la masculinidad gay?

Este trabajo utiliza una metodología descriptiva y lógico-deductiva, partiendo del referente teórico de la concepción de masculinidad hegemónica y su relación con las masculinidades subordinadas/discriminadas. Se usa igualmente el método analítico el cual permite caracterizar la homofobia como principal materialización de la discriminación de la masculinidad gay.

Se concluye que las masculinidades son patrones o prácticas referentes a la posición de los hombres en un orden de género. En una sociedad donde impera la masculinidad hegemónica, las masculinidades subordinadas son rechazadas y excluidas desde la misma masculinidad hegemónica, que cataloga al hombre gay como "hombre de segunda clase".

PALABRAS CLAVE: masculinidad, identidad, homofobia.

---

14 Estudiante de pregrado de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada

15 Colaboradora. Coordinadora del Semillero de Investigación: "Género, grupos minoritarios y derecho: un diálogo permanente". Universidad Militar Nueva Granada

SECOND-CLASS MEN: SUBORDINATE MASCULINITY VS. HEGEMONIC MASCULINITY

ABSTRACT

"Being a man" is a historical construct that favors the fulfillment of certain stereotypes, characteristics and roles adjusted to male identity. Masculinity is an evolving and changing concept that responds to social, economic and cultural factors that determine the patterns of socialization.

Until the mid-twentieth century the human being was typecast by gender: male or female, according to the genitality at the time of birth. Since the 1970s, the Men's Studies began to generate academic interest in the significance of "being a man", pointing out the possible discriminations and segregations of which alternative masculinities are victims, or those that are separated from the rigors of traditional masculinity, called marginalized or discriminated against.

Under this understanding, what are the dynamics of masculinity configuration with respect to groups of men who are discriminated against the traditional concept of hegemonic masculinity, especially in reference to gay masculinity?

This work uses a descriptive and logical-deductive methodology, starting from the theoretical reference of the hegemonic conception of masculinity and its relation with subordinate/discriminated masculinities. The analytical method is also used, which makes it possible to characterize homophobia as the main manifestation of discrimination against gay masculinity.

It is concluded that masculinities are patterns or practices concerning the position of men in a gender order. In a society where hegemonic masculinity reigns, subordinate masculinities are rejected and excluded from the same hegemonic masculinity, which classifies gay men as "second-class men".

PREGUNTA PROBLEMA

¿Cuáles son las dinámicas de configuración de las masculinidades respecto de grupos de hombres que son discriminados frente al concepto tradicional de masculinidad hegemónica, en especial referencia a la masculinidad gay?

OBJETIVO GENERAL

Establecer las relaciones entre la masculinidad hegemónica y la denominada masculinidad subordinada, en especial la masculinidad gay.

Objetivos específicos

1. Determinar los tipos de masculinidad y sus relaciones.
2. Establecer en qué consiste la masculinidad hegemónica.
3. Identificar la masculinidad gay como parte de las denominadas masculinidades subordinadas.

INTRODUCCIÓN

Los seres humanos son encasillados de acuerdo con la concepción tradicional de género binario: masculino o femenino dependiendo exclusivamente del sistema genital al momento del nacimiento. Hasta la segunda década del siglo XX el concepto de género se fundó en la genitalidad.

Fue en la década de los 70, cuando los men´s studies, empezaron a generar interés académico en las experiencias y construcciones del significado de ser hombre, en ámbitos específicos culturales, históricos y sociales. Estos primeros estudios estuvieron permeados por las elaboraciones del estructural funcionalismo, y sus hipótesis acerca de los roles, las funciones y la estructura social (Martini, 2002, pág. 12).

Sin lugar a dudas, Robert Brannon marcó un punto de quiebre con su artículo publicado en 1976 "The Male Sex Role: Our Culture's Blueprint of Manhood and What It's Done for Us Lately, en el que "no solo demostró que la masculinidad es un guión socialmente construido, sino que también señaló que el papel del sexo masculino era opresivo para las mujeres y perjudicial para los hombres" (Messner, 1998, pág. 260)

En la misma línea deben señalarse los aportes del psicólogo Joseph Pleck quien señaló que "los hombres tienen el poder institucional en una sociedad patriarcal, pero la mayoría de los hombres no se sienten muy poderosos. Pleck argumentó que el rol del sexo masculino era necesario para que los hombres compitieran y ganaran en la vida pública, pero que era emocional y psicológicamente empobrecido" (Messner, 1998, págs. 260-261)

Luego, en la década de los 80´s los men´s studies se enfocaron en la idea de la variabilidad de la masculinidad, para demostrar que no se trata de un concepto fijo, sino de un constructo social relacionado con lo que significa "ser hombre", en torno a las características, valores, roles y emociones que socialmente se atribuyen y se esperan. Ya en la década de los 90, con el surgimiento del enfoque de género, se intensifican también las elaboraciones en torno a la masculinidad. En ese escenario de masculinidad dinámica, los escritos de Connell aportan la idea de masculinidad hegemónica y masculinidades subordinadas.

Connell afirma que la necesidad de "reconocer más de un tipo de masculinidad es sólo un primer paso. Tenemos que examinar las relaciones entre ellas. Más aún, tenemos que separar el

contexto de la clase y la raza; y escrutar las relaciones de género que operan dentro de ellas" (Connell R. W., 1995)

En ese escenario además plantea el dinamismo de la masculinidad hegemónica la cual, a su juicio "no es un tipo de carácter fijo, el mismo siempre y en todas partes. Es, más bien, la masculinidad que ocupa la posición hegemónica en un modelo dado de relaciones de género, una posición siempre disputable" (Connell R. W., 1995).

Otro elemento que se identificó como importante en la estructuración de la masculinidad, es la crianza. Así, en las familias tradicionalmente machistas y las instituciones que influencian socialmente al individuo, se establecen parámetros de conducta y comportamiento "esperado" para hombres y mujeres. En este asunto, Connell siguiendo a Parsons indica que "Los roles están definidos por las expectativas y las normas, los roles sexuales por las expectativas vinculadas al estado biológico" (R.W. Connell, 2005, pág. 25)[16].

Puede afirmarse que la masculinidad hace parte de lo que Bordieu denominaba la construcción del ser social. "La masculinidad es resultado de las normas, valores, significados y códigos de conducta que dictan los patrones de socialización para las personas del sexo masculino […] la cultura atribuye a los hombres las características de fuerza, competencia, destreza, control, racionalidad y autoridad. Estas características se recrean de distinta manera, según sea la generación y posición social que tengan los hombres, pero también se transforman a distinto ritmo" (Aguayo, Francisco y Sadler Michelle, 2011, pág. 67).

Lo anterior conlleva al interrogante: ¿Cuáles son las dinámicas de configuración de las masculinidades respecto de grupos de hombres que son discriminados frente al concepto tradicional de masculinidad hegemónica, en especial referencia a la masculinidad gay?

Para dar respuesta a este interrogante es indispensable relacionar los tipos de masculinidades, enfatizando en la masculinidad hegemónica y los cambios sociales que desencadenaron la conocida primera crisis de la masculinidad en los siglos XVIII y XIX, la cual implicó un movimiento tendiente a la liberación de las imposiciones de la cultura machista (González Moreno & Camacaro Gómez, 2013, pág. 69).

Adicionalmente se hará referencia a uno de los principales grupos de las denominadas masculinidades subordinadas o marginadas, enfáticamente la masculinidad homosexual.

16 Traducción libre del original en inglés: "Roles are defined by expectations and norms, sex roles by expectations attaching to biological status"

1. TIPOS DE MASCULINIDAD Y SUS RELACIONES

Identidad Masculina

Cuando utilizamos la palabra identidad, la relacionamos con aquella manera particular por la que una persona es identificada, aquellas características que la individualizan para no ser confundida, y que a la vez le permiten crear su auto-concepto y reforzar su autoimagen. La Identidad masculina, se asocia de manera directa con el género masculino, se establece en la medida que el individuo vive cada etapa del ciclo vital, mediante comportamientos y conductas opuestas a lo femenino, a lo delicado.

Fue Elisabeth Batinder, (Badinter, 1992) quien en el año 1992 popularizó este concepto cuando en su famoso libro realizó "una profunda exploración de lo masculino", señalando que "la evidencia cromosómica "x" "y" no es suficiente para que se reconozca a un hombre. "Ser hombre" implica un trabajo adicional exigido constantemente por los propios hombres y quienes lo rodean como un: "demuestra que eres hombre" Citado en (Liendro, 1994).

Esa identidad masculina, ha estado rodeada de mitos y creencias; en palabras de Corsi, entre otras, "La masculinidad es la forma más valorada de la identidad genérica; el poder, la dominación, la competencia y el control son esenciales como pruebas de masculinidad; la vulnerabilidad, los sentimientos y emociones en el hombre son signos de feminidad, y deben evitarse; el autocontrol, el control sobre los otros y sobre su entorno son esenciales para que el hombre se sienta seguro; el pensamiento racional y lógico del hombre es la forma superior de inteligencia para enfocar cualquier problema; el éxito masculino en las relaciones con las mujeres está asociado con la subordinación de la mujer a través del uso del poder y el control de la relación; la sexualidad es el principal medio para probar la masculinidad; la sensualidad y la ternura son consideradas femeninas y deben ser evitadas; el éxito en el trabajo y la profesión son indicadores de la masculinidad, la autoestima se apoya primariamente en los logros y éxitos obtenidos en la vida laboral y económica" (Corsi, 1995, pág. 14).

Un momento posterior, relacionado con la construcción del "ser hombre", se relaciona con el concepto de masculinidad, respecto de cuyo contenido, se encuentran diversas y variadas elaboraciones doctrinales.

Masculinidad

La masculinidad, entre otras, ha sido definida como "el resultado de las normas, valores, significados y códigos de conducta que dictan los patrones de socialización para las personas del sexo masculino". (Aguayo, Francisco y Sadler Michelle, 2011)

Podemos de entrada afirmar, que la masculinidad es un constructo social, de aquello que se espera de los hombres, no solo en cuanto a su rol y posición en la sociedad, sino también en relación con sus actitudes, valores, e inclusive con sus formas de expresión. Adicionalmente, esas demandas sociales no son inmodificables, sino que, por el contrario, hacen de la masculinidad una categoría dinámica en constante evolución.

Kimmel (1997) revela cómo la construcción de la masculinidad se ha dado en oposición a lo femenino. Este autor, en un claro acercamiento Freudiano indica que la masculinidad está conformada por un conjunto de significados cambiantes...una construcción de virilidad en oposición a las mujeres y a las minorías sexuales y raciales, es la "huida de lo femenino" originada por la necesidad de distanciamiento de la madre, que representa la infancia desvalida, dependiente y castrada que el varón debe sepultar (Chaves Jiménez, 2012, pág. 8).

Sin embargo, quizás ha sido Connell quien más a profundidad ha intentado caracterizar la masculinidad o mejor, las masculinidades. Para Connell "hablar de masculinidades es hablar acerca de las relaciones de género. Las masculinidades no son equivalentes a hombres; ellas se refieren a la posición de los hombres en un orden de género. Ellas pueden ser definidas como los patrones o prácticas por las cuales la gente (ambos, hombres y mujeres, aunque principalmente hombres) ocupan esa posición" (Connell, s/f)[17]

Teniendo como base los cambios culturales y sociales, se evidencia que los hombres, aunque pertenecen a un mismo género, conciben la masculinidad con diferentes características y enfoques. De esta manera, (Connell R. W., 1995) establece cuatro tipos de masculinidades:

- Masculinidad hegemónica: Reproducción de la lógica patriarcal.
- Masculinidad subordinada: Implica reconocer que entre hombres existen relaciones de dominación y subordinación. El hombre inferior construido así por la lógica homofóbica. Los "gay" dentro de esta lógica son vistos como lo inferior, lo otro.
- Complicidad: Existen hombres que no responden al tipo ideal de masculinidad hegemónica, pero que pactan con ella, se suman porque saben que recibirán réditos al afiliarse a ella.
- Masculinidad marginada: las masculinidades marginadas están conformadas por grupos humanos considerados inferiores en relación con sus congéneres blancos fundamentalmente. Segregación racial hacia los afrodescendientes e indígenas" (González Moreno & Camacaro Gómez, 2013, págs. 72-73).

Se hace necesario que nos detengamos entonces, en el concepto y contenido de la masculinidad hegemónica.

17 Traducción libre del original en inglés: "To speak of masculinities is to speak about gender relations. Masculinities are not equivalent to men; they concern the position of men in a gender order. They can be defined as the patterns of practice by which people (both men and women, though predominantly men) engage that position". Disponible en http://www.raewynconnell.net/p/masculinities_20.html

2. MASCULINIDAD HEGEMÓNICA

Connell afirma que el término masculinidad hegemónica fue utilizado por primera vez en 1982 en un informe relacionado con un proyecto de investigación en escuelas de secundaria, en el que se entrevistaron a niños, profesores y padres, donde se evidenciaron jerarquías de masculinidad en el entorno educativo (Connell R. , s/f)[18]

En este estereotipo de masculinidad el hombre desempeña el papel titular, una posición aventajada puesto que es el dominante en la relación, quien tiene poder de decisión y capacidad de control sobre la mujer, que es la representación de lo femenino y lo delicado, por lo debe mostrarse sumisa y obediente.

Claramente, la masculinidad depende del enfoque desde el cual se aborde, pero se puede asimilar como un constructo social, que varía según la cultura, las costumbres, el nivel educativo e incluso económico; por tanto, la masculinidad es la consecuencia de conductas y hábitos aprendidos, producto de las enseñanzas de una sociedad patriarcal con normas de comportamiento impuestas que se alejan de lo femenino.

Este tipo de educación está arraigada tradicionalmente por modelos de crianza donde los hombres deben mostrarse fuertes e insensibles, reprimir la expresión de sus sentimientos, no llorar, no mostrar afectividad y mucho menos a una persona del mismo género; pues sería socialmente tildado de débil o afeminado; incluso, este fenómeno es más marcado en niveles socioeconómicos bajos, donde el hombre es el "macho proveedor", que debe trabajar duro en actividades que implican mayor fuerza y destreza física que intelectual, para poder llevar el sustento a casa y dejarlo con una posición de privilegio ante su familia y la sociedad, puesto que la ventaja económica le otorga seguridad y control.

Crisis de la masculinidad

Con los movimientos feministas se inició la conquista por la igualdad de derechos y condiciones para hombres y mujeres, esta búsqueda desencadenó cambios sociales que alteraron dramáticamente los roles establecidos para hombres y mujeres, como tradicionalmente se venían viviendo. Las mujeres comenzaron a incursionar en actividades que eran exclusividad de los hombres, incluso llegaron a ser las encargadas de la manutención de los hogares.

Las crisis de la masculinidad han estado relacionadas con movimientos femeninos de reivindicación de derechos, en los siglos XVIII y XIX, en los que las protagonistas fueron las mujeres francesas, con sus luchas por el derecho a la educación; y un segundo momento, en los siglos XIX y XX, ubicado en Europa y Estados Unidos, y que se apalancó en los movimientos de

18 Traducción libre del original en inglés: "research Project on secondary schools, described in the Education section, crystallized this idea. Interviewing boys, teachers and parents, we could see active hierarchies of masculinity in school settings. The term "hegemonic masculinity" was first used in a 1982 report from this project, and my first essay on men and masculinities was published in the same year". Disponible en http://www.raewyconnell.net/p/masculinities_20.html

liberación femenina. Este periodo de cambios y transición en los siglos XVIII y XIX tuvo como repercusión la denominada primera crisis de la masculinidad (González Moreno & Camacaro Gómez, 2013, pág. 69).

Finalmente, en cuanto a las crisis de la masculinidad, es necesario referir que la masculinidad no es un concepto pétreo, sino que el por contrario, como resultado de las crisis mencionadas, se construye continuamente, se modifica, en torno a diversos aspectos culturales y sociales; es en consecuencia una realidad dinámica en continua transformación.

Bien lo resume (Montesinos, 2002) cuando respecto de las crisis de la masculinidad refiere que "la situación podría resumirse en incapacidad masculina para resignificar las nuevas condiciones culturales y asumir un nuevo patrón genérico que lo libere de las imposiciones de la cultura machista" citado en (González Moreno & Camacaro Gómez, 2013).

3. MASCULINIDAD SUBORDINADA - HOMOSEXUALIDAD

Ningún hombre a finales del siglo XIX era considerado normal si antes no afirmaba su identidad sexual. Sin lugar a duda, la identidad sexual se convierte en destino. Se crea el concepto de heterosexualidad para enlazar de manera indisoluble la identidad de género con la identidad sexual (González Moreno & Camacaro Gómez, 2013, pág. 70). La masculinidad se ha afianzado a través de su vinculación con la heterosexualidad, y su distanciamiento con lo femenino; y ello implica diversas relaciones con los tipos alternativos de masculinidad; marcadas como se anunció, por la discriminación y la marginación.

Bordieu afirma por otra parte, que el movimiento gay elaboró, a partir de las ideas feministas, patrones identitarios basados en nuevas formas de expresión y liberación sin discriminación (Bourdieu, 2000, pág. 88).

De acuerdo con (Díaz Álvarez, 2004, pág. 4) Carpenter [1914] mostró que los hombres homosexuales ya existían en otras culturas y su presencia era frecuente. La homosexualidad era una inclinación sexual innata. Para la segunda mitad del siglo XX, antropólogos como Mead [1961] comenzaron a observar a distintas culturas para investigar sus hábitos y sus representaciones. Estos antropólogos descubrieron que hay muchas formas en las que se relacionan los sujetos del mismo sexo, las cuales, desde la perspectiva de las culturas occidentales, podrían ser consideradas prácticas homosexuales.

Como menciona Connell, la Masculinidad subordinada es la relación de dominación y subordinación existente entre los hombres (González Moreno & Camacaro Gómez, 2013, pág. 72 y 73). Implica la estratificación dentro del grupo, estando aquellos pertenecientes al estereotipo hegemónico de masculinidad por encima, de todos aquellos que se alejan de ese estándar.

"En la construcción de la masculinidad dominante se señala como requisito indispensable a la heterosexualidad, que representa la garantía de ser considerado un "verdadero" hombre.

Por lo tanto, los hombres homosexuales no dejan de ser hombres, sino que representan una masculinidad subordinada y por ende marginalizada" (Sierra, 2002, pág. 14).

"Este tipo de masculinidad se sitúa en las fronteras de los estilos de vida, de las conductas y de los sentimientos atribuidos convencionalmente a las mujeres, por lo que se consideran ilegítimas y afeminadas por la mayoría de los hombres. En este tipo de masculinidad encajarían tanto las conductas masculinas de orientación homosexual; como algunas maneras de ser hombres, cercanas a los valores atribuidos convencionalmente a las mujeres, como la ética del cuidado de las personas, énfasis en los afectos y en las emociones, solidaridad con las reivindicaciones feministas, entre otras" (Connell, citado por Lomas, 2008).

En occidente, los movimientos de la revolución social marcaron el inicio de formas liberales de expresar la identidad y las preferencias sexuales. A pesar del repudio social, empezaron a volverse públicas las demostraciones de afecto entre hombres, aunque el rechazo por parte de las Instituciones sociales más arraigadas y tradicionalistas, como la Iglesia, no se hizo esperar.

Freud, en su teoría de la bisexualidad originaria, reconoce que todos los seres pueden tomar como objeto de identificación sexual a personas del mismo sexo o del sexo opuesto. Defiende el aspecto natural y no patológico de la homosexualidad (González Moreno et al., pág. 71).

La figura (representación) del homosexual es una creación histórica, una clasificación social del poder de la representación, que es al mismo tiempo un poder de diferenciación social, en donde la distinción es la diferencia inscrita en la propia estructura del espacio social cuando se le percibe conforme a categorías acordadas a dicha estructura (Bordieu, 1990) Citado en (Díaz Álvarez, 2004, pág. 6).

Así, los homosexuales se topan con el conflicto de asumirse como seres diferentes, sensación que se incrementa en ocasiones por el rechazo y las actitudes de desprecio del entorno, puesto que al no ser ni hombres ni mujeres, no existe un patrón comportamental específico que puedan seguir, ni se encuentran obligados a cumplir con el estereotipo establecido, el rol de género, que se refiere a un grupo de comportamientos y características establecidas socialmente, tanto para hombres como para mujeres (Alvarez-Gayou Jurgenson, 1986) Citado en (Díaz Álvarez, 2004).

Una cultura que determine en forma radical la diferencia sexual y/o genérica tenderá a promover la agresividad masculina como mecanismo para alcanzar esa diferenciación y, a través de estos procesos, llegará a definir lo femenino como el límite y la negación de lo masculino, con la consiguiente desaparición de los elementos femeninos primordiales en el varón (Díaz Álvarez, 2004, pág. 9).

Dentro del contexto occidental nos encontramos, en líneas generales, dos grandes modelos que definen el sentido de las prácticas entre varones. Por un lado, el anglosajón, que básicamente entiende como "homosexual" (gay) a cualquier hombre que mantiene relaciones se-

xuales con otros hombres; y el latinoamericano, donde el significado de las prácticas no ha sido asociado mecánicamente a "la homosexualidad", aunque progresivamente el modelo anglosajón se va generalizando (Valcuende del Río, 2010, pág. 13).

Los hombres que mantienen relaciones sexuales con otros hombres se han visto empujados habitualmente al "exilio". La presión social es tanta, que en algunos casos estos hombres están condenados a una vida repleta de contradicciones, entre una sociedad que los desprecia y que constantemente les recuerda que lo que hacen es un pecado, una enfermedad, un vicio; incluso, hasta un delito (Valcuende del Río, 2010, pág. 26).

La familia juega un papel central, el rechazo de los padres hacia la homosexualidad refuerza la idea de exclusión e impulsa al exilio (Valcuende del Río, 2010, pág. 30).

Homofobia

Connell, afirma que "la homofobia no es solo una actitud. La hostilidad de los hombres heterosexuales frente a los hombres gay envuelve una real práctica social, que va desde la discriminación en el trabajo, vilipendio en los medios, emprisionamiento y en ocasiones asesinato" (Connell R. , 1995, pág. 40) (traducción libre). La homofobia se manifiesta en diversas y violentas acciones, que van desde la simple descalificación, broma o humillación, hasta la violencia física o sexual.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos "ha descrito las múltiples formas de violencia –que frecuentemente involucran altos niveles de crueldad- que se dirigen a castigar las orientaciones sexuales y las identidades de género no normativas o a las personas cuyos cuerpos difieren del estándar de corporalidad femenina y masculina" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH, 2015, pág. 289).

La Organización Panamericana de la Salud define la homofobia como "el prejuicio, estigma o discriminación hacia las personas que mantienen relaciones sexuales con otras de su mismo sexo" (Organización Panamericana de la Salud, 2006, pág. 7). A la vez señala que ésta representa una amenaza para la salud pública de América Latina porque afecta la salud mental y física de la comunidad homosexual.

El miedo y desprecio por la homosexualidad trasciende del círculo familiar y se extiende a todos los ámbitos de socialización del individuo, dependiendo de la etapa de vida en la que se encuentre. La homofobia tiene presencia en las políticas e instituciones y organizaciones sociales, también un impacto en la subjetividad de las y los individuos, en tanto marca de forma sustancial un sentimiento de inferioridad, vulnerabilidad y culpabilidad en las conciencias de gays y lesbianas que puede ser interpelados en la ideología dominante, sometidos a una autoridad superior y de control impuesta por la hegemonía de la heterosexualidad (Cruz Sierra, 2002, pág. 13).

(Blumenfeld, 1992) diferencia e identifica varios niveles y ámbitos de homofobia, tal como se cita en (Cruz Sierra, 2002, pág. 9).

La denominada **homofobia personal**, implica "un sistema personal de creencias tales como sentir compasión por la incapacidad de los homosexuales de controlar sus deseos, odio por considerarlos psicológicamente trastornados, genéticamente defectuosos o inadaptados cuya existencia contradice las leyes de la naturaleza, espiritualmente inmorales, infectados, asquerosos o inferiores a los heterosexuales". (Cruz Sierra, 2002, pág. 9). Es claro, que en este tipo de homofobia se encuentra una descalificación del homosexual, desde una supuesta superioridad moral de quien la predica.

En segundo lugar, se habla de la **homofobia interpersonal**, que se materializa mediante actuaciones que se disfrazan de jocosidad, "afecta las relaciones entre los individuos, por ejemplo, poner apodos o hacer chistes, agredir física o verbalmente, retirar apoyos y rechazar a la persona" (Cruz Sierra, 2002, pág. 9).

En tercer lugar, se menciona la **homofobia institucional**, que es aquella que procede de "organismos gubernamentales, educativos o religiosos que discriminan sistemáticamente, por ejemplo, a través de leyes y su aplicación" (Cruz Sierra, 2002, pág. 9). Ejemplo claro de este tipo de homofobia, son los países en los que aún se considera delito la homosexualidad. De acuerdo con Amnistía Internacional "las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo se consideran delito en 70 países, y en 9 de ellos —como Arabia Saudí, Irán, Sudán y Yemen— pueden castigarse con la pena de muerte. Incluso en los lugares en los que esta legislación tan restrictiva no llega a aplicarse, su mera existencia refuerza los prejuicios contra la población LGTBIQ, que se siente desprotegida ante actos hostigamiento, chantaje y violencia" (AMNISTÍA INTERNACIONAL, s/f).

Finalmente, Blumenfeld se refiere la denominada **homofobia cultural**, que implica aquellas "normas sociales o códigos de conducta que, sin estar expresamente inscritos en una ley o reglamento, funcionan en la sociedad para legitimar la opresión (Cruz Sierra et al., pág. 9). Vale la pena recalcar que este tipo de homofobia se identifica con intensidad en las sociedades latinoamericanas, donde se encuentra sumamente arraigada la masculinidad hegemónica y en consecuencia no se admiten las expresiones de la masculinidad subordinada.

CONCLUSIONES

Hablar de masculinidades es hablar acerca de las relaciones de género. Las masculinidades no son equivalentes a hombres; se refieren a la posición de los hombres en un orden de género. Son patrones o prácticas por las cuales la gente ocupa esa posición.

La masculinidad es un constructo social, un conjunto de valores, conductas y normas que enmarca patrones de socialización, influenciado por factores sociales, culturales y económicos; se adapta para responder a las transformaciones de la sociedad en que se desarrolla.

Dentro de las masculinidades, se ha privilegiado la hegemónica, que responde a estructuras patriarcales, y se han castigado las que se alejan de ella, y que han sido denominadas margi-

nadas o subordinadas, como es el caso de los hombres homosexuales.

La homofobia es considerada una actitud de prejuicio y discriminación, que implícitamente conlleva maltrato psicológico y puede agravarse hasta la violencia física e incluso la muerte; como primera medida procede desde el ámbito personal y familiar llegando a trascender al ámbito institucional y cultural, cuyo desprecio pretende castigar las identidades de género no normativas.

REFERENCIAS

Aguayo, Francisco y Sadler Michelle. (2011). *Masculinidades y políticas públicas: involucrando hombres en la equidad de género.* Chile: Universidad de Chile.

Alvarez-Gayou Jurgenson, J. (1986). *Sexoterapia Integral.* México: El Manual Moderno.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. (s/f). *Amnesty.org*. Recuperado el Agosto de 2020, de https://www.amnesty.org/es/what-we-do/discrimination/lgbt-rights/

Badinter, E. (1992). *De l´identité masculine* . Paris: Odile Jacob.

Blumenfeld, W. (1992). *Homofhobia; How we all pay the price*. Estados Unidos: beacon Press.

Bordieu, P. (1990). *Sociología y Cultura*. México: Grijalbo.

Bourdieu, P. (2000). *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama.

Chaves Jiménez, A. R. (Diciembre de 2012). *Masculinidad y feminidad: ¿De qué estamos hablando?* Revista Electrónica Educare, 16, 5-13.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. (2015). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS.

Connell, R. (1995). *Masculinities*. Cambridge: Polity Press.

Connell, R. (s/f). *Raewyn Connell. Masculinities*. Obtenido de http://www.raewynconnell.net/p/masculinities_20.html

Connell, R. W. (1995). *"The Social Organization of Masculinity"* Chapter 1. En Masculinities. Los Ángeles. California, Estaos Unidos: University of California Press.

Corsi, J. (1995). *Violencia masculina en la pareja* . Barcelona: Paidós.

Cruz Sierra, S. (Mayo-junio de 2002). *Homofobia y masculinidad.* El Cotidiano, 18(113), 8-14.

Díaz Álvarez, M. (Mayo-agosto de 2004). *Homosexualidad y género.* Cuicuilco, 11(31).

González Moreno, M. C., & Camacaro Gómez, D. (Junio de 2013). *Desandando las rutas de la masculinidad*. Comunidad y Salud, 11(1), 68-78.

Guash Andreu, O. (2003). *Ancianos, guerreros, efebos y afeminados: tipos ideales de masculinidad*. En J. Blanco lopez , & J. M. Valcuende del Rio, Hombres. La construcción cultural de las masculinidades (págs. 113-124). España: Talasa.

Liendro, E. (1994). *La identidad masculina.* Debate Feminista, 10, 303-307.

Messner, M. A. (Junio de 1998). *THE LIMITS OF "THE MALE SEX ROLE" An Analysis of the Men's Liberation and Men's Rights Movements' Discourse.* Gender and Society, 12(3), 255-276.

Montesinos, R. (2002). *Las rutas de la masculinidad*. Gedisa.

Mosse, G. (2001). *La imagen del hombre. La creación de la masculinidad moderna.* Madrid: Talasa.

Organización Panamericana de la Salud. (2006). *Campañas contra la homofobia en Argentina, Brasil, Colombia y México.* Washington: OPS.

Sierra, S. C. (Junio de 2002). *Homofobia y masculinidad.* El Cotidiano, 18(113), 8-14.

Valcuende del Río, J. M. (2010). *Sexo entre hombres: los límites de la masculinidad.* Revista Internaional de Ciencias Sociales y Humanidades SOCIOTAM, XX(1), 11-7.

Vale de Almeida, M. (1995). *Senhores de Si. Uma Interpretação Antropológica da Masculinidade*. Lisboa: Etnográfica Press.

IMPLEMENTACIÓN DE LA CÁTEDRA DE PAZ EN LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA DE PROVIDENCIA Y I.E.M MERCEDARIO EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO

Jazmín Janeth Díaz Vivas[19]
Yurani Estefanía Rosero López[20]

RESUMEN

Durante las últimas décadas, Colombia ha sufrido un conflicto interno el cual no ha logrado superar, esta situación ha conseguido afectar diversos sectores, entre ellos, la academia; donde estudiantes, administrativos, docentes y comunidad en general, se han visto obligados a desplazarse de sus lugares de ejercicio debido a las fuertes amenazas, enfrentamientos de grupos al margen de la ley y demás problemáticas asociadas.

La presente investigación se desarrolla sobre la Cátedra de Paz y la normatividad que la reglamenta, se analiza cómo se ha implementado en dos instituciones del Departamento de Nariño, el aprendizaje de los niños, niñas y jóvenes sobre la cultura de paz, sobre la historia colombiana y demás materias que se regulan en este importante espacio, siendo una estrategia diseñada por el presidente Juan Manuel Santos mediante la Ley 1732 de 2014 y el Decreto 1038 de 2015.

La normatividad señalada se viene promoviendo desde el año 2015; esto significa que debe haber tenido una serie de efectos en todas las instituciones del país. Para comprobar el cumplimiento de la ley y el decreto, se realiza un paralelo en dos instituciones del Departamento de Nariño, una afectada directamente por el conflicto y otra que pueda estar alejada de los focos de violencia.

Inicialmente se realizó un análisis de los lineamientos curriculares establecidos en la Ley, se revisó el PEI de las instituciones educativas, posteriormente se desarrollaron encuestas para identificar como los estudiantes y docentes han asimilado la Cátedra de

Paz, por último, se presentaran recomendaciones a las instituciones frente al desarrollo de la Cátedra.

PALABRAS CLAVE: Cátedra de paz, educación, conflicto armado, proceso de paz y Colombia.

---

19 Estudiante de noveno semestre de Derecho

20 Estudiante de Noveno semestre de Derecho, Técnico Laboral por Competencias en Sistemas y Administración de Negocios

IMPLEMENTATION OF THE CHAIR OF PEACE IN THE INSTITUCIÓN EDUCATIVA DE PROVIDENCIA AND I.E.M MERCEDARIO WITHIN THE FRAMEWORK OF THE COLOMBIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT

During the last decades, Colombia has suffered an internal conflict which it has not been able to overcome. This situation has managed to affect various sectors, including academia; where students, administrators, teachers and the community in general have been forced to move from their places of practice due to strong threats, clashes by groups outside the law and other associated problems.

This research is developed on the Chair of Peace and the regulations that regulate it, it is analyzed how the learning of children and young people about the culture of peace, about Colombian history has been implemented in two institutions of the Department of Nariño and other matters that are regulated in this important space, being a strategy designed by President Juan Manuel Santos through Law 1732 of 2014 and Decree 1038 of 2015.

The aforementioned regulations have been promoted since 2015; This means that it must have had a series of effects on all the institutions of the country. To verify compliance with the law and the decree, a parallel is carried out in two institutions of the Department of Nariño, one directly affected by the conflict and the other that may be far from the sources of violence.

Initially, an analysis of the curricular guidelines established in the Law was carried out, the PEI of educational institutions was reviewed, later surveys were developed to identify how students and teachers have assimilated the Chair of

Finally, Paz will present recommendations to the institutions regarding the development of the Chair.

KEY WORDS: Professor of peace, education, armed conflict, peace process and Colombia.

INTRODUCCIÓN

COLOMBIA se ha caracterizado por mantener un conflicto ideológico y político, generando así el uso de las armas en contra del propio pueblo; sumergiendo al país en un alto grado de desolación y violencia, con innumerables consecuencias sociales, políticas, culturales y económicas.

La historia relata como el conflicto fue bipartidista, una lucha constante de poder marcada con sangre liberal y conservadora, estas divisiones marcadas cerraron la oportunidad para que ideologías políticas diferentes a las tradicionales se pudieran manifestar y proponer una visión política nueva para Colombia.

> La violencia es la denominación de un período de Colombia que se dio durante el siglo XX, en que hubo confrontaciones entre prosélitos del Partido Liberal y el Partido Conservador que, sin haberse declarado una guerra civil, se caracterizó por ser extremadamente violento, incluyendo asesinatos, agresiones, persecuciones, destrucción de la propiedad privada y terrorismo por la afiliación política. (Delgado, 2020, pág. 14)

Esto desencadenó una lucha armada interna con la aparición de guerrillas y paramilitares, por ello, el gobierno del Presidente Juan Manuel Santos, inicio diálogos con las guerrillas de las FARC-EP, para desarrollar un proceso de Paz que culminó con la firma de los Acuerdos de Oslo y La Habana, el 24 de noviembre de 2016 en Bogotá.

Pero la terminación del conflicto no solo implica la dejación de las armas, sino que también requiere la adopción de verdaderas estrategias de recomposición social para transformar la manera como se ha concebido y se concibe el país en lo social, político, económico y cultural.

Así las cosas, una de las estrategias diseñadas por el Gobierno Nacional ha sido la implementación de la Cátedra para la Paz en las instituciones educativas del país, como mecanismo para que la sociedad colombiana conozca y comprenda las causas y consecuencias del conflicto armado con el fin de solucionar pacíficamente los conflictos en defensa de los Derechos Humanos.

El Gobierno Nacional diseña esta estrategia pedagógica encaminada a la reeducación y el fortalecimiento de una cultura de la paz, así como se reglamenta en la Ley 1732 de 2014 y su Decreto Reglamentario 1038 de 2015.

Por lo que resulta de gran importancia realizar un estudio que permita verificar la efectividad de la norma en el sentido ya descrito, verificando su implementación y desarrollo, más cuando se trata de una estrategia pedagógica encaminada a crear reales condiciones de cambio a efectos de la superación del conflicto.

Para dicho estudio, se han seleccionado dos instituciones educativas del Departamento de Nariño, inicialmente en una institución que se ha visto marcada a través de la historia por el conflicto armado y otra que posiblemente no lo ha vivido de cerca, pero que debe conocer los hechos que han marcado a la sociedad colombiana.

De ahí surge la pregunta problema: ¿Cómo se ha implementado la Cátedra de Paz en algunas Instituciones Educativas del departamento de Nariño, de acuerdo con la Ley 1732 de 2014 y el Decreto 1038 de 2015?

Para lograr responder la pregunta problema, se planteó como objetivo general; Determinar la implementación de la Cátedra de Paz en la Institución Educativa de Providencia y la Institución Educativa Municipal Mercedario, de acuerdo con la Ley 1732 de 2014 y el Decreto 1038 de 2015.

Continuando con la investigación se realizó paso a paso los objetivos específicos, donde en el primero objetivo se trabajó en analizar y describir los lineamientos curriculares de la Cátedra de Paz a partir de la Ley 1732 del 2014 y el Decreto 1038 de 2015. En segundo lugar buscamos información para lograr comprender las pautas que se encuentran en el PEI de las instituciones frente a la Cátedra de paz y establecer la forma como se desarrolla de acuerdo a la experiencia de docentes y estudiantes. Finalmente con toda la información obtenida contrastar los lineamientos curriculares de la Cátedra de Paz con el PEI de dos Instituciones educativas del departamento de Nariño la Institución Educativa de Providencia y I.E.M Mercedario de Pasto.

La investigación busco determinar aciertos y debilidades en la implementación de la Cátedra de la Paz en las instituciones educativas del Departamento de Nariño para tomar determinaciones a nivel gubernamental e institucional que permitan su real implementación y consecución de los objetivos pretendidos.

Ahora bien, conociendo la problemática de la que surge la investigación, se debe dar claridad a la importancia de la misma, desde el punto de vista académico y social, desde el académico se realizó una evaluación del cumplimiento de la norma en el contexto y en esa medida, para lograr fortalecer el aprendizaje crítico respecto del ejercicio de derechos y la formación propia del saber disciplinar. En segundo lugar, en el aspecto social reconocer a la paz como un derecho de obligatorio cumplimiento, por lo que esta investigación contribuye al fortalecimiento de la pedagogía como ciencia de investigación frente al entorno social de paz, construyendo memoria histórica y procurando una reflexión integral frente a la educación para la paz, generando conocimientos y competencias ciudadanas que permitan un cambio de mentalidad respecto de la solución pacífica de conflictos.

Por ello, no solo se trata de verificar si la norma está o no escrita, sino que su eficacia sea real en los contextos sociales de conflicto para contribuir en la creación de una verdadera cultura de paz, que cada ciudadano reconozca sus derechos fundamentales y que el Estado vele por su protección.

De esta manera, el estudio fue estructurado a partir de un paradigma histórico social, con un enfoque cualitativo, de tipo documental, con un método analítico descriptivo ya que la temática se enfoca en la educación para la Paz, como una realidad dinámica, tomando el análisis de conceptos, teorías y opiniones con respecto a la Cátedra, además del análisis documental, se pretende describir el sentir de las instituciones educativas desde sus propias experiencias frente a la educación para la paz. La población utilizada es la Institución Educativa de Providencia y el Colegio Mercedario de San Juan de Pasto, con grupos focales desarrollados con docentes del área de Ciencias Sociales, representantes estudiantiles, personero estudiantil y el rector de las instituciones.

¿Cuáles son los derechos fundamentales que se les está vulnerando a los niños, niñas y adolecentes de Colombia al no hacer efectiva la Cátedra de Paz?

PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La educación para la paz se plantea como un derecho, inicialmente para comprender sus conflictos y segundo para propiciar una solución pacífica de los mismos fundamentándose en valores objetivos, prácticas sociales y culturales.

La educación

La educación, permite a cada individuo conocer cómo se debe actuar, ser crítico y a la vez fundamentarse en valores objetivos, prácticas sociales y culturales que procuren el desarrollo integral del ser humano.

Además, cumple un papel muy importante e n este proceso de reconocer la historia, partiendo de experiencias vividas o contadas. Por medio de la enseñanza y de transmisión de esos conocimientos a toda la comunidad en general con un fin específico, que es el de conocer el pasado, conocer en que fallaron, y no repetir aquellas falencias.

Organizaciones nacionales e internacionales se han pronunciado en el sentido de que la educación deber ser un derecho fundamental de las personas, pero también un motor que mueva a las sociedades a generar verdaderos procesos sociales, En este sentido, la Organización de Naciones Unidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha expresado así:

> Artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice: toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, (…) La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. (NACIONES UNIDAS, S.F).

Eso en cuanto a pronunciamientos internacionales, en la parte nacional se caracteriza la educación como un derecho fundamental, es así como se señala en la Constitución en su artículo 67 donde se considera a la educación como derecho de la persona con el que se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. Es ahí donde el Estado tiene un papel preponderante, donde su función es garantizar el adecuado cubrimiento del servicio de la educación para asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La paz

Para hablar de la definición de paz en Colombia es importante tener en cuenta que es un derecho fundamental, el cual se encuentra en el preámbulo constitucional donde habla sobre la protección de la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la liber-

tad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político con justicia, equidad y paz.

En la Constitución también se señala el artículo transitorio 66 que establece los instrumentos de justicia transicional como excepcionales y tendrán la finalidad de facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos garantizarán en el mayor nivel posible de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Es importante considerar que el artículo 22 y 95 de la Norma Suprema, imponen la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento y alcanzar este propósito enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional, por lo que es deber de todos engrandecerla y dignificarla.

En tal sentido, la paz es un Derecho fundamental en Colombia, necesario para la desarrollo de todos los derechos y deberes de la sociedad. La Cátedra de paz requiere del desarrollo de estos dos derechos fundamentales, que la educación y la paz sea uno solo.

> Todo el mundo habla de paz, pero nadie educa para la paz, la gente educa para la competencia y este es el principio de cualquier guerra. Cuando eduquemos para cooperar y ser solidarios unos con otros, ese día estaremos educando para la paz", estas son las palabras de la pedagoga, doctora y humanista italiana María Montessori en el Congreso Internacional Montessori realizado en 1937 en Copenhague, Dinamarca. (Grotteria, 2019).

Por ello es necesario, entender de qué se trata la paz, que los docentes sepan generar en sus aulas de clase espacios pacíficos, y no que generen más violencia, al contrario que todas las instituciones sepan incentivar a los alumnos a fortalecer la cultura de la paz.

Cátedra de Paz

Ahora bien, es importante entrar a mencionar o definir de qué se trata la cátedra de paz y cuáles son sus objetivos.

> La educación para la paz tiene dos grandes desafíos, uno tiene que ver con la atención de las poblaciones y territorios fuertemente afectados por la guerra, cómo construir en esos territorios una política que les permita tener nuevas oportunidades, y el otro tema es cómo institucionalizar la educación para la paz en todo el sistema público, privado, rural y de toda clase (Salas, 2017, pág. 2)

La implementación de la Cátedra de Paz en Colombia es una política pública nueva en el país; esta estrategia surge en el periodo de las negociaciones del Gobierno Nacional y las guerrillas de la FARC-EP, para tener en la educación una herramienta que permita instruir a niños, niñas y jóvenes en el conocimiento del conflicto interno para que sus funestas consecuencias no se vuelvan a repetir.

Se debió implantar a partir de 2014 con la expedición de la Ley 1732 de ese año y mediante el Decreto 1038 de 2015. Por esta razón no existen investigaciones que permitan comprobar hasta qué punto las instituciones educativas del país han implementado dicha cátedra, y menos aún en las instituciones educativas del Departamento de Nariño.

De esta manera, la sociedad colombiana, en lo relacionado con los conflictos armados, la generación y consolidación de la paz, debe asumir un compromiso más grande para educar a las nuevas generaciones en contextos de bienestar y paz para que el monstruo de la guerra no siga destruyendo los sueños y aspiraciones de muchos colombianos.

> Nariño es uno de los departamentos con el mayor número de población afectada por el enfrentamiento bélico entre los diferentes actores armados. El número de víctimas por razón del conflicto es de cerca de 370.000, cifra que ubica al departamento en quinto lugar en el orden nacional. Por otra parte, Nariño recibirá, en el marco del pos acuerdo aproximadamente 3000 reinsertados, especialmente en 30 de sus municipios, lo que genera una compleja situación que implica diversos retos en términos de empleo, vivienda, educación y disposición de la sociedad para compartir los espacios sociales con la población reincorporada (Programa de las Naciones Unidas, ONU Mujeres y Agencia de Desarrollo Local ADEL., 2019, pág. 30)

Por ello, se realizado diferentes intentos por adelantar, desarrollar y terminar procesos de paz que involucren a los actores del conflicto armado, tratando que la sociedad colombiana enfrente su historia y conozca los hechos para no repetirlos.

Es así como la implementación de Cátedra de paz en las instituciones educativas es una medida, un instrumento para hacer efectiva la realización de una verdadera cultura de paz por medio de la educación, teniendo en cuenta que las personas gozan de muchos derechos fundamentales económicos, sociales y entender que la educación es uno de esos derechos.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, es una obligación del Estado promover la educación, con el fin de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos de cómo se señala en el Artículo 64 constitucional. También es importante considerar el Artículo 70 de la Carta Superior que establece el deber del Estado de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

DESARROLLO

Providencia ha estado marcada por el conflicto y apartada por parte del Estado. Se debe entender que es un lugar que necesita una especial atención y representación de las diferentes

entidades del Estado y mayor presencia en sus instituciones educativas donde la población estudiantil podrá generar un cambio en la sociedad. En la ciudad de San Juan de Pasto se realiza un enfoque en la Institución Educativa Municipal Mercedario, donde la población en general puede estar un poco alejada de los hechos violentos del conflicto armado, pero no quiere decir que deban desconocer de qué se trata el conflicto y en qué medida ha afectado a Colombia.

> Que los municipios de Samaniego, Providencia y Santacruz-Guachavez han tenido y continúan teniendo crecientes indicadores de violencia generados por la confrontación entre las FFAA y el ELN, y por las violencias derivadas de la minería ilegal de oro y del tráfico de drogas. (JIMÉNEZ, 2019).

Así pues, para determinar si existe o no un acercamiento real de la implementación de la Cátedra de Paz en las dos instituciones, se diseñó unas encuestas para los docentes del área de ciencias sociales y los representantes de cada curso de la sección bachillerato, ya que no se trata de verificar si la norma está o no está escrita, sino que sea efectiva en los contextos sociales y así determinar su cumplimiento desde la mirada de docentes y estudiantes.

La Ley 1732 de 2014 y el Decreto 1038 de 2015 empiezan a regirse en 2016. En el año 2021 su desarrollo debería estar cumpliéndose en cada institución de Colombia de la mejor manera, pero cuando se hizo la respectiva revisión y estudio del PEI (Proyecto Educativo Institucional), manuales de convivencia, planes de estudio y demás documentos de las instituciones manejan, no se logra determinar con exactitud su implementación y como se está desarrollando. Si bien la norma es muy clara al determinar cómo se debe realiza la aproximación de conocimientos de docentes y estudiantes frente a la cátedra de paz y como las instituciones deben trabajar en la apropiación de esos procesos pero en el momento de su efectividad y cumplimiento no se observa mayor cambio, los estudiantes no asemejan lo que en realidad es el conflicto y esto se debe a que si bien lo han vivido de cerca o no se les informa mayormente del tema.

RESULTADOS

Dicho lo anterior se procedió a reunir con los estudiantes, docentes, personero y rector de cada institución para aplicar una encuesta donde una de las preguntas a tratar era que den a respuesta a si conocen el conflicto, si lo han vivido y cuáles son las experiencias; aquí es importante mencionar que en la Institución Educativa Mercedario los estudiantes coincidieron en la respuesta de que se estaba impartiendo esta importante Cátedra de Paz pero en áreas alternas como Ciencias Sociales y Ética, pero la institución no cuenta con un profesional capacitado que conozcan de lleno esa realidad.

En cuanto a la Institución Educativa Providencia se pudo evidenciar que, si bien en años atrás se trató de integrar la Cátedra de Paz en otras materias como Sociales, Ética y Valores, hoy

en día no se habla de este importante tema. Es así como se puede determinar que en la institución de Providencia no se está desarrollando esta importante Cátedra. Por su parte en el Colegio Mercedario se aplica en materias alternas por ende se debe buscar una estrategia que genere el cumplimiento de la norma.

REFERENCIAS

Abad, H. (2017). *El olvido que seremos.* Alfaguara.

Cruz, D. (S.F de S.F de S.F). *Pontificia Universidad Javeriana.* Recuperado el 15 de junio de 2018, de Pontificia Universidad Javeriana: http://www.javeriana.edu.co/educon/blog/la-catedra-de-paz

E.I.Montessori. (2016). *El Montessori.* Obtenido de El Montessori: https://cutt.ly/20v0Ke

El pais . (25 de Agosto de 2016). *Acuerdo final de paz entre Colombia y la guerrilla.* Recuperado el 09 de Octubre de 2018, de https://goo.gl/phjeXx

Fisas, V. (1998). *Cultura de paz y gestion de conflictos.* Barcelona: Icaria/NESCO.

Grotteria, C. L. (05 de 11 de 2019). *magisterio* . Recuperado el 25 de 07 de 2020, de magisterio: https://www.magisnet.com/2019/11/hacia-una-educacion-para-la-paz/

Holguín Villa edison, R. I. (1 de Mayo de 2014). *CONFLICTOS SOCIALES Y COYUNTURA DE PAZ EN COLOMBIA.* Obtenido de http://www.scielo.org.co/pdf/agor/v14n2/v14n2a05.pdf

Jiménez2, A. J. (26 de 10 de 2018). *Sociedad en movimiento, tejiendo paz territorial en Nariño.* Recuperado el 25 de 07 de 2020, de Sociedad en movimiento, tejiendo paz territorial en Nariño: http://www.scielo.org.co/pdf/soec/n36/1657-6357-soec-36-00123.pdf

Ministerio de Educación Nacional . (25 de junio de 2010). *Educar para la paz.* Recuperado el 15 de junio de 2018, de Educar para la paz: https://goo.gl/BB6bcn

Monsalve, R. (05 de Febrero de 2016). *Colegios tedrán lineaminetos para clases de paz.* Obtenido de http://www.elcolombiano.com/colombia/este-2016-sera-el-ano-para-iniciar-la-catedra-de-paz-en-los-colegios-NC3545924

Moscoso, F. (2013). *Biografia para uso de los pajaros.* Ecuador : IAEN.

NACIONES UNIDAS. (S.F de S.F de S.F). *La Declaración Universal de Derechos Humanos.* Recuperado el 2019 de Febrero de 11, de La Declaración Universal de Derechos Humanos: http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

ONU. (s.f.). *Naciones Unidas.* Recuperado el 09 de Octubre de 2018, de Naciones Unidas: http://www.un.org/es/events/righttotruthday/

Programa de las Naciones Unidas, ONU Mujeres y Agencia de Desarrollo Local ADEL. (2019). *Visión sectorial de la paz para Nariño*. Agenda de paz Nariño. Pasto: Ingeniatte/ 7299907/ Pasto.

Rincón., L. F. (S.F). *LA CONSTRUCCIÓN DE LA PAZ EN COLOMBIA. Obtenido de LA CONSTRUCCIÓN DE LA PAZ EN COLOMBIA*: https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11524/ENSAYODEGRADO.pdf%3E;jsessionid=DBEE9BA3997419EBD42DD098FC710842?sequence=1

Salas, A. (febrero de 2017). *Pontificia Universidad Javeriana.* Recuperado el 13 de junio de 2018, de Pontificia Universidad Javeriana: https://goo.gl/Sgo9ho

Universidad abierta . (S.F de S.F de S.F). *"EL EMILIO".* Recuperado el 29 de Agosto de 2018, de "EL EMILIO": https://goo.gl/4bocJN

GENDERLESS MÁS ALLÁ DE LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO, UNA MANIFESTACIÓN ARTÍSTICA EN FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Manuela María Silva Suárez[21]
Natalia Isabel Rodríguez Durán[22]
Marcela Roa Avella[23]

RESUMEN

Históricamente en la sociedad colombiana se ha experimentado una perspectiva de género bastante limitada, enfocada y permeada por costumbres, prejuicios, e inclusive concepciones religiosas, las cuales han estado arraigadas por varias generaciones. En ese escenario, los diversos avances en torno al género en las últimas décadas, no se han afianzado de manera solida en nuestro país. Es claro, que la identidad de una persona, no se construye exclusivamente en torno al género, sino que hay otros aspectos bastante importantes; uno de ellos puede llegar a ser el impacto de la moda y su relación en la construcción de las nuevas masculinidades. La moda puede erigirse entonces como una herramienta transformadora de los estereotipos de género, y atribuye una nueva manera de concebir la masculinidad; todo ello en el marco de la lucha por el reconocimiento y garantía de derechos fundamentales.

El cambio de paradigmas en la sociedad en torno al género, y la expresión de género, ha creado múltiples controversias culturales, religiosas, e inclusive educativas, no obstante, desde algunos sectores de la industria de la moda, se ha motivado la ruptura de barreras relacionadas con roles y características asignadas al género (estereotipos), lo cual refleja una evolución en aspectos sociales, económicos, políticos y culturales, ya que a partir de la moda se puede evidenciar los pensamientos y creencias de los individuos en los grupos sociales.

Han surgido entonces nuevas corrientes dentro del mundo del diseño y la moda, el ejemplo más claro, es el "genderless" o "genero neutro", tendencia que ha venido diversificando el concepto de la combinación entre lo femenino y lo masculino, encontrando impulsores como Louis Vuitton o Dolce & Gabbana los cuales tienen como finalidad la búsqueda de una igualdad en los conceptos del diseño.

La pregunta que surge entonces es ¿Cómo se plantean las relaciones entre las nuevas corrientes de la moda, especialmente el Genderless, y la construcción y expresión del género, en

---

21 Estudiante Universidad Militar Nueva Granada. Facultad Derecho

22 Estudiante Universidad Militar Nueva Granada. Facultad Derecho

23 Coordinadora semillero "Género, grupos minoritarios y derecho: un dialogo permanente"

el marco de la garantía de derechos fundamentales?

Esta es una investigación de tipo socio-jurídico, utiliza una metodología lógica-deductiva, partiendo de los conceptos de género, identidad de género, masculinidad hegemónica y moda genderless; para aplicarlos a los derechos fundamentales y su contenido en el marco constitucional colombiano, lo que requerirá además una metodología hermenéutica de normas relacionadas con los derechos fundamentales, derechos como la libre expresión, igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la integridad humana, en relación con las nuevas masculinidades

PALABRAS CLAVES: Genderless, moda, identidad de género, masculinidad, estereotipos, Derechos.

GENDERLESS BEYOND GENDER STEREOTYPES, FASHION AS AN ARTISTIC MANIFESTATION BASED ON FUNDAMENTAL RIGHTS.

ABSTRACT

The Colombian society has experienced quite limited gender perspectives, focused, and permeated by customs, prejudices, and even religious conceptions, which have been rooted for several generations. In this context, the different advances around the gender, in the last decades, have not been solidly established in our country. The identity of a person is not constituted exclusively around gender, there are other aspects that can be important such as the impact of fashion and its relationship in the construction of new masculinities. The Fashion becomes in a transforming tool of gender stereotypes, it attributes a new way of conceiving masculinity; all this in a framework of an unconscious strive for the recognition and guarantee of fundamental rights.

The change of paradigms around gender in the society, and gender expression, has created cultural controversies, however, from the fashion industry, it has been motivated to break down barriers related to roles and characteristics assigned to gender which reflects an evolution in social, economic, political, and cultural aspects, from fashion can be evidenced the thoughts and beliefs of individuals in social groups.

These thoughts have been manifested in the creation of new trends in the world of design and fashion, the clearest example is the constitution of “genderless” or “neutral gender”, a trend that has been diversifying the concept of the combination between the feminine style and the masculine style. It has current promoters such as Louis Vuitton or Dolce & Gabbana, whose aim is to search for equality in design concepts.

The question that arises is: How are the relationships between the new trends in fashion, especially “Genderless” and the construction and expression of gender, in the framework of the guarantee of fundamental rights?

This is a socio-legal type of research, it uses a logical-deductive methodology, starting from the concepts of gender, gender identity, hegemonic masculinity and genderless fashion; to apply them to fundamental rights and their content in the Colombian constitutional framework, which also require a hermeneutical methodology of norms related to fundamental rights, right to the free expression, equality, the free development of personality and human integrity, in relationship with new masculinities.

The results suggest that historically fashion has reflected the dominant ideologies related to gender stereotypes, but in recent decades, new manifestations of design and fashion have opened the way through genderless, to the elimination of excluding fashion due to gender, consolidating spaces for some fundamental rights.

KEY WORDS: Genderless, Fashion, Gender identity, masculinity, stereotypes, rights

INTRODUCCIÓN

A lo largo de los años, las diferencias de género tradicionales, es decir heteronormativas, se han visto perpetuadas por diferentes perspectivas e ideologías en la historia. Sin embargo, en las últimas décadas las tendencias respecto a este tema han evolucionado. Las diversas creencias arraigadas por parámetros culturales y religiosos generaban una exclusión de todos aquellos que no cumplieran con ciertos lineamientos, materializándose en la discriminación de género a partir de estereotipos. Es decir, aquellas expresiones no normativas, han sido marginadas y en ocasiones violentadas.

Es pertinente analizar la presencia de los estereotipos de género en la historia, y si estos se han perpetuado dificultando el ejercicio de los derechos fundamentales, tanto en la diversidad de género como afianzando la masculinidad hegemónica. En ese escenario la moda parece haber jugado un papel importante, cambiando y evolucionando diferentes culturas y creencias.

El objetivo principal consiste en establecer las relaciones entre la moda, la expresión y estereotipos de género y la masculinidad hegemónica, con especial referencia al genderless, en el marco de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad, e igualdad.

Se establecieron como objetivos específicos que se irán desarrollando lo largo de la investigación, los siguientes:

- Determinar si la moda ha ejercido influencia en la conformación de estereotipos de género
- Establecer cómo la moda ha colaborado en la perpetuación de la masculinidad hegemónica
- Analizar el contenido de los derechos a la libre expresión, igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la integridad humana, en relación con las nuevas masculinidades

- Identificar como los nuevos discursos de la moda han favorecido el entendimiento de las nuevas masculinidades en Colombia y en el mundo

Para adentrarnos en el tema se deben realizar ciertas precisiones conceptuales en torno a las categorías género, estereotipos de género, identidad y expresión de género. ONU Mujeres se ha referido al género, indicando que:

> "se refiere a los roles, comportamientos, actividades, y atributos que una sociedad determinada en una época determinada considera apropiados para hombres y mujeres. Además de los atributos sociales y las oportunidades asociadas con la condición de ser hombre y mujer, y las relaciones entre mujeres y hombres, y niñas y niños, el género también se refiere a las relaciones entre mujeres y las relaciones entre hombres." (ONU Mujeres, 2016)

De esta manera se puede evidenciar que, cuando se habla género no se puede limitar el concepto al factor biológico, sino que, es importante relacionarlo con factores de tipo sociocultural, es decir una edificación diversa, fundamentada en factores situaciones y criterios tan diversos como lo puede llegar a ser el grupo étnico, la edad, la orientación sexual, los cuales también influyen dentro del concepto de género.

Es así como en la actualidad surgen diversas formas de construir la identidad, donde el género y la identidad de género, la cual "refleja un sentido profundo y experimentado del propio género de la persona (ONU, s/f);se ven muy ligado a las circunastancias sociales e individuales, y respecto de las que cada individuo debería poder actuar sin coacción respecto a cómo su orientación sexual, expresión de género, y en general en torno a como se identifica personalmente.

En relación con los estereotipos de género, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que "el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente." (Corte Interoamericana de Derechos Humanos, pág. 26)

Los estereotipos se fundamentan en prácticas sociales y religiosas que materializan una limitación del ejercicio de los derechos, pues al ser rígidas y parametrizadas por elementos subyacentes de poder, frente a diversas actuaciones, en práctica de las condiciones de género, se tiene como consecuencia una discriminación basada en el género. En ese sentido ha señalado el instituto nacional de las mujeres de México, que

> "Se trata de una construcción social que comienza a partir del nacimiento de los individuos, quienes potencian ciertas características y habilidades según su sexo e inhiben otras, de manera que quienes los rodean, les dan un trato diferenciado que se refleja en cómo se relacionan con ellos, dando lugar a la discriminación de género" (Instituto Nacional de las Mujeres, 2007)

A partir de lo anterior, se comprueba que, ya sea por una concepción errónea del contenido del género, o por limitaciones o diferencias sociales amarradas a los mencionados estereotipos, estas actuaciones generan circunstancias o actos de desigualdad, falta de equidad y falta de oportunidades en la vida de las personas, pero también se puede producir un perjuicio social en las actividades cotidianas de hombres y mujeres, en cuanto a que estas desventajas y desequilibrios sociales afectan no solo la vida personal, sino también el ámbito laboral y social de muchos individuos.

De esta manera se puede presentar un retroceso social y la concepción de identidad y expresión de género, conceptualizando este primer término la Consejería de Derechos Humanos como "la forma como cada persona se construye se define, se expresa y vive en relación con su sexo y los elementos de género que adopta." (Consejeria de los DDHH de la presidencia de la República de Colombia, 2017), es decir, a partir de esta identidad cada individuo posee el pleno derecho de sentir y reflejar de manera libre y voluntaria su género y sexualidad desde cómo se siente identificado ante la sociedad, sin verse limitado por la relación del sexo biológico al momento de nacer.

A partir del concepto anterior con el término "expresión de género" se pretende señalar aquella manifestación social que realiza una persona desde unos comportamientos específicos, ya sea porque se vincula con su género o se desvinculan de las perspectivas y creencias que existen en una sociedad, donde cada individuo desde la moda, la educación, los pensamientos o ideologías se enlazan a una idea o apariencia que se considera apropiada e identificada ante una población

1. INFLUENCIA DE LA MODA EN LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

Origen de los estereotipos en la moda

La moda se ha encontrado en un constante devenir, la sociedad ha tenido la oportunidad de observar cómo ésta goza de gran dinamismo, tanto en las mujeres como en los hombres. Actualmente, los estilos de vestir se consideran más relajados, menos rígidos que en el siglo XIX; dichos cambios se entienden como evolución y transformación social de las masas de consumo, entendiendo de esta forma que, la moda dejó de expresarse como un fenómeno únicamente para un grupo en la sociedad, convirtiéndose así en una exigencia para cada persona.

Así mismo, vale la pena anotar que existe una relación adyacente entre el género y la vestimenta; Lipovetsky advierte que, los varones comenzaron a preocuparse más por su arreglo personal, a diferencia de lo que se evidenciaba en siglos anteriores, épocas en donde el mundo femenino era aquel que se relacionaba de forma más íntima con el estilo y la moda (Lipovetsky, 2019)

A su vez, a diferencia de lo que ocurría en el siglo XIX donde la moda se dirigía sólo al universo femenino y se basaba en una oposición marcada entre los sexos, los varones fueron nuevamente convocados a participar en el campo de la moda. Ello se expresó mediante diversas propuestas vestimentarias destinadas al público masculino por diseñadores de indumentaria. Además, la publicidad empezó a ofrecer productos de belleza masculinos y los desfiles de modas comenzaron a incorporar a varones. Por otra parte, las mujeres adoptaron masivamente varias prendas visualizadas tradicionalmente como masculinas como el pantalón, incorporado de modo generalizado a partir de la década de 1970 y también aparecieron las modas "unisex".

Si bien, desde las últimas décadas del siglo XX, los varones ingresaron al campo del consumo de moda, es producto de los valores instaurados en las sociedades de consumo, es decir, del hedonismo o la búsqueda de placer como fin en sí mismo; es consecuencia del significado que adquiere el consumo en nuestras sociedades, ligado al narcisismo y al individualismo, al ocio y al bienestar personal. Entonces, a través de estos valores los varones se incorporaron al campo del consumo como compradores de determinados productos de moda e, incluso, de propuestas para embellecer y cuidar sus cuerpos.

> Por otro lado, los estereotipos de género difundidos a través de los medios de comunicación, sobre todo a través de la publicidad, continúan reforzando las imágenes y roles tradicionales asignados a los varones y a las mujeres. La mayoría de los anuncios destinados principalmente a las mujeres, están vinculados a lo doméstico, reforzando la idea del hogar como espacio femenino, mientras que los valores que más se siguen apreciando en las publicidades que exponen mujeres en el espacio público, son la belleza y la seducción, que a menudo se exhiben como medios para alcanzar el éxito profesional (Faccia, 2019).

Así, se han perpetuado los estereotipos de la sociedad patriarcal, en la que el hombre sigue estando ubicado en el rol de proveedor, en el papel principal, de fortaleza, éxito económico y profesional, y caracterizado por la racionalidad, en tanto la mujer aún permanece en muchos aspectos en un papel secundario, asistencial, de cuidado, y caracterizada por la debilidad y emocionalidad.

2. LA MODA COMO UNA PERPETUACIÓN HEGEMÓNICA DE LA MASCULINIDAD

Un factor importante en la estructuración de los estereotipos de género en la sociedad es aquella publicidad y difusión de información a través de los medios digitales, dentro de los cuales de una manera inconsciente, instauran en la sociedad unos pensamientos respecto a los roles tradicionales, en los cuales se le han asignado a lo largo de los años funciones específicas, que de acuerdo al género podrán desempeñar, y es ahí donde encontramos, a la mujer como aquella persona que demuestra el género débil y por el contrario la versión sexista del

hombre masculino y fuerte. Como lo señala Gómez y Gúida citando a Vicent Marques "los varones al nacer reciben dos consignas básicas. La primera afirma: Ser varón es ser importante" y la segunda "debes demostrarlo" (Gómez & Güida, 2000).

De esta manera se puede evidenciar que, cuando nos referimos al desarrollo del hombre en la sociedad, en algunas culturas aún se mantienen aquellos pensamientos instaurados por el modelo de la masculinidad hegemónica, como un aspecto que se debe cumplir a cabalidad para ser reconocido en la sociedad, no ser discriminado y continuar perteneciendo al colectivo masculino, evidenciándose de esta manera que en la actualidad hay factores que aún generan desigualdad y discriminación entre los géneros.

Alba Alonso Feijoo, autora del proyecto por la igualdad de género en la infancia RealKiddys, establece que, "los colores y los motivos de la ropa no deberían marcar nada porque solo son eso, colores y motivos" (Feijoo, 2017). En torno a lo afirmado por Alonso, se evidencia que en las familias por generaciones se han inculcado los estereotipos de género como modelo de crianza a partir de elementos como lo pueden ser los colores, los juguetes y también un factor muy importante como lo es la vestimenta, dentro de la cual es factible reforzar los estereotipos, donde desde pequeñas las mujeres deben tener un comportamiento de manera específica, tener ciertos gustos o usar colores determinados

Así, por ejemplo, limitaciones relacionadas con que un niño no podrá usar una falda o una camiseta de color rosado generan limitaciones en la concepción de su identidad o expresión de género, ya que buscan parametrizar sus pensamientos dentro de concepciones artificiales de la identidad masculina, impulsando desde dicho momento una idea de masculinidad hegemónica que se irá marcando en la vida del infante con el paso del tiempo.

La Masculinidad Hegemónica de acuerdo Bonino es un:

> poderoso estructurador de las identidades individuales y sociales masculinas. Externa y preexistente al sujeto como identidad a implantar y adjudicar durante el proceso de atribución de género, tiene en su seno los valores y antivalores a los que hay que acercarse y alejarse para ser hombre adecuado, y como tal, queda profundamente impregnado en el modo de existir masculino y en el modo de pensar femenino sobre el hombre (Bonino, s.f.).

Desde muy pequeños a los individuos se les ha inculcado una caracterización de identidades sociales preestablecidas, dentro de las cuales, se les adjudica un género y un comportamiento en específico que no puede ser contrario a principios como lo puede llegar a ser la masculinidad hegemónica y la moda la cual ha colaborado con que aquella se perpetúe en la historia, limitando la evolución de perspectivas, pensamientos o ideales sociales, como la diversidad de género

3. DERECHOS A LA LIBRE EXPRESIÓN, IGUALDAD, EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y LA INTEGRIDAD HUMANA, VISTOS DE FORMA ARMÓNICA CON LAS NUEVAS MASCULINIDADES.

A lo largo de la historia jurisprudencial en nuestro país, hemos tenido la oportunidad de encontrarnos con la protección a diversos derechos establecidos como fundamentales. Al ser Colombia un Estado Social de Derecho desde la creación de la Constitución de 1991, su función principal ha sido el ser un Estado protector y garantista.

Dentro del análisis que se ha venido realizando en la presente investigación, hay que identificar derechos fundamentales que surgen en el ejercicio de la masculinidad o la feminidad como persona sujeto de derechos. Así pues, surge la relación entre el género y derechos como la igualdad, libertad de expresión, libre desarrollo de la personalidad y la integridad humana, siendo esta una relación intrínseca como se explicará a continuación.

Desde el artículo 20 de la Constitución, "se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios de comunicación masiva". (Constitución Política, 1991).

En relacion con este derecho, la Corte Constitucional establece en Sentencia T-1037 de 2010 y T-117 de 2018, que la libertad de expresión es uno de los pilares sobre los cuales está fundado el Estado, que comprende la garantía universal de manifestar pensamientos, opiniones propias y, a la vez, conocer los de otros. Es decir, se ha recalcado que cada persona cuenta con el derecho y la oportunidad de expresarse de la manera que considere adecuada para sentirse bien y a gusto, claramente sin dejar de lado la prohibición de cometer cualquier acto que llegue a vulnerar, la integridad y los derechos de los demás. Es evidente que el flujo de ideas, expresiones, e información advierte la facilidad de desarrollar un país con un sistema democrático que beneficie a las personas que se encuentran en él.

Así mismo, es importante relacionar el libre desarrollo de la personalidad, con el tema en concreto. El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política, se encuentra relacionado con la dignidad humana. Ha sido definido como la posibilidad que tiene cada persona de escoger su propia opción de vida, limitada únicamente por los derechos de los demás y por el ordenamiento jurídico (Constitución Política, 1991, pág. art 16).

Se ha establecido que, el uso adecuado de este derecho va a encaminar la vida de cada sujeto a un máximo de estabilidad, esto debido a que se permite expresar su forma de vida de la manera que considere correcta. El derecho al libre desarrollo de la personalidad presupone en cuanto a su efectividad que, el titular de este tenga la capacidad necesaria para llevar a cabo cualquier juicio de valor que le permita establecer las opciones conforme a las cuales dirigirá su existencia.

El derecho a la igualdad, definido por la Constitución Política por medio del artículo 13 que señala que

> Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (…) (Constitución Política, 1991, pág. art.13)

Este derecho también se encuentra bastante ligado con el tema que se aborda en la presente investigación. El Estado colombiano tiene el deber de proteger y custodiar a todos los habitantes, generando igualdad de condiciones de bienestar; sin embargo, a pesar de tener como referencia el hecho de que todos debemos actuar y ser vistos como iguales, es innegable que, garantizar dicha situación es complejo. Al existir diversos grupos minoritarios los cuales no suelen contar con el apoyo evidente por parte del Estado, es claro que estos sujetos requieren de un sistema mucho más fortalecido y estructurado para que sus derechos no se vean en peligro de vulneración.

Las nuevas masculinidades han surgido en diferentes países como un movimiento de máxima expresión, como una lucha para separar la configuración de las masculinidades, de la tradicional masculinidad hegemómica, y abrir paso a variadas formas de expresar y construir la masculinidad, desligadas del modelo patriarcal. En concordancia con el tema de la moda, los hombres nunca han tenido distinciones o maneras atípicas de usarla, es decir, sus prendas se basan en pantalón y camisa, siendo estas las más destacadas debido a la concepción cultural que nos rodea.

Así como las nuevas masculinidades buscan la posibilidad de demostrar que el hombre tiene capacidad total y sin lugar a duda, completa necesidad de expresarse de la forma que su cuerpo lo requiera, de hablar y dirigirse a otro sujeto sin continuar con los modales masculinos acostumbrados. Es preciso indicar que las nuevas masculinidades buscan permitir que el hombre logre generar algún tipo de confianza en sí mismo, para de esta forma realizar diversas actividades que se le habían mostrado como prohibidas o como actividades “solo para mujeres”, sin vulnerar o deslegitimar los derechos de cualquier tercero, en la medida en que el hombre practique las nuevas masculinidades.

En el marco de la moda como herramienta de construcción de identidad, un diseñador indica “Creo que las prendas no deben limitarse al género como baremo para su finalidad como objeto. Disfruto vistiendo a ambos géneros y rompiendo los estereotipos que rodean al género y la identidad” (KESSLER & SUBAIR, 2021) Oluwajimi es un diseñador de 25 años de Nigeria, el cual logró posicionarse como uno de los mejores diseñadores nuevos en la industria, a pesar de que el Genderless y todo el tema de la moda con estilo neutro ha estado muy presente en los últimos tiempos, las confecciones presentadas por Oluwajimi marcaron en todas las pasarelas de Milán. Su estilo busca la continua expresión de la moda basada en la ética, sabiendo

y teniendo muy claro que no debe estar limitada por el género, continuando con la exploración de diseños de corte elegante, atractivo, cómodo e inigualable, siendo del gusto masculino y femenino, y sin la necesidad de delimitar facciones y encantos propios de cada uno de ellos.

Marcas de alta costura como Gucci, bajo la dirección del italiano Alessandro Michele, se han convertido en referentes de la moda genderless al presentar colecciones que fusionan las líneas masculinas y femeninas, generando una moda neutra; así mismo, es dable encontramos también con Nicolas Ghesquière, director de Louis Vuitton, el estadounidense Rick Owens y la firma japonesa Comme Des Garçons, marcas que han venido revolucionando los estereotipos impuestos por la sociedad en la industria del diseño y la moda, siendo reconocidas por manejar diseños únicos, han tomado la delantera en el mundo genderless, teniendo la capacidad de demostrar como las nuevas masculinidades han incursionado de forma positiva en el mundo actual, estableciendo marcadas tendencias que favorecen de forma positiva expresiones variadas de las nuevas masculinidades.

Todo lo anterior permite vislumbrar como ha sido posible el empezar a construir espacios que evitan vulneraciones a derechos como la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad y/o la igualdad. La moda neutra o genderless se ha convertido en un sistema unificado y estructurado, que ha permitido la manifestación de identidades sin prejuicios frente al género masculino alrededor del mundo, irrumpiendo tradiciones culturales que se habían arraigado de forma casi permanente en la sociedad. Siendo importante demostrar su desarraigo en Colombia, al demostrarse la posibilidad que existe de generar una nueva etapa de la moda, sin la necesidad de permitir ningún tipo de vulneraciones contra los derechos de hombres y mujeres.

4. CÓMO HAN LOGRADO INCURSIONAR LOS ACTUALES DISCURSOS DE LA MODA Y LAS NUEVAS MASCULINIDADES EN COLOMBIA.

Colombia ha sido un país marcado de por su tradiciones sociales y culturales, se basa en un pensamiento conservador. Por esto, las nuevas masculinidades no han tenido un ingreso fácil en nuestro país, su llegada y sus nuevas costumbres generaron recelo en varias generaciones; esto no solo en el marco del pensamiento femenino, para la sorpresa de muchos, este recelo se presenta en gran medida en la población masculina.

Es posible que, al evidenciar la llegada de nuevas formas de observar las tendencias referentes al género masculino, se haya percibido por parte de los hombres, una posibilidad innegable para que, se presentara una disminución en lo que se conoce como su “hombría”, en términos de masculinidad tradicional hegemónica. Siendo este el punto fuerte que creen tener los hombres, al verse irrumpidos por la entrada de tendencias totalmente contrarias a lo que hasta el momento se conocía en Colombia con relación a lo masculino, pudieron llegar a sentir un poco de vulneración y desprotección, teniendo impresión de que, al dejar entrar una

nueva tendencia masculina en la sociedad, esto les iba a traer consecuencias fatales emocionalmente.

A pesar de no llegar a tener una entrada triunfal y encontrarse con grandes obstáculos en el camino, las nuevas masculinidades han logrado ingresar en Colombia y en nuestra sociedad masculina. Muchos de los hombres que en principio se llegaron a considerar como sujetos vulnerables al ver irrumpida su "hombría", lograron identificar que realmente este sistema no traía consigo ninguna consecuencia que pusiera en juego a este género.

En relación con la moda, como ya se advirtió, la incursión en Colombia por parte de las nuevas masculinidades no ha sido fácil, sin embargo, ha logrado tener protagonismo en el ámbito del diseño. Guio Di Colombia es un diseñador vallecaucano que ha venido revolucionando, con varios de sus diseños, el mundo de la moda y la forma en la que solía verse. Tuvo la oportunidad de presentarse en Colombiamoda 2020, en el marco de un evento llamado 'ILV Blanco Fiesta'. Guio presento 'New Man', una colección inspirada en un profundo sentido de igualdad, creatividad y renacimiento espiritual para toda la humanidad, y está totalmente compuesta por prendas de línea genderless. Sus diseños van enfocados en demostrar que es posible generar una igualdad de género, así como en la creación de un mundo sin marcas ni estereotipos.

Diseñadores como Guio Di Colombia han logrado con sus diversas colecciones enfocadas en la moda sin género, vislumbrar un nuevo horizonte y una forma eficaz de tener la oportunidad de abrir la mente de la sociedad, y encontrar diversidad de factores nuevos, no solo para el género masculino, sino que también es posible evidenciar esas nuevas perspectivas por parte de las mujeres.

Por su parte, David Martínez, mánager de Desigual en Colombia afirma que, para Desigual, la moda genderless es la mejor forma de que cada persona sea ella misma.

> Vestimos personas, no cuerpos, lo que nos lleva a que, si uno de nuestros clientes se siente identificado con la prenda o el accesorio que sea, pueda usarla sin ningún tipo de restricción. Es una forma de abrirse al mundo teniendo como premisa el respeto a que cada uno sea lo que quiera ser (Acevedo, 2012).

Las colecciones presentadas por marcas como Desigual han revolucionado la moda genderless en Colombia, permitiendo crear una diversidad, buscando de todas las formas posibles abrir un debate favorable para la moda inclusiva y sin ningún tipo de prejuicios.

De acuerdo con lo anterior, podemos resaltar la idea de que Colombia no ha sido la excepción para las nuevas masculinidades en diferentes ámbitos. La moda ha sido un factor determinante para abrirle paso a estas nuevas tendencias en la sociedad, esto se ha venido desarrollando gracias a ideas artísticas y culturales, a pesar de que esto no se haya dado de forma fácil, hemos podido darnos cuenta de los logros respecto a este tema, y así mismo, con el pasar del tiempo continuaremos analizando las incursiones y nuevas tendencias que logran dejar huella en Colombia.

CONCLUSIONES

Las nuevas masculinidades han invitado a los hombres a retar al modelo tradicional de masculinidad, a que acepten su propio ser, a que se empoderen y se reivindiquen con ellos mismos, con el fin de poder liberarse de cargas y presiones innecesarias, comprometiéndose con la igualdad de género y formando espacios en donde realmente sea posible evidenciar su comodidad frente a los grandes avances que han surgido en el género y la identidad. Por esto, el abrir paso de forma favorable a una moda neutra o genderless, son peldaños correctos para escalar en el camino y lograr generar conciencia real acerca de la necesidad de terminar con diversos prejuicios.

No se puede dejar de lado que, a pesar de los diversos cambios aun encontramos culturas que continúan aplicando los roles de identidades de género tradicionales, ya que, desde la crianza de los más pequeños se insiste en creencias y pensamientos culturalmente aceptados. Es decir que, para generar un cambio y respeto por las diferencias es necesario iniciar desde casa, pero también que cada individuo de la sociedad se concientice que el comportarse o usar una prenda de vestir no implica que no sea sujeto de derechos. Colombia es un Estado Social de Derecho, en el cual cada uno cuenta con derechos como la libre expresión, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad, lo cuales permite a cada individuo desenvolverse tal y como lo considera necesario, sin tener que vulnerar los derechos de los demás.

Por tal razón con la creación de la tendencia del genderless o moda sin género se intenta desdibujar las etiquetas sociales donde estos diseños, al no tener una característica específica, generan que la alta costura se adapte a cualquier persona permitiendo una inclusión social.

REFERENCIAS

ONU Mujeres. (2016). *Produndicemos en terminos de género.* (A. L. Odeth Alvarado, Ed.) Profundicemos en términos: Guía para periodistas, comunicadoras y comunicadores. , 43. Recuperado el 2021, de http://onu.org.gt/wp-content/uploads/2017/10/Guia-lenguaje-no-sexista_onumujeres.pdf

Corte Interoamericana de Derechos Humanos. (s.f.). CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (E. F. Mac-Gregor, Ed.) *CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y MUJERES #4,* 26. Recuperado el 2020, de https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf

Instituto Nacional de las Mujeres. (Agosto de 2007). *El impacto de los estereotipos y los roles de género en México. El impacto de los estereotipos y los roles de género en México*, 2. Recuperado el 2021, de http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100893.pdf

Consejeria de los DDHH de la presidencia de la República de Colombia. (2017). *Orientación sexual, identiddad de género y derechos humanos ¡sus derechos valen! Orientación sexual, identiddad de género y derechos humanos ¡sus derechos valen!,* 4. Recuperado el 2021, de http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2017/170213-plegable-lgbti.-webpdf.pdf

Bonino, L. (s.f.). *MASCULINIDAD HEGEMÓNICA E IDENTIDAD MASCULINA*. Recuperado el 2021, de MASCULINIDAD HEGEMÓNICA E IDENTIDAD MASCULINA: https://core.ac.uk/download/pdf/39085788.pdf

Gómez, A. L., & Güida, C. (2000). *Aportes de los Estudios de Género en la conceptualización sobre Masculinidad. Modelos de Feminidad y Masculinidad: rupturas y continuidades.* Recuperado el 2021, de http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Aportes%20de%20los%20Estudios%20de%20G%C3%A9nero%20en%20la%20Conceptualizaci%C3%B3n%20sobre%20Masculinidad%20%20Lopez%20-%20G%C3%BCida.pdf

Feijoo, A. A. (13 de Septiembre de 2017). *Proyecto por la igualdad de género en la infancia* RealKiddys. El País, pág. 2. Recuperado el febrero de 2021, de https://elpais.com/elpais/2017/09/11/mamas_papas/1505118961_243086.html

Lipovetsky. (2019). *Discursos sobre el cuerpo, vestimenta y desigualdad de género.* (U. P. Colombia, Ed.) Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación [Ensayos], I(76), 37-48. Recuperado el 2021, de https://fido.palermo.edu/servicios_dyc/publicacionesdc/archivos/714_libro.pdf

Faccia, A. (Diciembre de 2019). *Discursos sobre el cuerpo, vestimenta y desigualdad de género.* (C. d. Comunicación., Ed.) Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación [Ensayos], I(76), 37-48. Recuperado el 2021, de https://fido.palermo.edu/servicios_dyc/publicacionesdc/archivos/714_libro.pdf

Asamblea Constituyente . (1991). *Constitución Política de la República de Colombia.* Obtenido de Constitución Política de la República de Colombia 1991: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

KESSLER, A., & SUBAIR, E. (29 de Marzo de 2021). *Cinco diseñadores de moda 'genderless' explican la filosofía detrás de sus firmas.* Obtenido de Vogue: https://www.vogue.es/moda/articulos/disenadores-moda-unisex-genero-neutro

Acevedo, I. (25 de Septiembre de 2012). *"En Desigual vestimos personas, no cuerpos"*. Obtenido de IPMARK: https://ipmark.com/en-desigual-vestimos-personas-no-cuerpos/

MICROAMBIENTE VIRTUAL: EL DATO SENSIBLE EN LA ERA DIGITAL

Cintia Martinez Picavía[24]
Cintia Martinez[25]
Francisco Vasquez[26]
Facultad de Derecho Universidad Nacional de Cuyo

RESUMEN

En el presente capítulo se analiza la evolución que ha tenido la sociedad en la forma de acceder a la información, desde los medios tradicionales, hasta la actualidad, donde se denota una clara influencia dada por las nuevas formas de tecnología, y en especial, poniendo el énfasis en el cambio cultural generado por la irrupción que ha tenido en la vida en sociedad las redes sociales, tomando entre todas las existentes en especial consideracion a Facebook, sin duda, una de las más divulgadas, usadas y aún vigente. Además, se plantea la idea de cómo existen nuevos "ambientes virtuales", en los cuales las personas, de forma consciente o inconsciente, a través de la interacción propia con estas nuevas aplicaciones, vuelcan su identidad en la plataforma desarrollando nuevas formas de conectarse con sus pares y, donde la desinformación, a través de un medio cada vez más habitual, como son las denominadas "fakenews", encuentra un ámbito propicio para su propagación, por lo que adquieren una nueva relevancia en el entramado social. Además, es de suma importancia la íntima relación de estas noticias falsas con las ya mencionadas redes sociales, donde sumados a que las personas otorgan sus datos personales a estas últimas, se deja abierta la posibilidad de la manipulación de los datos, como se ve en el caso que se aborda puntualmente, denominado "Cambridge Analytica". La investigación, al tener un enfoque fuertemente teórico, sigue principalmente métodos cualitativos. Lo que implica esencialmente y en gran medida, un importante estudio de documentos, doctrina, y jurisprudencia relativa al tema, con el objetivo final y primordial de poner en discusión estos problemas de la era moderna digital, para que los ordenamientos jurídicos de los distintos países puedan llegar a brindar alguna solución.

PALABRAS CLAVE: Derecho digital, protección de datos personales, datos sensibles.

---

24 Estudiante de Derecho en Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, actualmente cursando 4to año. Miembro del semillero de investigación de dicha Facultad desde el año 2018. Participante de la diplomatura Derecho y Estado Digital 4.0 año 2019

25 Estudiante de Derecho en Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, actualmente cursando 5to año. Miembro del semillero de investigación de dicha Facultad desde el año 2018. Participante de la diplomatura Derecho y Estado Digital 4.0 año 2019

26 Estudiante de Derecho en Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, actualmente cursando 5to año. Miembro del semillero de investigación de dicha Facultad desde el año 2018. Participante de la diplomatura Derecho y Estado Digital 4.0 año 2019

VIRTUAL MICROENVIRONMENT: THE SENSITIVE DATA IN THE DIGITAL ERA

ABSTRACT

This presentation analyzes the evolution that society has had in the way of accessing information, from traditional media, to the present, where a clear influence given by new forms of technology is denoted, and especially, putting the emphasis on the cultural change generated by the irruption that social networks have had in life in society, taking into account Facebook, among all the existing ones, without a doubt, one of the most publicized, used and still in force. In addition, the idea is raised of how there are new "virtual environments", in which people, consciously or unconsciously, through their own interaction with these new applications, pour their identity into the platform developing new ways of connecting with their peers and, where disinformation, through an increasingly common medium, such as the so-called "fake news", finds a conducive environment for its spread, thus acquiring a new relevance in the social fabric. In addition, the intimate relationship of these false news with the aforementioned social networks is of utmost importance, where added to the fact that people give their personal data to the latter, the possibility of data manipulation is left open, as seen in the case that is specifically addressed, called "Cambridge Analytica". The research, having a strongly theoretical approach, mainly follows qualitative methods. Which essentially and to a great extent implies an important study of documents, doctrine, and jurisprudence on the subject, with the ultimate and primary objective of putting into discussion these problems of the modern digital era, so that the legal systems of the different countries can come up with a solution.

KEYWORDS: Digital Law, personal data protection, sensitive data.

INTRODUCCIÓN

En el mundo actual, en el marco de la era digital, la persona humana interactúa en dos mundos: uno material y otro virtual. En este trabajo nos proponemos analizar los desafíos del derecho frente a las redes sociales, en particular Facebook. Partiendo de la existencia de microambiente virtuales, pretendemos analizar los riesgos a los cuales se encuentra expuesto el dato sensible y los menoscabos que sufren los usuarios en su derecho a la intimidad. De especial interés para nuestro trabajo son los hechos del caso Cambridge Analytica, los cuales ponen de manifiesto los riesgos a los cuales se encuentra expuesto el ser humano en la era digital.

RESULTADOS DE LA DISCUSIÓN

Antes de la existencia de internet, los grupos sociales se informaban mediante periódicos. Posteriormente, aparecieron nuevos medios de comunicación como la radio y la televisión;

los cuales se convirtieron en la principal fuente de información.

Actualmente estos medios tradicionales, si bien, no han desaparecido, los mismos ya no poseen el impacto monopólico del que gozaban durante su auge, por lo que, puede afirmarse, que han visto menguado su poderío informativo.

La sociedad de consumo ha provocado un aumento en la velocidad de la vida, y ha llevado a los individuos a modificar varios aspectos de su desenvolvimiento cotidiano. De especial interés es la modificación en el modo de obtener la información.

Así las cosas, las ciudades viven en un ritmo mucho más agitado al de otros tiempos e incluso las personas son más adictas a lo veloz y a lo efímero. Vemos reflejadas estas afirmaciones en la inmediatez con que los sujetos acceden a la información, con la que se comunican, con la que realizan compras, contactan a otros, etc.

A los cambios descriptos, se le suma la aparición del teléfono móvil y la invención de las "redes sociales". Estas plataformas surgieron como una forma de distracción y de entretenimiento para los usuarios. Sin embargo, con el paso del tiempo comenzaron a arraigarse profundamente en la sociedad, al punto en que se han convertido en la nueva forma, y casi la principal, que tienen los grupos sociales de interaccionar con sus pares. Al día de hoy, con la pandemia de Covid 19, este arraigo se hizo mucho más profundo, donde las plataformas virtuales fueron de una necesidad imperativa para poder seguir realizando las tareas que anteriormente eran típicamente presenciales (la educación como ejemplo más obvio, pero aun aquellas que son aun de puro disfrute, como recitales, se trasladaron exclusivamente al área virtual)

En este contexto, existe una necesidad de conectividad que trasciende los rangos etarios, ella se impone de manera casi forzosa, ya que aquel que no tiene, o no usa, estas redes es apartado o separado del grupo social, en otras palabras: excluido. Incluso, en muchas ocasiones es el Estado, el que al ofrecer ciertos servicios sociales empuja al ciudadano a la utilización de estos novedosos medios digitales.

Adentrándonos en la temática de las redes sociales, es inevitable advertir la gran importancia que adquiere, en el escenario digital, la plataforma denominada Facebook. Si bien existieron otras redes sociales, podemos afirmar que ninguna ha tenido la trascendencia mundial que esta tuvo y mantiene actualmente. Resistiendo el paso del tiempo, siendo utilizada por millones de usuarios y actualizando su interfaz y servicios constantemente.

Con la llegada de una plataforma virtual de tal magnitud, se produjeron múltiples cambios en el modo en que se relacionan los sujetos. Estos comenzaron a utilizar Facebook como una herramienta para comunicarse con su grupo familiar, social y laboral; acortando las distancias geográficas y temporales desde sus computadoras de escritorio, dando origen a las llamadas "poblaciones digitales".

Sin embargo, con la aparición de los sistemas operativos como Android y iOS, las personas comienzan a utilizar de manera más constante los servicios de Facebook y de las nuevas redes sociales que surgen a partir de esta, las que al día de hoy conforman un catálogo muy amplio incluyendo por ejemplo a Instagram o Twitter como las más importantes, ya que, solo basta una conexión de Wi-Fi y un smartphone para estar conectado constantemente, de este modo, nos encontramos con una sociedad nomofóbica, es decir, adicta a la utilización de estos servicios.

Esto causa que Facebook se convierta en el escenario donde miles de personas deciden plasmar su cotidianidad. Allí depositan sus pensamientos, ideas, intereses y preferencias. Van construyendo un espacio digital propio, creando una especie de submundo virtual.

De este modo, los usuarios viven digitalmente en el mundo que desean vivir, en síntesis, tienen un modo de vivir activo en un contexto creado según sus gustos y preferencias.

A partir de esto podemos introducir el concepto de microambiente virtual, es decir, un escenario digital donde las personas sociabilizan e intercambian opiniones. La característica fundamental de estos espacios es una similitud, un punto en común, con los demás miembros.

Las personas en las redes sociales construyen, de manera consciente e inconsciente, el ambiente en el que desean interactuar. Se crea un microambiente virtual donde, en la gran mayoría de los casos, todas las personas que son parte de ese ecosistema tienen los mismos intereses.

Esto es así porque las personas no solo buscan “amigos” más afines a sus intereses, sino que vuelcan su identidad en las redes, y estas, utilizando estos datos personales, interconectan a los sujetos que reúnen características similares.

Graficándolo en un ejemplo, supongamos que Juana es militante de un partido político que tiene una ideología determinada, que a fines prácticos denominaremos “A”. Ella, en sus redes, va a generar mayor interacción con “perfiles” y “páginas” que sean acordes con sus ideas. Es así como se va creando un microambiente más afín a su ideología “A”, de acuerdo a sus gustos e intereses.

El constructo de microambiente virtual es funcional para discutir cuáles son las fuentes actuales de información a las cuales acceden los ciudadanos. Hoy en día, las personas se informan y aprenden utilizando este espacio porque al estar imbuidos en esta necesidad de conectividad no hay margen para otros horizontes de interacción. No solo se trata de una fuente de información, sino que muestra otras facetas: entretenimiento, seducción, comercialización, publicidades, etc. Todo esto, genera una dependencia de las redes sociales que influye directamente sobre la forma en la cual los sujetos acceden a la información.

No debemos creer que los microambientes virtuales son una cuestión únicamente negativa, ya que, de manera utilitaria, los datos que se generan en ellos pueden ser utilizados positivamente, por ejemplo, fueron ampliamente utilizados para difundir en la comunidad la campaña de vacunación contra el Covid19.

Es preciso dejar en claro el cambio de paradigma frente al cual estamos. La velocidad de la vida, los microambientes virtuales y la dependencia que estos generan, pueden ser aprovechados de manera beneficiosa, como así también, de manera totalmente perjudicial. Y esto, en términos de acceso a la información, es peligroso.

Un ejemplo claro, es la difusión de fakenews sobre el ex presidente de Estados Unidos, Barack Obama. Durante la campaña política de Donald Trump, se difundieron noticias que afirmaban que el ex mandatario no era nacional de dicho país, sino que había nacido en África. Esta noticia fue difundida en el microambiente virtual de las personas clasificadas o reconocidas como "nacionalistas". No fueron difundidas de manera aleatoria ni indiscriminada. Tenían un claro objetivo político-electoral: que tales usuarios no inclinen su voto hacia el partido demócrata. Estas maniobras fueron posibles gracias a la recolección (ilegítima) masiva, que hizo Cambridge Analityca de datos personales provenientes de Facebook, por los cuales se pudieron realizar perfiles de los usuarios, agrupándolos en diversas categorías y a través de un fuerte uso del microtargeting, fueron capaces de influenciar en la intención de voto, usándolo a su favor (Vercelli, A., 2019). Pero esto no fue la única vez que sucedió, existe evidencia que tales maniobras fueron utilizadas también en el referéndum por el "Brexit" y en por lo menos en más de 100 elecciones de 33 países diferentes incluidos, en Sudamérica, Argentina, Colombia, Uruguay y Guyana (24, F. 2018, 10 abril).

A partir de este ejemplo demostramos que nuestros datos sensibles pueden ser utilizados de manera perversa con un determinado objetivo político, utilizando como principal instrumento dentro del microambiente virtual a las novedosas *"fakenews"*.

Una *fakenews*, según una de las primeras definiciones, dada en 1984, por Shultz y Godson, es *"información deliberadamente falsa, incompleta y errónea, diseñada para engañar y desorientar a las autoridades gubernamentales, no gubernamentales y los medios de comunicación social, para manipular personas o grupos predeterminados para que crean la falsa información, actuando en interés de la nación que lleve a cabo la operación desinformadora"* (Shultz y Godson, 1984). Estos mismos caracteres los podemos seguir viendo hoy en día, agregando también el rasgo distintivo de una redacción corta y concisa, por lo que resulta atractiva, de una fácil lectura y comprensión. No tienen casi ningún tipo de complejidad por lo cual no requieren de mucho tiempo de lectura.

Este tipo de noticias, aparecen en los microambientes virtuales, pero no de manera aleatoria, sino que están específicamente dirigidas a determinados sujetos en función del *microtargeting* que realizan las empresas que se encuentran por detrás -por ejemplo, Facebook Inc. Los sujetos receptores de las *fakenews* son determinados a través de la utilización de sus datos personales, los cuales entregan a estas grandes compañías como medio de pago por la utilización de sus servicios.

La noticia falsa reúne todos los requisitos que el individuo moderno exige para obtener información. Y, han encontrado en estas nuevas redes un camino fértil para su proliferación,

por ello han adquirido una gran importancia en la actualidad, dada la facilidad con la que son difundidas, ya que cumplen fundamentalmente con el requisito de lo veloz y de lo efímero, propio de las sociedades modernas como hemos señalado ut supra.

Debido al gran impacto que genera una *fakenews* en la vida cotidiana de los usuarios, se han transformado en una nueva herramienta que puede ser determinante para una campaña política.

Como bien sabemos, los medios tradicionales de comunicación (periódico, radio o televisión) siempre fueron formadores de opinión. En la actualidad, las redes sociales y las falsas noticias actúan de la misma manera. Se crea un determinado contexto virtual que muchas veces dista del contexto real.

Al vivir en una sociedad nomofóbica, la noticia falsa nos forma determinada opinión, manipulada, no libremente pensada, que ha sido guiada por terceros quienes buscan algún beneficio ulterior. Como ha sido demostrado en el caso Cambrigde Analytica, donde Facebook vendió datos personales de millones de usuarios a empresas que se dedican a la realización de campañas políticas.

Lo importante es tomar conciencia sobre cómo en nuestros microambientes virtuales, las consultoras políticas utilizan las *fakenews* para formarnos opiniones acordes con sus programas electorales. La manipulación de los procesos democráticos es una consecuencia directa de la utilización de esta herramienta.

Frente a la posibilidad de que nuestros datos personales sean utilizados para manipular procesos democráticos, podemos notar que muchas cuestiones han sido pasadas por alto, entre ellas: nuestra seguridad y privacidad en las redes sociales.

El Abog. Carlos Dionisio Aguirre en su libro *Nueva Economía y Gobernanza de Internet* trata el tema de: "la falacia de la gratuidad" (Aguirre). Estamos acostumbrados a utilizar las redes sociales, correo electrónico, aplicaciones, etc. de forma gratuita. Pero lo cierto es que el costo de la utilización de estos servicios es altísimo, ya que, en la mayoría de los casos, con absoluta inocencia, ignorancia y desconocimiento, los individuos entregan su identidad a estos gigantes empresariales convirtiéndose en "nadies" (parafraseando a Galeano) frente al gran negocio de la manipulación de datos e información.

Quizás pensar en que una empresa posea nuestros datos (nombre, edad, lugar de nacimiento, email, "me gustas", datos sobre nuestra educación) no suene como algo relevante. De hecho, es habitual encontrar a las personas en razonamientos tales como: "Soy un ser humano común y corriente, a Facebook no le interesa mi información personal". Pero, ¿qué sucede cuando son datos sensibles los que poseen estas empresas digitales como la anteriormente nombrada? La cuestión adquiere relevancia y merece un análisis particular.

Según legislación argentina de Protección de Datos Personales (Ley 25.326), los datos sensibles son datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

Siguiendo la línea de autores como Rivera y Crovi, podemos definir la intimidad como el ámbito comúnmente reservado de la vida, de las acciones, de los asuntos, de los sentimientos, creencias y afecciones de un individuo o de una familia. Es lo más personal, interior o privado; lo que no se desea dar a conocer ni dejarse ver ni sentir (Rivera & Crovi, 2016).

A partir de los elementos que componen la definición de intimidad podemos advertir que existen varios puntos de conexión con la definición del dato sensible. Es una conclusión lógica afirmar que los datos sensibles efectivamente son parte de nuestra intimidad. Cabe aclarar que, en función del contrato de adhesión celebrado entre los usuarios y las distintas redes sociales, los datos volcados en la plataforma pertenecen a estas empresas. Se trata de los famosos "términos y condiciones" que los usuarios ignoran, pero validan para pertenecer. Resulta absurdo confiar en una gran empresa como Facebook para el cuidado de nuestros datos, ya que, es manifiestamente claro que sus políticas de privacidad no están destinadas a protegernos, sino a mantener el manejo espurio de datos.

Consideramos que los sujetos deciden entregar sus datos a Facebook por la necesidad existente de estar conectados, sentirse parte de la sociedad digital y no ser segregados del mundo actual. Por ello no dudan al entregar sus datos personales, incluso no llegan a plantearse los riesgos.

Este concepto de intimidad debe interpretarse dentro de un contexto digital, donde claramente los usuarios expresan sus sentimientos, comparten sus creencias, desarrollan sus afectos, vuelcan sus alegrías y tristezas. Muchos de estos ámbitos de la intimidad se desarrollan en la privacidad, por ejemplo, un mensaje privado en Facebook. De hecho, la circunstancia de que el usuario crea que se encuentra en un ámbito privado, no implica que la empresa esté accediendo en el mismo momento a esos datos y compartirlos, manipularlos e incluso venderlos.

Además, quien es titular del derecho a la intimidad posee dos facultades fundamentales: la exclusión y la autoconfiguración. La primera trata de poder dejar fuera a terceros de aquello que constituye la zona nuclear de su propia personalidad, lo privado y lo íntimo. La segunda es el ámbito de la intimidad que el sujeto desea proteger, eligiendo una menor o mayor reserva para con otros.

En los entornos digitales, estas facultades se encuentran coartadas, y es necesario interpretarlas de un modo diferente ya que no hacer uso de ellas tan libremente. En muchas ocasiones, la autoconfiguración de nuestra intimidad es imposible frente a términos y condiciones que no siempre coinciden con los límites de reserva que desea el usuario.

En un contexto donde el uso de redes sociales se ha vuelto imprescindible y necesario es fundamental generar una nueva forma de tutela del derecho a la intimidad, ya que, nuestra legislación y doctrina está siendo avasallada por la rápida expansión del fenómeno digital.

En este marco, las políticas de privacidad y el accionar de las redes sociales sobre los datos sensibles son violatorias del derecho a la intimidad de la población digital.

Frente a estos hechos y sucesos surgen importantes preguntas: ¿cómo se supone que deben reaccionar los Estados? ¿debería cada Estado proteger a sus ciudadanos frente a los gigantes digitales? ¿Es posible tomar medidas, jurídicamente hablando, contra estas empresas?

Podemos ver un ejemplo de respuesta por parte de los Estados para dar protección a los datos personales y sensibles en el GDPR (Reglamento General de Protección de Datos por sus siglas en inglés).

Se trata de la primera norma sobre esta materia que afecta a todos los países de la Unión Europea. En su articulado, recepta derechos interesantes referidas a los datos personales, en particular son de importancia:

- *el derecho a su acceso* (artículo 15 del reglamento): los ciudadanos deben poder acceder a sus datos gratuitamente y tener conocimiento sobre su tratamiento, la finalidad de su uso y quienes son los destinatarios.
- *el derecho a su portabilidad* (artículo 20 del reglamento): introduce la posibilidad de exigir la devolución de los datos personales o su transmisión a otra empresa.
- *el derecho de rectificación* (artículo 16 del reglamento): si existe algún error o inexactitud sobre los datos de una persona, la misma tiene derecho a rectificarlos o completarlos.
- *el derecho al olvido* (artículo 17 del reglamento).: en determinadas circunstancias, es posible solicitar al responsable del tratamiento de datos que suprima sus datos personales.

Además, establece las obligaciones que tienen las empresas que se dedican al tratamiento de datos de ciudadanos europeos, tal como comunicar las violaciones a la seguridad de los datos personales (artículo 34 del reglamento).

Por último, las empresas que no se ajustan a estas regulaciones, están sujetas a un fuerte régimen de sanciones, con multas que, en algunos casos, pueden llegar a la suma de 20 millones de euros.

Por otro lado, Argentina, en su legislación actual, el Código Civil y Comercial de la Nación no define el concepto de intimidad, como tampoco los documentos internacionales. Sin embargo, en sus artículos 52 y 1770 encontramos un marco regulatorio de este derecho.

El artículo 52 establece: Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo

resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

En función de esta norma, toda persona que sufra una vulneración en su intimidad podría reclamar la prevención y/o reparación de los daños sufridos. En la esfera civil nos referimos a una indemnización pecuniaria.

Además, el artículo 1770, del mismo cuerpo legal, establece: Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

La única alternativa que nos brinda la norma frente a la efectiva violación del derecho a la intimidad es reparar el daño. El conflicto se presenta debido a que el gran poder político y económico de estas empresas les permite enfrentar cualquier tipo de indemnización, sin que ello implique una sanción.

En estas circunstancias, la regulación argentina se vuelve inocua e inútil. Incluso analizándolo desde la esfera del derecho del consumo y la posible aplicación de daños punitivos (artículo 52 bis - Ley 24.240) no resulta suficiente para disuadir a una empresa multimillonaria como Facebook.

Teniendo en cuenta lo insuficiente que pueden ser las regulaciones provenientes de un solo Estado, actuando individualmente, contra organismos que, esencialmente, no reconocen fronteras, es necesario para poder encontrar una solución una negociación internacional entre países, en el planteo de un extenso análisis de la problemática en el marco del derecho internacional comprometiendo un estudio pluriagencial e interdisciplinario.

CONCLUSIONES

En definitiva, estamos frente a un escenario donde las personas humanas han cambiado el modo de acceder a la información. Las redes sociales funcionan como un microambiente virtual donde los sujetos pueden informarse y generar nuevos vínculos. Este ecosistema digital puede ser utilizado de un modo perjudicial para la intimidad de los usuarios. Los datos sensibles que son plasmados en Facebook pueden ser utilizados por empresas, como Cambridge Analytica, con fines políticos, principalmente utilizando herramientas como las fakenews.

La utilización de nuestros datos sensibles tiene como consecuencia mediata la vulneración de nuestro derecho a la intimidad. Lamentablemente, el derecho argentino, así como de otros

países que actúan en solitario, no ofrece respuestas eficientes para actuar sobre la problemática, ya que los excede, siendo necesario que los Estados actúen en conjunto, tal como sucedió en la Unión Europea, donde el GDPR es el intento mas eficiente de hoy en día, para dar protección real a los derechos de los ciudadanos. La cooperación internacional es la forma de brindar soluciones eficientes.

REFERENCIAS

24, F. (2018, 10 abril). *La sombra de Cambridge Analytica cubre a una centena de campañas electorales.* France 24. https://www.france24.com/es/20180407-cambridge-analytica-facebook-campana-electorale.

Aguirre, C. D. (s.f.). *Nueva Economía y Gobernanza de Internet.* Córdoba.

Amer, K., & Noujaim, J. (Dirección). (2019). *The great hack* [Película].

Rivera, J. C., & Crovi, L. D. (2016). *Derecho Civil. Parte General* . Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ABELEDOPERROT.

Shultz, R.H. y Godson, R. (1984). *Dezinformatsia: active measures in soviet strategy.* Washington D.C.: Pergamon.

Reglamento general de protección de datos. (2016). *Diario Oficial de la Unión Europea,* 119/1 pp. 43-53. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES.

Vercelli, A. (2019). Facebook Inc. - *Cambridge Analytica: (des)protección de datos personales y campañas globales de desinformación. SADIO Electronic Journal of Informatic and Operation Research.*

LA REIVINDICACIÓN E INSERCIÓN SOCIAL DE LOS JÓVENES VICTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN TUMACO: UN ANÁLISIS Y PROPOSICIÓN DE POLITICAS ESTRATEGICAS PARA SU DESARROLLO PSICOSOCIAL

Guinna Paola Tenorio Hospital[27]
Haider Stiven Chillambo Arroyo[28]

RESUMEN

El conflicto armado ha traído consecuencias negativas sobre aquellos que han sido víctimas directas de ellas, en especial para los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), padeciendo de desplazamiento forzado, pérdidas de familiares, reclutamiento forzado, lo que ha ocasionado traumas en su desarrollo psicosocial.

Dentro de los NNA más afectados, se encuentran los que pertenecen a las comunidades afrodescendientes, presentándose indicadores socioeconómicos negativos, sumado a que se encuentran en una de las zonas con mayor presencia de las disidencias de las FARC, como sucede en el municipio de Tumaco, que ha sufrido los flagelos de los enfrentamientos de los grupos armados por el control de la zona sin que exista presencia de las instituciones del Estado. A partir de lo anterior, dentro del presente artículo, se estudiará las necesidades de los NNA de la comunidad de Tumaco que sufren el flagelo del conflicto armado, de la que se permitió concluir que se deben establecer propuestas estratégicas para implementar una adecuada atención a esta población, dirigidas a la educación como herramienta de construcción de paz e inserción social sobre la comunidad. Lo anterior se realizó mediante un estudio documental de carácter cualitativo, mediante la observación de textos e informes en el que se pueda determinar las necesidades y analizar la viabilidad de las propuestas.

PALABRAS CLAVES: Afrodescendientes; conflicto Armado; consecuencias psicosociales; derechos Humanos; niños, niñas y adolescentes.

27 Estudiante, Fundación Universitaria Los Libertadores; estudiante de pregrado en Derecho. Integrante del Grupo de investigación en Historia de Derechos Humanos y Minorías de las luchas del pasado a los retos de hoy de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Correo electrónico: gptenorioh@libertadores.edu.co

28 Estudiante, Fundación Universitaria Los Libertadores; estudiante de pregrado en Derecho. Integrante del Grupo de investigación en Historia de Derechos Humanos y Minorías de las luchas del pasado a los retos de hoy de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Correo electrónico: hschillamboa@libertadores.edu.co

THE CLAIM AND SOCIAL INSERTION OF THE YOUNG VICTIMS OF THE ARMED CONFLICT IN TUMACO: AN ANALYSIS AND PROPOSAL OF STRATEGIC POLICIES FOR THEIR PSYCHOSOCIAL DEVELOPMENT

ABSTRACT

The armed conflict has brought negative consequences on those who have been direct victims of them, especially for children and adolescents, suffering from forced displacement, loss of family members, forced recruitment, which has caused trauma in their psychosocial development.

Among the most affected children and adolescents are those who belong to Afro-descendant communities, presenting negative socioeconomic indicators, added to the fact that they are in one of the areas with the greatest presence of FARC dissidents, as is the case in the municipality of Tumaco, that it has suffered the scourges of confrontations by armed groups for control of the area without the presence of State institutions. Based on the foregoing, within this article, the needs of the children and adolescents of the Tumaco community who suffer the scourge of the armed conflict will be studied, from which it was allowed to conclude that strategic proposals should be established to implement adequate attention to this population, aimed at education as a tool for building peace and social insertion in the community. This was done through a qualitative documentary study, through the observation of texts and reports in which the needs can be determined and the feasibility of the proposals can be analyzed.

KEYWORDS: Afro-descendants; Armed conflict; Psychosocial Consequences; Human rights; Boys - Girls and Adolescents

INTRODUCCIÓN

El conflicto armado ha traído una serie de consecuencias negativas dentro del territorio colombiano, que ha tocado cada uno de los sectores o comunidades sociales existentes, como es el caso de los niños, niñas y adolescentes (NNA), que han sufrido padecimientos como el desplazamiento forzado, pérdida de familiares, víctimas de minas, reclutamiento forzado, abusos, entre otro tipo de actos que han impedido su pleno desarrollo psicosocial.

Esta situación ha sido incesante por más de medio siglo, y se esperaba que con el tratado de paz del gobierno con las FARC este tipo de situaciones mermaran sobre los NNA, sin embargo, las disidencias del grupo insurgente a partir de la firma del acuerdo, se han dedicado a continuar con este tipo de actos, estando las comunidades en el medio de los enfrentamientos armados nuevamente, y que, ha seguido ocasionando los flagelos señalados dentro del párrafo que antecede, teniendo incluso una mayor magnitud.

Una de las comunidades más afectadas a partir del asentamiento de las disidencias ha sido el municipio de Tumaco, esencialmente los NNA, quienes no han podido seguir con un proceso adecuado de desarrollo psicosocial, en ocasión al ambiente hostil y violento que se presenta en su territorio, que ha incrementado sus necesidades. Por lo anterior, dentro del presente texto, se analizarán y estudiarán cuáles han sido las necesidades acuciosas que ha perpetrado el conflicto armado en los NNA de Tumaco, para que, a partir de ello, se puedan proponer estrategias pertinentes para su desarrollo psicosocial, ligadas directamente a la educación como herramienta de paz y reinserción social.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles han sido las necesidades acuciosas del fenómeno amenazante del conflicto armado en la comunidad afrodescendiente de Tumaco, en la vulnerabilidad de los derechos fundamentales de los menores de edad, respecto a, las diferentes políticas u estrategias que se están implementado para su desarrollo psicosocial en la reivindicación de sus derechos?

Descripción del problema

Desde el punto de vista general, existen distintas consecuencias negativas en el marco del conflicto armado sobre los NNA, ligadas a su aspecto psicosocial y a la parte física. Por un lado, la parte emocional de los menores que se encuentra fragmentada y por el otro, todos los maltratos físicos que sufrieron, esencialmente aquellos que fueron reclutados forzadamente, o fueron abusados, sin tener ayuda por parte de las instituciones.

La anterior situación se complica con mayor tenacidad a partir del abandono estatal, por cuanto no ha contribuido a que sus necesidades se incrementen, sin ofrecer soluciones efectivas para poder disminuir las consecuencias negativas del conflicto armado. En concordancia con lo descrito dentro de los dos párrafos que anteceden, es clara la problemática que existe en torno a los NNA, sin que se presente una solución de continuidad, y sin analizar a fondo las necesidades y la forma en cómo estas pueden erradicarse.

OBJETIVOS

Objetivo general

Identificar las necesidades acuciosas del fenómeno amenazante del conflicto armado colombiano de la comunidad afrodescendientes de Tumaco: salvaguardando los Derechos Humanos de los menores de edad, desvelando estrategias políticas que se están ejecutando en el desarrollo psicosocial, y en la reivindicación de sus derechos en la entidad territorial referida. Canalizando impactos legislativos, así como, políticas especiales del Estado Colombiano, evitando, una doble victimización.

Objetivos específicos

- Visibilizar los diferentes hechos victimizantes del conflicto armado colombiano a los que se han expuesto los niños, niñas y adolescentes de la comunidad afrodescendiente, desde una perspectiva integra de derechos bajo una serie de mecanismos nacionales e internacionales de protección a las víctimas.
- Instruir una envergadura contra los hechos victimizantes en el contexto del conflicto armado, demostrando el resultado nefasto, en la violación de derechos fundamentales directa o en vía de conexidad a través del maltrato, desplazamiento forzado, y la educación de los niños, niñas y adolescentes que han sido expuestos directamente al conflicto armado colombiano. Definiendo las diferentes estrategias o proyectos en la protección del interés de los niños, niñas y adolescentes en las comunidades afrodescendientes, a través de leyes reguladas hasta el momento.

METODOLOGÍA

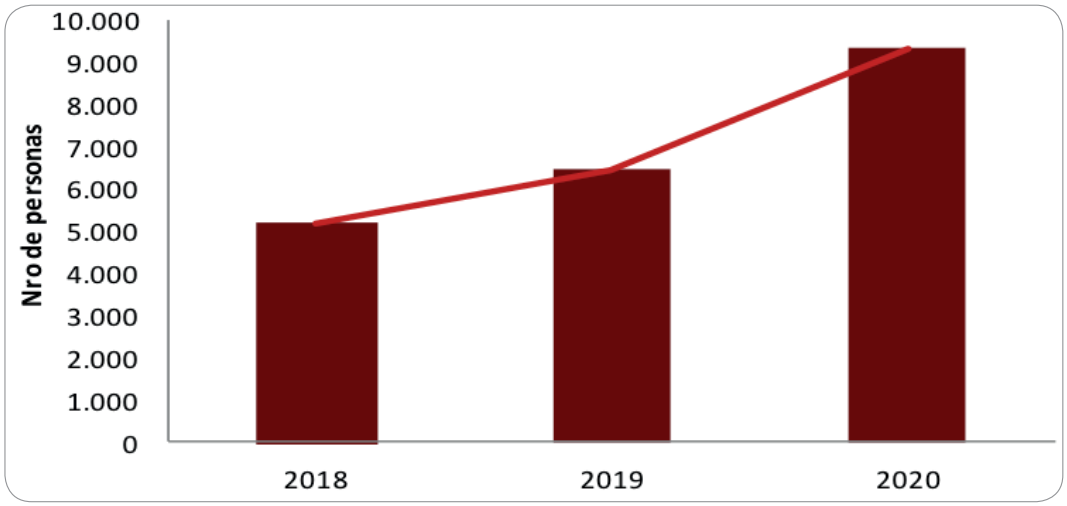
La investigación se asumirá desde una perspectiva cualitativa e interpretativa. El análisis se desarrollará en un primer momento descriptivamente y en un segundo momento interpretativo. En el primer momento se identificarán, así como, denominaremos categóricamente para luego, en un segundo momento, interpretar el significado de las categorías con el fin de conceptualizar.

Al iniciar el proceso de análisis se optará por una categorización que integre el procedimiento deductivo e inductivo: partiendo de una revisión de categorías previas y en una revisión posterior identificar los datos categóricos identificaron que emergieron de ellos. Cabe resaltar, que en principio se busca una socialización de la información recolectada, y la divulgación de esta ayudará a las diferentes entidades a contar con una fuente de información científica.

ANÁLISIS ESTADÍSTICOS

Entre la comunidad afrodescendiente, se evidencia que los grupos poblacionales más afectados son los niños, niñas y adolescentes, por el uso, utilización y reclutamiento forzado, como también por riesgos de violencia sexual y violencias basadas en género. Para tener una idea de la evolución y propagación de las consecuencias generadas en la población afrodescendiente del conflicto armado del municipio, se muestran las estadísticas de las víctimas reportadas en los últimos tres años (2018 – 2020).

Abarca los eventos de desplazamiento forzado, debido a la coerción y/o amenazas de grupos armados presentes en el municipio, enfrentamientos entre diferentes grupos armados y combates con grupos armados estatales. Pueden ocurrir de maneras individuales o masivas.



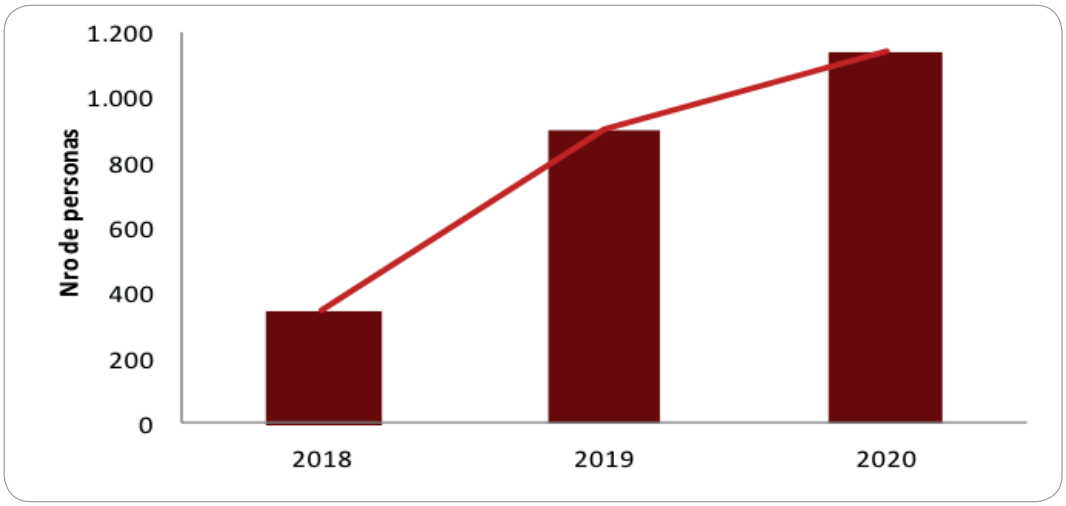
Grafica 1. Desplazamientos forzados. 2018 - 2020

Tabla 1. Desplazamientos forzados. 2018 -2020. Fuente: RUV (2020)

Año	Personas	Var.
2018	5.189	-
2019	6.447	24,2%
2020	9.337	44,8%

Los desplazamientos forzados en el municipio Tumaco han mostrado una tendencia creciente durante los últimos años, como consecuencia del incremento de las actividades delictivas de grupos armados en la zona, lo que genera que familias enteras deban desplazarse a otros lugares para buscar refugio de la violencia generada por dichos grupos armados. El número de afectados incrementó un 24,2% durante el año 2019 respecto al 2018, mientras que durante el 2020 presento un aumento del 44,8%, lo que significa que el número de personas desplazadas creció en 79,9% en apenas dos años.

Este tipo de eventos son de los que comúnmente la población no denuncia por el temor y la coerción que ejercen los grupos armados, es por ello que se dificulta llevar un registro que sea 100% representativo. Sin embargo, en el municipio Tumaco se ha evidenciado actividades de restricción a la movilidad por la contaminación con explosivos, minas antipersona (MAP), municiones sin explotar (MUSE) y el accionar de grupos armados; esta situación limita el acceso de la población al desarrollo de sus labores cotidianas tales como la agricultura, pesca y minería, el acceso a la educación por parte de los niño, niñas y adolescentes de manera continua, además de libre tránsito de la comunidad en el territorio.



Grafica 2. Restricción a la movilidad. 2018 -2020

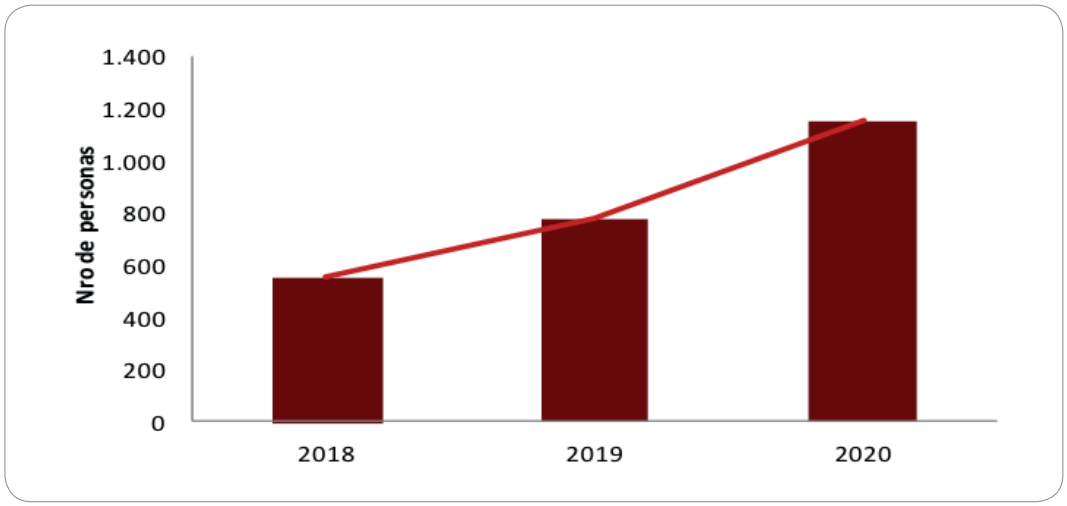
Tabla 2. Restricción a la movilidad. 2018 -2020. Fuente: RUV (2020)

Año	Personas	Var.
2018	343	-
2019	900	162,4%
2020	1.140	26,7%

En los últimos tres años la restricción de movilidad a causa de eventos de índole bélico por parte de los grupos armados en el municipio ha incrementa en 162,4% durante el año 2019 y un 26,7% en el 2020, lo que resulta en un aumento del 232,4% en apenas dos años. Esto sin tomar en cuenta los casos que no se encuentran reportados.

Según información oficial del Programa Descontamina Colombia, en el periodo comprendido entre 1990 y 30 de agosto de 2019 en el en el municipio Tumaco se reportaron 300 víctimas de minas antipersonal, y para finales del año 2019 las cifras continuaron en ascenso con 36 accidentes reportados, de los cuales 33 resultaron heridos y 3 muertos, siendo la mayor parte de las víctimas civiles en procesos de erradicación de cultivos de uso ilícito con 23 casos. (Descontamina Colombia, 2019)

Los niños, niñas y adolescentes de Tumaco están expuestos a ser instrumentos para la distribución de estupefacientes, por lo que muchas veces terminan siendo víctimas de los homicidios selectivos como consecuencia de las disputas por las líneas de microtráfico, entre las bandas delincuenciales vinculadas a esta actividad ilícita. Al igual que muchos eventos que ocurren en el municipio, el reclutamiento forzado de NNA en muchas ocasiones no son reportados por los familiares por temor a represalia por parte de los grupos armados.



Grafica 3. Niños, niñas y adolescentes afectados. 2018 -2020

Tabla 3. Niños, niñas y adolescentes afectados. 2018 -2020 (Fuente: RUV, 2020)

Año	Personas	Var.
2018	553	-
2019	777	40,5%
2020	1.152	48,3%

Como se puede apreciar en la tabla 3 el número de víctimas reportadas durante el 2019 aumento un 40,5% respecto al año anterior, mientras que durante el 2020 incrementó en 48,3%, esto sin incluir los numerosos casos que no son reportados. Entre los hechos victimizantes que mayor afección tienen en los niños, niñas y adolescentes se encuentran el desplazamiento con 84% y el reclutamiento forzado con 15%, el restante lo ocupa las amenazas con 1%. Entre la población de NNA más afectada se encuentran los afrodescendientes con el 56,3% de las victimas totales del municipio Tumaco reportadas durante el año 2020.

ANÁLISIS DE LOS HECHOS VICTIMIZANTES DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO SOBRE LOS NNA DESDE LA ÓPTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El municipio Tumaco ha enfrentado una lucha constante contra los problemas sociales que presenta, muchos de ellos producto del narcotráfico, presencia de grupos armados ilegales, además de las precarias condiciones de vida que afectan y marginan a la mayoría de sus habitantes, que de cierta forma ha impedido el cubrimiento de las necesidades sociales y económicas.

Para contrarrestar los efectos del conflicto armado en la comunidad, organizaciones como MAPP-OEA, UNICEF, ELC, IBF, Médicos del Mundo y Benposta, monitorean los casos de reclutamiento forzado oficiales y no reportados del municipio, además de tener programas de reinserción de niños, niñas y adolescentes desmovilizados, como también talleres de capacitación de riesgos de minas terrestres para mitigar o minimizar las víctimas de este tipo de artefactos. Un programa de ayuda económica y psicosocial a los NNA y sus familiares víctimas de la violencia generada por el conflicto armado que se vive en la zona.

Sin embargo, a pesar de los fervientes esfuerzos por parte de las organizaciones internacionales y nacionales para mitigar los efectos generados por este tipo de hechos en la población infantil, su continuo aumento de ocurrencia hace difícil poder combatir plenamente las consecuencias psicosociales que afectan cada vez más a la población más vulnerable.

Por lo anterior, se requiere de un trabajo en conjunto integral que busque la reinserción de los NNA desmovilizados, además de evitar que sean víctimas de los abusos de las fuerzas insurgentes.

Al ser los NNA una población que goza de especial protección en Colombia, se han creado una serie de instrumentos jurídicos en los que se busca garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos, velando por su normal desarrollo dentro de un proceso psicosocial. Sin embargo, estos esfuerzos se han visto reducidos a partir de la implementación del acuerdo de paz, en donde los grupos disidentes se han incrementado, y han ahondado con mayor tenacidad las problemáticas del municipio de Tumaco. (Gómez, 2017)

Para entender los efectos de la problemática anteriormente planteada, por parte del gobierno se han identificado como causas principales que facilitan el reclutamiento de menores en el territorio por parte de los grupos armados, las innegables situaciones sociales, familiares y económicas en que se desarrolla el entorno personal de los niños, niñas y adolescentes, condiciones de pobreza extrema y desamparo que tienen que soportar algunos grupos o comunidades y, sobre todo, bajos niveles de prestación en los servicios educativos y de salud, como resultado de la nula presencia de los organismos estatales, pero sobre todo por la ausencia de políticas públicas realmente efectivas, que combatan esta práctica reprochable en el conflicto y, que hacen nugatorios los derechos de los menores. (Santacruz, 2013).

Respecto al panorama general del municipio de Tumaco, la Agencia de la ONU para los Infancia en el año 2019, señaló que apenas el 5,7 % de la población tiene acceso a alcantarillado y sólo el 29% al acueducto; ninguna de las poblaciones de la zona rural cuenta con acceso a este tipo de servicios. Las dificultades se evidencian en la limitada cobertura en la educación, el 18% de la población no tiene ningún tipo educación, sólo el 26.1% de los jóvenes termina la secundaria y apenas el 3% puede acceder a estudios universitarios o técnicos. Con relación al factor de empleo, en la zona de Tumaco persiste un alto índice de desempleo que llega al 20% y al subempleo del 35%. Esta situación, influye negativamente en la población, debido a que

las mencionadas carencias, inciden potencialmente en el aumento de actividades ilícitas o en la economía ilegal. (ONU, 2019).

Se ha evidenciado que en el municipio Tumaco el principal método de reclutamiento es el reclutamiento forzado, especialmente para las labores del narcotráfico. Este fenómeno se fortalece con los riesgos sociales tendientes a la marginación y la falta de acceso a mejores condiciones de vida de los NNA, pues es notoria la carencia de educación, vivienda y garantías para el libre desarrollo de los menores de la zona.

Para abordar temas prioritarios del municipio existe un conjunto de organizaciones locales e instituciones gubernamentales que promueven la interlocución y coordinación con otras instituciones internacionales para dar respuesta y atención integral en emergencias humanitarias presentadas en el territorio en el marco del conflicto armado.

Tabla 4. Organizaciones e Instituciones presentes en Tumaco

Fuente: ELC (2020)

	Albergue	Agua, saneamiento e higiene	Seguridad alimentaria y nutrición	Salud	Protección	Educación	Recuperación temprana
HUMANITARIO	OIM, NRC, Cruz Roja Colombiana	Acción Contra el Hambre, Alianza por Solidaridad, Plan Internacional, Pastoral Social, Cruz Roja Colombiana, AECID, UNICEF, NRC	PMA, FAO, Acción Contra el Hambre, Pastoral Social, NRC, Plan Internacional, Alianza por la Solidaridad, UNODC, ICCO, Cruz Roja Colombiana, Servicio Jesuita a Refugiados (JRS)	MdM-F, CICR, Cruz Roja Colombiana, MSF-E, Alianza por la Solidaridad, Heartland Alliance International, Acción Contra El Hambre	OACNUDH, ACNUR, NRC, Aldeas SOS, MAPP-OEA, Save the Children, Plan Internacional, ONU Mujeres, Pastoral Social, Alianza por la Solidaridad, Servicio Jesuita a Refugiados (JRS), CICR, Heartland Alliance International, Cruz Roja Colombiana, UNVMC, UNICEF, UNMAS, Movimiento Por La Paz.	NRC, Save the Children, Plan Internacional, Cruz Roja Colombiana, OIM, UNICEF, Movimiento Por La Paz, Servicio Jesuita a Refugiados (JRS)	PNUD, FAO, PMA, Global Humanitaria, NRC, OIM, UNODC, ICCO,
Observadores: CICR, MSF-E, MAPP-OEA Líder humanitario: ACNUR Líder Construcción de Paz y Desarrollo: UNODC. Información: Instituto Kroc y UMAIC.							
PAZ				**DESARROLLO**			
PNUD, UNODC, OACNUDH, ONU MUJERES, UNICEF, PMA, UNVMC, OIM, ICCO				PNUD, OIM, FAO, ONU Mujeres, UNODC, PMA, ICCO			

En lo que respecta a las acciones llevadas a cabo en el municipio Tumaco como parte de la prevención, protección y cuidado de los NNA por parte de las organizaciones locales, nacionales e internacionales se tienen:

- Miembros del ELC y del GTP hacen un permanente monitoreo a los efectos del conflicto y violencia armada, las emergencias humanitarias y violaciones a los derechos humanos.
- Desde los integrantes del ELC se ha brindado asistencia técnica a los municipios para la activación de las rutas de atención en emergencias con los Comités Municipales de Justicia Transicional y las Mesas Municipales de Prevención contra el reclutamiento, vinculación, uso, utilización y violencia sexual de niñas, niños y adolescentes, y el fortalecimiento y acompañamiento a comunidades para el desarrollo de estrategias comunitarias para la prevención urgente de este hecho.
- El 76% de las emergencias por desplazamiento masivo ha recibido respuesta complementaria de las instituciones y organizaciones internacionales como la UNICEF y la ONU que hacen parte del ELC y que incluyen provisión de ollas comunitarias, kits alimenticios, bonos

y remesas para la compra de alimentos (por un periodo de hasta tres meses) y otros bienes de primera necesidad.

- En las emergencias relacionadas con el acceso a servicios, bienes y restricciones a la movilidad, se dio respuesta a un evento con entrega de kits alimenticios para las familias afectadas.
- El 38% de los eventos de desplazamientos masivos han recibido algún tipo de asistencia en términos de salud, mayoritariamente relacionados a la provisión de kits de aseo, brigadas de salud y jornadas de atención integral. Adicionalmente la respuesta complementaria de cooperación internacional consistió en jornadas de atención interinstitucional con perspectiva de género y diferencial y atención en salud física y psicosocial.
- El 28% de los eventos de desplazamiento masivo han recibido atención en términos de educación en emergencias. La administración local ha considerado las necesidades de las familias desplazadas, especialmente de los niños y niñas para asegurar su acceso a la educación durante la emergencia y para fortalecer la infraestructura de instituciones educativas de comunidades receptoras.

DISCUSIÓN Y PROPUESTAS

Las estadísticas de víctimas han ido en aumento, en especial durante estos últimos tres años, cuando la cifra de afectados por desplazamiento incrementó en 79,9%, mientras que el número de víctimas de reclutamiento forzado de NNA aumentó un 108,3%, esto sin mencionar las victimas por coerción y amenazas que no salen de sus viviendas por temor a represalias, a la violencia de la zona o incluso a ser víctimas de una mina terrestre. De las victimas reportadas el 56,3% corresponden a la población de NNA afrodescendientes.

Aunado a todas las consecuencias negativas generadas por los grupos ilícitos de la zona se encuentra la precaria situación socioeconómica del municipio, en el cual solo una pequeña parte de la población tienen acceso a la educación y a una fuente de empleos ya sea directa o informal, por lo que se les dificulta poder cubrir las necesidades básicas. Estos atenuantes provocan que en muchos NNA opten por ingresar de “manera voluntaria” a las filas de los grupos armados donde les “garantizan” vivienda y comida.

Toda esta problemática ha generado una descomposición social en el municipio Tumaco, donde los más afectados resultan ser los NNA, ya sea por ser secuestrados por los grupos armados, o formar parte de bandas criminales locales, ser obligados a desplazarse de sus viviendas e incluso pasar a ser víctimas de la violencia.

Con la finalidad de mitigar o minimizar los efectos de toda la situación del municipio en la población de NNA afrodescendientes, se proponen una serie de acciones para continuar en la lucha por las mejoras de la situación familiar, social y económica de la comunidad como son las siguientes:

- Promover acciones de educación en el riesgo de minas (ERM) y artefactos explosivos, debido al incremento de accidentes con dichos artefactos en el departamento, especialmente dirigido a comunidades rurales.
- Coordinar respuesta interinstitucional desde lo local, departamental y nacional, teniendo en cuenta los planes de contingencia, de prevención, protección y garantías de no repetición del municipio.
- Verificar y mitigar las afectaciones de restricciones a la movilidad, acceso y confinamiento, debido a las situaciones de amenazas y control que viven las comunidades, y la débil respuesta institucional en zonas apartadas y de difícil acceso.
- Fortalecer la coordinación interinstitucional entre la administración Municipal, la Gobernación de Nariño, el Gobierno Nacional, la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV) y la Cooperación Internacional, para garantizar una adecuada y oportuna respuesta con asistencia humanitaria inmediata en el componente de seguridad alimentaria y nutricional, así como otras acciones que se pueden articular para la complementariedad en la atención a las comunidades.
- Realizar procesos de información con las administraciones municipales y los nuevos funcionarios, frente a la ruta de atención a víctimas y planes de contingencia de los municipios, haciendo énfasis en las responsabilidades y tiempos requeridos para dar una respuesta oportuna a las comunidades.

RESULTADOS

El repunte de los grupos disidentes después de la firma de los acuerdos de paz ha afectado en mayor proporción a las comunidades de municipios de Nariño como las que hacen vida en Tumaco. El auge de estos grupos delictivos ha causado el incremento de acciones victimizantes hacia la población, quienes tienen que vivir en medio de enfrentamientos entre las bandas armadas por el dominio de la zona, la cual es muy cotizada por estos grupos ilícitos debido a su vasta producción de coca.

Entre los más afectados resultan los niños, niñas y adolescentes, quienes además de perder la estabilidad familiar por pérdidas de familiares a causa de los enfrentamientos armados, ya sea por participar de manera directa o como víctimas colaterales, también son objetos de reclutamientos forzados para formar parte de las filas de los grupos ilícitos ya sea como militantes armados, medios de transporte de productos estupefacientes o como victimas sexuales.

En los últimos dos años el número de NNA víctimas del conflicto armado en el municipio Tumaco se incrementó en 108,3%, con proyecciones a continuar en ascenso. De las víctimas del año 2020 el 56,3% pertenecen a familias afrodescendientes, por lo que este sector de la población es el más afectado en la actualidad.

Debido al incremento de las actividades delictivas por parte de los grupos armados de la zona, se han observado un aumento en eventos victimizantes como desplazamientos forzados, reclutamiento infantil, víctimas de minas terrestres, disidencia escolar, entre otros.

CONCLUSIONES PARCIALES

De acuerdo con lo desarrollado dentro del presente trabajo, se puede evidenciar como los NNA de las comunidades afrodescendientes han sido afectados por el conflicto armado de una forma negativa, que ha impedido su desarrollo psicosocial y ha aumentado los niveles de pobreza, falta de educación, desatención, entre otros que impiden que tengan un pleno progreso.

A partir de lo anterior y en concordancia con el planteamiento del problema realizado, se pudo determinar que las principales necesidades de los NNA en Tumaco, son aquellas relacionadas con su desarrollo físico, social y moral, de tal manera que se requieren de estrategias relacionadas con la implementación de un sistema educativo sólido, en el que se puedan satisfacer dichos vacíos y así, poder formar con el paso del tiempo, jóvenes que sean ejemplo de paz y de reinserción, que pese a los flagelos sufridos, pudieron levantarse y ser capaces de tener otro horizonte.

Es necesario entablar una reflexión, bajo el sentido de que este tipo de estrategias sean llevadas de una forma coordinada con las entidades gubernamentales, organizaciones privadas, y demás miembros de la comunidad en la que se centren mejores esfuerzos para el desarrollo de las acciones de una forma más efectiva y acorde a las necesidades de los NNA.

REFERENCIAS

Acevedo, O. (2005). *De la intervención psicosocial a la dinamización cultural. En ponencia del seminario: Realidades del poder en la intervención y la interacción psicosocial.* Universidad de Antioquia.

Arroyo, E. (2013). *Impacto Psicosocial del Conflicto Armado en Familias* Víctimas de Buenaventura.

Banquez, J. (2016). *Creencias Legitimadoras de la Violencia en Adolescentes Afrodescendientes Escolarizados Víctimas del Conflicto Armado.* Barranquilla: Universidad del Norte

Bell, V., Méndez, F., Martínez, C., Palma, P. P., & Bosch, M. (2012). *Characteristics of the Colombian armed conflict and the mental health of civilians living in active conflict zones.* Jornal Conflict and Health, 6(1), 1-8.

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (1949). *Convenio de Ginebra: artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra.*

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (2011). *Derecho internacional humanitario: las normas fundamentales.*

Comité Municipal de Prevención y Atención Integral de Tumaco. (2019). *Plan Integral Único municipio de Tumaco* - Comité Municipal de Prevención y Atención Integral a la Población en Situación de Desplazamiento.

Constitución Política de Colombia 1991.

Defensoría del Pueblo, *Auto 620 de 2017*.

Descontamina Colombia. (2019). *Estadísticas de accidentes con minas personales, Municipio Tumaco 1990 – 2019.*

Enciso J., & Caroprese N. (2017). *Afectaciones Psicosociales en Niños, Niñas y Adolescentes Victimas del Reclutamiento Forzado en el Departamento de Arauca.*

Equipo Local de Coordinación (ELC). (2020). *Briefing Departamental.* Pp. 1-6.

Fisas, V. (2001). *Cultura de paz y gestión de conflictos.* Barcelona: Icaria.

Gómez, A. (2017). *Tumaco y el reclutamiento ilícito.* Revista UNIMAR 35, (1), pp. 1-6.

Instituto Colombiano De Bienestar Familiar (ICBF). (2014). *Impacto del Conflicto Armado en el Estado Psicosocial de Niños, Niñas y Adolescentes.* Bogotá: IBF.

León, L. (2017). *Efectos del Conflicto Armado Colombiano en los Niños, Niñas y Adolescentes.*

Ministro de Salud y Protección Social (MINSALUD). (2017). *Estrategia de Atención Psicosocial a Víctimas del Conflicto Armado.*

Molina, I. (2007). *Conceptos fundamentales de ciencia política.* Madrid: Alianza, pp. 54-56.

Mosquera, A. (2016). *Impacto del conflicto armado en los medios de vida de la población afrodescendiente del corregimiento de Tutunendo municipio Quibdó, departamento del Chocó. Quibdó:* Universidad de Medellín.

Mels, C. (2012). *Entre pobreza y violencia: ¿cómo afectan los estresores diarios y la violencia a adolescentes en zonas de guerra?* Ciencias Psicológicas, 6(2), 111-122.

Oficina del Representante Especial del Secretario General para los Niños y los Conflictos Armados. (s/f). *Factores que motivan a niños, niñas y adolescentes a formar parte del conflicto armado colombiano.*

Oficina de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos. (OCHA). (2020). Impacto Humanitario en Nariño. Pp. 1-8.

Organización de Estados Americanos (OEA). (s/f.). *Sesiones Especiales sobre Derecho Internacional Humanitario.*

Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 182.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2014). *Dinámicas del Conflicto Armado en Tumaco y su Impacto Humanitario.* Pp. 1-38.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2015). *La migración de niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado.* (4), pp. 8-26.

Organización de Naciones Unidas. (ONU). (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos.*

Organización de Naciones Unidas. (ONU). (2000). *El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados.*

Organización de Naciones Unidas. (ONU). (2019). *Balance anual de Agencia de la ONU para los Infancia.*

Pierre, C. (2009). *Arqueología de la violencia: la guerra en las sociedades primitivas.* Buenos Aires: Fondo de cultura económica.

RESIGNIFICACIÓN DE LA FORMACIÓN INVESTIGATIVA EN LOS ABOGADOS: HACIA UNA CONSOLIDACIÓN DE UNA CULTURA INVESTIGATIVA

Ana Lisbeth Martínez Figueroa[29]
Inés E. Rodríguez Lara[30]

RESUMEN

El conocimiento relacionado con la investigación en la formación de los abogados es de completa relevancia, dada la importancia que tiene el valor axiológico de la justicia y el papel que hoy cumple el abogado en la sociedad colombiana, ya sea como administrador de justicia, asesor, conciliador, abogado o dirigiendo entes territoriales, entre otras.

Ahora bien, la línea de investigación ***Ética, Formación y Derecho del grupo de investigación Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas Y Socio Jurídicas Contemporáneas*** de la Universidad Simón Bolívar, Barranquilla reconoce las experiencias de formación en investigación de los abogados por las distintas facultades y programas de Derecho, no obstante, se identifican debilidades desde los elementos pedagógicos y curriculares en su desarrollo en la medida que se ha asignaturalizado la formación en investigación, profesores responsables de cursos sin experiencias investigativas, por ende se plantea el interrogante por qué y cómo resignificar el proceso de formación en investigación en los abogados?.

El alcance de la investigación es generar nuevo conocimiento partiendo de las fundamentaciones epistemológicas de los paradigmas histórico hermenéutico y critico social, con un nivel explicativo y propositivo que ha permitido sin desconocer la disciplinariedad, hacerle una apuesta a la interdisciplinariedad y a la innovación para abordar las problemáticas jurídicas y socio jurídicas.

El conocimiento juega un papel muy importante en el desarrollo de una sociedad, y la investigación es la base para la generación de nuevo conocimiento, fomentar los procesos de apropiación y aprendizaje son indispensable para lograr la consolidación de una cultura investigativa, fortaleciendo en nuestros futuros abogados diferentes habilidades, entre ellas, la identificación de problemas en el contexto que los rodea y generar soluciones de impacto social.

---

29 Estudiante de octavo semestre del programa de Derecho, de la facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Simón Bolívar, integrante activa del semillero de investigación Institucional en la línea Tendencias de las relaciones Laborales y de la Seguridad Social. Email: ana.martinez4@unisimon.edu.co

30 Doctora en Ciencias de la Educación, magister en ciencias de la educación, Especialista en Derecho Procesal Laboral, Investigadora Sénior, filiación institucional Universidad Simón Bolívar, líder del grupo de investigación Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Socio jurídicas Contemporánea, Categoría A1 Minciencias. Email: irodriguez1@unisimonbolivar.edu.co

PALABRAS CLAVE: formación, investigación, resignificación, transformación social.

RESIGNIFICATION OF RESEARCH TRAINING IN LAWYERS: TOWARDS A CONSOLIDATION OF A RESEARCH CULTURE

ABSTRACT

The knowledge related to investigative training in the formation of lawyers is of complete relevance, given the importance of the axiological value of justice and the role that the lawyer plays today in Colombian society, whether as administrator of justice, advisor, conciliator, attorney or directing territorial entities, among others.

Now, the research line Ethics, Training and Law of the research group Human Rights, Legal Trends and Contemporary Socio-Legal of the Universidad Simón Bolívar, Barranquilla recognizing the experiences of research training of lawyers by the various faculties and law programs, however, weaknesses are identified from the pedagogical and curricular elements in its development to the extent that research training has been naturalized, teachers responsible for courses without research experiences, therefore the question arises why and how to resignify the process of research training in lawyers? .

The scope of the research is to generate new knowledge based on the epistemological foundations of the historical-hermeneutic and social-critical paradigms, with an explanatory and propositional level that has allowed, without disregarding disciplinarity, to make a commitment to interdisciplinarity and innovation to address legal and socio-legal issues.

Knowledge plays a very important role in the development of a society, and research is the basis for the generation of new knowledge, fostering the processes of appropriation and learning are essential to achieve the consolidation of a research culture, strengthening in our future lawyers different skills, among them, the identification of problems in the context that surrounds them and generate solutions of social impact.

The limitations in the training process also influence the development of research skills, hence the importance of achieving a resignification of the training of lawyers in order to achieve the development and consolidation of a true research culture, with professionals capable of investigating, reflecting, arguing and transforming their environment. Professional training must go hand in hand with research training, a fundamental instrument in the solution of problems and social transformation.

KEY WORDS: training, research, re-signification, social transformation.

DESARROLLO

Las limitaciones en el proceso de formación también influyen en el desarrollo de competencias investigativas, de allí la importancia de lograr una resignificación de la formación de los abogados en aras de lograr el desarrollo y consolidación de una verdadera cultura investigativa, con profesionales capaces de indagar, reflexionar, argumentar y transformar su entorno. La formación profesional debe ir de la mano con la formación investigativa, un instrumento fundamental en la solución de problemas y transformación social.

La formación para la adquisición de habilidades investigativas es indispensable, los futuros profesionales, principalmente los abogados, deben ser capaces de enfrentar las transformaciones sociales y afrontar los desafíos que se puedan presentar. El mundo actual requiere profesionales capaces de adaptarse al cambio, que cuenten con la habilidad de adquirir conocimientos y la capacidad para aplicarlos, habilidades esenciales para lograr la solución de las diferentes problemáticas sociales, y la investigación es una importante fuente de creación y difusión de conocimiento, es una base para lograr la verdadera transformación social.

El conocimiento relacionado con la capacidad investigativa en la formación de los abogados resulta trascendental, dada la importancia que tiene el valor axiológico de la justicia y el papel que hoy cumple el abogado en la sociedad colombiana, ya sea como administrador de justicia, asesor, conciliador, abogado o dirigiendo entes territoriales, entre otras.

Para algunos autores la investigación puede influir en la calidad y pertinencia de los procesos de formación de los profesionales del derecho. Los futuros profesionales del derecho deben contar con una amplia cultura, un humanismo profundo, sentido de justicia y equidad, tener la capacidad de interpretar y tomar decisiones, ser conscientes de los valores y principios bases del derecho y principalmente, que estén dispuestos a dedicar sus esfuerzos al servicio de la sociedad. El conocimiento de un profesional va más allá del aspecto técnico y aplicación de leyes, se requiere de un proceso de aprendizaje continuo, de estudio e investigación, de disciplina y profundidad. La investigación permite fomentar y desarrollar el pensamiento crítico, autónomo y dialógico y así hallar soluciones eficientes a las diferentes problemáticas sociales del contexto que nos rodea. (Campo, 2019)

Desde la línea de investigación Ética, Formación y Derecho del grupo de investigación Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas Y Socio Jurídicas Contemporáneas de la Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, se reconocen las experiencias de formación en investigación de los abogados por las distintas facultades y programas de Derecho, sin embargo, se identifican debilidades desde los elementos pedagógicos y curriculares en su desarrollo en la medida que se ha asignaturalizado la formación en investigación, profesores responsables de cursos sin experiencias investigativas, por ende se plantea el interrogante por qué y cómo resignificar el proceso de formación en investigación en los abogados?.

La resignificación de la formación investigativa en los abogados implica consolidar una cultura investigativa, para lograrlo se requiere una formación más allá del estudio de la teoría, normas y leyes, los procesos de enseñanza aprendizaje no pueden limitarse al estudio o la repetición de postulados normativos, es importante tener presente que el derecho es pluridimensional, lo cual implica que, este debe ser analizado desde diversos ámbitos, logrando un equilibrio en la formación de juristas con la capacidad de investigar, analizar e identificar problemáticas en su contexto y buscar soluciones para lograr un cambio en la realidad social de su entorno.

El derecho es una forma de organizar la vida social, lo cual implica un proceso científico, con conocimientos profundos del hombre y no meramente de creación ideacional. Este proceso científico con conocimientos profundos es conocido como investigación. Al respecto, encontramos dos tipos de investigación; por un lado, la investigación en sentido estricto y, por otro lado, la formación en investigación. La primera se desarrolla con el objetivo de hacer aportes a las ciencias jurídicas y la segunda, tiene como finalidad orientar la formación profesional del abogado, en aras de que inicie su camino como investigador y adquiera la capacidad de afrontar a la realidad, con niveles superiores de formación.

Es importante, tener presente que, la investigación en sentido estricto no se puede restringir a resolver, desde la teoría, las respuestas a problemas jurídicos, por el contrario, se busca lograr el estudio de reglas internas de la ciencia dando cuenta al objeto de la misma. De igual manera, la investigación formativa no debe ser considerada como el proceso de facilitar unos métodos y técnicas de investigación, por el contrario, esta se encuentra relacionada con el compromiso de formar abogados investigadores. Justamente por lo anterior, la investigación no puede ser vista como un conjunto de asignaturas del plan de estudio, esta debería ser considerada como un proceso de producción de impacto, constante y continuo, donde estudiantes y docentes en colectivos trabajen en forma conjunta, con el fin de potencializar la reflexión crítica, y el desarrollo de habilidades como la observación, análisis y entendimiento del contexto que los rodea (Orozco y Martínez, sf).

Para Álvarez (2014) después de todos los cambios sociales y educativos que vive la sociedad actualmente; entre ellos, los avances tecnológicos, el uso de los medios digitales, los cambios de paradigmas en cuanto a la relación profesor-alumno, los procesos de enseñanza del Derecho a nivel universitario se han mantenido estables a lo largo del tiempo. Ante lo cual se hace necesario modernizar la enseñanza del derecho, principalmente, considerando la investigación jurídica como una acción permanente y colaborativa entre docentes y estudiantes.

El objetivo de la formación en investigación debe estar relacionado con la formación de profesionales investigadores, con pensamiento crítico y reflexivo que le permitan hallar la solución de las problemáticas de su entorno, es por esto que, se considera que el proceso de formación universitaria del programa de derecho debe estar orientado al logro de un equilibrio entre los conocimientos teóricos y los prácticos, siempre buscando una verdadera armonía que

permita interpretar realmente la realidad y proponer soluciones, todo esto teniendo en cuenta el rol que cumple el abogado dentro su contexto y los diferentes campos de acción donde se puede desempeñar (Rodríguez, 2017).

Al respecto, encontramos a Cardinaux (2008) quien expone cinco argumentos que reconocen la importancia de incorporar los saberes de la investigación científica con la enseñanza en las facultades de Derecho. El primero de ellos, el argumento realista, el cual se basa en la definición realista del derecho, donde se necesita la implementación de técnicas de investigación que permitan determinarlo. Una vez identificado el derecho, es labor del abogado realizar un análisis, formular explicaciones e interpretar los hechos, considerando los hechos como el centro de la disputa judicial, y el derecho la solución a esa disputa, es ese sentido, los realistas consideran que todo abogado debe ser capaz de predecir lo que puede decidir un juez en cada caso. Esto hace referencia a que, la operación que se debe realizar para predecir es el análisis y la explicación, es decir, hallar las razones por las cuales un juez decide en un sentido específico.

En segundo lugar, encontramos el argumento profesionalista, en el cual se le atribuye similitud a la profesión del abogado litigante con el investigador, adicionalmente, se considera que el abogado debe contar con destrezas que le permitan interpretar, valorar, validar, argumentar y direccionar todo un proceso judicial, principalmente en su etapa probatoria.

De igual manera encontramos, el argumento institucional, este hace referencia al rol de las universidades, las cuales deben generar conocimiento científico en las diferentes áreas, y son los estudiantes, como sujetos activos, los llamados a aportar en gran medida al desarrollo y creación de nuevo conocimiento. Bajo este argumento se promueve la investigación-acción, con la que se busca combinar la investigación con la extensión, realizando proyectos de investigación involucrando a la comunidad, con el objetivo de lograr soluciones a las diferentes problemáticas, como resultado de la investigación, satisfaciendo las necesidades del entorno social; y al mismo tiempo fortalecer el perfil del abogado.

Las universidades juegan un rol muy importante dentro de la sociedad, tiene a su cargo la formación del capital humano, la generación de conocimiento, contribución a la equidad y al desarrollo territorial, siempre buscando responder a las necesidades sociales, lograr el fortalecimiento de las competencias y competitividad del país y favoreciendo las oportunidades laborales, de allí la importancia de fomentar la investigación y el progreso de la ciencia, el conocimiento es fuente de producción, crecimiento y avance, debido a eso se requieren profesionales capaces de adaptarse, de innovar y mejorar en las diferentes áreas de la sociedad (Rodríguez, 2009).

El argumento integracionista, es el cuarto, orientado a la integración del Derecho con las ciencias sociales y a la producción de conocimiento científico en general. Al respecto, encontramos que, el investigador socio-jurídico realiza una contribución importante al proceso reflexivo de la sociedad, debido a que realiza una aproximación científica de las diferentes prácticas desarrolladas, principalmente en la construcción y producción del saber jurídico, por medio

del análisis objetivo y verificación de los saberes, así como también, explorar, descubrir y aproximarse a la realidad social de su contexto (Moya, 2010)

Por último, encontramos el argumento vocacionalista, desde el cual se considera que el programa de derecho cuenta con múltiples herramientas para el desarrollo de la vocación, y desempeñarse como abogados, juristas, consultores, jueces, conciliadores, entre otros.

Cada uno de estos argumentos cuenta con un método propio sobre la manera como se debe implementar e insertar la investigación en la formación de los abogados, sin embargo, no se cuentan con evidencias de la eficacia de algunos de ellos en particular, a pesar de esto, es importante resaltar algunos elementos indispensables, que independientemente del método serán necesarios, entre ellos encontramos las normas y leyes, las cuales deben ser analizadas y estudiadas para poder aplicarlas y proteger los derechos y garantías de la sociedad.

Así como también encontramos al profesional encargado de realizar este estudio, análisis e interpretación; un tercer elemento, son las instituciones educativas, las cuales facilitan esos espacios de preparación e integración del capital humano, como lo son profesores, estudiantes y futuros profesionales, de igual manera contribuyen en la educación y formación de las competencias y habilidades requeridas para lograr un verdadero desarrollo social; por ultimo pero no menos importante tenemos la vocación, es esa inspiración que siente toda persona para llevar a cabo el desarrollo de una actividad, que lo impulse a dedicarse y dar lo mejor de sí mismo en cada momento, indispensable para el desempeño en cualquier ámbito o área que se escoja.

No podemos negar la importancia de tiene la investigación en la formación de los abogados, principalmente, porque en la actualidad se hace necesario tener una visión mucho más amplia relacionando la norma, los hechos sociales, los intereses tutelados, con el entorno o contexto para comprender el fenómeno jurídico, base principal para entender la importancia de la investigación y articular eventos con una visión global.

Es indispensable tener presente que la investigación es un proceso sistemático de resolución y respuesta a interrogantes y búsqueda de conocimiento que debe desarrollarse de acuerdo a un método; en la educación, esta tiene como objetivo la creación de nuevo conocimiento en aras de lograr la transformación social y llegar a las soluciones de las diferentes problemáticas en el medio, sin embargo, actualmente, no se aprovechan los espacios o escenarios que son caldo de cultivos de identificación de problemas, trabajos de investigación y proyectos de investigación por la falta de articulación de las funciones del programa (Diaz, Ruiz and Cuellar, 2019).

Aunado a lo anterior, se da alcance a lo expresado por Witker (2008), la investigación jurídica en los programas de derecho se encuentra en crisis de manera general en toda América Latina, principalmente debido al predominio de la concepción positivista-formalista del Derecho, el hecho que los estudios jurídicos se realicen de forma aislada al resto de las ciencias

sociales, impidiendo enfoques globales a los problemas jurídicos, a una enseñanza memorística y repetitiva omitiendo todo juicio crítico y participativo de estudiantes pasivos y esencialmente receptivos.

Asi mismo, encontramos como la formación investigativa en los programas de derecho de la Región Caribe se ha asignaturalizado, y además, se presenta un alto nivel de desconocimiento en cuanto al papel de la investigación dentro de la formación profesional del abogado, por lo anterior, no se cuenta con una verdadera practica pedagógica que permita generar una cultura científica, principalmente porque los profesores no muestran interés por formarse como investigadores, y adicionalmente, no cuentan la suficiente experiencia investigativa (Rodríguez, 2017).

En este sentido, podemos mencionar los altos niveles de desconocimiento del papel de la investigación en la formación profesional del abogado y de las técnicas curriculares y didácticas adecuadas que permitan lograr una auténtica cultura científica y llegar a convertir la investigación en el eje trasversal del currículo, dentro de las posibles causas se encuentran las políticas públicas que afectan la autonomía universitaria, la capacidad investigativa de algunas universidades, la calidad y desempeño docente, disponibilidad de recursos, entre otras. (Bocanegra, 2012)

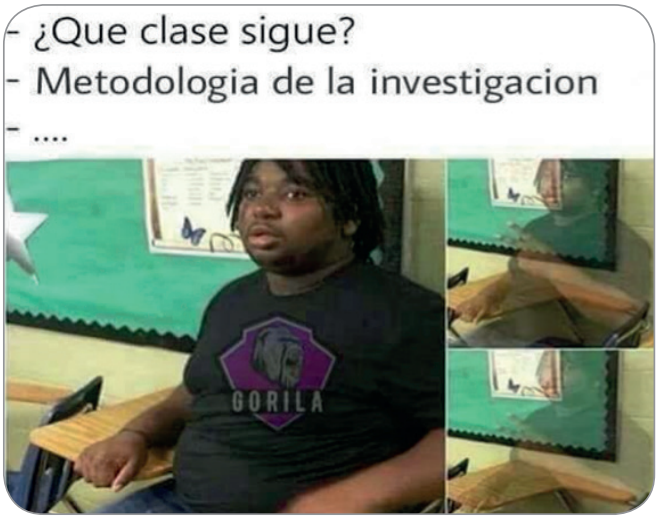
Fácilmente se puede identificar la necesidad de sensibilizar a los estudiantes y profesores, para logar un verdadero cambio en la manera como se percibe la investigación, alrededor de esta giran muchas tensiones e ideas producto del desconocimiento, que no permiten lograr mayores avances en el proceso de fortalecimiento de espacios dedicados al desarrollo de habilidades y competencias en investigación como los semilleros de investigación e incluso los diferentes cursos que hacen parte del currículo de todo programa de derecho.

A continuación se representan algunos de los comentarios más comunes dentro de los estudiantes y profesores al hablar de la investigación, por medio de los cuales, se evidencian algunas de las tensiones en el proceso de formación investigativa en los abogados.

Grafica 1. Tensiones en el proceso de formación investigativa

Fuente: Creación propia

Comentarios que demuestran las barreras que enfrenta la investigación y hace ver la necesidad de sensibilizar a toda la población para lograr un verdadero cambio de paradigma y superar la crisis que enfrenta la investigación jurídica dentro del programa de formación de derecho. La investigación permite el desarrollo de habilidades, destrezas y competencias, tales como, el pensamiento crítico, la reflexión, el análisis, la argumentación, la autonomía, entre otras, necesarias para lograr la efectiva solución de las diferentes problemáticas y la transformación social, sin embargo, los estudiantes no alcanzan a vislumbrar la importancia que esta tiene, y encontramos situaciones como la que se representa en la siguiente imagen.



Donde los estudiantes se comparten libremente la imagen, mejor conocida como meme, durante el desarrollo de uno de los cursos de metodología de la investigación, quienes asisten presencialmente a la clase pero no participan activamente en su desarrollo, debido a los mismo prejuicios e ideas acerca de la investigación, la manera como esta es apreciada, la falta de conciencia de su importancia y por lo sobrevalorada que se encuentra; hace falta que desde las instituciones universitarias y el personal docente se implementen estrategias para estimular la participación activa de los estudiantes y que se pongan en práctica actividades que permitan derribar o debilitar los prejuicios sobre la investigación y así poder lograr un desarrollo efectivo y real apropiación de su importancia.

CONCLUSIONES

- La investigación influye en la calidad y pertinencia de los procesos de formación de los profesionales del derecho, facilitando el desarrollo de capacidades como la interpretación, el análisis, la argumentación, la autonomía, la toma de decisiones y solución de conflictos o problemáticas sociales.
- La resignificación de la formación investigativa se relaciona con la consolidación de la cultura investigativa por medio del equilibrio entre el estudio de la norma y el análisis del medio o entorno social, permitiendo la identificación de problemáticas y el planteamiento de soluciones que impacten en la realidad social.
- El objetivo de la formación en investigación debe estar relacionado con la formación de profesionales investigadores, con pensamiento crítico y reflexivo, capaces de hallar soluciones a las problemáticas de su entorno en los diferentes medios en los que se desempeñe.
- Se presenta un alto nivel de desconocimiento en cuanto al papel de la investigación dentro de la formación profesional, debido a la falta de cultura científica, falta de formación en investigación de los docentes, insuficiente experiencia investigativa, políticas públicas que atentan la autonomía universitaria, disponibilidad de recursos, entre otros.
- Son indispensables la implementación de actividades y estrategias de sensibilización en profesores y estudiantes para derrumbar las barreras y tensiones alrededor de la investigación, permitiendo el logro de su desarrollo y apropiación.

REFERENCIAS

Álvarez Undurraga, G. (2014). *La investigación jurídica como un instrumento de mejoramiento del proceso enseñanza-aprendizaje del Derecho.* Revista pedagógica universitaria y didáctica del derecho, 1(1), 36-57. https://core.ac.uk/download/pdf/81650626.pdf

Bocanegra Acosta, H. (2012). *La enseñanza del derecho y la formación de los abogados*. Revista republicana. (12), 323-347. http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/07/La-ense%C3%B1anza-del-derecho-y-la-formacion-de-los-abogados.pdf

Cardinaux, N. (2008). *La articulación entre la enseñanza e investigacion del Derecho. Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, 6(12), 241-255 http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/la-articulacion-entre-ensenanza-e-investigacion-del-derecho.pdf

Díaz-López, L. M., Ruiz-Claros, C., & Cuellar-Cuellar, K. Y. (2019). *Diseño de estrategias para incentivar la participación de los estudiantes del programa Administración de Empresas en los semilleros de investigación de la Universidad de la Amazonia*. Revista Escuela de Administración de Negocios, (86), 227-244. https://doi.org/10.21158/01208160.n86.2019.2303

Moya Vargas, M. F. (2010). *El oficio del investigador socio-jurídico. Análisis aplicado a un proceso de investigación*. Revista Análisis Internacional, No.1, 171-186. file:///C:/Users/user/Downloads/11-Texto%20del%20art%C3%ADculo-43-1-10-20111019.pdf

Orozco Fontalvo, B., y Martinez Durango, L. (s.f.). *Una mirada al proceso de formación investigativa en los programas de derecho del departamento del atlántico*. (Anteproyecto de grado). Universidad Simón Bolívar.

Rodríguez Lara, I. (2017). *Mitos, tensiones y escenarios de la formación investigativa en los abogados. Tendencias nacionales e internacionales en la formación de abogados*. Ediciones Universidad Simón Bolívar. 91-108. https://libros.cecar.edu.co/index.php/CECAR/catalog/download/66/126/1843-1?inline=1

Rodríguez-Ponce, E. (2009). *El rol de las universidades en la sociedad del conocimiento y en la era de la globalización: evidencia desde chile. Interciencia*, 34(11), 824-829. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0378-18442009001100013&lng=es&tlng=es.

Witker, J. (2008). *Hacia una investigación jurídica integrativa. Boletin Mexicano de Derecho Comparado*, 41(122), 943-964. http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v41n122/v41n122a12.pdf

APROXIMACIÓN A LA NARRATIVA COMPARADA EN LA PEDAGOGÍA DEL DERECHO[31]

César Oliveros Aya[32]

INTRODUCCIÓN

Con base en el ejercicio académico publicado en 2019 con la Universidad Militar Nueva Granada, intitulado *Historia de Libertad: un viaje mimético hacia el sentido de la independencia de Colombia*, se expondrá el alcance que tiene la narrativa comparada como insumo académico para proyectar nuevos ejercicios pedagógicos y didácticos en la enseñanza y el aprendizaje del Derecho.

La narrativa comparada alude a la manera de utilizar fuentes artísticas como el cine y, en este caso, la literatura, para acercarse a la comprensión de temas jurídicos que pueden ser densos o presentarse con un alto grado de dificultad para el estudiante.

La labor investigativa desarrollada en el texto mencionado, se nutre de la lectura de varias novelas históricas publicadas en Colombia desde la época republicana. El trabajo pretende desentrañar de manera crítica la forma como fue plasmándose un proceso evolutivo a nivel nacional hasta tomar como bandera ideológica desde el escenario político.

Por lo tanto, la novela histórica se toma como pretexto temático que permite ir, progresivamente, ahondando en tres épocas del trasegar de la sociedad colombiana desde los antecedentes primitivos. Así, los capítulos de dividieron en: sublimación, oposición y contrición.

El primero aborda el escenario de la conquista. Coadyuvando con un estilo literario propio, las novelas se traen a colación, estableciendo una conexión temática que hace que los relatos se articulen a pesar de los años de diferencia en que fueron escritos y la diversidad de perspectivas sobre el tratamiento de la época.

Por ejemplo, la trilogía de William Ospina, compuesta por las obras *Ursúa, El país de la canela y La serpiente sin ojos*, conjugan un tríptico interesante para abordar el prototipo del conquistador español cuyo deseo de obtener riquezas y renombre le hace encaminarse a una empresa tan compleja como peligrosa.

Fragmentos de texto se van intercalando con la información histórica hasta el punto de ir formando una nueva narrativa, encadenada a la de los autores.

---

31 Ponencia resultado de investigación del proyecto identificado con código de trazabilidad INV-DER 3154, intitulado ANÁLISIS EXPLORATORIO DE LAS ESTRATEGIAS PEDAGÓGICAS USADAS EN EL PROGRAMA DE PREGRADO DE DERECHO.

32 Doctor en Bioética y abogado. Docente de planta de la Universidad Militar Nueva Granada.

De esa manera, el trabajo académico se vuelve una suerte de meta-relato, sustentando en los eventos históricos, la relación con las novelas y la interconexión de quien funge como lector-investigador.

En consecuencia, surge una especie de "novela comparada", como lo ha referido Alejandro Herrera Prada, en la página web goodreads.com, que permite a lo largo de los tres capítulos una sinergia entre la perspectiva histórica del derecho a la libertad y la interpretación literaria.

¿Por qué y para qué la Narrativa Comparada?

Si bien, no solamente se aplica a la literatura, sino también a otras expresiones artísticas, como resulta ser el material audiovisual de índole argumental y documental, ya sea desde la producción de videos caseros hasta películas, telefilmes y series (inclusive la pintura, la fotografía, etc.), alude a confrontar un relato identificando sus matices, elementos, aspectos principales y secundarios, con el contenido sustancial y formal de algún saber académico, que permita establecer relaciones, conexiones, comparaciones y contrastes para hace aún más fácil el abordaje de una temática compleja.

Según Asunción López-Varela, quien la denomina narratología[33] comparada, se trata de un estudio de carácter crítico y teórico de las diferentes maneras como puede expresarse un discurso narrativo. La ubica a nivel de un movimiento teórico con expresión significativa entre los años sesentas y setentas del siglo XX, derivado del pensamiento estructuralista francés, cuyo objeto se enfoca hacia la definición y comprensión de los efectos que genera una narración que, entendida como hecho significativo, traduce un mensaje[34].

Para Monique Nomo Ngamba, esa comparatística plantea una discusión sobre métodos, a la hora de ilustrar respecto a contenidos (2008: 3)[35], en tanto a Claudio Guillén la tarea de la literatura comparada debe considerar los cauces de representación de lo narrado, los géneros, las modalidades y las formas de narración (1985: 163-164).

Francisco Álamo (2012: 2-8)[36] indica que, desde España, la teoría se ha desarrollado a partir de tres escuelas: a) La escuela de Madrid, b) la de Oviedo y c) la de Valencia, teniendo todas en común, los siguientes elementos:

1. Ubicar el texto en el ámbito artístico, como una estructura expresada a través de signos.
2. El campo de acción aplicable es el mundo universitario.

---

33 El término narratología fue propuesto por T. Todorov en 1969, para aludir a "la ciencia que procura formular la teoría de las relaciones entre texto narrativo, narrativa e historia" (Álamo 2012: 1).

34 https://www.liceus.com/producto/narratologia-comparada/

35 http://www.tonosdigital.es/ojs/index.php/tonos/article/view/209/169

36 https://www.plagios.org/wp-content/uploads/2018/08/Anexo-6.-Los-estudios-narratologicos-en-Espan%CC%83a.-Francisco-Alamo-2012.pdf

3. Las metodologías han sido tomadas de la crítica estadounidense, soviética y europea.

Con ello, se destaca que la intención académica va más allá de estimar las obras artísticas como simple referente de entretenimiento y, contrario sensu, complejiza -que no complica- la labor interpretativa y argumentativa en la educación superior orientándola hacia nuevos insumos del conocimiento estandarizado o esquematizado y que puede convertirse en referencia inamovible, para hacerlo más dinámico y contrastable con la realidad.

Así las cosas, son múltiples y diversos los enfoques desde los cuales es posible trabajar la narrativa comparada. Por ejemplo:

- El tiempo, como parte del contexto en que se desarrolla una narración.
- El personaje protagónico, en tanto eje de la historia.
- El espacio, dentro del cual confluyen matices importantes para la secuencia narrativa.
- Discurso de los personajes.
- Comunicación narrativa.
- Retórica del lenguaje narrativo.
- Ficcionalidad.
- Teoría de los mundos posibles.
- Mímesis.
- Estética de la percepción.

En cuanto a la narratología audiovisual, Efrén Cuevas Álvarez, se basa en los estudios de Gérard Genette, quien en 1972 publicó un análisis sobre En busca del tiempo perdido, de Marcel Proust, convirtiéndose en modelo de referencia para este tipo de estudios, al destacar que se trata de un análisis formal centrado en las estructuras narrativas del relato (2014: 1-2).

Desde ese trabajo, encuentra varios tópicos a considerar también en las obras de consumo popular, como es el caso del cine:

1. La temporalidad, a partir de la cual distingue entre relato (acontecimientos presentados al espectador) e historia (alude al tiempo "ideal" de lo contado, que tiene un orden interno, pero su secuencia comprensiva depende del receptor) (Cuevas 2012: 3). Este componente puede trabajarse en rigor a tres elementos:

    1.1. Orden: se ocupa de identificar las anacronías, que no son otra cosa que las "formas de discordancia entre el orden de la historia y el del relato" (Ídem). Por ejemplo, refiere las analepsis o retornos al pasado, las elipsis, las prolepsis -hacia el futuro-, etc.

    1.2. Velocidad: aquí confluye la relación entre la duración de la historia y la extensión del relato (Cuevas 2012: 4).

1.3. Frecuencia: en este punto se hacen comparaciones entre el número de apariciones de cada situación en la historia y en el relato -que puede ser singulativo, repetitivo e iterativo- (Cuevas 2012: 5).

2. Focalización: atiende a quién formula el relato. En el caso del cine hay cierto nivel de complejidad en cuanto a que es visual y sonoro, lo que hace que François Jost matice la figura desde lo que él ha llamado: ocularización, auricularización y focalización, para ocuparse de la relación entre lo que la cámara muestra y lo que el personaje ve, la relación entre lo que graba el micrófono y lo que el personaje escucha, y, el grado de conocimiento subyacente entre narrador y personaje, respectivamente (Cuevas 2012: 6).

3. Narración delegada: alusivo a "quién habla", esto es, si los personajes mantienen cierto nivel de autonomía en cuanto a lo contado o si se trata de alguien que toma distancia de los eventos mostrados (la narración en off) (Cuevas 2012: 8).

Con base en dichos componentes es posible establecer nexos entre la dinámica analítica-interpretativa del texto literario con la analítica-interpretativa del relato audiovisual.

¿Cómo se puede utilizar la Narrativa Comparada?

En este acápite, detengámonos en la perspectiva general de la serie de televisión coreana intitulada *Bad Guys / Nappeun Nyeoseokdeu*l (Jung-min Kim, Corea del Sur, 2014), cuya única temporada se presentó en 11 episodios.

Las series televisivas tienen la ventaja de porcionar el relato en una suerte de exposición subtemática en cada capítulo; por ejemplo, en este caso, el relato se sintetiza en una premisa o sinopsis curiosa: Un inspector de policía solicita la creación de una unidad de crímenes especiales que estará conformada por tres reos de la peor condición: un mafioso, un sicario y un psicópata.

Para imprimir dinámica narrativa y entretenimiento que atrape al espectador, ese relato se compartimenta en 11 sublíneas:

1. ¿Cómo atrapar a un asesino en serie que tiene un historial de años?
2. ¿Cómo desmantelar una organización de tráfico de órganos?
3. ¿Qué se esconde tras la ira del inspector de policía?
4. ¿Cuál es la historia del gángster?
5. ¿Qué ha definido la vida del sicario y por qué se entregó a la justicia?
6. ¿Por qué el psicópata no recuerda sus crímenes?
7. ¿Por qué es necesario recurrir a peligrosos delincuentes para "hacer justicia"?
8. ¿Cuál ha sido la cruzada de las autoridades frente al incremento criminal en Seúl?
9. ¿Por qué el equipo es utilizado como chivo expiatorio al final de la serie?

10. ¿Cómo desmantelar la conspiración contra el equipo?

11. ¿Es posible conciliar visiones divergentes sobre la justicia?

Así, el conjunto de la obra ofrece varias líneas de trabajo que concurren hacia distintas asignaturas de la carrera de Derecho, pese a que, en apariencia, su desarrollo temático se orienta en mayor medida hacia el Derecho Penal.

Es posible escoger, aplicando la focalización, por ejemplo, un personaje y seguir su evolución -o involución- durante toda la serie; o un episodio que, a través de la temporalidad, permita identificar prolepsis o analepsis, a efecto de explicar el tratamiento del subtema correspondiente; o detenerse en la forma narrativa empleada.

Independiente del enfoque considerado, lo importante es concatenar la densa configuración teórica del tema con el tratamiento del relato para lograr una interpretación didáctica, desentrañando signos, símbolos -internos y externos, apreciaciones, propuestas, con base en argumentos demostrativos para la comprensión del contenido motivante del ejercicio.

Respecto a la serie escogida, hay múltiples lecturas posibles:

a. Desde la filosofía del derecho, entrar a cuestionar los distintos niveles de interpretación sobre lo justo. En el relato, el eje motivante del villano es crear una suerte de justicia alternativa que resulte mucho más eficaz que la aplicada por el derecho vigente.

b. En el contexto de las decisiones judiciales en contrapunto con el derecho penitenciario, ¿cuál debe ser la interpretación y argumentación que no dé cabida a premiar las actuaciones delictivas?

c. Respecto al derecho constitucional, ¿es posible resarcir los daños infligidos por los delitos sin menoscabo de los derechos sociales?

d. En cuanto al orden institucional y la visión del Estado, ¿qué tan válido resulta recurrir a criminales para atrapar a otros criminales? Esta idea está inspirada en la obra literaria de E. M. Nathanson, que inspiró la película Los Doce del Patíbulo / The Dirty Dozen (Robert Aldrich, EUA, 1967) y sus consabidas secuelas.

e. Frente a la condición de las víctimas, ¿es compatible el daño causado con la retaliación validada por la búsqueda de un castigo ejemplar?

Estas son apenas algunas aproximaciones sugerentes del uso que podría llegar a tener una pieza artística de la cultura popular sobre la cual, una vez clarificado el enfoque a manejar, permite utilizar la misma obra como pretexto, texto o contexto dentro de un estudio y análisis pormenorizado y/o general, siendo necesario acudir a, por lo menos, un método a efecto de fijar las etapas del tratamiento temático.

CONCLUSIONES

La narrativa comparada surge como instrumento hermenéutico que permite acercar contenidos formales hacia relatos ejemplificadores del lenguaje técnico, en pos de motivar otras perspectivas de interpretación para llegar, de manera un poco más fácil y amena, a abordar el hermetismo del lenguaje técnico.

Dicha herramienta tiene diversos soportes metodológicos que se han desarrollado desde la teoría literaria, pero puede acoplarse al cine y otras formas de expresar la cultura popular.

Se basa en la claridad del contenido a estudiar, seleccionando la obra que resulte pertinente para fomentar líneas de pensamiento crítico que coadyuven a la pedagogía y didáctica de los saberes, especialmente en el conocimiento jurídico.

REFERENCIAS

Álamo, F. (2012). *Los estudios narratológicos en España*. Recuperado de https://www.plagios.org/wp-content/uploads/2018/08/Anexo-6.-Los-estudios-narratologicos-en-Espan%CC%83a.-Francisco-Alamo-2012.pdf

Cuevas, E. (2014). *La narratología audiovisual como método de análisis*. Recuperado de https://dadun.unav.edu/handle/10171/35350

López Varela, A. (s.f.). *Narratología comparada*. Recuperado de https://www.liceus.com/producto/narratologia-comparada/

Nomo Ngamba, M. (2008). *La literatura comparada y el análisis de las obras narrativas: el estudio de los géneros, los temas y las formas*. Recuperado de http://www.tonosdigital.es/ojs/index.php/tonos/article/view/209/169

Oliveros Aya, C. (2019). *Historia de libertad. Un viaje mimético hacia el sentido de la independencia de Colombia*. Universidad Militar Nueva Granada. Editorial Neogranadina.