



- **Apuntes al Derecho desde investigación**



# Apuntes al Derecho desde investigación

## **Compiladores**

Ph. D. (C) William Esteban Grisales Cardona  
Ph. D. (C) Carlos Augusto Arboleda Jaramillo  
Ph. D. (C) Jovany Arley Sepúlveda Aguirre

## **Dirección editorial**

Ph. D. (C) Jovany Arley Sepúlveda Aguirre  
Director Editorial y de Publicaciones

Corporación Universitaria Americana  
Sede Medellín  
2020

340.12  
C822

Corporación Universitaria Americana.  
Apuntes al derecho desde investigación. William Esteban Grisales Cardona, Carlos Augusto Arboleda Jaramillo y Jovany Arley Sepúlveda Aguirre (comp.). Medellín: Sello Editorial Universitario Americana

345 Páginas: 16X23 cm.  
ISBN: 978-958-5512-95-5

1. Derecho, 2. Sociedad, 3. Derechos fundamentales

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA AMERICANA-CO /SPA/RDA  
SCDD 22 / CUTTER - SANBORN

---

Corporación Universitaria Americana©  
Sello Editorial Universitario Americana©  
ISBN: 978-958-5512-95-5

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA AMERICANA

Presidente  
JAIME ENRIQUE MUÑOZ

Rectoría nacional  
ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

Rector - Sede Medellín  
ALBERT CORREDOR GÓMEZ

Vicerrector Académico - Sede Medellín  
ARTURO ARENAS FERNÁNDEZ

Vicerrector de investigación - Sede Medellín  
LUIS FERNANDO GARCÉS GIRALDO

Director de Publicaciones - Sede Medellín  
JOVANY SEPÚLVEDA AGUIRRE

Sello Editorial Coruniamericana  
editorialmed@americana.edu.co

Corrección de texto  
INFOLIO. CORRECCIÓN DE TEXTOS

Diagramación y carátula  
EDUARDO ANDRÉS MURILLO P.

1.ª edición: octubre de 2020

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Universitario Americana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana.

## CONTENIDO

---

### 8 Prólogo

---

---

### 10 Introducción

---

---

### 15 Capítulo 1

---

**La clasificación de los bienes jurídicos: utilidad o inutilidad. Hacia una reforma del Código Civil colombiano**

**William Esteban Grisales Cardona, Andrés Camilo Yepes Arango**

---

---

### 27 Capítulo 2

---

**La clasificación de los bienes jurídicos: una visión doctrinal**

**Fausto de Jesús Cedeño Canaval**

---

---

### 42 Capítulo 3

---

**La óptica subjetiva de la interrupción de la prescripción: garantía del principio del libre acceso a la administración de justicia**

**Andrés Felipe Gómez Arroyave**

---

## 73 Capítulo 4

**Decisión judicial y sistemas jurídicos**  
Yuliana Cañas Bedoya, Iván Monsalve García

---

## 86 Capítulo 5

**Romper los techos de cristal: las mujeres en el mundo laboral. Una ciudadanía disputada**  
Adriana Patricia Arboleda, Leidy Catalina Acosta Agudelo,  
Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez y José Eduardo Murillo  
Bocanegra

---

## 100 Capítulo 6

**Nuevos sujetos de derecho o nuevos sujetos de protección: los ríos, los bosques y los animales**  
Edier Adolfo Giraldo Jiménez

---

## 112 Capítulo 7

**Descolonizando la memoria: los pueblos sin historia vistos desde la historia global**  
Estefanía López Salazar, Catalina Merino Martínez, Daniel  
Gracia Armisén, Catalina Morales Duque, Hernando de Jesús  
Montoya David

---

## 132 Capítulo 8

**La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**  
Manuel J. Gómez Restrepo, Adriana Patricia Arboleda López,  
Santiago Restrepo Restrepo

---

## 159 Capítulo 9

**El problema de la conexidad contractual en las prestaciones médicas**

Carlos A. Gómez-García, Silvia H. Muñoz-Cortina

---

## 175 Capítulo 10

**El consentimiento informado, sustituto y cualificado en intervenciones médicas (hermafroditismo o ambigüedad genital) en la primera infancia**

Aura María Vasco Ospina, Leny Johana Osorio Román, Darling Ramírez Álvarez

---

## 189 Capítulo 11

**Transformación legal y jurisprudencial que ha tenido el fuero de maternidad en Colombia y la consecuencia para los empresarios**

Julián Galvis Torres, Diego Fernando Galviz Cataño, John Jairo Rico Valencia

---

## 206 Capítulo 12

**El principio de igualdad de armas en el proceso penal, desde el punto de vista de la defensa técnica en las audiencias concentradas**

Adelson Mosquera Mosquera, Alejandra Mosquera Copete, Marcela Mosquera Palacios

---

## 220 Capítulo 13

**Violencia contra las mujeres, arma invisible de violación de derechos humanos**

Luz Mireya Mendieta Pineda, Ómar Huertas Díaz, Luis Fernando Garcés Giraldo, Filiberto Eduardo R. Manrique Molina, Daniela López Gómez

---

---

## 257 Capítulo 14

---

### Acciones colectivas contra el feminicidio en Colombia

Daniela López Gómez, Ómar Huertas Díaz, Luis Fernando Garcés Giraldo, Cristina Rumbo Bonfil, Luz Mireya Mendieta Pineda

---

---

## 280 Capítulo 15

---

### Análisis de las compañías holding colombianas como estrategia para la inversión extranjera en Colombia

Diego Alejandro Velásquez Pineda

---

---

## 299 Capítulo 16

---

### Repensando la verdadera esencia de los principios, para reconocer a la diferencia como principio en protección de las minorías étnicas

Kevin Omar Maslucán Nuncevay, William Esteban Grisales Cardona

---

---

## 331 Capítulo 17

---

### El derecho fundamental a la intimidad y el *Big Data*

William Esteban Grisales Cardona, Jhon Jherson Bustamante Lozano

---

## Prólogo

La investigación en el área disciplinar del derecho representa una faceta por potenciar en profesores y estudiantes y sin dudas ocupa en este tiempo un lugar preponderante para el aprendizaje y la exposición clara de ideas, conceptos, metodologías y resultados. Es por ello que se presenta esta obra titulada *Apuntes al derecho desde investigación*, cuya autoría corresponde a connotados especialistas en esta área y que sin duda corresponde a un material de excelente calidad para mostrar resultados de investigación.

En este sentido, y ante los cambios acelerados en los diferentes campos del conocimiento, se requiere de estudios que den respuesta a una realidad compleja y dinámica como la actual; en los que se adopte una posición crítica y reflexiva en función de indagar esa realidad y transformarla creativamente. Así, se hace indispensable la investigación en derecho, y para ello es fundamental introducir las metodologías y herramientas en investigación que permitan el estudio de situaciones determinadas y relacionadas con el ámbito jurídico, para un posterior análisis teórico-reflexivo y la implementación de estrategias y de los resultados para superarlas.

Es así como, en el campo del derecho, la investigación se ha convertido en una actividad de relevante importancia, de forma que la generación de conocimiento y la búsqueda del mismo sea un pilar para su avance y para el reconocimiento de formas complementarias al análisis normativo.

De esta forma, vemos como el investigar en el derecho brinda herramientas fundamentales que facilitan la labor docente y de campo en el área, contribuyendo a través de los resultados para la intervención de las problemáticas propias y transdisciplinarias y al abordaje de nuevas líneas y campos de investigación que conllevan a descubrir, explicar, comprender, criticar e interpretar los modos de proceder en el ámbito jurídico. Todos estos pasos representan las acciones concretas y detalladas de una investigación y que constituyen un llamado a la práctica de la misma, como una forma diferente de intervenir la realidad y como una manera de generar disciplina y método para el abordaje de ella.

Finalmente, es necesario que el lector comprenda que al adentrarse en el contenido de esta obra podrá encontrar los resultados de investigaciones des-



de distintos enfoques, lo que le permite al lector consultar y visualizar de manera independiente los contenidos de cada capítulo, que es lo que representa la riqueza temática y utilidad de la obra.

Sin duda alguna, este libro será de gran utilidad para quienes buscan conocer cómo, desde la investigación, se abren nuevos caminos para entender la realidad e intervenirla con fundamento y método.

## Introducción

Este texto representa un recorrido transdisciplinar, configurado como eje central el área disciplinar del derecho hacia su convergencia con diferentes temáticas. Todo ello, con el objeto de hacer divulgación de los resultados de diferentes estudios que por su importancia y contenido deben ser entregados a la comunidad académica para su uso y apropiación.

Para ello, iniciamos con el capítulo titulado **“La clasificación de los bienes jurídicos: utilidad o inutilidad. Hacia una reforma del Código Civil colombiano”**, donde los autores hacen abordaje al concepto de “bienes” desde el derecho privado, realizando un recorrido histórico del término, implicando una necesaria reforma del Código Civil, debido a la actualización de su clasificación.

Luego, en el texto **“La clasificación de los bienes jurídicos: una visión doctrinal”**, se realiza una revisión del efecto de tal clasificación para los desarrollos económicos, políticos y sociales de un grupo humano que confía en el derecho civil, el Estado y por ende en la administración pública.

El apartado titulado **“La óptica subjetiva de la interrupción de la prescripción: garantía del principio del libre acceso a la administración de justicia”** propone, ante la interrupción de la prescripción, que no se aplique ciegamente. Su aplicación negligente lleva a desacreditar la administración de justicia.

**“Decisión judicial y sistemas jurídicos”** es un texto en el que se analiza la lógica con la que se han determinado decisiones judiciales, desde los aportes dados por Aristóteles, quien propuso dentro de su trabajo de lógica tres principios, sin los cuales no podría darse un juicio. Se abordan los sistemas jurídicos, a fin de dar una profundización a la cadena de precedentes, que han formado la lógica jurídica y en la cual se fundan decisiones judiciales, modelos uniformes, que resultan ser algo complicado ante las diferencias de culturas, políticas, sociales, entre otros.

En el capítulo **“Romper los techos de cristal: las mujeres en el mundo laboral”**.

**Una ciudadanía disputada**” se hace un bello análisis sobre la inserción de la mujer al mercado laboral en Colombia, como resultado de la lucha de movimientos sociales que han buscado el reconocimiento y la igualdad de derechos de la mujer. En el texto, se reflexiona acerca de las acciones sociológicas y jurídicas que han dado lugar a la inmersión de las mujeres en el mundo laboral en Colombia.

Por otra parte, en el capítulo **“Nuevos sujetos de derecho o nuevos sujetos de protección: los ríos, los bosques y los animales”** se realiza un análisis histórico y normativo para llegar a considerar como nuevos sujetos de derecho a los ríos, los bosques y los animales.

En el capítulo **“Milicias de Medellín, generación sin nombre. El caso de la zona urbana de Medellín, 1990–2006”** se propone una reflexión en torno a las víctimas del reciente conflicto armado ocurrido en Colombia, tanto en lo que respecta a los estragos causados por la violencia misma, como en la sensación de impotencia ante la pérdida en lo cultural y lo social.

Para el siguiente apartado, titulado **“El fenómeno social del suicidio: un problema de salud pública en Colombia”**, se desea preguntar por los criterios jurídicos que permiten determinar si tal fenómeno es un problema de salud pública en Colombia. Para responder a esta pregunta se tienen presente las declaraciones de la OMS, se pregunta por las razones del incremento de tal fenómeno en nuestro país y se concluye con una perspectiva jurídica del asunto demostrándose la no existencia de una política pública, ante un fenómeno social que es un problema de salud.

El capítulo **“Hacia una cultura de acuerdos: propuesta desde el diálogo y la autonomía de la voluntad”** presenta los MASC (Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos) en Colombia como herramienta de consenso para terminar controversias. Tomando el principio de la autonomía de la voluntad para poner en diálogo las partes enfrentadas, el texto valora al derecho más allá de lo procedimental.

**“La enseñanza clínica del derecho en Colombia”** invita a conocer, evaluar e incluso replantear la enseñanza tradicional del derecho. Las crisis actuales hacen repensar no solo la función social del abogado sino y sobre todo su formación. Este capítulo propone un modelo pedagógico que combine ele-

mentos epistémicos con una práctica diversificada en lo laboral. Se propone la enseñanza clínica del derecho como experiencia formativa que lleve a superar el formalismo y la tradición jurídica continental positivista, apostando por el desarrollo de destrezas prácticas en los estudiantes.

Luego, tenemos el capítulo **“Decisión judicial y sistemas jurídicos”**. En él se analizan los principios aristotélicos para el juicio, de la mano del profesor Eduardo García M. quien los adecúa al campo jurídico actual, dando relevancia a la argumentación en el momento de dar sentencia de manera coherente a un caso.

En el apartado titulado **“Interculturalidad y enseñanza clínica del derecho. De la formación legal tradicional a la educación patrimonial”** se aborda de nuevo la enseñanza clínica del derecho como una metodología que lleva a relacionar la teoría con la praxis, para fortalecer la función social del derecho. Se proponen, además, las clínicas jurídicas para la intervención comunitaria. Como objetivo se propone analizar los planteamientos teórico-prácticos de la enseñanza clínica que permitan la construcción social del derecho desde una lectura crítica latinoamericana.

Por su parte, el texto titulado **“Descolonizando la memoria: los pueblos sin historia vistos desde la historia global”** se convierte en una invitación de los autores a volver la mirada hacia la historia para pensar lo pasado y así ubicarse en el presente en clave decolonial. El texto permite analizar la relación entre el discurso y poder durante la expansión colonial. Y en esta tarea de descolonizar la memoria, la historia global, como proyecto inclusivo, se presenta como una metodología más que pertinente para crear el mundo para los fines del presente, pero dando a todos los actores de ese pasado global una misma voz y visibilidad; reconociendo a los sujetos frente a sus conocimientos, saberes y prácticas, desde una cosmovisión ajena al positivismo.

En el capítulo **“La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”** se trata acertadamente uno de los dilemas de actualidad sobre la exigibilidad de los derechos fundamentales, para ello, aborda algunas posturas del derecho alemán para posteriormente compararlas con el derecho español y finalmente dirigirse hacia la problematización de este tema en el caso colombiano.

Posteriormente, en el texto **“El problema de la conexidad contractual en las prestaciones médicas”** se indaga acerca de la conexidad contractual en los servicios médicos y su efecto, con el ánimo de mostrar cómo esta conexidad en el sector salud trae consecuencias en lo que respecta a la responsabilidad civil médica.

Luego, en el capítulo **“El consentimiento informado, sustituto y cualificado en intervenciones médicas (hermafroditismo o ambigüedad genital) en la primera infancia”** se trata un tópico de actualidad, en el que se analiza a la luz de un importante instrumento de investigación, como lo es el consentimiento informado, cómo se tratan las patologías en pacientes niñas, niños o adolescentes, con diagnósticos, en este caso, patologías clínicas que advierten de ambigüedad genital o hermafroditismo.

El texto **“Transformación legal y jurisprudencial que ha tenido el fuero de maternidad en Colombia y la consecuencia para los empresarios”**, hace un recuento histórico respecto de dónde se originó el estudio por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la protección a la mujer gestante o lactante y cómo ha sido la transformación legal y jurisprudencial que ha presentado el fuero de maternidad consagrado actualmente en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, y de qué manera afecta este fuero al sector empresarial.

Por otro lado, en el capítulo **“El principio de igualdad de armas en el proceso penal, desde el punto de vista de la defensa técnica en las audiencias concentradas”**, se esboza un tema neurálgico desde el punto de vista de los autores, relacionado con demostrar que el principio de igualdad de armas contenido en la Ley 906 de 2004 presenta un error en su estructura, que vulnera la defensa técnica de las personas que se ven sometidas a proceso penal; lo cual deja al descubierto ese grado de inclinación que existe desde el Estado para favorecer a la Fiscalía General de la Nación, que es la primera en esgrimir sus asuntos de órgano persecutor ante el juez de control de garantías.

El capítulo **“Violencia contra las mujeres, arma invisible de violación de derechos humanos”** se resalta por tratarse de los resultados de una investigación socio-jurídica, que tiene por esencia la revisión de la normativa nacional e internacional, tanto jurisprudencial como doctrinal, donde a través de la recolección de información los autores pudieron determinar y concluir que aún

persiste la violencia contra las mujeres y por ende la violación de los derechos humanos.

En este mismo sentido, vemos como los autores del capítulo “**Acciones colectivas contra el feminicidio en Colombia**” realizan un importante aporte, analizando cada una de las acciones colectivas llevadas a cabo en Colombia para prevenir el feminicidio, con el fin de establecer estrategias y vías que pudieran incidir en la prevención de esta violencia y en su disminución.

Por su parte, el autor del texto “**Análisis de las Compañías Holding Colombianas (CHC), como estrategia para la inversión extranjera en Colombia**” analiza desde la normativa y de forma detallada, la disposición legal y contextual, que incluye la observación de los beneficios fiscales, concedidos a Compañías Holding y los requisitos legales exigidos para acceder a estos, aspectos técnicos importantes aportados desde la investigación jurídica para el ámbito empresarial.

En el texto “**Repensando la verdadera esencia de los principios, para reconocer la diferencia como principio en protección de las minorías étnicas**”, los autores buscan estudiar para hacer más comprensible el concepto de diferencia como principio, indagando cómo la igualdad es deficiente para proteger a la diferencia y finalmente proponer un concepto de la diferencia desde la universalidad para proteger las minorías étnicas.

Finalmente, el texto culmina presentando el capítulo “**El derecho fundamental a la intimidad y el Big Data**”, texto en el cual se analizan en contexto los efectos sobre el derecho a la intimidad con el uso de plataformas para el suministro de información que viola este derecho.

Esta introducción lo que busca es entregar, en forma de preámbulo, información relevante acerca de cada uno de los temas abordados, como forma de incitar e invitar al lector para la apropiación del conocimiento generado en las diferentes investigaciones que aquí se compilan.

## Capítulo 1

# La clasificación de los bienes jurídicos: utilidad o inutilidad. Hacia una reforma del Código Civil colombiano

William Esteban Grisales Cardona<sup>1</sup>, Andrés Camilo Yepes Arango<sup>2</sup>

### Resumen

Este capítulo tiene como finalidad generar una aproximación a la figura de los bienes desde su aspecto histórico hasta la época actual. El concepto de bienes, en el ámbito del derecho privado, se refiere a aquellas cosas materiales o inmateriales que pueden formar parte del patrimonio de las personas, objetos materiales o inmateriales susceptibles de ser valorados económicamente. La clasificación plasmada en el actual Código Civil será aún útil teniendo en cuenta la transformación que ha tenido el concepto de bienes desde lo jurídico y desde la actualidad tecnológica. Ya muchos objetos ameritarían un acercamiento y conceptualización diferente, de allí que preguntarse por esta clasificación desde su utilidad o inutilidad es necesaria para una reforma del Código Civil.

**Palabras clave:** bienes jurídicos, clasificaciones, derechos reales, derechos patrimoniales, derechos personales

### Introducción

¿Realmente es necesaria la clasificación de los bienes consagrada en el Código Civil colombiano? Este tema del derecho privado compete a todos los juristas y estudiantes de derecho y ha tenido importancia en la historia jurídica dada su constante evolución. Dentro del derecho romano se plantean algunos

---

1 Abogado, magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, candidato a doctor en Filosofía, de la UPB, docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Colombia. Correo: wgrisales@coruniamericana.edu.co

2 Estudiante del noveno semestre de derecho de la Corporación Universitaria Americana, miembro del semillero de investigación en derecho privado, Correo: ancayear@hotmail.com

conceptos que crecerán y mutarán conforme la existencia del ser humano. Esa evolución se apreciará también en el concepto de bienes jurídicos como parte integrante del patrimonio de una persona. A partir de la pregunta planteada se busca generar una deconstrucción de la clasificación de los bienes, para entender de una mejor manera sus características, sus ganancias o, en su defecto, su ineptitud con referencia al derecho civil, tanto en el ámbito global como en el nacional, todo ello tendiente a proponer una reforma del Código Civil colombiano que sea acorde con las *exigencias actuales*, tal como se mencionó.

## Metodología

Para el desarrollo de esta investigación que se refleja en este capítulo se partió de un modelo hermenéutico dialéctico. En primer lugar, se hace una tarea comprensiva e interpretativa de la clasificación de los bienes jurídicos, de tal forma que se pueda establecer si esta es útil o inútil frente a una reforma al Código Civil colombiano. En un segundo momento se realiza una superación a esa tarea hermenéutica inicial y se plantea, en el marco general de la investigación, una propuesta de reforma, donde se incluyan las diferentes categorías de bienes jurídicos de carácter patrimonial que existen hoy por hoy.

## Concepto histórico de la clasificación de los bienes

El derecho romano planteaba la división de los bienes jurídicos. En primer lugar, consideraba que existían cosas que se hallaban fuera del patrimonio de las personas, ya fuera por razones divinas o por razones humanas. Entre las primeras se ubicaban las cosas sacras (consagradas a los dioses superiores), las religiosas (a los dioses inferiores o manes, que eran las tumbas de sus antepasados muertos) y las cosas santas, que estaban provistas de una *sanctio* (sanción) para quien las violase, por ejemplo: los muros y puertas de las ciudades. Por causas humanas no podían integrar el patrimonio de los particulares las cosas comunes, estas le pertenecen a todo el género humano, como el agua corriente, el aire, el mar y sus costas.

Igualmente, en el derecho romano los bienes patrimoniales estaban integrados por los activos de contenido económico, etimológicamente se deriva



de la voz latina *patrimonium*, que significa el conjunto de bienes derivados del padre o de un antepasado, constituido como una universalidad jurídica y era el *pater familias* considerado dueño absoluto del patrimonio formado por los hijos.

Las leyes romanas daban indicios sobre el hecho de que las personas, tanto en el ámbito jurídico como natural, necesitan un patrimonio, el cual se encuentra integrado de una universalidad de bienes, derechos, acciones y obligaciones (Espinoza, 1977), lo anterior se entiende como activos y pasivos que llegan a conformar la gran masa patrimonial frente a los acreedores. Así pues, los bienes constituyen el principal elemento integrador del concepto patrimonial y de allí la importancia de su estudio.

Al evolucionar el Imperio Romano se da también la evolución del concepto. Primero se dio la institución denominada *Peculium Prolectitum* que constituía una atenuación del régimen (Espinoza, 1977). Formaban el peculio profecticio los bienes que el padre entregaba voluntariamente al hijo para su administración independiente, con la finalidad de educarlo en la práctica de los negocios. El hijo podía comerciar con su patrimonio, pero no podía cederlo ni heredarlo. Bajo el reinado de Augusto se instituyó el *peculio castrense* con características a favor del hijo. Durante el imperio (año 320 en la era cristiana) se extiende la institución por analogía a los bienes que adquiría el hijo en su desempeño de cargos públicos (Icesi, 2010). Durante Justiniano se instituyó el *peculio adventicio*, formado por los bienes adventicios que eran todos aquellos que el hijo adquiría de fuente distinta e independiente de la del padre de familia.

## **Algunos conceptos de patrimonio desde su relación con los bienes jurídicos y su clasificación**

En este aparte se tomarán como referencia dos conceptos o definiciones de patrimonio y de esta manera mostrar su relación con la clasificación de los bienes jurídicos consagrada en el Código Civil colombiano; se citarán las definiciones de Mario Madrid-Malo Garizábal y de Luis Guillermo Velásquez Jaramillo.

Madrid-Malo Garizábal, sobre el concepto de patrimonio, indica que es un conjunto de elementos activos y pasivos, económicamente evaluables, que integra una universalidad radicada en cierta persona. Según la doctrina, el patrimonio constituye una unidad cuyo fundamento es el hecho de que todos los derechos subjetivos susceptibles de evaluación en dinero - sean ellos personales, reales, inmateriales o hereditarios - hacen relación a un mismo sujeto. Igualmente, la doctrina, dentro del patrimonio de una persona cabe distinguir ciertas universalidades de derecho, o conjuntos de bienes patrimoniales. Finalmente, el Código Civil prevé la existencia del peculio profesional del hijo de familia, del patrimonio familiar inembargable y de los bienes gananciales (Madrid-Malo Garizábal, 1994).

De igual manera, el profesor Velásquez Jaramillo, sobre el patrimonio, señala que es una universalidad jurídica formada por bienes activos y pasivos en cabeza de una persona jurídica individual o colectiva. Tiene un contenido económico o pecuniario, y hacen parte de él los derechos reales y personales, también los derechos sobre los objetos inmateriales (propiedad intelectual) y aún la posesión como derecho real provisional, tal como lo predicen los modernos tratadistas (Velásquez Jaramillo, 1998).

De lo anterior se observa cómo el patrimonio está integrado por bienes jurídicos, bien sean estos materiales o inmateriales. En este momento debe procederse a definir el término bienes jurídicos, para ello se toma el concepto de la Real Academia Española, la cual considera bien a los objetos materiales o inmateriales, socialmente valiosos que necesiten una protección de índole jurídica, podemos decirlo de una manera incluso más general, como todas aquellas cosas que utiliza el hombre para su servicio, beneficio o utilidad y que pueden ser apropiables patrimonialmente.

Continuando con lo expuesto por el profesor Velásquez Jaramillo, los bienes jurídicos presentan dos requisitos de suma importancia.

### **Que la cosa esté dentro del patrimonio de una persona**

La *res nullius*, los fenómenos difusos de la naturaleza, altamar por ejemplo, no son bienes jurídicos, pero estos en algunos eventos son susceptibles de ser valorados económicamente. Los recursos hidrobiológicos, o sea los que tie-

nen su ciclo dentro del agua, y la fauna silvestre, conforme al Decreto 2811 de 1974, son bienes de propiedad de la Nación; por lo tanto, no quedan excluidos de la noción de bien jurídico.

### **Que la cosa sea susceptible de evaluación económica o pecuniaria**

Los derechos políticos de elegir y ser elegido, el derecho de asociación, la libertad de expresión, el derecho a la vida, la patria potestad, etc., no son valorables económicamente, no hacen parte del patrimonio civil: no son bienes (Velásquez Jaramillo, 1998), sin embargo, algunas acciones de carácter constitucional establecen un carácter económico de estos derechos cuando faculta al juez a establecer una indemnización, incluso los derechos fundamentales son inherentes a la persona y forman parte de su patrimonio, de allí que no se comparta la posición asumida por el profesor Velásquez Jaramillo.

Estos conceptos como tal nos presentan una distinción entre los bienes jurídicos, concepto que no es ajeno al Código civil en su artículo 653, el cual presenta el siguiente concepto: “Los bienes consisten en cosas corporales e incorpóreas. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorpóreas son las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.”

Tratadistas como Velásquez Jaramillo, Gómez y Barragán afirman sobre los bienes jurídicos, lo siguiente: “aquella masa, cuerpo que ocupan un espacio físico en la naturaleza y pueden percibirse por los sentidos como un árbol, un libro” (Velásquez, 1998), esto en concordancia con Barragán que menciona lo siguiente: “son todos aquellos que tienen existencia material, física, comprobable por los sentidos” (Barragán, 1979). En sentido lato, Gómez expresa que:

Comprende lo corpóreo, como una silla; lo incorpóreo, como el descubrimiento de un nuevo cuerpo o sustancia y los hechos positivos y negativos que se deben; lo apropiable para el hombre, como unos terrenos baldíos, y lo inapropiable como el aire (Gómez, 1981).

Cuando se hace referencia a bienes incorpóreos, algunos tratadistas, como los antes citados, indican que son ficciones jurídicas, las relaciones jurídicas generan una titularidad, pero no son corpóreos, es decir, no son apreciables

por los órganos de los sentidos, tienen existencia real, pero no son comprobables por los sentidos, su esencia es inmaterial, intelectual, el resultado de un razonamiento entre los cuales podríamos mencionar las propiedades intelectuales como las patentes.

## **Es necesaria la clasificación de los bienes en los sistemas jurídicos**

En concordancia con los conceptos antes mencionados es necesario anotar que la propiedad en un sistema normativo no tendría sentido si no existiera la figura jurídica de los bienes, en Colombia la norma rectora sería el Código Civil, este hace una clasificación de ellos, pero sin lugar a dudas amerita una actualización que sea acorde con la actualidad. Es por tanto necesario conocer los bienes jurídicos para poder diferenciarlos y así comprender qué bienes son susceptibles de ser incluidos en un determinado negocio jurídico.

El artículo 653 citado anteriormente permite inferir que los bienes son cosas que prestan una utilidad al servicio del hombre y hacen parte del patrimonio de una persona, pero la clasificación de los bienes no termina allí, pues las cosas corporales, es decir, las que pueden ser percibidas por nuestros sentidos se clasifican en: bienes muebles e inmuebles; los bienes muebles se relacionan con cosas corporales que pueden transportarse de un lado a otro, por ejemplo un televisor, un mueble, un carro.

Por otro lado, los bienes inmuebles se denominan así por su inmovilidad, es decir, no pueden transponer de un lugar a otro por la acción del hombre, mientras que los bienes muebles si pueden moverse de un lugar a otro por ellos mismos como los animales o reubicar por el accionar de la fuerza.

Teniendo en consideración esta percepción, hay bienes muebles que se consideran inmuebles ya sea por adhesión o destinación. Los inmuebles por adhesión son aquellos bienes muebles que se adhieran al suelo y por este hecho no pueden trasladarse de un lugar a otro. Los inmuebles por destinación son aquellos que están destinados al uso y beneficio de un inmueble.

También existen bienes muebles por anticipación que son aquellos tales como los frutos de los árboles, la madera por mencionar algunos. Estos se consideran muebles antes de su separación, para el efecto de constituir dere-

cho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño, como lo expresa el artículo 659 del Código Civil. Las cosas muebles, también se clasifican en fungibles y no fungibles, las fungibles son aquellas que cuando se hace su uso natural se destruyen, las fungibles permanecen.

Respecto a los bienes incorporales están se dividen en derechos reales y derechos personales, los primeros son los que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona y los derechos personales los que solo pueden ser reclamados a ciertas personas que contraen la obligación, ya sea por un hecho suyo o la sola disposición de la ley.

Las distintas clasificaciones son importantes dentro del desarrollo mismo del derecho privado, de manera especial cuando se hace alusión a los negocios jurídicos, la sucesión, las formas de adquirir el dominio, pero allí faltan incluir otros bienes jurídicos que hoy por hoy hacen parte de las distintas situaciones jurídicas, como por el ejemplo el cuerpo mismo.

## **Los bienes jurídicos incorpóreos y su clasificación**

Estos bienes, por definición, son aquellos que solamente pueden ser reclamados por ciertas personas, que por hechos suyos o disposición legal adquirieron las obligaciones partiendo de acciones personales. Según la escuela clásica, el derecho personal es la facultad que tiene una persona (acreedor) de exigir a otra (deudor) el cumplimiento de una prestación o de una abstención. Los derechos personales, también denominados de créditos, son los que tiene el arrendador para que el arrendatario le pague los precios del arriendo. El que tiene quien ha prestado una suma de dinero para que el deudor se la devuelva, el que tiene el comprador para que el vendedor le haga la tradición de la cosa comprada, y el que tiene el vendedor para que el comprador le pague el precio de la venta.

Pero no son solamente estos, hoy los derechos fundamentales también tienen cabida dentro de esta clasificación, porque son derechos inherentes de la persona y pueden ser valorados económicamente, entre ellos piénsese en el derecho a la propiedad, el derecho a la cultura, el derecho al patrimonio, entre otros. Es sobre este aspecto que la reforma debe manifestarse, incluyéndolos dentro de la clasificación de los bienes jurídicos.

## Derechos reales

El Código Civil enumera como derechos reales la propiedad, o dominio, el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre activa, la prenda y la hipoteca. La doctrina también considera como derechos reales el derecho de cuota parte del copropietario o comunero, el derecho de retención, el derecho de superficie y el derecho que otorga el acreedor, la anticresis, constituido por escritura pública.

Sobre el tema se trae como referencia la conceptualización que sobre este han realizado los siguientes tratadistas. Rafael de Pina nos indica que los derechos reales son una “facultad correspondiente a una persona sobre una cosa específica y sin sujeto pasivo individualmente determinado contra quien aquella pueda dirigirse” (2006). Vodanovic define los derechos reales “como aquellos que, creando una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona a cuyo poder ella se encuentra sometida de una manera más o menos completa, son por esto mismo susceptibles de ser ejercidos, no solamente contra una persona determinada, sino frente y contra todos” (1957). Aubry Rau: “aquellos que creando una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona a cuyo poder ella se encuentra sometida, de una manera más o menos completa, son por eso mismo susceptibles de ser ejercidos, no solamente contra una persona determinada, sino frente y contra todos” (citado en Vodanovic, 1957).

El profesor Peña Quiñonez, hace una relación de otros autores que definen y abordan el concepto que se viene desarrollando, así: Eugenio de Gaudemet, los derechos patrimoniales son los que recaen sobre una cosa determinada. Marcel Planiol, los derechos patrimoniales son los que se hallan cuando un objeto está sometido total o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata oponible a cualquier persona. Julien Bonnecase, por su parte, desarrolla el concepto de los derechos patrimoniales, iniciando desde la comprensión económica de riqueza, toda vez que el hombre satisface sus necesidades económicas mediante la apropiación. Louis Jossierand, mencionando sus conceptos indica sobre los derechos patrimoniales, como los derechos absolutos oponibles a todos ocasionalmente. Guillermo Cabanellas: la potestad personal sobre una o más cosas, objetos del derecho. Existe esta facultad cuando una cosa se encuentra sometida total o parcialmente al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata oponible a cualquier otro

sujeto. Por lo tanto, derecho real constituye una relación jurídica entre una persona y una cosa, aquella como sujeto y esta cual objeto (Peña Quiñones, 1995).

Después de deconstruir las posturas que presentan los tratadistas podemos concluir que todos los derechos patrimoniales de que es titular una persona jurídica o natural, los cuales sean derechos reales, de crédito, inmateriales, incluso hereditarios, se consideran como si formaran un todo aun siendo diferentes, es decir, esta concepción jurídica universal la llamaremos patrimonio. De igual forma, los derechos patrimoniales son los que se tienen directa o indirectamente sobre una cosa determinada y en virtud de los cuales dicha cosa nos pertenece total o bajo ciertos aspectos.

## **Existe una división entre la clasificación de los bienes civiles y los bienes públicos**

En este momento del texto consideramos que realmente es útil tener una clasificación de los bienes en general, ahora debe mencionarse normas del Código Civil atinentes a los bienes públicos. Y este concepto que se repite en diferentes codificaciones, esto nos indica que el legislador en su conocimiento busca brindar claridad sobre estos temas. Haciendo comparativos con otras legislaciones, es posible encontrar en el Código Civil francés el artículo 548 que habla de bienes de dominio público; el Código Civil austriaco, por su parte, contiene disposiciones similares, el artículo 286 del Código austriaco de 1808 establece que: “las cosas en el imperio son bienes públicos o bienes privados. Estos últimos pertenecen a personas individuales o a personas jurídicas, las cuales son sociedades restringidas o comunidades enteras”; por su parte, el artículo 287 indica: “las cosas que todos los ciudadanos pueden tomar se llaman cosas libres. Aquellas cuyo uso les es permitido, como las calles, los ríos, las corrientes de agua, los puertos y las riberas del mar, se llaman bienes comunes o públicos. Lo que está destinado a satisfacer las necesidades del Estado, como el derecho de acuñar la moneda, el derecho de correos y otras regalías, los bienes dominiales, las minas y salinas, los impuestos y peajes, forma la fortuna del Estado” (d’Autriche, 1836). El Código Civil colombiano no es la excepción ser un tratamiento original con respecto a las otras codificaciones contemporáneas. En efecto, el artículo 674 y las otras disposiciones que se refieren al tema no constituyen una copia de los códigos civiles de la época, sino

una construcción propia que encuentra su fuente más directa en las normas coloniales, adaptadas a las categorías ya conocidas del derecho romano. La división de los bienes públicos operada por el Código Civil tiene consecuencias prácticas importantes, pero sobre todo tiene unos fundamentos jurídicos precisos que, si bien no se encontraban incorporados en el código, fueron construidos por la jurisprudencia y la doctrina.

Según Andrés Bello considera que los bienes públicos se dividen en dos categorías:

Los unos pertenecen a individuos o a comunidades particulares -como a ciudades, monasterios, gremios- y se llaman bienes particulares; los otros a la comunidad entera y se llaman públicos. Divídanse estos últimos bienes comunes de la Nación, cuyo uso es indistintamente de todos los individuos de ella, como son las calles, plazas, ríos, lagos, canales; y bienes de la Corona o de la república, los cuales, o están destinados a diferentes objetos de servicio público, verbigracia, las fortificaciones y arsenales, o pueden consistir, como los bienes particulares, en tierras, casas, haciendas, bosques, minas, que se administran por cuenta del Estado; en muebles, en derechos y acciones” (Bello, 1832).

Este es, como se puede ver, el principio de la distinción de bienes públicos en el Código Civil: una propiedad pública, dividida en dos categorías de bienes, los unos destinados al uso de todos los habitantes, los otros, que pueden estar destinados a un servicio público o no contar con una afectación específica.

El artículo 674 del Código Civil establece una división de bienes públicos fundada en la titularidad del uso de los mismos. De esta manera, según dicho artículo, en derecho colombiano existirían unos bienes de uso público y unos bienes cuyo uso no pertenece generalmente a todos los habitantes, que serán llamados bienes fiscales. No se trata de categorías impermeables, puesto que la utilización del adverbio generalmente indica que en ocasiones los bienes fiscales pueden ponerse a disposición de los particulares, como es el caso de los bienes públicos utilizados para la realización de algunos servicios públicos (Pimiento Echeverry, 2011).



## Conclusiones

La clasificación de los bienes es necesaria dentro del Código Civil, en especial cuando se trata de identificar qué tipo de negocios jurídicos se pueden realizar, además de determinar qué tipo de bienes jurídicos están por fuera del comercio.

Un segundo aspecto consiste en la necesidad de incluir otra serie de bienes que hacen parte del patrimonio de la persona, como por ejemplo los derechos humanos, los derechos colectivos y del medio ambiente.

Finalmente, mientras se deconstruyen los conceptos jurídicos, normativos e históricos, se entiende la intencionalidad del legislador con el bien de tener un orden lógico en sus cosas, sus bienes, su patrimonio, siendo esto un concepto que ha trascendido y evolucionado con el pasar de las décadas, además que es importante mencionar que sin este orden cada acto o acción jurídica sin una apropiada clasificación de los bienes no permitirá ciertos efectos jurídicos regulados por la normatividad.

## Referencias

- Barragán, A. (1979). *Derechos reales*. Temis.
- Bello, A. (1844). *Principios de los derechos de gentes*. Librería de la Señora Viuda de Calleja e Hijos.
- D'Autriche, C. C. (1836). *Code Civil Général de l'Empire d'Autriche*. París.
- De Pina, R. (2006). *Diccionario de derecho*. Porrúa.
- Gómez, J. (1981). *Bienes*. Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo, G. V. (1998). *Bienes*. Temis.
- Madrid, M. (1994). *Diccionario básico de términos jurídicos*. Temis.
- Quiñones, E. P. (1995). *El derecho de los bienes*. Jurídica Wilches.

Velásquez, G. J. (1998). *Bienes*. Ibañez.

Vodanovic, A. (1957). *De los bienes* (Tomo II). Nascimento.

## Capítulo 2

# La clasificación de los bienes jurídicos: una visión doctrinal

Fausto de Jesús Cedeño Canaval<sup>1</sup>

### Resumen

El presente capítulo tiene como objetivo exponer desde el derecho civil colombiano la importancia de los bienes y su clasificación en el sistema jurídico, para lo cual se realizó una revisión documental de la legislación civil, la doctrina y la jurisprudencia, lo que arrojó como resultado que la clasificación de los bienes desde el derecho civil y desde su relación con el Estado o la administración pública es de gran utilidad en la sociedad cuyas finalidades operan en materia económica, política y social para garantizar derechos y obligaciones jurídicas.

**Palabras clave:** bienes, derechos, propiedad, utilidad.

### Introducción

Dentro del estudio del derecho civil, los bienes son indispensables en el desarrollo de la vida individual y colectiva de los sujetos, por lo cual se precisa distinguir su clasificación y la relevancia jurídica de esta, a fin de mantener el orden social desde el sistema jurídico. La problemática surge cuando no se distingue la naturaleza jurídica y la ubicación del bien dentro del conjunto normativo colombiano para definir derechos y obligaciones. Por ello, el presente capítulo, al revisar la literatura existente de la clasificación de los bienes expone la relevancia jurídica de cada bien según las divisiones y subdivisiones que la norma civil y la administración pública hacen de estos. De esta forma, la meta que pretende lograr es una aproximación clara al concepto de bienes y su estructura dentro de una reforma al Código Civil.

<sup>1</sup> Enfermero profesional y psicólogo, especialista en Gerencia del Recurso Humano de la Universidad del Sinú. Trabaja en la ESE Hospital Metrosalud en Medellín, Antioquia bajo el cargo de profesional universitario. Miembro del semillero en Derecho privado de la CUA. Correo: faustocedeno@hotmail.com

## Metodología

Esta investigación realiza un rastreo de información desde ámbitos legales, jurisprudenciales y doctrinales, tanto nacionales como internacionales, con el fin de establecer la actualidad de la clasificación de los bienes frente a una reforma del Código Civil colombiano. Lo anterior se hace partiendo de un método hermenéutico dialéctico, el cual es propuesto desde el proyecto de investigación presentado.

## Desarrollo

Todas las personas de una sociedad en el desarrollo de su vida adquieren por necesidad o placer cosas o bienes para ejercer muchas actividades o acciones sociales, culturales, políticas, económicas, entre otras; que ganan relevancia jurídica según su utilidad o destinación. Por ello, es importante distinguir la importancia de la clasificación de dichos bienes para comprender los alcances sociojurídicos que tienen de manera individual y colectiva.

Lo anterior, ha tenido un desarrollo histórico desde el punto de vista del derecho civil en el mundo, así mismo, con implicaciones comerciales y administrativas a través de los tiempos.

El primer medio de apropiación lícita que adoptó el hombre fue la ocupación, de productos de la caza y de la pesca y de frutos naturales. Pero se vio con exceso de productos de determinada naturaleza y sin complementos necesarios; por lo cual acudió al trueque, para obtener estos, no de productos iguales, sino precisamente distintos. En un momento dado el trueque no fue suficiente para obtener productos complementarios y el hombre hubo de crear la moneda (medida del valor de las cosas) y, por medio de ella, la compraventa, a veces combinada con el trueque o permuta, consistente en esto y complemento del precio (Gómez, 1990, p. 236).

Se comprende, entonces, que a medida que surgían las necesidades de los sujetos dentro de una comunidad, los bienes y su clasificación se estaban generando. Ahora, es preciso iniciar con la conceptualización de bienes desde la norma civil:

## Artículo 653. Concepto de bienes.

Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.

Es así como desde el Código Civil colombiano se ha establecido que los bienes son las cosas que utilizamos, las cuales pueden ser de dos formas, de donde se desprenden unas subdivisiones que a continuación se expondrán.

Bienes corporales: pueden ser muebles e inmuebles. Dentro de los muebles se encuentran por adhesión, por destinación, por anticipación y ornato, accesorios a inmuebles. Dentro de los inmuebles se encuentran los bienes fungibles y no fungibles. Bienes incorporales: pueden ser los derechos reales y los derechos personales.

Caicedo Tribín y Lara Galvis (2000) reflexionan sobre los criterios distintivos de la fungibilidad, no fungibilidad, consumibilidad, y no consumibilidad.

José J. Gómez establece los criterios distintivos de estos conceptos así:

- a. La consumibilidad y la inconsumibilidad son calidades de orden material y objetivo.
- b. La fungibilidad y la no fungibilidad son calidades señaladas por la voluntad de las partes.
- c. La sustancia de la fungibilidad es la equivalencia entre la cosa que se da y la que debe restituirse.
- d. La equivalencia resulta de tres factores: el género, la calidad y el número; el mutuario debe restituir cosas del mismo género, calidad y en el número de las recibidas.

- e. La fungibilidad hace que la entrega de la cosa implique la transferencia de dominio, la no fungibilidad proporciona únicamente la tenencia.
- f. La fungibilidad impone al deudor obligaciones de género; la infungibilidad impone la obligación de restituir idénticamente las mismas cosas.
- g. El mutuo versa siempre sobre cosas fungibles, aunque puede versar sobre cosas no consumibles. Todo lo contrario pasa con el comodato, se trata siempre de cosas no fungibles, aunque puedan ser consumibles.
- h. El Código civil en el artículo 663 habla de la consumibilidad y la inconsumibilidad, pero no de la fungibilidad.
- i. La moneda es fungible no por lo que dice el citado artículo, o sea, por perecer para quien la usa, sino por la equivalencia que preside toda obligación de pagar dinero. Puede no ser fungible a pesar de lo que dice el artículo, en casos en que deben restituirse las mismas especies, como cuando se presta una colección de monedas. Entonces habrá comodato y no mutuo (hecho no fungible lo que es fungible por ley) (Caicedo Tribín, 2000, p. 47).

De esta reflexión, se puede manifestar que la clasificación de bienes sirve para distinguir la perdurabilidad del bien, para que su dueño, poseedor, mero tenedor o simple precario pueda establecer la utilidad en el tiempo de esta cosa. Igualmente, para evitar controversias jurídicas que generen procesos ante la administración de justicia por la claridad para especificar los bienes.

El principio de soberanía del dueño descansa en la idea de que la protección de la propiedad es protección de la libertad del dueño. Jurídicamente hablando, esta libertad significa que la propiedad configura un espacio donde el dueño está legalmente justificado en actuar arbitrariamente. Esto no quiere decir, por cierto, que el derecho celebre la acción irracional, sino que el dueño no le debe cuentas a nadie respecto del uso que hace de su propiedad. La ley no exige al dueño

que actúe con racionalidad ni con criterios de eficiencia económica respecto de su cosa (Atria, 2017).

De esta manera toma relevancia la clasificación de bienes para concretar el derecho de la propiedad y las acciones que alrededor de ella hace el sujeto dueño del bien, como una compraventa, arrendamiento, hipoteca, entre otras figuras.

La detentación sobre una cosa se puede ejercer de muy distintas maneras y con mayores o menores grados de eficacia según el caso. Todo depende, a fin de cuentas, del título que legitime dicha detentación para quien la ejerce y de su contenido o medida. De esta manera, la titularidad más intensa es la dominical, que confiere al dueño el más amplio señorío sobre una cosa (reconducible a usar, gozar y disponer de ella) dentro de los límites (Código Civil, art. 1458). Y, aunque hubiese tenido esa virtud, la sanción seguiría siendo la nulidad relativa, que es la misma que el art. 1757 del CC prevé para la omisión de la autorización de la mujer en la enajenación voluntaria de bienes raíces sociales. La diferencia estribaba en la legitimación: mientras en el caso de la falta de autorización la acción correspondía a la mujer, en el dolo ella incumbía al comprador. Como fuere, de ninguna manera se podía estimar que existiese simulación o causa ilícita. Véase, por ejemplo, Contardo (2015). Previstos por el ordenamiento jurídico (art. 582 del CC), entre los que se incluye su función social (art. 19, n.º 24 de la CPR). El propietario ostenta así una prerrogativa de rango superior (reconocida por el derecho, incluso constitucionalmente) que le permite decidir sobre la suerte de un bien. La sigue en eficacia la posesión, porque en ella existe un comportamiento que evidencia un ámbito de poderío sobre una cosa semejante al dominio, pero sin que exista necesariamente el correspondiente respaldo dominical (art. 700 del CC). Su existencia viene por eso determinada y definida por una situación relacionada con cierto uso calificado, por la realidad directamente aprehensible que significa el contacto de una persona y una cosa con actitud dominical (Silva, 2016, p. 290).

De dichos respaldos provienen las diferentes acciones, como la reivindicación, o si reúne las condiciones para adquirir por prescripción, de tal forma

que la clasificación de bienes determina en cierta medida la titularidad, los efectos de las acciones de estos bienes y demás medidas jurídicas para garantizar la propiedad, posesión o tenencia. En este contexto, la clasificación de los bienes también cobra importancia por el nivel de apropiación con que se tiene, así lograr determinar su uso y goce en calidad de dueño o poseedor. Debe aquí recordarse que “poseedor” es aquél de quien se predica la “posesión” (Grandon, 2006, p. 281), también determinar si es mero tenedor o simple precario y las garantías en cada uno de estos niveles o jerarquías de la propiedad, es decir, el título. Al respecto, Sánchez (1998) sostiene:

Una primera constatación nos permite apreciar que existen múltiples variedades de bienes, cada uno de ellos con características particulares que los diferencian de los demás. De lo anterior fluye que dicha variedad de bienes puede ser agrupada desde las más múltiples perspectivas a partir de una constatación fachea de la realidad. Sin embargo, debe apreciarse que no todas estas clasificaciones responden a los objetivos que un sistema de clasificación de los bienes debe cumplir en un sistema jurídico actual.

En ese sentido señala Bendersky que las clasificaciones de las cosas o de los bienes, pues, no solo consideran en ellos sus elementos materiales o físicos. Para fijar su sustancia jurídica atienden, además, a otras manifestaciones, vinculadas directamente con las modalidades prevalecientes del ya aludido tráfico jurídico, este último a su vez trasunta circunstancias económico-sociales, imperantes al tiempo de establecerse las fórmulas referidas.

Más aún, consideramos que lo anterior no se logra incluyendo junto a los criterios materiales o físicos, características que guarden relación con el tráfico jurídico. A nuestro entender, son estos últimos los únicos que tienen importancia y por lo tanto, son los únicos que según Raúl Ravina Sánchez deben tomarse en cuenta al momento de optar por un determinado sistema de clasificación de los bienes. Pasamos ahora a analizar el rol que un sistema de clasificación de los bienes cumple. En primer lugar, debemos ubicarnos en el escenario del tráfico económico, y recordar que vivimos en un estado de escasez y que, como consecuencia de ello, los individuos, seres racionales



y maximizadores de beneficios, se encuentran en la diaria disyuntiva de elegir entre una variedad de bienes existentes en el mercado que le pudieran satisfacer sus ilimitadas necesidades. De lo expuesto resulta que el intercambio de bienes cumple la función de servir de vehículo para la satisfacción de las necesidades del individuo, de lo que puede concluirse que la función que debe cumplir un sistema de clasificación de los bienes es la de facilitar el intercambio de estos, por lo que deberá otorgarse a las transferencias el mayor grado de simplicidad y seguridad posible. No solo es importante la forma de clasificación que adoptemos para generar un sistema de transferencias adecuado, también lo es el reconocer que los bienes cumplen una función garantizadora de transacciones económicas, por lo que no deberá dejarse de lado, que los bienes deben ser clasificados de manera que se facilite su utilización como garantías de las distintas actividades económicas (Sánchez, 1998, pág. 183).

En definitiva, sí es útil para el hombre como para su sistema jurídico tener clasificado los bienes no solo por su naturaleza, forma, perdurabilidad, calidad, sino por su valor económico y social para interactuar dentro de un colectivo haciendo valer sus derechos patrimoniales y cumplir en igual medida unas obligaciones que se desprenden de la propiedad. Por otro lado, es imperativo mencionar que el mismo Código Civil colombiano trae inmersa otra clasificación de bienes en relación con el Estado o la administración pública, así:

#### Artículo 674. Bienes públicos y de uso público

Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873).

De esta forma, se comprende que las personas tienen derechos a sus cosas o bienes, pero que el mismo Estado también se convierte en propietario y adquiere derechos y obligaciones frente a la propiedad, que se comprende es de todos, pero individualmente no puede ser adquirido sino se cumple una función social y en muchas ocasiones, por la naturaleza del bien frente a la administración pública estatal, solo se le reconoce una propiedad colectiva en igualdad de condiciones para toda la Nación.

Según Bello, los bienes públicos se dividen en dos categorías: ‘Los unos pertenecen a individuos o a comunidades particulares –como a ciudades, monasterios, gremios– y se llaman bienes particulares; los otros a la comunidad entera y se llaman públicos. Divídanse estos últimos bienes comunes de la Nación, cuyo uso es indistintamente de todos los individuos de ella, como son las calles, plazas, ríos, lagos, canales; y bienes de la corona o de la república, los cuales, o están destinados a diferentes objetos de servicio público, verbigracia, las fortificaciones y arsenales, o pueden consistir, como los bienes particulares, en tierras, casas, haciendas, bosques, minas, que se administran por cuenta del Estado; en muebles, en derechos y acciones’. Esta es, como se puede ver, la fuente teórica de la distinción de bienes públicos en el Código civil: una propiedad pública, dividida en dos categorías de bienes, los unos destinados al uso de todos los habitantes, los otros, que pueden estar destinados a un servicio público o no contar con una afectación específica (Echeverri, 2011, p. 217).

Aquí cobran protagonismo la sociedad, sus colectivos, las comunidades y los gremios o asociaciones que surgen de las interacciones de todas las personas en el transcurso de la vida que ejercen, donde por ser miembros de una colectividad o agremiación se hace propietaria en igualdad de condiciones, con derecho y obligaciones, reglados en la Constitución y la Ley, de un bien, que es común a todos.

El Bien común es lo compartido por todos los seres humanos, hombres y mujeres. Ya Aristóteles en su obra sobre La política estimaba que ninguna sociedad puede existir sin algo en común, a pesar de opinar que lo común debía ser reducido al mínimo (Houtart, 2014, p. 261).

Es importante esta clasificación, para el justo ordenamiento social a fin de conceder permisos y restricciones para el uso y goce de este tipo de bienes.

Igualmente, sirve para proteger a los bienes del Estado de malos manejos que no conducen al interés general o son violatorios de los fines esenciales del estado social de derecho instituidos en la Carta política de 1991 en su artículo 2.

Una forma práctica de comprender la naturaleza profunda de un bien común es compararlo con un bien público. Este último es un bien que no es ni excluible ni rival en el consumo y, por lo tanto, es accesible a todos, pero cuyo uso individual es independiente del uso que le den los demás. Uno podría pensar –para completar la idea– lo que pasa cuando un individuo utiliza una calle pública: la ventaja que adquiere de su uso no está relacionada con otros sujetos que usen la misma calle. En cambio, es un bien común aquel que es rival en su consumo, pero no es excluible, y el beneficio que un individuo adquiere de su uso, no puede separarse del provecho que los otros también obtengan de este mismo bien. Es como decir que el beneficio que un individuo adquiere de un bien común se materializa junto con otros, no en contra (como lo que sucede con los bienes privados), ni de forma independiente (como lo que sucede con un bien público) (Zamagni, 2014, p. 12).

Así para no extender la confianza legítima a fin de que unos pocos se adueñen de lo que pertenece a todos y se tenga que recurrir a medidas restitutivas por abuso o por negligencia del mismo Estado, como cuando se dan ocupaciones de espacios públicos, entre otros temas.

La insuficiencia conceptual de la propiedad se observa no solo en la problemática derivada de su ensanche progresivo en el ámbito del dominio público, ni en el reforzamiento de la subjetividad o de lo perteneciente al sujeto; el fenómeno debe ser también analizado a la luz de las nuevas palabras que recorren el mundo actual y que dan fe de la creciente dimensión de lo común: *software* libre, no *copyright*, acceso libre al agua, a la alimentación, a los recursos naturales, a las medicinas, a la salud, a la educación, a Internet, a la cultura, son

expresiones que asumen la vestidura de derechos fundamentales del ser humano; de ahí su eminente vocación publicista y su sensibilidad respecto a la permeabilidad de propiedad privada (Núñez, 2014, p. 11).

De esta forma, hay que vivir en construcción del bien común al ritmo de los cambios acelerados de la economía, las políticas públicas en constantes ajustes y la globalización, para que se ingresen otros bienes que en la actualidad son de dominio público pero que a ciencia cierta están en mora de regularse por su nueva inmersión en las sociedades modernas.

Uno de estos cambios actuales de gran significado es la forma de adquirir la propiedad, ya no exclusivamente individual sino por agrupaciones, para bajar los costos de acceso y el mantenimiento de la misma propiedad y es el llamado *cohousing*.

El *cohousing* (en su versión más cercana al castellano como co-vivienda y diferente al término de *shared housing* o vivienda compartida), es un modelo de vivienda comunitaria, que se presenta como respuesta a los diferentes problemas de hacinamiento, contaminación, elevados costos del suelo, falta de asistencia a poblaciones vulnerables y otras problemáticas que han ido apareciendo en los centros urbanos de mayor crecimiento alrededor del mundo (...). El *cohousing* contemporáneo no busca la abolición completa de la propiedad privada, simplemente da un valor superlativo a las labores comunitarias y al compromiso con el espacio común. (Berggren, 2016). De hecho, el *cohousing* según McCamant y Durrett (1994), tiene cuatro características que lo diferencian de los demás modelos similares:

- Diseño de contacto social (SCD por sus siglas en inglés): es un diseño físico que fortalece el sentido de comunidad.
- Amplias áreas comunes: las áreas comunes son importantes porque su objetivo es ser utilizadas diariamente.
- Los residentes participan completamente en todos los procesos de contratación, producción y seguridad.

- Los estilos de vida son necesariamente colaborativos, en donde se ofrezcan redes de apoyo, seguridad y sociabilidad. Los modelos de *cohousing* usualmente se dividen en dos categorías, por un lado, se tienen aquellos intergeneracionales o de tipo familiar, y por otro, aquellos dedicados específicamente a adultos mayores.

Al respecto, con relación al modelo de *cohousing* senior o para personas mayores, el lector puede consultar los artículos de: Abraham, Delagrange y Ragland (2006), Bamford (2005), Brenton (2013), Choi J. S. (2006), Choi J. S. (2013), Glass (2009) y Khel (2013). (Garay , Roncancio García y Cardona García , 2018, p. 3)

Esta figura parece ser hermana del bien común pero no es propiamente así, es una forma de bien privado pero adquirido de forma común para minimizar costos. De igual manera, puede ser vendida a otros o arrendada, diferencia esta que se da frente al bien público.

La propiedad pública es inalienable, es decir, el poder de disposición jurídica del derecho se encuentra expresamente paralizado. Podría decirse que el bien público sometido al dominio público no está en el comercio respecto del poder de enajenación. Por imprescriptible, entendemos lo siguiente: nadie puede ganar por usucapión el dominio de las entidades públicas; si alguien invade, en términos físicos, un bien público, sus actos materiales no se pueden reconocer como verdadera posesión. Finalmente, los bienes que conforman el dominio público no pueden afectarse con la medida cautelar denominada embargo, con la cual se saca del comercio un bien del deudor y se pone a disposición en el proceso ejecutivo (Sánchez Torres y Ternera Barrios, 2009, p. 119).

Entonces, es evidente que la clasificación de los bienes es indispensable en materia contractual y procesal para poder determinar las diversas actuaciones en el mundo jurídico desde diferentes ámbitos del derecho. Pues, una vez establecida su clasificación se puede identificar la caracterización de cada uno de los tipos de bienes y establecer según la naturaleza y perfil del bien si puede venderse, hipotecarse, ocuparse o no, invadir, prescribirse, así como también

qué acciones específicas operan para cada uno de estos al momento de vulnerarse derechos o abusos en su dominio o titularidad.

Es indiscutible que el Estado dentro del ejercicio constitucional y legal de sus funciones requiere de cosas y bienes diversos para cumplir con la ciudadanía. Así mismo, esta clasificación de bienes permite establecer su patrimonio. De tal forma que a través de las diferentes tipologías de bienes se pueden concretar relaciones entre las personas y el Estado, entre una entidad y otra. También permite potencializar el cumplimiento de la prestación de servicios públicos a favor de todos. Además, el conocimiento de los bienes materiales e inmateriales amerita regulaciones en su competencia, adquisición, ejercicio y enajenación o imposibilidad de esta.

En igual medida, entre más bienes posee el Estado se puede decir que hay aumento de las riquezas y, en consecuencia, mayores insumos para solventar las necesidades de la sociedad en general. Esto en materia de propiedad de bienes del Estado.

Finalmente, retomando los bienes particulares o privados, se puede concluir que la clasificación permite garantizar los derechos patrimoniales de dominio aun cuando están en riesgo de perderse y se requiere acción de dominio para su recuperación.

Para acreditar la propiedad sobre el bien sujeto a reivindicar, se debe tener en cuenta su clasificación. Si se trata de bienes inmuebles, será mediante la exhibición del título y modo de adquisición y, además, se deberá constatar su tradición en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria del inmueble. En relación con los bienes muebles, se deberá aportar prueba irrevocable que demuestre la condición de dueño. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que sobre el dueño de la cosa recae 'la carga probatoria de su derecho de propiedad con los títulos adquisitivos correspondientes y también debe acreditar con elementos probatorios suficientes la identidad del bien reivindicado en forma tal que no exista duda respecto de aquel cuyo dominio invoca y de cuya posesión está privado con el poseído por el demandado (Pimiento, 2017).

## Conclusiones

En términos generales, la clasificación de bienes para concretar el derecho de la propiedad y las acciones que alrededor de ella hace el sujeto dueño del bien, como una compraventa, arrendamiento, hipoteca, entre otras figuras.

Igualmente, esta sirve para distinguir la perdurabilidad del bien, para que su dueño, poseedor, mero tenedor o simple precario pueda establecer la utilidad en el tiempo de esta cosa. Igualmente, para evitar controversias jurídicas que generen procesos ante la administración de justicia por la claridad para especificar los bienes.

De forma concluyente, la utilidad para el hombre como para su sistema jurídico es tener clasificados los bienes no solo por su naturaleza, forma, perdurabilidad, calidad, sino por su valor económico y social para interactuar dentro de un colectivo haciendo valer sus derechos patrimoniales y cumplir en igual medida unas obligaciones que se desprenden de la propiedad.

## Referencias

- Atria, F. (2017). El sistema de acciones reales, parte especial: acción reivindicatoria, publiciana y del art 915. *Ius et Praxis*, 23(2), 147-211. <https://www.redalyc.org/pdf/197/19754349006.pdf>
- Caicedo Tribín , C. F. y Lara Galvis , A. (2000). Derecho civil bienes – derechos reales. *Centro de investigaciones sociojurídicas*. <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5266/129862.PDF?sequence=1&isAllowed=y>
- Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (26 de mayo de 1873). *Ley 84* . [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- Echeverri, J. A. (2011). Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil . *Revista UExternado*. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2988/3428>

- Echeverri, J. A. (julio - diciembre de 2011). Reflexiones entorno a la división de los bienes públicos en el Código Civill. *Revista de Derecho Privado*(21), 207-232. <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537595010.pdf>
- Garay , M. A., Roncancio García , A. D. y Cardona García , O. (2018). *Cohousing: una Alternativa Comunitaria a la Propiedad Privada. Cuadernos Latinoamericanos de Administración, XV*(27). <https://www.redalyc.org/jatsRepo/4096/409658132006/409658132006.pdf>
- Gómez, J. S. (1990). Animales y otros bienes en el derecho privado . *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (91), 233-242. <file:///D:/Users/MARCELA/Downloads/Dialnet-AnimalesYOtrosBienesEnELDerechoPrivado-5568207.pdf>
- Grandon, J. B. (2006). De los bienes y su dominio, posesión, uso y goce. *Revista Chilena de Derecho Privado*(7), 279 - 285. <https://www.redalyc.org/pdf/3708/370838866012.pdf>
- Houtart, F. (enero - junio de 2014). De los bienes comunes al bien común de la humanidad. *El Ágora USB, 14*(1), 259 - 293. <https://www.redalyc.org/pdf/4077/407736379013.pdf>
- Núñez, R. M. (04 de 2014). De las cosas comunes a todos los hombres, notas para un debate. *Revista Chile de Derecho, 41*(1), 7-36. <https://www.redalyc.org/pdf/1770/177031774002.pdf>
- Pimiento, M. Y. (2017). *accion de dominio via legal para recuperar la porpiedad*. <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/accion-de-dominio-la-via-legal-para-recuperar-la-propiedad-2531105>
- Sánchez Torres, C. A. y Ternera Barrios, F. (julio - diciembre de 2009). El dominio estatal. *Vniversitas, (119)*, 113-135. <https://www.redalyc.org/pdf/825/82515353011.pdf>
- Sánchez, R. R. (1998). El sistema de clasificación de los bienes y su importancia para el derecho civil patrimonial. *Revista Derecho y Sociedad, 182-194*. <file:///D:/Users/MARCELA/Downloads/16659-Texto%20del%20art%C3%ADculo-66253-1-10-20170418.pdf>



Silva, J. A. (julio de 2016). De los bienes y su dominio,. posesión, uso y goce. . *Revista Chilena de Derecho Privado*(26), 285-310. <https://www.redalyc.org/pdf/3708/370846775009.pdf>

Zamagni, S. (junio de 2014). Bienes comunes y economía civil. *Revista Cultura Económica* , AÑO XXXII(87), 8-25. <file:///D:/Users/MARCELA/Downloads/Dialnet-BienesComunesYEconomiaCivil-5543263.pdf>

## Capítulo 3

# La óptica subjetiva de la interrupción de la prescripción: garantía del principio del libre acceso a la administración de justicia

Andrés Felipe Gómez Arroyave<sup>1</sup>

### Resumen

El capítulo consiste en un estudio de la prescripción y la problemática sobre su aplicación objetiva, entendiendo que contiene elementos objetivos y subjetivos, y que los subjetivos no siempre dependen del demandante (como la mora judicial, las maniobras de los demandados y los problemas con las medidas cautelares), lo que daría lugar a que se vulnere el derecho al libre acceso a la administración de justicia por imponer cargas desproporcionadas al ciudadano. Así las cosas, se pretende sentar un precedente doctrinal desde el cual se revisen las condiciones que dieron lugar a la prescripción, en vez de aplicarla ciegamente.

**Palabras clave:** prescripción, caducidad, carga procesal, medidas cautelares, mora judicial.

### Introducción

Entendiendo el proceso judicial como un drama, en palabras de Carnelutti (2012), cada situación que se da en la práctica encierra una verdadera problemática: el ciudadano espera que el Estado pueda entender su conflicto como un drama, un drama que para él es grande como el mundo, pero que, en realidad, es uno más en un mar de peticiones, que el Estado buscará de la manera más prudente atender con los pocos recursos con que cuenta.

---

<sup>1</sup> Abogado Universidad de Medellín, especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, abogado litigante en Aval Abogados SAS y docente asesor Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria Americana. Correo: asesorconciliacion3@americana.edu.co

En ese actuar estatal se abren las puertas del proceso con ciertas reservas, y entre ellas está el tiempo que tiene para acceder. El ciudadano, acucioso, procede a hacer valer sus derechos rápidamente, pero se encuentra con una práctica plagada de obstáculos, un Estado impotente, maniobras desleales o terceros negligentes que afectan su actuar; todo esto lleva a quien custodia la entrada a negarle el acceso por situaciones que se escapan de sus manos.

La intención de este trabajo es analizar y realizar una crítica a la figura de la prescripción aplicada desde un punto de vista objetivo, sin tener en cuenta esos actuarees que perjudican al ciudadano en su buena fe y que terminan revictimizándolo o agravando su drama, lo que genera un descrédito de la justicia que se puede evitar.

El tema ha tenido ciertos pronunciamientos por parte de la doctrina y la jurisprudencia, pero al parecer no han sido los suficientes como para causar un cambio de tendencia; por lo cual, desde este escrito, se quiere hacer un viraje en busca de la aplicación de la justicia para cada caso concreto.

Estudiaremos el principio del libre acceso a la administración de justicia, la prescripción, la caducidad, los elementos que las diferencian, los elementos en común, lo que se necesita para la interrupción de la prescripción e inoperancia de la caducidad y las circunstancias ajenas al demandante que se le atribuyen, para que desde esa aproximación conceptual podamos realizar aquí una crítica de la forma de juzgar actual y consignar una propuesta sobre cómo proteger al demandante.

## **Metodología**

El método utilizado para esta investigación es el teórico-dogmático, tratando de aproximarme al objeto de estudio (la interrupción de la prescripción y su problemática) mediante el análisis jurisprudencial y doctrinal, haciendo una propuesta interpretativa teleológica y sistemática del objeto con el fin de obtener un cambio en el conocimiento o comprensión de la norma.

## Desarrollo

### El principio del libre acceso a la administración de justicia

Es importante comprender que la principal afectación de la ocurrencia en la práctica del problema jurídico planteado en este trabajo (la ineficacia de la interrupción de la prescripción o la operancia de la caducidad) está frente al principio del libre acceso a la administración de justicia.

- **Definición y alcance**

El libre acceso a la administración de justicia, desde el punto de vista epistemológico, ha tenido dos acepciones: una parte de la concepción como un derecho fundamental y la otra de la concepción como un elemento material del procedimiento.

En ese sentido, desde la óptica de la primera acepción, opera como un derecho que los ciudadanos buscan del Estado para que proteja sus derechos subjetivos. Desde la segunda, es la figura mediante la cual el Estado adopta mecanismos de justiciabilidad para dar protección a los otros derechos (Ramírez Torrado e Illera Santos, 2018).

Las palabras “acceso a la justicia” no se definen con facilidad, pero sirven para enfocar dos propósitos básicos del sistema jurídico, por los cuales la gente puede hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas bajo los auspicios del Estado: primero, el sistema debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual y socialmente justos (Cappelletti y Garth, 1996).

Nuestra Corte Constitucional lo ha definido como un derecho fundamental (SU-091/2000; C-544/1993; T-538/1994; T-268/1996; C-043/2004; C-215/1999; C-163/1999; C-330/2000) de carácter universal (C-426 de 2002), de aplicación y protección inmediata por la vía de la acción de tutela (C-223 de 2016). Y de su importancia establece:

Constituye un pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado social de derecho, en cuanto contribuye decididamente a la realización material de sus fines esenciales e inmediatos como son, entre otros, los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas (Corte Constitucional, C-426 de 2002).

A su vez, el contenido de este derecho se establece en las siguientes garantías (Corte Constitucional, C-207 de 2003):

- a. El derecho de acción o promoción de la actividad jurisdiccional, en el cual se concreta la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o en defensa de sus intereses particulares.
- b. El derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas.
- c. El derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas.
- d. El derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso.
- e. El derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales para la efectiva resolución de conflictos.

Para el desarrollo de nuestro problema jurídico, es indispensable hacer especial énfasis en la garantía de que la decisión judicial concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones planteadas, ya que, como lo estudiaremos más adelante, la aplicación de la excepción de prescripción no puede ser entendida como una decisión de fondo en sentido estricto.

- **Límites**

No obstante, debemos entender que, como cualquier principio, el acceso a la administración de justicia no es absoluto y entenderlo así “conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz” (Corte Constitucional, C-351/1994).

Dentro de esos límites están la exigencia de acudir a la jurisdicción en un límite de tiempo, el cumplimiento de unos requisitos de procedibilidad y la comparecencia por medio de un abogado para garantizar el debido proceso y un conocimiento técnico (Ramírez Torrado e Illera Santos, 2018).

Respecto a la perención o límite relativo al tiempo, tema objeto de la investigación, ha manifestado la Corte que el mismo no se constituye o no se puede entender como una negación al principio fundamental de acceso a la jurisdicción, pues las partes deben conocer las cargas y responsabilidades que tienen y su inobservancia se asume como una negligencia que se sanciona con la restricción de este derecho (Corte Constitucional, C-183 de 2007).

En desarrollo del límite relativo al tiempo, las cargas a las que se refiere la doctrina constitucional son estas: i) el deber de demandar a tiempo según los términos de las normas procesales (caducidad) o las normas sustanciales (prescripción); ii) el deber de cumplir con unos requisitos formales contemplados en el artículo 82 y siguientes del CGP; iii) el deber de realizar una correcta escogencia del juez competente que conocerá el asunto; iv) el deber de notificar en el plazo máximo de un año a partir de la notificación del auto admisorio.

Pero esas cargas pueden resultar injustas o excesivas cuando en la práctica se añade un peso extra al demandante (que de por sí ya tiene que comenzar con un factor en contra, como lo es la desigualdad material en que se encuentra), convirtiendo su situación en más gravosa de lo que originariamente era.

Sin embargo, la Corte ha establecido que esas cargas no pueden resultar desproporcionadas, precisamente porque se ven comprometidos derechos fundamentales y, por lo tanto, los intérpretes judiciales deben llegar a pregun-

tarse lo siguiente antes de aceptar estos límites: i) si estas cargas persiguen una finalidad constitucional, ii) si es potencialmente adecuada para llegar a esa finalidad y iii) si hay una proporcionalidad entre el fin y la medida adoptada, es decir, que dicha carga no resulte innecesaria (Corte Constitucional, C-227 de 2009).

En ese sentido, tendremos que analizar a profundidad si esas cargas resultan proporcionadas o si podrían vulnerar efectivamente el derecho fundamental a la administración de justicia, haciendo primero un análisis de las figuras de prescripción y caducidad y de sus elementos objetivos.

## La prescripción

- **Desarrollo histórico**

En los albores de la regulación del derecho se contemplaba una perpetuidad de las obligaciones adquiridas atendiendo ciertos criterios de derecho natural.

La necesidad se empieza a observar en el tráfico jurídico cuando se establece la *praescriptio* como una cláusula relativa a los contratos en la que se planteaban las reservas *pro actore* y *pro-reo*. La necesidad de certeza por parte de los usuarios de la jurisdicción se fue haciendo más latente y el derecho romano se dejó penetrar paulatinamente por el concepto de la prescriptibilidad de las obligaciones (Hinestrosa, 2006).

En 424, Teodosio II, en aras de brindar mayor certeza en las relaciones, estableció los plazos para ejecutar las obligaciones de 30 y 40 años, tanto para adquirir como para liberarse. Posteriormente, sus sucesores Atanasio y Justino recogieron estas tendencias para brindarles mayor organización y jerarquía (Lagrange, 1870).

Napoleón recogió los preceptos romanos y el derecho canónico (que estableció la buena fe como requisito de la prescripción) y modeló la figura de la prescripción estableciendo plazos de 30, 20 y 10 años, y unos plazos breves como presunción de pago. No establecieron los redactores del código, la buena fe, salvo para la prescripción adquisitiva de dominio (Giorgi, 1909-1913).

De esta manera llegó a nuestro código gracias a don Andrés Bello, quien recogió el Código Francés para establecerlo en nuestro continente, contemplando la figura de la prescripción en cada código que redactó.

- **Definición**

El artículo 2512 del Código Civil contempla la prescripción extintiva así: “la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción”.

De la norma se puede extraer el fundamento que diferencia ambas prescripciones: el hecho positivo de la posesión para configurar la prescripción adquisitiva o usucapión y el hecho negativo de la inercia o inactividad del acreedor para hacer efectivo su crédito (Ledesma Gil, 2003).

Desde un punto de vista objetivo, se contempla para ambas figuras el transcurso del tiempo para la consumación de sus supuestos de hecho y para la derivación de sus consecuencias jurídicas.

- **Lógica de la prescripción**

Del desarrollo histórico de la figura es necesario saber leer la necesidad jurídica que se empezó a originar por la incertidumbre de los ciudadanos de no ver con claridad el fin certero de las obligaciones adquiridas.

Por lo tanto, a medida que se empezaron a establecer los plazos perentorios para dar aplicación a estos deberes, los juristas se vieron obligados a explicar, desde un punto de vista racional, la implementación de la prescripción como una figura justa y adecuada al derecho natural.

Surgen, entonces, las siguientes justificaciones racionales para el concepto de prescripción:



- Certeza y seguridad en las relaciones jurídicas.
- Practicidad en la prueba de la extinción de la obligación (Giorgi, L. 1909-1913).
- Castigo al titular del derecho por el abandono de este (Corte Suprema, Sala de Casación Civil, 1976)<sup>2</sup>.
- La responsabilidad social de los derechos subjetivos.
- Sanear situaciones jurídicas irregulares (Valencia Zea, 1995, p. 460).
- Presunción de la falta de interés del acreedor en hacer exigible su derecho (Ospina Fernández, 2005).
- Seguridad y saneamiento de relaciones jurídicas.
- Apremio de definir situaciones jurídicas a la mayor brevedad (Hines-trosa, 2006).

De esta manera, se establece la prescripción como figura de incuestionable presencia en nuestro ordenamiento jurídico, con una tradición amplia y una fundamentación lógica racional que busca legitimarla desde el ámbito moral.

## La caducidad

- **Definición y razón de ser**

Aunque existe un gran desconcierto en la academia respecto a la caducidad y su definición, sentido y confusión con la figura de prescripción, lo cierto es que tiene una justificación propia y atiende sus propios criterios, completamente ajenos de la prescripción. Tiene un fundamento mucho más procesalista y atiende razonamientos más públicos y políticos. Giuseppe Chiovenda (1922) manifiesta:

La caducidad es un modo de extinguirse la relación procesal, que tiene lugar al transcurrir un cierto período de tiempo en estado de

---

<sup>2</sup> Casación del 19 de noviembre de 1976 CLII: “El fundamento jurídico-filosófico que explica la prescripción, o sea el abandono, la negligencia del titular del derecho o de la acción, en otra palabra, el ánimo real o presunto de no ejercerlos”.

inactividad. No extingue la acción, sino que hace nulo el procedimiento, esto es, extingue el proceso con todos sus efectos procesales y sustanciales.

En la doctrina nacional se dice que:

En muchos casos el Legislador fija términos para que dentro de ellos se haga valer algún derecho o se ejecute determinado acto; vencido ese término, prefijado por el Legislador, no es dable hacer efectivo el derecho, como tampoco es procedente ejecutar el acto. Vienen a constituir plazos perentorios que significan la caducidad o extinción *ipso iure* de la facultad (Ledesma, 2003).

La caducidad está ligada al concepto de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable, cuyo vencimiento la produce sin necesidad de actividad alguna del juez o de la contraparte (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1948). La finalidad se entiende más desde un punto de política legislativa al esfuerzo del legislador de ahorrar recursos y tiempos a la administración de justicia, como una rama con ciertas restricciones presupuestarias, tal y como expresa Chiovenda (1922):

La razón de nuestra caducidad se encuentra también en que el Estado, después de un periodo de inactividad procesal prolongado, entiende librar a sus propios órganos de la necesidad de proveer las demandas y de todas las obligaciones derivadas de la existencia de una relación procesal.

## **Diferencias entre la prescripción y la caducidad**

La diferencia más sustancial entre ambas figuras consiste en los efectos que la ley asigna a la caducidad, en el sentido de que su efecto extintivo opera de un modo radical, a diferencia de la prescripción extintiva, que se suspende y es renunciable (Romero, 2000). Las diferencias que caracterizan a la caducidad:

1. No se suspende, a diferencia de la prescripción.
2. Es declarable de oficio, la prescripción debe ser alegada.

3. Es irrenunciable, la prescripción no.
4. El cómputo comienza desde el momento en que la ley lo establece; en la prescripción, desde la exigibilidad del derecho que atiende cada caso particular.

En otras palabras: “la prescripción determina la extinción de un derecho; la caducidad no determina la extinción de un poder, sino a la imposibilidad de ejercerlo en una situación particular” (Romano, 2020).

### **Elementos en común de la prescripción y la caducidad**

Como elementos en común de las dos figuras, podremos rescatar:

- La ley debe contemplar taxativamente la perención de la acción o del derecho: por ejemplo, hay derechos imprescriptibles como los derechos fundamentales, los de demarcación (artículo 900 CC), los que tiene el propietario de un predio para hacer medianera la cerca privativa que lo separa del fundo antiguo (artículo 912 del CC), el del comunero para pedir la división de la comunidad (artículo 2234 del CC) (Ledesma, 2003).
- El tiempo como elemento objetivo. Plazo en días, meses o años mediante el cual el legislador impone un límite a la exigibilidad de los derechos; solamente exige realizar un cómputo aritmético para saber si se cumplió o no el mismo.

Es el tiempo el elemento primario mediante el cual se empezó a estudiar la figura de la prescripción por su utilidad práctica.

Será, pues, una hermosa frase que el tiempo no crea derechos ni los destruye, pero quien reclama un derecho debe probarlo; ahora bien con el curso de los años, se pierden los documentos, mueren los testigos, desaparecen los recuerdos (Giorgi, 1909-1913).

- La negligencia del actor como elemento subjetivo. Aquí se debe considerar la esencia subjetiva de este elemento y desarrollar, de acuerdo con este precepto, la propuesta específica, consistente en entender la pres-

cripción y caducidad como figuras netamente subjetivas que deben ser comprendidas por cada operador judicial.

Para que opere el fenómeno de la prescripción extintiva no solo es suficiente que transcurra el tiempo por sí solo: además debe concurrir con la inercia del acreedor, todo esto de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, que tiene origen en la naturaleza del derecho e indica que la esencia de este es el dinamismo:

La prescripción se confina al ámbito estrictamente jurídico, porque entonces sus efectos no son obra exclusiva del tiempo. Es menester algo más que esto; ya no es bastante a extinguir la obligación el simple desgranar de los días, dado que se requiere, como elemento quizá subordinante, la inercia del acreedor (Corte Suprema de Justicia, 2000).

Es por eso por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, las instituciones de caducidad y prescripción pretenden castigar la falta de interés o negligencia del acreedor al momento de hacer valer su derecho.

Ante todo, es necesario corregir una inexactitud y hacer constar que no es el tiempo, como erróneamente se dice, quien extingue o crea el derecho de la prescripción, sino la inercia del antiguo propietario o del acreedor, por la cual la propiedad o el crédito ya no se manifiestan como tal o faltan a su finalidad (Giorgi, 1909-1913).

## **La interrupción de la prescripción y la inoperancia de la caducidad**

Se tiene que la prescripción acaece en virtud de la inacción del titular del derecho, pues la acción o ejecución de este da lugar a la interrupción de ese cómputo de tiempo, interrupción que se caracteriza por tener un efecto retroactivo: el tiempo transcurrido se borra, a diferencia de la suspensión, que hace que el tiempo se congele para luego tener efectos hacia el futuro (Hines-trosa, 2006), lo que inutiliza en todo caso el tiempo corrido antes de aquella (Guerra, 1873).

Se interrumpe la prescripción mediante la notificación de la demanda al deudor o poseedor, según el caso, siempre y cuando no se desista de la demanda, se anule el auto que admite o se absuelva en sentencia al extremo pasivo (Guerra, 1873).

El artículo 94 del Código General del Proceso establece que la interrupción se dará si demanda antes del cumplimiento del término y notifica en el plazo de un año a partir de la admisión, que se interrumpe siempre y cuando se notifique a todos los integrantes del litisconsorcio necesario, y que también se puede interrumpir por el requerimiento escrito del acreedor al deudor hecho en tiempo.

La interrupción también puede ser natural cuando se reconoce la acreencia de manera libre por parte del deudor, con base en el artículo 11 de la Ley 721 de 2002; no obstante, nos concentraremos en la interrupción civil originada por la demanda judicial.

## **Las cargas para la interrupción de la prescripción o inoperancia de la caducidad**

Las cargas procesales son un concepto introducido en la doctrina internacional por el alemán Goldschmit en el siglo XX. Este concepto fue acogido exitosamente por la mayoría de legislaciones y jurisprudencias hasta hoy. Al respecto, así lo definía:

Al analizar el proceso como una situación conformada por cargas, expectativas, posibilidades y liberación de cargas, el concepto de carga se establece como un imperativo del propio interés que se manifiesta bajo la amenaza de un perjuicio. (Goldschmit, 1925).

De la lectura del artículo 94 sobre interrupción civil de la prescripción o inoperancia de la caducidad, podemos clasificar tres cargas principales para su análisis:

- La demanda en tiempo. Términos establecidos en cada norma, de acuerdo con la naturaleza del derecho subjetivo.

- La idoneidad de la demanda. Es una carga implícita que busca principalmente dos cosas: la primera, que la presentación de la demanda derive en un auto admisorio para que la inadmisión y posterior rechazo de aquella por falta de requisitos formales no configure el transcurso del tiempo para prescribir; y la segunda, la escogencia correcta del juez competente para evitar la nulidad que comprenda el auto admisorio y convierta en ineficaz la interrupción de la prescripción u operante la caducidad. La idoneidad implica también que la demanda debe tener la virtud de revelar la intención de obtener el reconocimiento o ejecución del derecho litigioso, con el fin de que el juez pueda deducir el propósito de interrumpir, en especial cuando hay concurrencia de varios derechos para que el titular exija (Laurent, s. f.). Por ejemplo, cuando pide una restitución de tenencia en vez de pedir la reivindicación o exige el pago del canon en vez de interrumpir la posesión del arrendatario que intervirtió su título a poseedor. De estas cargas no profundizaremos porque no son tan desproporcionales como la que sigue, teniendo en cuenta, además, que para ciertos casos en que se debe observar un criterio subjetivo está la figura de la suspensión (menores de edad, ausentes, discapaces), y que para la cuestión de la ineficacia de la interrupción por la nulidad del auto admisorio ya existe un pronunciamiento constitucional que acoge nuestra crítica, y que incluso quedó plasmado en el nuevo Código General del Proceso, tema que abordaremos más adelante.
- La carga de la notificación en tiempo. Quien ha vivido el placer de la práctica o litigio se habrá podido encontrar con la tediosa labor de la notificación y todo lo que trae consigo: problemas con el despacho, problemas con la empresa de mensajería, maniobras de los llamados a notificar, etc. Sin embargo, es un acto tan sensible y fundamental que garantiza la vigencia del principio de publicidad y contradicción (Cano-sa, 2017) y establece un punto de partida para el cómputo de los plazos (Palacio, 2003).

Dentro del ordenamiento procesal podremos encontrar una serie de subcargas relativas a la notificación. No obstante, como vemos en la tabla 1, el cumplimiento de toda la etapa de la notificación depende no solo del demandante, sino también de todas las partes del proceso, y el error o la mala fe de alguno de ellos perjudica toda la etapa (y las consecuencias únicamente se le endilgarán al actor).

**Tabla 1.** Etapa de notificación

Parte	Carga	Término
<b>Demandante o el despacho</b>	<p>Realizar el envío de las citaciones para notificación personal y la notificación por aviso con el lleno de requisitos del inciso 3° del artículo 291 y del artículo 292 del CGP.</p> <p>Solicitarle al juez la autorización para proceder con la notificación por aviso (en algunos casos dependiendo del juzgado).</p> <p>Aportar las pruebas de la realización de dichas cargas.</p>	<p>El que disponga el juez (por lo general, 30 días desde el auto admisorio).</p> <p>No obstante, si el juez no exige el cumplimiento de la carga en un período especial, el término es de un año si pretende interrumpir la prescripción, contado a partir de la notificación por estado del auto que admite o libra mandamiento de pago.</p>
<b>Juez y funcionarios del despacho</b>	<p>Aceptar la citación para notificación personal.</p> <p>Autorizar la procedencia de la notificación por aviso (en el Código de Procedimiento Civil era la entrega del aviso).</p> <p>Dar por notificado por aviso al demandado.</p> <p>Notificar personalmente al demandado que concurre al despacho dentro del término establecido.</p>	<p>10 días siguientes a la recepción del memorial, por parte del interesado, en que citó para notificar personalmente; o 10 días siguientes a la recepción del memorial que indica la recepción por parte del demandado del envío del aviso.</p>
<b>Demandado</b>	<p>Concurrir a notificarse personalmente al despacho dentro del término establecido.</p>	<p>Cinco días dentro del mismo municipio.</p> <p>10 días fuera del mismo municipio y dentro del país.</p> <p>30 días en el exterior.</p>

## **Incumplimiento de las cargas por situaciones no atribuibles al demandante**

Así las cosas, el incumplimiento de estas cargas se puede estudiar desde las que son imputables al demandante y las que son excusables a su actuar; estas corresponden a una infinidad de causas como tantos fenómenos ocurren en la práctica, pero las más frecuentes, y que no corresponden a la negligencia del actor, son estas:

- **Mora judicial en la notificación**

La mora judicial podría definirse, de acuerdo con la Corte Constitucional, sentencia T-186 de 2017, como:

Un fenómeno multicausal, muchas veces estructural, que impide el disfrute efectivo del derecho de acceso a la administración de justicia, y que se presenta como resultado de acumulaciones procesales estructurales que superan la capacidad humana de los funcionarios a cuyo cargo se encuentra la solución de los procesos.

Es fácil configurar la mora judicial en eventos definidos que tienen establecidos términos para ello: por ejemplo, la admisión, la inadmisión o el rechazo de la demanda en el término de 30 días después de presentarse la demanda (artículo 90 CGP); la sentencia de fondo en primera instancia en un término de un año a partir de la notificación a la parte demandada (artículo 121 CGP); o el traslado que se surte fuera de audiencia en el término de tres días (artículo 110 del CGP).

Si observamos el capítulo relativo a la notificación judicial, el Código no impone un término específico para que el juez se pronuncie u ordene continuar con el trámite una vez verificado el cumplimiento de la carga por el demandante; por lo tanto, aplicaremos la regla general del artículo 120 del Código Procesal, que fija 10 días para la expedición de autos, siguientes al cumplimiento de la carga de las partes.

En congruencia con lo anterior, tenemos que la mora judicial operará en tres eventos puntuales respecto de la notificación y las cargas que se le pueden presumir al juez:

- a. Cuando transcurran más de 10 días sin pronunciarse después de la recepción del memorial, en el que se adjunta una copia de la comunicación cotejada y sellada con la constancia de entrega.
- b. Cuando transcurran más de 10 días sin autorizar la procedencia o no de la notificación por aviso, una vez solicitada por el interesado.
- c. Cuando transcurran más de 10 días sin pronunciarse sobre si se entiende o no notificado al demandado o a quien se ordenó notificar personalmente.

Estos términos no pueden ser desconocidos bajo la premisa de que se alejan de la realidad de los despachos, toda vez que el legislador entiende la du-



ración razonable del proceso y desarrolla su tratamiento con base en tratados internacionales, en principios, en derecho comparado y en las mismas estadísticas brindadas por el Consejo Superior de la Judicatura (Sacipa, 2016).

El daño que trae el incumplimiento de esa carga por parte del juez radica en que el tiempo que demore para ello irá en desmedro de los derechos del demandante y podrá configurarse la prescripción.

Imaginemos un evento en que el demandante, de manera acuciosa y diligente, demanda a tiempo, escoge bien el juez competente, realiza y envía la citación para la notificación personal a tiempo; pasados los cinco días sin que el demandado asista, procede a enviar la notificación por aviso con resultado positivo, cumpliendo así lo dispuesto en el artículo 292, y aporta las constancias de envío al despacho.

Pasan 11 meses del cumplimiento de estas cargas y el juez, que calló durante todo ese tiempo, ordena mediante auto que se realice de nuevo la notificación porque en el aviso no puso la dirección del juzgado u omitió algún requisito formal.

Si transcurre el término de un año desde la admisión de la demanda y se configura la prescripción, ¿será imputable al demandante como parte de su negligente actuar?

Igual sucedería, por ejemplo, cuando el despacho judicial se encarga de realizar las notificaciones e incurre en mora para hacerlo: ¿tendrá que sufrir el demandante las consecuencias del incumplimiento de un tercero?

- **Maniobras del demandado**

El principio de lealtad procesal exige que las partes obren de buena fe en el proceso y que correspondan a las expectativas procesales que tienen de ellas todos los contendientes.

El ejercicio desleal del derecho a acudir ante un juez puede impedir que las demás partes dentro de un proceso judicial ejerzan sus derechos plenamente. El uso desmedido, fraudulento o abusivo de los medios de defensa judicial

trae como consecuencia que las partes no se ubiquen dentro de un plano de igualdad procesal, y este desequilibrio puede impedirles a algunos de ellos utilizar plenamente sus facultades procesales. En efecto, estas conductas pueden llegar a producir verdaderas violaciones de los derechos de defensa y debido proceso. Por ello, para proteger los derechos de las partes dentro del proceso, nuestro ordenamiento jurídico establece el deber de lealtad procesal en sus diversas ramas (Corte Constitucional, Sentencia T-341 de 2018).

La falta a los deberes de lealtad y buena fe procesales por parte de los demandados no es extraña y muchas veces ha llegado a casación y ha hecho que la Corte se pronuncie sobre la conducta y decida si influye o no influye en la adopción de la interrupción de la prescripción. Aquí varios ejemplos:

En un proceso laboral (cuyas prescripciones son de las más cortas), un rector universitario fue separado de su cargo y terminado su contrato laboral. Demandó por el pago de las prestaciones a tiempo, antes de los tres años de prescripción. La carga de la notificación a tiempo (que en ese entonces era más corta por el Decreto 1400 de 1970) dentro de los 120 días siguientes a la admisión, se intentó realizar por parte del citador del juzgado, el cual se presentó varias veces ante el representante legal de la universidad en su despacho, pero se encontró lo siguiente: la primera vez que se presenta, la secretaria del demandado le manifiesta que está fuera de la ciudad; a ella le entrega el aviso. La segunda vez que se dirigió, el secretario general le dijo que no podía pasar porque estaba en una reunión.

Se tuvo que proceder al emplazamiento, y como ya habían pasado los 120 días desde la admisión, la demandada excepcionó prescripción, ya que en su criterio no se había alcanzado a interrumpir esta, en virtud del artículo 90 del CPC.

Tanto en primera como en segunda instancia, la decisión se centró en declarar infundada la excepción por el hecho de la demandada haber propiciado la situación y querer alegar dicha maniobra a su favor. En casación, la sala laboral de la Corte Suprema consideró:

Entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como deman-

dante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio.

Dichas excepciones a la regla de interrupción de la prescripción están fundadas en la prevención de conductas reprochables desde todo punto de vista, que tienden al abuso de la disposición por parte de los deudores y, en materia laboral, en una protección especial para el trabajador que acude a tiempo a reclamar sus derechos y que realiza todas las acciones que están a su alcance para lograr la notificación de la demanda, por lo que no se le puede sancionar con la prescripción, a pesar de haber actuado diligentemente (Corte Suprema de Justicia, 2014).

En sentencia de casación de la Sala Civil de la Corte Suprema en 1976, se estudia una situación similar. En proceso de filiación extramatrimonial *post mortem*, el demandante, quien interpuso demanda antes de los dos años siguientes al fallecimiento, de manera diligente trató de notificar a todos los herederos como extremo pasivo en el término de los 120 días. No obstante, al estar ubicados dos de ellos en Montería, se comisionó por parte del juzgado de conocimiento para que este procediera con la notificación en dicha ciudad. El citador informó que acordó con una de las demandadas que al día siguiente esta se presentaría al despacho para notificarse personalmente. Llegado el día siguiente, la demandada no asistió.

El citador se desplazó dos veces a notificar a la interesada a su dirección, pero en la última oportunidad le dijeron que ya no vivía allí y que se había trasladado de ciudad.

Sospechosamente, al cumplirse los dos años desde el fallecimiento del causante, tiempo en que caducaba la acción de filiación con efectos patrimoniales, sin haberse desplegado actividad adicional del demandante, todos los demandados corrieron a notificarse del auto admisorio, alegando en sus contestaciones la caducidad. Precisamente, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, determinó:

Situaciones como la antes relatada, que se han vuelto frecuentes, obligan a la Corte, con urgencia nacida de la equidad, a precisar su doctrina sobre el plazo de caducidad (...)

Partiendo de que nadie está obligado a lo imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*), la Corte, meditando nuevamente sobre la inteligencia que debe darse al precepto comentado, llega a la conclusión de que, si ejercitado oportunamente el derecho de acción con la presentación de la demanda, la notificación del auto admisorio de esta, sin culpa posterior del demandante, se hace vencido el bienio a que la ley se refiere en la norma mencionada, entonces la sola presentación del libelo en tiempo tendría el efecto de impedir la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad. Proceder de otro modo sería cohonestar el fraude premiando al demandado que se oculta o que intencionalmente estorba que se le notifique en tiempo el auto admisorio.

Estos ejemplos sirven como muestra de la frecuencia con que se puedan presentar casos similares y la necesidad de que los magistrados argumenten algo que debería estar contemplado en la norma y claro desde la protección del principio de la buena fe y lealtad procesal.

La figura de la preclusión sirve para proteger estos principios y las expectativas de la defensa procesal para garantizar un debido proceso. Justamente aquí se tiene la expectativa de que el demandado actúe de manera racional (Gandulfo, 2005), pero si incumple la expectativa y luego lo alegara a su favor, estaríamos contrariando el sentido del principio general del derecho *venire contra factum proprium non valet*: nadie puede alegar su propia culpa a su favor. En palabras de Charles Fried (1996):

Si se crea una expectativa para que una persona actúe conforme a ella, es una especie de trampa alegar posteriormente que la actuación de la otra persona a la que indujo a actuar así se constituya como una violación a los derechos propios.

## **Medidas cautelares y su consumación**

El hecho de poder registrar con éxito una medida cautelar, actividad fundamental previa a la notificación, también es un obstáculo poco estudiado y tenido en cuenta por la doctrina y por la jurisprudencia, pero que representa

un verdadero límite a la celeridad en la notificación dentro del año siguiente a la admisión.

Todo esto, entendiendo la finalidad de las medidas cautelares, ya que no tiene ninguna estrategia notificar sin haber consumado el registro de la medida; de lo contrario, daría lugar a que el demandado corriera a insolventarse y a convertir la sentencia en un documento ilusorio, causando así más males de los ya provocados por este, que con su actitud ha llevado a que se le demande (Forero, 2014).

Por algo el legislador excluyó el desistimiento tácito (artículo 317 del CGP) cuando esté pendiente la consumación de las medidas cautelares, toda vez que no es lógico exigirle al demandante que notifique so pena de desistimiento, cuando dicho acto iría en contravía de sus intereses.

Los factores que convierten la consumación de las medidas cautelares en verdaderos obstáculos para notificar en el tiempo exigido pueden ser:

- **Demora en el registro**

El principal problema se presenta en el registro de la medida, que se explica cuando el juez expide un oficio dirigido a la entidad donde se encuentre inscrito el bien para que se realice su inscripción y una vez inscrito, es decir, hecha la anotación de la existencia del proceso, el registrador devuelve el oficio al juez junto con un certificado sobre la situación jurídica del bien (Parra, 2010).

El acto de registro es un acto complejo donde intervienen varios funcionarios de la oficina de registro; siendo tan complejo, había un contrasentido en la antigua norma (Decreto 1250 de 1970): se le asignaba un término de tres días que obviamente no se cumplía y alargaba más el proceso. Con la nueva norma, este término desapareció, pero no solucionó el problema de la demora (Arévalo, 2014).

- **Errores en registro**

En el artículo 59 de la Ley 1579 de 2012 se contempla la posibilidad de que en la inscripción puedan cometerse errores que no modifiquen la situación inscrita y que se pueden solucionar de manera sencilla de oficio por errores aritméticos, redacción u ortográficos.

Pero si involucran la situación jurídica del inmueble, esta corrección debe realizarse vía administrativa por revocatoria directa, lo que implica aún mucho más tiempo en la inscripción, afectando así la posibilidad de que el demandante pueda notificar a tiempo por errores no imputables a él, como cuando el despacho expide un oficio con faltas que la Oficina de Registro no aceptará.

- **Cese de actividades de las oficinas de registro.**

No es un secreto que las oficinas de registro salen a paro con cierta frecuencia, y la duración de estos no es corta: por ejemplo, el de 2019 duró tres semanas, afectó al gremio inmobiliario y al sector justicia, y en los dos años anteriores habían cesado varias veces sus actividades (Dinero, 2019).

### **¿Por qué esta carga resulta desproporcional y vulnera el principio de acceso a la administración de justicia? Una analogía frente al caso de la nulidad del auto admisorio C-227 del 2009**

Analizado ya el tema de las cargas procesales, procedemos entonces estudiar el tema de la proporcionalidad de estas entre los bienes jurídicos que protegen y las sanciones por su incumplimiento.

Esas cargas deben ser proporcionales con los fines constitucionales. Para ello será preciso evaluar si la carga procesal de no interrumpir la prescripción por la falta de notificación en tiempo persigue una finalidad compatible con la Constitución, si es adecuada para la consecución de dicho objetivo y si hay una relación de correspondencia entre la carga procesal y el fin buscado, de manera que no se restrinja severamente o en forma desproporcionada algún derecho constitucional (Revista Faceta Jurídica, 2016).

La Corte Constitucional, en demanda de constitucionalidad contra el artículo 91, numeral 3, estableció que dicha carga impuesta resultaba desproporcional a la luz de los criterios de ponderación, por lo cual declaró la exequibilidad condicionada de la norma, bajo el entendido de que fuera el demandante quien diera lugar a la nulidad. El artículo 91, numeral 3, del Código de Procedimiento Civil contemplaba:

Artículo 91. No se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad en los siguientes casos: (...) 3. Cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda.

Desde ese momento (1970) hasta 2009 se consagró una configuración automática y objetiva de la ineficacia de la interrupción de la prescripción: solo bastaba con la declaración de nulidad, sin más razones, para atribuirles las consecuencias al demandante y su actuar diligente.

No obstante, la Corte hizo un estudio y declaró la exequibilidad condicionada, estableciendo que no puede declararse la ineficacia de la interrupción si no existe un error exclusivamente imputable al demandante, quien obviamente se equivoca al momento de presentar la demanda, pero existe igualmente una equivocación del juez, quien no la rechaza, e incluso del mismo demandado, quien no la alega a través de la excepción previa (Sanabria, 2011). La Corte manifiesta lo siguiente:

La consecuencia procesal que la norma impugnada hace recaer sobre el demandante diligente resulta desproporcionada cuando el error en la selección de la competencia y/o la jurisdicción no le es imputable a él de manera exclusiva, sino que puede ser el producto de múltiples factores, que escapan a su control, como pueden ser las incongruencias de todo el engranaje jurídico, o las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales existentes en materia de competencia y jurisdicción, y, sin embargo, la carga y censura procesal solo se imponen a él.

En efecto, la implícita inclusión del demandante diligente en el ámbito de los destinatarios del precepto acusado vulnera varios de los elementos que estructuran la dimensión material del contenido múltiple

y complejo, que conforme a la jurisprudencia se adscribe al derecho de acceso a la justicia. Se vulnera su derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el derecho a que ese despliegue de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo, y el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones (Corte Constitucional, 2009)

Su principal argumento consistió en la conclusión de la desproporcionalidad de las cargas, luego de ponderar así:

Para determinar si esas cargas impuestas al demandante son desproporcionadas como lo señala el demandante, corresponde indagar *(i)* si la limitación que introduce el contenido normativo acusado persigue una finalidad que resulta acorde con el ordenamiento constitucional; *(ii)* si la configuración normativa que contiene dicha limitación es potencialmente adecuada para cumplir el fin estimado, y *(iii)* si hay una proporcionalidad en esa relación, en el sentido que la limitación no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada (Corte Constitucional, Sentencia C-662, 2004).

Luego de concluir que:

- El límite exigido de presentar demanda en tiempo resulta ajustado al fin perseguido de la seguridad jurídica y la certeza en las obligaciones.
- La carga del cumplimiento de requisitos de demandar y notificar en tiempo contribuye a la consolidación de ese fin.
- La carga de acertar en el juez competente protege esencialmente el principio del juez natural.
- Los efectos del incumplimiento de la carga impuestos al demandante resultan ser adecuadas para el fin que el legislador se propuso.
- La medida que establece el precepto acusado encubre una sanción (la pérdida del derecho de acción) que se muestra como razonable a la luz de los argumentos esgrimidos.



Sin embargo, establecen que en virtud de la forma indiscriminada y genérica como está prevista la sanción, esta se impone también al demandante diligente que ha ejercido su acción jurisdiccional en tiempo, que no ha dado lugar a la declaratoria de la nulidad y que, sin embargo, debe soportar un menoscabo desproporcionado de sus derechos, igualándolo al demandante negligente.

Haciendo un traslado de dicho argumento a la evaluación de nuestra carga (notificación en el término de un año), es sencillo afirmar que también se impone una sanción de una forma indiscriminada y genérica, pues incluye tanto al demandante juicioso como al negligente.

Dicho argumento constitucional fue recogido por los redactores del Código General del Proceso, quienes en el artículo 95 establecieron esa salvedad:

Ineficacia de la interrupción de la nulidad. #5. Cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda, o del mandamiento ejecutivo, siempre que la causa de la nulidad sea atribuible al demandante.

Aunque el caso expuesto se refiriera al tema de nulidades, tiene una identidad de razón (Cárdenas, 2009) para aplicarse a este caso en concreto, toda vez que estudia una carga distinta de la nuestra, carga que vimos más arriba. Además, fue objeto de nuestro análisis y evaluación la carga de la notificación en tiempo, que a la larga se refiere a la misma infinidad de situaciones que se le atribuyen al demandante y que no son atribuibles a su comportamiento.

En nuestro caso de la notificación, vulnera el acceso a la administración de justicia, por incumplir la garantía de no terminar la actividad jurisdiccional con una decisión de fondo. Y esto es así porque, a pesar de las controversias doctrinarias, el mismo Código Civil contempla las obligaciones naturales como obligaciones civiles extinguidas por la prescripción; aquí se podría pensar que se acoge el pensamiento según el cual lo que extingue la prescripción es la pretensión misma, mas no el derecho. Y en ese sentido, podríamos decir que el demandante a quien se le declara la prescripción aún tiene la posibilidad de recuperar su crédito bajo el amparo de las obligaciones naturales y, por lo tanto, no se le ha resuelto de fondo su conflicto.

## Crítica a la aplicación de criterios objetivos para evaluar la interrupción o la inoperancia

Aunque a estas alturas pueda resultar lógico afirmar la necesidad y obviedad de la aplicación de un criterio subjetivo para decidir sobre la interrupción de la prescripción o inoperancia de la caducidad, no es doctrina pacífica: la legislación lo omite, la doctrina calla y la judicatura ha optado por asumir un criterio objetivo por el mero paso del tiempo. Como dice Fernando Canosa (2017, p. 76):

Hoy día se aplican criterios meramente objetivos, pues es suficiente que transcurra el término de un año sin que la notificación se realice para que obre la prescripción, si es que no se logra notificar al demandado antes que transcurran los términos de prescripción previstos en la ley sustancial. Es decir que solo se requiere el transcurso del tiempo mencionado y nada más

Esto desconoce varios puntos ya revelados:

- Resulta ser una carga desproporcionada sancionar al demandante acucioso e incluirlo en el mismo costal del negligente.
- Por analogía con el artículo 95, numeral 5, del CGP, al existir identidad de razón entre ambas, se puede aplicar un criterio subjetivo a las situaciones que dieron lugar a que el demandante no notificara en tiempo.
- Por la jurisprudencia existente, que no ha sido poca ni reciente, y que ha expuesto argumentos como:

Partiendo de que nadie está obligado a lo imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*), la Corte, meditando nuevamente sobre la inteligencia que debe darse al precepto comentado, llega a la conclusión de que, si ejercitado oportunamente el derecho de acción con la presentación de la demanda, la notificación del auto admisorio de esta, sin culpa posterior del demandante, se hace vencido el bienio a que la ley se refiere en la norma mencionada, entonces la sola presentación del libelo en tiempo tendría el efecto de impedir la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad. Proceder de otro

modo sería cohonestar el fraude premiando al demandado que se oculta o que intencionalmente estorba que se le notifique en tiempo el auto admisorio.

Pero cuando es palmario que no obstante la diligencia del demandante, y a pesar de haberse presentado en tiempo la demanda, la notificación no pudo realizarse oportunamente, ya sea porque los demandados se ocultan, se ausentan del lugar donde se adelanta el proceso o porque la eluden o dificultan de alguna manera, entonces la notificación por fuera de tiempo no alcanza a generar la caducidad de los efectos patrimoniales, desde luego que esa tardanza tiene su génesis en actos u omisiones de los demandados en desidia o morosidad culpable de los funcionarios que deben realizar la notificación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1976).

En sentencia de 2005, la Corte Suprema ha señalado que:

Consideramos que a determinar su alcance también era pertinente tener en cuenta el criterio subjetivo, es decir, aquel que exige examinar, entre otros aspectos, los relacionados con la permanencia del expediente en el despacho, la actividad desplegada por los demandantes, así como las actuaciones efectuadas por los encargados de adelantar las diligencias enderezadas a poner en conocimiento de los demandados la providencia admisoria de la demanda, sobre todo si el texto de la disposición que se hizo actuar en este evento no excluía su aplicabilidad, con apoyo en la indudable existencia de algunos hechos que no fueron enteramente imputables a los impugnantes en revisión, tales como la tardanza en elaborar el despacho comisorio para notificar a la contraparte y la que se dio en el trámite de la devolución del mismo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2005).

Y más adelante dice:

No es dable hacer, a rajatabla, un escueto cómputo objetivo, sino que es forzoso efectuar otra serie de consideraciones encaminadas a indagar las reales circunstancias que pudieron haber impedido lograr la vinculación de la parte demandada en el plazo contemplado en esa

norma; estimo, entonces, que es de esa manera como se puede evitar, en el examen de cada caso, que de modo involuntario se lleguen a cometer marcadas injusticias (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2010).

Por ende, nuestra propuesta específica está encaminada a invitar a la doctrina, al legislador y a la jurisdicción a aplicar única y exclusivamente un criterio subjetivo en la configuración de la prescripción, atendiendo las circunstancias que hicieron imposible la notificación del demandado en el tiempo estipulado y derivando de dicho análisis las consecuencias a que haya lugar, para abandonar así la vieja costumbre de aplicar un criterio objetivo como el mero desgranar de los días para entenderse consumada la prescripción o caducidad.

Como dice el gran jurista Fernando Hinestrosa (2006, pp. 237-238) cuando escribe sobre las tendencias que deben regir a la prescripción en el siglo XXI:

La cuarta tendencia es (...) poner en tela de juicio la afirmación pacífica de que basta la inercia para consumir la prescripción o permitir su alegación, o sea pretender que aquella sea el resultado de una valoración ponderada del comportamiento de los dos sujetos de la relación.

## Conclusiones

Hemos podido desentrañar el sentido del principio del libre acceso a la administración de justicia y lo que implica en relación con la aplicación de la prescripción y la forma de interrumpir la misma.

Cuando analizamos las cargas de la interrupción de la prescripción, encontramos que muchas de ellas no se podrían aplicar indiscriminadamente porque son actuaciones de otras partes procesales o de terceros, y no resulta proporcionado atribuirle una sanción al demandante por no cumplir la carga a sabiendas de que ha actuado de manera diligente.

Al entender, entonces, la injusticia inherente a esta situación es necesario que se haga un llamado al operador jurídico, con el fin de observar la prescrip-

ción como un fenómeno con distintas causas, que no se pueden cargar siempre en la espalda del demandante, sino que debe entender que el proceso es el resultado de las actuaciones, bien o mal intencionadas, de todos los actores, y que su juicio siempre debe ser ponderado para lograr la justicia anhelada.

## Referencias

- Arévalo, I. (2014). *El estudio de títulos, el precedente jurisprudencial*. Universidad Externado de Colombia.
- Canosa, F. (2017). *Las notificaciones judiciales en el Código General del Proceso*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Cárdenas, J. (2009). *Introducción al estudio del derecho*. Nostra.
- Carnelutti, F. (2012). *Cómo se hace un proceso*. Editorial Temis.
- Chiovenda, G. (1922). *Principios de derecho procesal civil*. Editorial Reus.
- Cappelletti, M. y Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Fondo de Cultura Económica.
- Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 721 de 2002. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia C-351 de 1994. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-426 de 2002. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia C-207 de 2003. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-662 de 2004. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia C-183 de 2007. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia C-227 de 2009. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-186 de 2017. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia T-341 de 2018. Bogotá.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1948). Sentencia de casación del 11 de mayo de 1948

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1976). Sentencia del 19 de noviembre de 1976. MP doctor Germán Giraldo Zuluaga. G. J. Tomo CLII.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2005). Sentencia del 20 de septiembre del 2005, expediente 7814. MP Silvio Fernando Trejos Bueno.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2010). Sentencia del 4 de agosto de 2010, expediente 11001 0203 000 2007 01946 -00. MP Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (2014). Sentencia 8716 de 2014.

Dinero. (2019). Se levantó el paro en Instrumentos Públicos. *Dinero*. Recuperado de

<https://www.dinero.com/edicion-impres/pais/articulo/paro-en-las-oficinas-de-instrumentos-publicos/279180>

Gandulfo, R. (2005). La aplicación del principio *venire contra factum proprium non*

*valet*. Un caso de vulgarismo jurídico. *Revista Chilena de Derecho*, 32(2), 363-374.

Giorgi, J. (1909-1913). Teoría de las obligaciones en el derecho moderno expuesta conforme a la doctrina a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc. *La Revista de legislación*.

Goldschmit, J. (1925). *Principios generales del proceso*. Buenos Aires.

- Guerra, R. (1873). *Derecho del código: sea el Código Civil del distrito puesto en forma didáctica*. Imprenta de J. M. Aguilar Ortiz.
- Hinestrosa, F. (2006). *La prescripción extintiva*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Forero Silva, J. (2014). *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*. Editorial Temis
- Fried, Ch. (1996). *La obligación contractual. El contrato como promesa*. Editorial Jurídica de Chile.
- Lagrange, E. (1870). *Manual de derecho romano, explicación de las instituciones de Justiniano, preguntas respuestas*. Librería de Victoriano Suárez.
- Laurent, F. (s. f.). *Principios de derecho civil*. J. B. Gutiérrez.
- Ledesma, J. (2003). *Teoría de las obligaciones*. Biblioteca Jurídica Diké.
- Ospina Fernández, G. (2005). *Régimen de las obligaciones*. Editorial Temis.
- Palacio, E. (2003). *Manual de derecho procesal civil*. Editorial Abeledo Perrot.
- Parra, J. (2010). *Derecho procesal civil*. Lee Lemoine Editores.
- Ramírez Torrado, M. y Illera Santos, M. J. (2018). El acceso a la justicia: una institución jurídica de amplio espectro. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21(42), 91-109.
- Romano, S. (2002). *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Editorial Comares.
- Romero, A. (2000) La caducidad por incumplimiento de cargas procesales. *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Pontificia Católica de Chile.
- Sacipa, J. (2016). *La duración razonable del proceso civil y la nulidad de pleno derecho en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de <https://cutt.ly/uwPc9Mw>.

Sanabria, H. (2011). *Nulidades en el proceso civil*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Valencia Zea, A. (1995). *Derecho civil*. Editorial Temis.



## Capítulo 4

# Decisión judicial y sistemas jurídicos

Yuliana Cañas Bedoya<sup>1</sup>, Iván Monsalve García<sup>2</sup>

### Resumen

En este capítulo, se analiza la lógica con lo que se han determinado decisiones judiciales, desde los aportes dados por Aristóteles, quien propuso dentro de su trabajo de lógica tres principios, sin los cuales no podría darse un juicio. Abordaremos un estudio sobre los principios dado por el profesor Eduardo García M., realizando una adecuación de ellos en el campo jurídico de la actualidad, donde esta investigación definirá la aplicación de los mismos exclusivamente para la actividad judicial.

Cabe resaltar que la tarea principal será darle la relevancia a la argumentación al momento de solucionar un caso y dar sentencia que pueda, dentro del proceso, ser “esta razón suficiente” para que el juicio sea plenamente verdadero. La tarea en mención del juez no es sencilla, pues no consistirá solo en la simple aplicación de la ley, sino por el contrario requerirá de un ejercicio interpretativo, de esa regla que le dará solución al caso, sin que se aleje de la garantía constitucional, donde el juez deberá manifestar en un lenguaje natural con la lógica que permita dejar en el auditorio o la comunidad una validez del argumento, que tenga fuerza y aceptabilidad.

Abordaremos los sistemas jurídicos, a fin de dar una profundización a la cadena de precedentes que han formado la lógica jurídica y de la cual se fundan decisiones judiciales, modelos uniformes, que resultan ser algo complicados ante las diferencias de culturas, políticas, sociales, etc., existentes entre cada país. Bajo el esquema *common law* la fuente exclusiva del derecho es la ley, diferente del *civil law*, que para estas decisiones constituyen un verdadero debate de derecho.

---

1 Corporación Universitaria Americana. Pregrado de Derecho. Integrante del semillero de Derecho privado. Correo: Canasyuliana3517@americana.edu.co

2 Corporación Universitaria Americana. Pregrado de Derecho. Integrante del semillero de Derecho privado. Correo:monsalveivan6360@americana.edu.co

**Palabras clave:** lógica; sistemas jurídicos; principios; decisión judicial.

## Introducción

¿Cómo logran los jueces con la interpretación de las normas jurídicas llegar a una argumentación, obtener la conclusión y dictar la sentencia?

Las diferentes interpretaciones judiciales que nos hacen reflexionar sobre el ordenamiento jurídico y sobre los diseños argumentativos adecuados a la propuesta de reforma al Código civil, permiten sustentar desde una de las teorías del derecho, un modelo interpretativo del orden normativo tomando para ello la denominada pirámide kelseniana. A partir de las importantes reflexiones metodológicas y hermenéutico-dialécticas sobre la dinámica y los alcances de la decisión judicial, tomaremos la fundamentación de la decisión judicial, derivada de la relación democrática que debe existir entre el juez y su entorno, en el Estado de derecho constitucional y democrático, el juez está adecuando la justicia al caso concreto. La actividad judicial no es el resultado de una deducción lógica, sino que aparece como el resultado de la confrontación de diferentes argumentos.

Cada caso en general, puesto en conocimiento del juez, es un tema que siempre ha fascinado a los abogados. Sin embargo, muchas de las construcciones teóricas elaboradas por el juez parecen estar alejadas de la realidad fáctica y jurídica, impidiendo de esa manera la obtención de justicia. Estos en sus decisiones elaboran un lenguaje de difícil comprensión y confunden, lo cual es contrario a una práctica justa del derecho. La forma clara y precisa que establece el derecho privado para la interpretación judicial de las normas, resaltando las amplias facultades que disponen los jueces, pero sin dejar de lado los límites que deben respetar, hace que no se puede negar que el derecho lo crean los jueces mediante la práctica judicial.

Las diferentes escuelas jurídicas como el *common law* y el *civil law* nos hacen reflexionar sobre el ordenamiento jurídico y sobre los diseños institucionales adecuados a una propuesta de reforma del Código civil colombiano. Este capítulo del libro desarrolla en dos grandes acápitos, el primero una lógica de los sistemas jurídicos y la segunda la decisión judicial.

## Metodología

En la investigación propuesta desde el semillero de investigación se ha planteado una metodología hermenéutica dialéctica, para lo cual se hace un estudio de la institución procesal denominada decisión judicial, frente a la estructura de los sistemas jurídicos vigentes, ello permite observar como la decisión se convierte en una fuente creadora de derecho, de acuerdo con los nuevos postulados presentados en los diferentes sistemas jurídicos. Se requiere, por tanto, interpretar, comprender y proponer, todo dentro de una propuesta de reforma al Código Civil colombiano.

## Desarrollo

### Lógica de los sistemas jurídicos

En el presente capítulo de esta investigación se abordarán dos temas que son necesarios para el desarrollo de los apartes finales de este trabajo. Esos temas son la lógica jurídica en la decisión de los jueces y los sistemas jurídicos. El primero de ellos basa su importancia en la tradición del derecho, en la cual se ha sostenido que el trabajo judicial (del aplicador) parte del uso de la lógica, para muchos la lógica tradicional, pero se considera desde esta investigación que ya no se trata de la lógica jurídica clásica, sino que debe pensarse en la aplicación de otra forma como lo es la *fuzzy logic* (lógica difusa). El juez en sus decisiones va más allá del simple silogismo, va más allá de la subsunción normativa, en la actualidad se habla de un modelo distinto en la aplicación del derecho y es el denominado *balancing*.

Y el tema de los sistemas jurídicos cobra importancia dado el cambio que se ha venido presentando en Colombia en los últimos años, donde la jurisprudencia ha alcanzado un estatus diferente al planteado bajo el esquema del *common law*, en el cual la fuente exclusiva del derecho es la ley. A diferencia del *civil law*, para este las decisiones judiciales constituyen un verdadero derecho. La propuesta de varios autores colombianos tiende a establecer este modelo dándole verdadera fuerza creativa a la jurisprudencia, además de dotarla de fuerza vinculante.

## • La lógica de la decisión judicial

La lógica tradicional parte de los aportes dados por Aristóteles, quien propone dentro de su tratado de la lógica tres principios, sin los cuales no podía entenderse el juicio. Estos principios son: el de contradicción, el tercero excluido, principio de identidad. Se advierte que existe un cuarto principio llamado de razón suficiente. Con estos principios se ha tratado de dar explicación a situaciones o juicios lógicos, pero es viable su aplicación al campo jurídico o requerirán una modificación para su correcta aplicación.

El profesor Eduardo García Máynez (2010), en el libro *Introducción a la lógica jurídica*, presenta un estudio sobre estos principios, realizando una adecuación de ellos al campo jurídico, denominándolos principios lógico jurídicos, centrando su estudio en la validez de las normas. Y los cuales presenta de la siguiente forma:

Todo objeto del conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo (principio ontológico jurídico de identidad); 2. Ninguna conducta puede hallarse, al mismo tiempo, jurídicamente prohibida y jurídicamente permitida (principio ontológico jurídico de contradicción); 3. La conducta jurídicamente regulada solo puede hallarse prohibida o permitida (principio ontológico jurídico de exclusión del medio); 4. Lo que está jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido (fundamento ontológico del derecho al cumplimiento del propio deber); 5. Lo que estando jurídicamente permitido no está jurídicamente ordenado puede libremente ejecutarse u omitirse (fundamento ontológico del derecho de libertad) (García Maynez, 2010, p. 155).

Para efectos de esta investigación se partirá de estos y se estudiarán si son aplicables o no al mundo jurídico, teniendo presente que se observará de manera exclusiva la actividad judicial, esto es el juicio que realiza al momento de proferir la sentencia. También se tomarán algunos ejemplos de sentencias, en los cuales la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado algunos de estos principios, o si por el contrario la Corte ha utilizado un sistema diferente para la solución de los casos planteados.

De los principios lógicos enunciados puede percibirse, conforme a su importancia dentro del campo jurídico y la relevancia de la argumentación a la

hora de solucionar un caso, que el principio de razón suficiente es esencial en el ejercicio que realiza el juez, es decir en el juicio que realiza dentro del proceso judicial para producir la sentencia. “Esta razón es ‘suficiente’ cuando basta por sí sola para servir de apoyo completo a lo enunciado, cuando, por consiguiente, no hace falta nada más para que el juicio sea plenamente verdadero” (García Maynez, 2010, p. 122). Lo cual se traduce en el ámbito jurídico en que toda norma requiere de un fundamento para su existencia, y cuando aquí se habla de norma, ha de entenderse dentro de esta la decisión judicial (la sentencia), la cual requiere ser fundamentada para que cumpla con los requisitos consagrados en la constitución y en el ordenamiento jurídico procesal.

Al hablar de fundamento, se hace referencia a la exigencia de motivación, en la cual el juez debe exponer las razones fácticas y jurídicas por las cuales se toma la respectiva decisión. Esta motivación debe ser coherente con el fallo producido, es decir, se requiere al tener una relación directa, servir de verdadero soporte a lo resuelto. En caso de producirse una contradicción entre lo motivado y lo resuelto, el juez habrá violentado principios como el acceso a la tutela judicial efectiva y el debido proceso (congruencia procesal). Esta última situación iría en contravía al principio de identidad, dado que el juez no puede exponer una situación contradictoria entre los fundamentos y el resuelve. Entre la motivación y lo resuelto debe existir un criterio de unidad.

Como la tarea del juez no consiste en una aplicación sencilla de la ley, sino por el contrario, requiere de un ejercicio interpretativo, del cual se desprende una regla para la solución del caso, debe el juez en una mayor medida exponer las razones de la decisión, con el fin de que la parte afectada por la misma pueda entrar a controvertir su decisión si esta no logro su cometido (convencer) frente a esa parte. Cabe anotar:

El intérprete -puntualiza el profesor De Otto- no utiliza un modelo de raciocinio que le conduzca a la solución preexistente, sino que ese modelo le conduce a la adopción de la decisión, no se limita a penetrar en el texto para saber lo que este decide y operar en consecuencia, sino que el método de la interpretación le conduce a adoptar una solución concreta, entre las múltiples que el texto le permitiría (Sánchez, 2014, p. 459).

Lo que realiza el juez es dar solución a una duda que se presenta al momento de dar aplicación a una norma, y para ello se hace indispensable motivar en forma adecuada su decisión, señalando la alternativa escogida para ello. Debe recordarse que una solución propuesta es decantada de varias posibles, al juez no se le presentan soluciones únicas, un caso puede tener varias alternativas para ser resuelto, el juez escoge aquella con que se siente más convencido (el orador debe estar convencido de su argumento para poder transmitir ese convencimiento al auditorio), en el sentido de creer que es el más correcto para el caso en discusión.

Los principios lógicos deben ser analizados en situaciones diferentes a la producción de la sentencia. En la creación de la norma sí es importante que se cumpla con estos principios, porque tal como se anotó antes no es posible la existencia de una norma que a la vez permita y prohíba un determinado comportamiento o conducta. Pero en el caso judicial al juez se le pueden presentar contradicciones aparentes que solucionara a través de la argumentación. Con ello se da cabida a posiciones que desde la lógica clásica no es permitido, pero a la hora de elaborar el juicio, dada la explicación respectiva y esta sea suficientemente fuerte pueda ser tomada como válida.

La validez de un argumento está dada por la fuerza que tenga el mismo y por su aceptabilidad en el auditorio, o si se quiere usar un término diferente, para la comunidad, como se anunciado antes en esta investigación.

Es por ello que “El Tribunal Constitucional puede verse precisado a seleccionar la interpretación más conforme con los derechos fundamentales ya en ejercicio de competencias relativas a los procedimientos específicamente diseñados para su protección, invoca en el ejercicio de las atribuciones referentes al examen de la compatibilidad de ley con la Constitución” (Sánchez, 2014, p. 504).

Las premisas presentadas por las partes y su carga argumentativa generan en el juez la posibilidad de poder seleccionar aquella más fuerte, esto desde el punto de vista argumentativo, porque finalmente es esta la que puede convencer de la misma forma a las partes (auditorio) que intervienen en el proceso, bien sea que se trate de un trámite ante los jueces de la jurisdicción ordinaria, o de la jurisdicción constitucional.

Pero en la construcción del argumento fuerte, no cabe duda, deben tenerse presentes los criterios lógicos, bien sea se trate de la lógica tradicional, la lógica simbólica o la lógica difusa. Una correcta aplicación de estos elementos permite la formación de un argumento lo suficientemente fuerte para lograr el convencimiento del auditorio. La lógica se convierte en ese mecanismo de apreciación y evaluación del raciocinio, en este caso judicial. La aplicación de la lógica logra diferenciar los argumentos buenos de los argumentos malos, por ejemplo, si un argumento no cumple con el principio de razón suficiente, el argumento no lograra obtener su fin, para poder convencer.

Es por ello que para quien lee una decisión judicial deben encontrarse con claridad los argumentos fácticos y jurídicos y en una perfecta correlación con la conclusión planteada en la decisión. Bajo esta premisa se entiende que el argumento es verdadero (bueno), pero si no hay correlación el argumento no puede ser calificado como verdadero, será calificado como malo, este no cumple con el fin propio de la argumentación, convencer.

El juez realiza el ejercicio lógico tomando como punto de partida los argumentos expuestos por las partes, de allí él saca sus primeras conclusiones para luego verterlas en sus propios argumentos. “La inferencia es una actividad en la que se afirma una proposición sobre la base de otra u otras proposiciones aceptadas como el punto de partida del proceso. Al lógico no le concierne el proceso de inferencia, sino las proposiciones iniciales y finales de ese proceso y las relaciones entre ellas” (Irving, 2001, p. 17).

De lo anterior se puede afirmar que el juez realiza las inferencias a partir de las proposiciones presentadas, acogiendo una de ellas como aceptada y punto de partida para el proceso lógico de la decisión. Pero, además, debe entenderse que dentro de la lógica el argumento obedece a un conjunto de proposiciones o enunciados de los cuales se derivan otros.

Todo argumento tiene una estructura, en cuyo análisis usualmente se emplean los términos ‘premisa’ y ‘conclusión’. La conclusión de un argumento es la proposición afirmada basándose en las otras proposiciones del argumento y estas otras proposiciones que se afirman como fundamento o razones para la aceptación de la conclusión son las premisas de ese argumento (Irving, 2001, p. 18).

Continuando con el planteamiento del profesor Irving cabe citar:

Toda proposición puede ser premisa o conclusión, dependiendo del contexto. Es una premisa cuando se presenta en un argumento en el que se le supone para demostrar alguna otra proposición, y es una conclusión cuando se presenta en un argumento que pretende demostrar basándose en las otras proposiciones (Irving, 2001, p. 19).

Lo anterior, observado desde la decisión judicial, sirve para anotar que la *ratio decidemdi* es el punto de arranque o inicio para posteriores decisiones, esto se convierte en premisa para la obtención de una nueva conclusión. Esa premisa (*ratio decidemdi*) es lo que se denomina hoy día precedente judicial, esto es el punto vinculante desde el cual se debe arrancar para la solución de casos similares. La premisa de que se habla es llamada en distintas sentencias de la Corte Constitucional: regla particular o norma particular. Es importante decir lo siguiente:

La Constitución es *norma normarum* ordenadora de las fuentes del derecho, pues de una parte, determina los órganos y los procedimientos encargados de la producción jurídica y, de otra parte, establece las fuentes normativas, es decir, las categorías básicas a través de las cuales se manifiestan los órganos creadores y las relaciones entre las distintas categorías en virtud de la jerarquía o de la competencia; al mismo tiempo, la Constitución es fuente del derecho en la medida en que regula determinadas materias y establece contenidos superiores. (Sánchez Sánchez, 2014, p. 523).

- **Un acercamiento a los sistemas jurídicos**

Colombia se enmarcó dentro de uno de los sistemas jurídicos provenientes de aquellos países que sirvieron de orientación al ordenamiento jurídico, y ese sistema no es otro que el *civil law*, que tiene unas características, como por ejemplo el imperio de la ley, siendo esta la fuente principal del derecho. Toda la actividad judicial recae en la interpretación de la ley y corresponde solo al legislador la creación de la misma.



El *civil law* es un modelo continental y países como Italia, Francia, Alemania y los países iberoamericanos aceptaron este modelo. Modelo que puede ser visto desde el punto de vista sustancial y desde el punto de vista procesal. Desde el punto de vista sustancial este sistema indica, como se anotó antes, que la ley es la fuente principal, la jurisprudencia es solo un criterio auxiliar en la actividad judicial. Lo anterior significa que solo el legislador hace la ley, incluso es el único con capacidad para hacer una interpretación de la ley con autoridad.

Históricamente, si se piensa en los siglos del derecho común, en la Europa continental no ha existido jamás un modelo homogéneo de proceso civil. Al contrario, la regulación del proceso era extremadamente fragmentada en función de la diversidad de jurisdicciones y de la pluralidad de las fuentes reguladoras del procedimiento, de modo que no había mucho en común, por ejemplo, entre los procesos regulados por el *Code Louis*, por los estatutos italianos, por la praxis de la Rora Romana y de otros Grandes Tribunales, o por las *kammergerichtsordnungen* germánicas (Taruffo, 2006, p. 72).

De la cita anterior también puede verse como en el marco continental el sistema del *civil law* presenta una serie de dificultades que ha llevado a que se piense en un modelo distinto, incluso se ha buscado complementarlo con el modelo anglosajón (*common law*). El sistema continental tiene variaciones en los distintos países donde es aplicado y es mucho más diferente cuando se está en continentes como el europeo y el americano.

Un ejemplo de esta diferencia se encuentra plasmado, verbi gratia, en la figura del precedente. Mientras está a nivel europeo tiene ya una trayectoria amplia, en los países iberoamericanos aparece a partir de finales del siglo XX y principios del siglo XXI, con una reticencia por parte de los jueces para su acatamiento. Otro ejemplo es la jerarquía de las fuentes, donde la principal y única ya no es la ley, sino que a la par de ella está la jurisprudencia; situación que no es muy acogida entre los jueces en muchos países y en concreto en Colombia. Siguiendo al profesor Taruffo en la obra citada, se encuentra:

Como se ve entonces, la idea de un modelo homogéneo del proceso de *civil law* ha sido y sigue siendo una *fictio* conceptual que ha

escondido y confundido la realidad efectiva de los principales ordenamientos de la Europa continental y de los que de algún modo derivan de ellos en Europa y en otras partes del mundo. Se terminó por sobreponer a esta realidad diversificada un modelo teórico unitario que no solo era más bien vago e indeterminado en sus lineamientos fundamentales, sino que además no encontraba correspondencia real en algún tipo de efectiva uniformidad de las regulaciones procesales que pretendía describir (Taruffo, 2006, p. 75).

Un modelo uniforme resulta ser algo complicado antes las diferencias culturales, políticas, sociales, etc., que existen entre cada uno de los países, de ahí que el sistema del *civil law* sea distinto en cada uno de los estados, pero conservan notas características. Por ello no puede quedarse solo en un análisis de la norma sino también del procedimiento.

Todo modelo procesal es una iniciativa que busca un modelo ideal. De ahí que entre más se asemeje a la realidad de cada cultura se considera más eficaz el modelo del país. Desde esta óptica se hace obligatorio encontrar un proyecto cultural partiendo de las falencias y las virtudes de los sistemas. Desde el proyecto cultural es más fácil establecer cuáles normas se estudian, instituciones, principales características, además permite determinar la importancia desde la posición del observador.

En el caso colombiano, a partir de la Constitución de 1991 se ha tomado una serie de ideas de juristas extranjeros y se ha tomado como ejemplo la normativa extranjera, no sin advertir que también se han impuesto normas extranjeras a diferentes países. Todo lo anterior, lleva a que en el orden jurídico interno vayan apareciendo una serie de instituciones que no son propias, como por ejemplo el modelo acusatorio en el cual se varía de una forma profunda el proceso en general, donde la importancia de la palabra escrita se reduce y adquiere trascendencia la palabra hablada, lo cual va en contravía de la realidad académica, no puede desconocerse que al estudiante se sigue preparando bajo los antiguos criterios (lo escrito).

También se observa la prevalencia de la oralidad, ya se trata de un derecho dialogado en forma instantánea, esto es una participación entre las partes y entre estas y el juez, la relación es directa.

Ya no se trata de un esquema positivo, ahora se implementa otro modelo, que en esta investigación se ha optado por el neopositivismo, es decir, buscar el acercamiento de los enunciados jurídicos y la moral. No se trata pues de una aplicación sin el as de la ley, sino de su análisis con elementos de justicia y valor.

En el *common law* se encuentran figuras que son llamativas para nuestro ordenamiento, como el denominado precedente judicial y con él la fuerza vinculante que debe tener, además el reconocimiento de la jurisprudencia como una fuente creadora de derecho. Sin embargo, este sistema también ha tenido variaciones y ha recogido algunas notas del *civil law*.

En el tradicional modelo *adversarial* del proceso, la figura del juez era la de un 'árbitro pasivo', de un *umpire* desinformado y desinteresado, a más que neutral, que tenía la única y exclusiva función de asistir al libre enfrentamiento de las partes garantizando su corrección y sancionando los comportamientos *unfair* o ilícitos (Taruffo, 2006, p. 66).

En la actualidad en ese modelo también se observa cómo la figura del juez ha ido cambiando y ahora se aprecia otro tipo de juez, ya no tan pasivo frente al desarrollo del proceso, con poderes que le permiten hacer exigencias a las partes sin que con ello se vulnere la imparcialidad judicial.

## Características de los sistemas jurídicos

Los sistemas jurídicos se aprecian de forma más sencilla a través de los sistemas procesales, señalando que el desarrollo de los mismos obedece a la idiosincrasia de los pueblos, pero están reflejados en los sistemas anglosajón (sistema dispositivo) y el sistema continental (inquisitivo).

### Sistema inquisitivo

Tiene sus orígenes en la *cognitio* romana (procedimiento extraordinario romano) y en el mismo proceso germano. La figura de la *cognitio* consistió en

un proceso veloz y con el cumplimiento de algunas garantías procesales. Operaba cuando la persona era capturada en flagrancia, es decir, no se requería de ningún otro medio de prueba para declarar la culpabilidad.

Este proceso era secreto, por escrito, y la contradicción se encontraba recortada a su más mínima expresión. En aras de dar algunas garantías al sentenciado se permitía la interposición del recurso de apelación, con la finalidad de ser revisado por el superior jerárquico.

En el derecho germano los procesos eran escritos y secretos, además la averiguación de la verdad quedaba en manos de la divinidad, pueden incluirse en este supuesto las ordalías (juicios de Dios), en los cuales los seres humanos eran sometidos a pruebas que en muchas ocasiones eran contrarias a la naturaleza misma. Muchas de estas situaciones pasaron al sistema español y a los estamentos religiosos. En el último caso se buscó mantener a las personas en la fe y recuperar tierras santas.

En este sistema la preocupación central fue la persecución de herejes (blasfemos), prevaleciendo la tortura para la obtención de la confesión, siendo esta la prueba reina. La tortura era, entonces, un acto legal.

Dentro de las principales características de la inquisición pueden citarse las siguientes: dentro del sistema inquisitivo corresponde al Estado adelantar el proceso, está en cabeza del Estado el derecho de acción. En el mismo órgano se confunde la actividad de investigar y de juzgar. Es un proceso secreto incluso algunas veces para los sujetos procesales. Es un proceso escrito la comunicación que se da entre los sujetos procesales. No existe intermediación. El derecho de defensa estaba limitado, no se contaba adecuadamente de ese derecho.

Este sistema fue utilizado por la Iglesia durante la inquisición, además, a manera de ejemplo el art. 66 de la Ley 906 de 2004 muestra una tendencia hacia lo inquisitivo.

## **Conclusiones**

Que el juez a través de las sentencias también crea derecho, de allí la necesidad de introducir una reforma que agrupe, dinamice el derecho y la construc-

ción de una nueva sociedad, donde la aplica de acuerdo con la lectura y la interpretación que les da a los hechos. Donde el precedente judicial se convierte en una nueva fuente del derecho, dándole una importancia al juez, siendo sus decisiones vinculantes y a la vez crean derecho. Siendo así el derecho no resuelve, ni da soluciones a partir de deducciones, solo de argumentaciones, por lo tanto, es mostrar que esa decisión es compatible con los criterios jurídicos aceptados por esa comunidad.

No se puede predicar hoy día la existencia de un sistema procesal de forma exclusiva, ellos se mezclan para darle dinámica al derecho sustancial y procesal.

El juez tiene un papel activo en la creación del derecho, ya no es un simple repeticor de las normas elaboradas por el legislador, rompiendo de esta manera con la antigua propuesta de Montesquieu.

## Referencias

- García Maynez, E. (2010). Introducción a la lógica jurídica. Fontamara.
- Irving, C. (2001). Lógica simbólica. <https://sites.google.com/site/logicaformally2/home/copi-irving-logica-simbolica>
- Sánchez Sánchez, A. (2014). Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia. Ibáñez.
- Taruffo, M. (2006). Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. (B. Quintero, Trad.) Temis.
- Congreso de la República. (1873). Código Civil colombiano. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- Congreso de la República. (2004). Ley 906 de 2004. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html)
- Constitución Política de Colombia. (1991). [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)

## Capítulo 5

# Romper los techos de cristal: las mujeres en el mundo laboral. Una ciudadanía disputada<sup>1</sup>

Adriana Patricia Arboleda<sup>2</sup>, Leidy Catalina Acosta Agudelo<sup>3</sup>,  
Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez<sup>4</sup> y José Eduardo Murillo Bocanegra<sup>5</sup>

### Resumen

La inserción de la mujer al mercado laboral en Colombia es el resultado de la lucha de movimientos sociales que han buscado el reconocimiento y la igualdad de derechos de la mujer, dinámica que es conocida como *feminización* del aumento de la fuerza laboral. En este capítulo se analizarán las acciones sociológicas y jurídicas que han dado lugar a la inmersión de las mujeres en el mundo laboral en el país, a la luz de las luchas de los movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales para establecer los derechos diferenciales de las mujeres como derechos fundamentales con una deuda histórica en el cumplimiento de los mismos, reconociendo las brechas simbólicas que existen para la paridad del derecho entre hombres y mujeres –techos de cristal–. Se resaltan las reivindicaciones históricas logradas por los movimientos sociales en Colombia y las deudas culturales y simbólicas que continúan existiendo. El texto busca evidenciar los avances culturales y jurídicos en los derechos de las mujeres <sup>6</sup>en el mundo laboral, develando las necesidades y próximos pasos para la paridad laboral.

1 Capítulo derivado del proyecto de investigación *Educación Superior Inclusiva en la Corporación Universitaria Americana, sede Medellín*.

2 Abogada conciliadora, doctora en Derecho Procesal Contemporáneo, posdoctora en Derecho de la Universidad Nacional y en Ciencias de la Educación con enfoque en investigación compleja y transdisciplinar de la Universidad Simón Bolívar. Docente investigadora de la Corporación Universitaria Americana, directora del Centro de Conciliación Americana. Correo: aarboleda@americana.edu.co.

3 Administradora de Empresas, maestra en Administración de Negocios Internacionales. Docente investigadora de la Corporación Universitaria Americana. Correo: lcasto@coruniamericana.edu.co

4 Contador público, especialista en Gestión Tributaria, maestro en Administración Empresarial, maestro en Administración de Negocios Internacionales. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Investigador asociado Colciencias 2017-2019 Correo: cecheverri@coruniamericana.edu.co

5 Antropólogo, especialista en Planeación del Desarrollo Social, Master of Arts-Cultural Anthropology. Doctor of Philosophy (Ph. D.) in Business Administration. Docente investigador en la Corporación Universitaria Americana. Correo: jemurillo@americana.edu.co

**Palabras clave:** feminismos, derechos de la mujer, relaciones laborales.

## Introducción

La lucha por el reconocimiento y ejercicio de los derechos sociales, culturales y económicos de las mujeres, dentro de los cuales está el derecho al trabajo, representa históricamente la revolución civil no armada más efectiva y de más largo aliento de la historia, generando prolíficos resultados que los movimientos sociales, principalmente de mujeres, han reclamado, dando consideración a la brecha histórica entre hombres y mujeres y denotando los elementos de orden político, económico, cultural y simbólico que la han cimentado.

Uno de los asuntos que más ha ocupado a los estudios de género es el relacionado con las actividades de las mujeres y su inserción en el mundo laboral, puesto que supone un eslabón fundamental y diferenciador en el acceso pleno a los derechos, así como uno de los lugares donde más se construyen brechas simbólicas y subjetivas que delimitan el goce de los mismo; aun cuando se espera que las oportunidades de acceder a los mercados labores sean equitativas, las mujeres tienen mayor tendencia a permanecer en la pobreza, aunque ingresen al mercado laboral. Las razones son múltiples, pero se expresan a través de un sistema en donde la distribución desigual de las responsabilidades de cuidado establece condiciones desfavorables para el acceso al goce equitativo de derechos y por ende amplía las ya existentes brechas en lo que respecta a la paridad en el mundo laboral.

Acercarse al derecho del trabajo de las mujeres y al conocimiento de los elementos del mercado laboral que han impedido dicha paridad, implica comprender la importancia de la relación entre los sistemas normativos, los contextos sociales específicos y por ende las expresiones simbólicas que rodean el cumplimiento pleno de los derechos, comprendiendo para estos casos, que los sistemas jurídicos no pueden estar aislados del sistema simbólico y cultural, sino adaptarse en forma de medida afirmativa y diferencial, de manera tal que constituyan un alivio a las tradiciones culturales que históricamente han sido desiguales para las mujeres.

Este análisis, contiene una revisión jurídica y sociológica en el que se contemplan las ganancias obtenidas y las acciones afirmativas en función de la

vindicación de los derechos de las mujeres hacia la construcción de escenarios equitativos, haciendo énfasis en la trayectoria de los movimientos sociales en Colombia como actores en la construcción de ciudadanía, una ciudadanía que se construye y se concibe a partir de la equidad como reivindicación pero desde la pugna por la visibilidad y el derecho pleno en todos los escenarios.

## **Hacia la inclusión jurídica de las mujeres en el mundo laboral**

La concepción diferencial de la participación de las mujeres en las esferas de lo público y lo privado, acuñadas por el feminismo, evidencia el reclamo y la necesidad de alejarse de definiciones construidas desde lógicas masculinas, que implican restricciones al reconocimiento y ejercicio de los derechos de las mujeres en los ámbitos privado y doméstico. Gracias a las posturas planteadas desde el feminismo, se logra que:

Las aspiraciones consagradas en el pacto de derechos económicos, sociales y culturales, tales como el reconocimiento de derecho a la alimentación, la vivienda, la educación y el trabajo, hicieran parte de los derechos fundamentales de las mujeres, para que ellas comenzaran a ser partícipes dejando de lado su posición de actoras marginales, de larga duración en el tiempo a causa de un sistema de roles determinado por la diferencia de sexos, que les ha negado por largo tiempo su estatus como agente económicos, y les ha restringido sus oportunidades para el desarrollo de sus talentos y capacidades (Montoya, 2010, p. 259).

La igualdad de género está en el centro mismo de los derechos humanos fundamentales y los valores de las Naciones Unidas, los Objetivos de Desarrollo Sostenible y los pactos internacionales. Uno de los principios fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por los dirigentes del mundo en 1945, es la igualdad de derechos para hombres y mujeres, así como la necesidad de promover la protección y el fomento de los derechos de las mujeres como responsabilidad de todos los Estados del mundo; razón que ha implicado que la discriminación de género esté prohibida en casi todos los tratados de derechos humanos.



Por ello, existen tratados y órganos dedicados a generar condiciones que disuelvan las cargas desiguales y la inequidad de derechos y su cumplimiento para las mujeres. Estos organismos de orden internacional han construido un margen ideal sobre el que reposa la idea de generar medidas específicas que den lugar a la construcción de equidad entre hombres y mujeres; estas medidas han sido nombradas medidas afirmativas y representan las formas jurídicas y simbólicas que permiten garantizar y subsanar las profundas brechas entre los géneros. Algunas de las más importantes, así como los avances normativos y contextuales, son:

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>7</sup>: en esta Convención, que está considerada como la carta internacional de derechos de las mujeres, se define qué es la discriminación contra la mujer y se establece un programa de acción nacional para ponerle fin a la misma. La Convención fue aprobada por las Naciones Unidas en 1979 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: la supervisión de la Convención está a cargo del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, un grupo de 23 personas expertas en los derechos de las mujeres, procedentes de diferentes Estados. Los países que son partes en la Convención deben presentar cada cuatro años informes detallados sobre el cumplimiento de sus cláusulas; el Comité examina esos informes y puede también investigar situaciones de vulneración grave o sistemática de los derechos de las mujeres.

El Relator Especial sobre la violencia contra la mujer: en 1994 las Naciones Unidas decidieron nombrar a un relator especial –experto independiente– que indaga las causas y consecuencias de la violencia contra las mujeres. El Relator Especial investiga y supervisa la violencia contra las mujeres, además recomienda y promueve soluciones para su erradicación.

El Grupo de Trabajo: en 2010 el Consejo de Derechos Humanos creó un grupo de trabajo sobre la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica con el fin de promover la eliminación de las leyes que discriminan directamente a las mujeres y/o tuviesen algún efecto discriminatorio sobre ellas.

7 CEDAW: Committee on the Elimination of Discrimination Against Women

Otras convenciones y tratados internacionales para generar condiciones que disuelvan las cargas desiguales y la inequidad de derechos de las mujeres y su cumplimiento son:

- La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer<sup>8</sup> de 1994.
- El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1999.
- La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995.
- La Declaración y Objetivos del Milenio de 2000.
- La I, II III IV y V Conferencia Mundial sobre las Mujeres, de las Naciones Unidas.
- La Revisión de Beijing: Beijing + 10 de 2005.
- La Conferencia Regional de la Mujer de América Latina y el Caribe, Quito de 2000.
- La transversalización de género en los Objetivos de Desarrollo Sostenible – Agenda de 2030; aquí, dada su importancia, se describe a continuación lo que allí se establece:

Dentro de los indicadores relevantes para la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres, existen aquellos que explícitamente se solicita su desagregación por sexo y aquellos identificados como sensibles al género. Sin duda la desagregación por sexo es esencial para el seguimiento de la participación de las mujeres y los hombres en el desarrollo. No obstante, las estadísticas con enfoque de género son la base de las políticas públicas y son necesarias para monitorear y evaluar su efectividad y eficiencia en la búsqueda por la igualdad de género. Las estadísticas de género se relacionan con todos los campos de la agenda 2030, encargándose de identificar, producir y difundir información que refleje las realidades de las vidas de las mujeres y los hombres, más allá de la simple desagregación de los datos por sexo. Las estadísticas con enfoque de género aportan conocimiento sobre

---

8 Convención de Belem Do Pará

los roles y la distribución de los derechos de mujeres y hombres en nuestras sociedades como, por ejemplo, el control sobre la vida reproductiva y sobre los activos, el derecho a una vida sin violencia, el uso del tiempo y los trabajos no remunerados, por nombrar algunos. Estas son un instrumento fundamental para obtener evidencia y monitorear las causas y efectos de la desigualdad de género (ONU Mujeres, 2018, p. 6).

## Los movimientos sociales de mujeres hacia la reivindicación del derecho al trabajo, una ciudadanía en disputa

Rousseau creía que, por el rol ejercido por las mujeres en el núcleo familiar, estas no podían pensar en el bien común y eran incapaces, por lo tanto, sostenía que debían mantenerse en un estado de pre-civilidad, es decir, eran reconocidas socialmente pero no debían tener derechos y por su propio bien debían permanecer bajo la autoridad simbólica y real de los varones. En contra posición al discurso de Rousseau, en 1772, **Mary Wollstonecraft** escribe el texto *Vindicación de los derechos de la mujer*, considerado como la obra fundacional del feminismo como filosofía política, donde reivindica los derechos de las mujeres y argumenta que si la libertad, los derechos y la ciudadanía se consideran un bien, no hay ninguna razón por la cual excluir a la mitad de la humanidad de ese bien.

Debido a la socialización de género profundamente enraizada que continúa afirmando la esfera privada como el espacio de las mujeres, la segregación ocupacional por género aún existe. Un informe del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) de 2010 indicó que, en Latinoamérica, las mujeres estaban concentradas en cuatro sectores: comercio (30,7 %), educación y salud (22,6 %), servicio doméstico (15,3 %) y actividades básicas (12,1 %). Si bien las mujeres están ingresando a nuevos sectores, aún tienen una presencia predominante en lo que comúnmente se denomina ocupaciones tradicionales. La alta incidencia de los hogares en los que las mujeres son la cabeza de familia ha reforzado ese aspecto, arrastrándolas a empleos de baja remuneración y bajas condiciones de trabajo (Moreno, 2010).

La historia, hegemonicamente escrita por hombres, ha tenido la tendencia de mostrar los avances sociales, políticos y económicos conseguidos por las

mujeres como la causa de un progreso histórico que marcha por sí solo, pero estos avances han sido la lucha de muchas mujeres, que hacen posible hoy gozar de derechos que en el pasado fueron negados.

Reconocer la importancia de los movimientos sociales en pro de la mujer en la reivindicación de los derechos laborales es, en sí mismo, reconocer la larga e inacabada disputa por el reconocimiento de la ciudadanía plena de las mujeres y su lugar protagónico en la sociedad y en el mercado laboral. Es importante establecer que el feminismo, desde su génesis, ha disputado derechos fundamentales que configuran según Line Bareiro (2013), los lugares que implican una ciudadanía, por lo tanto, sin temor a desbordar las opiniones, se puede decir que las luchas feministas han sido esencialmente reivindicaciones que construyen ciudadanías y en este marco de análisis, el trabajo, su acceso y equidad de condiciones en el ejercicio, como derecho fundamental, ha sido de manera directa una lucha por el reconocimiento a la ciudadanía plena, que históricamente ha sido negada para la mujeres e impiden su acceso pleno y equitativo.

En Latinoamérica se deben tomar más medidas para incrementar la participación de las mujeres en los más altos niveles de los sectores económicos y empresariales. Si bien, algunas han accedido a cargos de jefas ejecutivas de grandes empresas y se han movilizado también en algunos sectores como el turismo, agricultura e industria de gas y petróleo, no se ha hecho un análisis sobre la ubicación de las mujeres en los principales sectores de la economía del país donde los hombres dominan los cargos más altos en los principales sectores económicos y las opiniones de las mujeres son limitadas en temas de desarrollo macroeconómico (Line Bareiro, 2013).

Es necesario focalizar en el avance del liderazgo transformacional de las mujeres, a través de lo que en los estudios de género se han denominado *Medidas afirmativas*, concepto que surgió en un simposio convocado por la Secretaría del Commonwealth en colaboración con Unifem y fue auspiciado por el Directorio de Asuntos de Género en Antigua y Barbuda, en septiembre de 2009, donde formalmente en el marco de la conferencia sobre *Transforming Leadership: Centering Women's Voice and Influence in Governance in the Caribbean*, celebrada en Barbados en julio de 2009 en la que participaron mujeres parlamentarias y activistas y representantes de organismos regionales e internacionales, se construyó un decálogo para la participación de las mujeres en el mercado laboral.

La creación y desarrollo de este decálogo y de la CIWiL<sup>9</sup> es un tributo al liderazgo de Sheila Roseau<sup>10</sup> y al apoyo institucional del Directorio de Asuntos de Género en Latinoamérica. Desde su inicio en 2009, el trabajo de CIWiL ha sido apoyado por la Oficina en el Caribe de la ONU Mujer, la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM/OEA), el Fondo para la Democracia de Naciones Unidas (UNDEF), y el Instituto para los Estudios de Género y Desarrollo (IGDS) de la Universidad de West Indies.

Aumentar el número de mujeres en la toma de decisiones políticas es tan importante como promover los derechos de las mujeres, puesto que, entre más mujeres en lugares de poder, mejores condiciones se pueden generar para el grueso de la población de mujeres en los territorios. Un aumento de la respuesta y responsabilidad de las instituciones del Estado en procesos y que ofrezca garantías, resultará en la formulación de políticas con perspectiva de género y en la participación de las mujeres en la gobernabilidad democrática, lo que constituye un derecho político y civil de fundamental protección.

## **El derecho laboral de las mujeres en Colombia, jurisdicción, luchas y deudas**

Es importante resaltar que la última mitad del siglo XIX fue determinante para la participación de las mujeres en el mercado laboral, sobre todo en los sectores agropecuario e industrial. Este periodo determinó profundos cambios en las formas de producción alterando la tradicional forma de división sexual del trabajo, haciendo necesario el reconocimiento del trabajo de las mujeres en cuanto al modo de remuneración, que era abismalmente inferior a la de los hombres.

Los años 50 marcaron mutaciones para las mujeres entre los que encontramos cambios políticos significativos, como el logro de la ciudadanía en 1957 y algunos cambios culturales, como lo es el acceso a la educación formal, la planificación familiar y la reducción del número de hijos por mujer, entre otros; sin embargo, la participación diferencial entre hombres y mujeres en el mercado laboral continuó siendo diferencial e inequitativa.

<sup>9</sup> Instituto Caribeño para la Mujer en el Liderazgo

<sup>10</sup> Directora Regional Adjunta de la Oficina Regional Panamá para América Latina y el Caribe del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) Primera mujer negra en desempeñar este cargo.

Según el estudio *Mercados laborales en Colombia: equidad de género y desarrollo* realizado por la División de Empleo de la Dirección Nacional de Planeación en el año 1988 –década que se caracterizó por el incremento de la participación de las mujeres apoyadas en las reivindicaciones que se recogieron en la Constitución de 1991– se dio lugar a un proceso de empoderamiento social y autonomía individual frente a las decisiones más importantes de la vida de las mujeres.

De este contexto surgen los más importantes cambios legislativos en Colombia. Ana Milena Montoya Ruiz en su texto *Mujeres y trabajo, ¿derecho u ocupación? Reflexiones sobre las implicaciones económicas y jurídicas del trabajo femenino en Colombia*, nombra:

- a. Los cambios en la jornada de trabajo y su ficción legal, según la cual ciertas horas naturalmente nocturnas son asumidas como diurnas, ha generado que muchas mujeres hayan visto aumentada su jornada de trabajo disminuyendo su tiempo libre, su ocio y su descanso sin desmedro del tiempo que deben dedicar inevitablemente al cuidado de su familia.
- b. La flexibilización en la jornada laboral y la conservación de turnos sucesivos para jornadas de 6 horas diarias y 36 semanales, así como estipulaciones contractuales de jornadas de 48 horas a la semana distribuibles en 6 días de esa semana, repartidas entre un mínimo de 4 horas y un máximo de 10 horas, sin lugar al reconocimiento de recargos por trabajo suplementario dentro de la jornada ordinaria. La ley dejó la puerta abierta a imposiciones de jornadas desproporcionadas e injustificadas con el fin de lograr las metas económicas de la empresa, que son aceptadas sin discusión alguna por las mujeres por temor de perder su empleo. A esto se le suma su continuidad en la realización del trabajo doméstico fundamental para el éxito de la reforma, como sustento de la reproducción del sistema económico, la contribución al abaratamiento de los costos de mantenimiento, el cuidado de la fuerza de trabajo y las medidas para disminuir los efectos de la pérdida de poder adquisitivo del salario, que profundizan una discriminación latente pero soterrada.
- c. Los menores salarios y su reducción, no obstante, la realización de trabajo en horas extras, nocturnas, dominicales y festivos, ha afectado a la mujer induciéndola a realizar actividades complementarias que la obligan a doblar o a triplicar su jornada de trabajo o a incursionar en la in-

formalidad, con el fin de equilibrar sus ingresos. Las ventas informales, las asesorías, los servicios sociales y el trabajo en otros sectores formales, para buscar una mayor cantidad de ingreso y satisfacer las necesidades de la familia, constituyen hoy los efectos perversos de políticas laborales discriminatorias y excluyentes en desmedro de la mujer (2010, p. 269).

Es así como la ejecución de las normas revela posturas opuestas en relación con el ejercicio de los derechos adquiridos y que en efecto constituyen normas vigentes en el país. Mientras que de un lado se reconoce la importancia del trabajo productivo de la mujer en el mercado laboral aun en condiciones desiguales respecto de los hombres, del otro lado se evidencia el deterioro de condiciones laborales que las ubica en una doble situación de desventaja, pues afecta la realización del empleo y su consecuente goce del derecho al trabajo en condiciones dignas, justas e iguales.

Así mismo existen profundas deudas hacia el logro de la paridad entre hombres y mujeres con respecto al mercado laboral en Colombia que se evidencian, especialmente en el ámbito de lo subjetivo y simbólico, por lo que es complejo generar estrategias eficaces y las denuncias que se realizan no tienen rutas jurídicas que permitan la acción de los organismos estatales y los entes que rigen los derechos adquiridos. Según la Escuela Nacional Sindical:

Al analizar los ingresos laborales promedio de las mujeres en comparación con los hombres según el nivel educativo, se nota cómo en el nivel de posgrado, donde las diferencias son mínimas con respecto a las tasas de empleo y desempleo, sí hay una diferencia significativa por ingreso salarial: en promedio las mujeres reciben 30 % menos de ingreso que los hombres. De otro lado, las mujeres que no tienen ningún título recibieron 35 % menos en promedio durante los últimos 7 años (Osorio, 2016).

El reto más importante y urgente con respecto a lograr paridad laboral entre hombres y mujeres, se da en el ámbito de las políticas públicas, pues hacer frente a un fenómeno estructural, que en lugar de ceder se profundiza, requiere una respuesta de articulación institucional de mayores dimensiones y contundencia y una participación de las organizaciones de trabajadoras y trabajadores. Una política que además sea comprensiva de las relaciones que se tejen entre el trabajo remunerado y el de cuidados.

## Conclusiones

La conquista de los derechos políticos que costó tiempo y sufrimientos, fue un proceso lento y desigual y que, a pesar de las declaraciones internacionales, sigue existiendo esta exclusión. Estamos todavía lejos de conseguir la autonomía personal, de alcanzar la ciudadanía plena, del respeto a la diversidad (Bataller, 2010).

Si bien existen cambios y ganancias significativas en términos jurídicos y contextuales, en Colombia siguen existiendo profundas diferencias en los mercados laborales con respecto al género, y estas se ven representadas especialmente en las huellas culturales invisibles o los denominados *techos de cristal*, donde solo un grupo muy reducido de mujeres puede demostrar a la sociedad su emancipación educativa y laboral, siendo estas mujeres una minoría perteneciente a los grupos privilegiados debida a su origen familiar, al capital cultural de sus familias o a esfuerzos personales donde existen sacrificios personales y emocionales; y aún a condición de ser buenas profesionales de cualquier ámbito, continúan ganando mucho menos por las mismas horas de trabajo y con la misma formación académica y experiencia laboral.

La sociedad, a través de la permanencia de un sistema patriarcal mantiene la asignación de tareas de cuidado como algo exclusivo de las mujeres, y aunque tolera que desempeñen trabajos públicos remunerados de cualquier nivel, esto se debe a que en cada caso la economía familiar precisa de su contribución, pero no las exime del cumplimiento de sus obligaciones familiares.

Esta importante actividad laboral de las mujeres podría hacer pensar que las mujeres han logrado la igualdad con los hombres en términos laborales, pues se les permite acceder a cualquier puesto de trabajo, sin embargo, la falacia frente a la realidad de las mujeres se ve reflejada en que aunque existe la posibilidad teórica de acceder a cualquier puesto de trabajo, hay que valorar las posibilidades reales que tienen las mujeres para ello, resaltando que las tareas de cuidado que les son culturalmente asignadas supone una doble carga ya que no se les exime en la mayoría de los casos, de sus obligaciones domésticas, tareas estas que en el grueso de las familias no suelen ser compartidas, encontrándose pues con la nueva paradoja de la inmersión de la mujer en la vida laboral, esto es, que si bien su trabajo les permite gozar de los bienes sufi-



cientes para tener representatividad en el desarrollo de la economía, al mismo tiempo les supone muchas más horas de trabajo que a los hombres.

Si bien, en Colombia existe una legislación estricta con respecto a las madres gestantes, continúa existiendo una discriminación laboral a las mujeres porque significan muchos costos y dada la precariedad general de las oportunidades laborales en el país, no se hace clara esta discriminación y por tanto no se puede sancionar o corregir.

Aunque hay libertad laboral y en teoría las mujeres se han equiparado en este aspecto con los hombres, esto oculta una situación injusta, pues las profesionales siguen siendo responsables de las tareas domésticas, cosa que repercute en su actividad laboral sobre todo en las actuaciones relacionadas con la promoción, ascensos, etc. Es necesario valorar también las dificultades y costes que las mujeres han sufrido para conseguir un puesto de trabajo y si han sido equiparables a las de los hombres de su mismo nivel.

Es importante resaltar que, aunque las posibilidades laborales para las mujeres no suponen la igualdad con los hombres, sí son una vía de acceso a la independencia y la equidad, asunto que ha representado el eslabón de las garantías y derechos de las mujeres en la historia. Todas las discusiones y ganancias con respecto a los derechos laborales de las mujeres son discusiones que representan el mejoramiento de los derechos humanos y la ciudadanía de las mujeres.

Es importante reconocer que todas las ganancias y transformaciones en la vida de las mujeres, son producto de profundas luchas que a nivel individual y colectivo han gestado las mujeres. Este es un símbolo muy importante, sobre todo para las mujeres jóvenes, que están a cargo de seguir expandiendo la voz, la ciudadanía y los derechos de las mujeres, a fin de exterminar las brechas en el género y lograr paridad en todos los lugares de la vida.

Las nuevas generaciones tienen en sus objetivos de vida tener puestos de trabajo en diversos sectores de la sociedad y la economía, lo cual ha permitido que no solo se enfrenten a lugares en donde ya existen algunas medidas y obligaciones para garantizar sus derechos, sino que sean diferentes y potenciales las medidas que puedan ser adoptadas, incorporando con la fuer-

za de todas ellas, las nuevas políticas que permitan romper el techo de cristal para que efectivamente –en la práctica– las mujeres tengan derecho al trabajo remunerado y equitativo, reivindicando su ciudadanía y sus derechos fundamentales.

La apreciación del trabajo femenino fuera de las tareas del cuidado está íntimamente relacionada con la mejor comprensión de la función humanizadora del trabajo, acción que proviene de la importancia que le está dando la industria a los estudios en género, gracias a la importante mención de organismos y entidades internacionales que ilustran la paridad entre los géneros como un asunto de desarrollo económico y fundamental para el mejoramiento de las condiciones de pobreza en el mundo.

El trabajo realizado en condiciones de dignidad permite comprender el sentido del mundo y de la propia existencia. Al cumplir adecuadamente con el derecho-deber de trabajar, se fraguan personalidades maduras, solidarias y capaces de lograr un desarrollo sostenible a largo plazo (Zerga, 2012).

La discriminación contra la mujer en los instrumentos internacionales prohíbe tanto las diferencias de trato intencionadas como las no intencionadas. Son normas imperativas que, de acuerdo con el derecho internacional, no admiten disposición en contrario; así se deduce de los principios generales contenidos en la costumbre, en los tratados y en la jurisprudencia internacional. De allí que el derecho del trabajo otorgue una protección particular a la trabajadora embarazada, estableciendo figuras como el fuero maternal, que impiden el despido o la no renovación del contrato de trabajo. Esta protección condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador (Zerga, 2012).

Los esfuerzos internacionales de protección a la mujer, las luchas feministas y las familias y personas que han dado lugar a disminuir las brechas en el género merecen el reconocimiento de la transformación de la historia de la humanidad. ‘Las mujeres de las nuevas generaciones tienen la posibilidad de un mundo donde la equidad no sea un sueño, las luchas han sido grandes, las ganancias históricas, La ruta está trazada: nos corresponde transitarla.

## Referencias

- Blanco, L. (2017). *Transversalización de género en los objetivos de desarrollo sostenible agenda 2030. Objetivos de Desarrollo Sostenible*. ONU Mujeres.
- Line Bareiro, R. B. (2013). *La ciudadanía de las mujeres en las democracias de las Américas*. Comisión Interamericana de Mujeres, OEA.
- Montoya, A. M. (2010). Mujeres y trabajo ¿Derecho u ocupación? Reflexiones sobre las implicaciones económicas y jurídicas del trabajo femenino en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, 40(113), 258-259.
- Moreno, L. A. (2010). *Informe de Sostenibilidad del BID, 2010*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Naciones Unidas. (2017). *Naciones Unidas Oficina del Alto Comisionado*. <https://www.ohchr.org/sp/issues/women/wrgs/pages/wrgsindex.aspx>
- Osorio, V. (2016). *Un problema de(s)cuidado*. Escuela Nacional Sindical.
- Román, S. C. (2005). *Los movimientos feministas como motores del cambio social*. Mujeres en Red.
- Wollstonecraft, M. (1972). *Vindicación de los derechos de la mujer*. Edes.
- Zerga, L. P. (2012). *La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social*. *Revista IUS*, (32).

## Capítulo 6

# Nuevos sujetos de derecho o nuevos sujetos de protección: los ríos, los bosques y los animales

Edier Adolfo Giraldo Jiménez<sup>1</sup>

### Resumen

Según algunos doctrinantes como, por ejemplo, Martha Elena Montoya Osorio y Guillermo Montoya Pérez, en épocas primitivas eran considerados sujetos de derecho, no solo los hombres, sino también los animales, los dioses y las cosas inanimadas (2010, p. 25) (véase también Paul Tabori, 1999). Luego en la época antigua, en Grecia y en Roma únicamente algunos hombres fueron considerados sujetos de derecho, ya no los animales ni los dioses, y a partir de la modernidad el derecho evolucionó teniendo por sujetos de derecho no solo a las personas individualmente consideradas, sino a las denominadas personas jurídicas (hoy mejor llamadas personas estatutarias, en el sentido en que todas las personas son jurídicas). En la actualidad, no solo las personas jurídicas individuales (otrora personas naturales), sino también las personas jurídicas estatutarias (otrora personas jurídicas), son consideradas sujetos de derecho. En efecto, el artículo 53 de la Ley 1564 de 2012 (Nuevo Código General del Proceso) considera que pueden ser parte en un proceso judicial las personas naturales y jurídicas (sic), el concebido para la defensa de sus derechos (*Nasciturus*) y los demás que determine la Ley (como, por ejemplo, los patrimonios autónomos, las uniones temporales y los consorcios). Más recientemente, la Ley 1774 de 2016 ha reconocido dignidad a los animales y los ha considerado así mismos seres sintientes, y jurisprudencia aún más reciente ha protegido animales como el oso chucho, ríos como el Atrato y el Amazonas, páramos como el Santurbán, considerando que, en el marco del biocentrismo y bajo una perspectiva constitucional ecológica estas entidades son sujetos de especial protección, e incluso, según algunas interpretaciones, sujetos de derecho.

---

<sup>1</sup> Licenciado en filosofía, abogado, magíster en Filosofía y doctorando en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente de tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana, sede Medellín. Correo: [egiraldo@coruniamericana.edu.co](mailto:egiraldo@coruniamericana.edu.co)

**Palabras clave:** sujetos de derecho, sujetos de protección, animales, ríos, bosques.

## Introducción

El punto de partida de esta investigación se sintetiza en la siguiente pregunta problema: **¿Cuál es el fundamento iusfilosófico para conceder la calidad de sujetos de derecho o sujetos de especial protección a los animales, los ríos, los bosques y el medio ambiente en general?** El principal objetivo es, entonces, identificar el fundamento o los fundamentos iusfilosóficos para conceder dicha calidad de sujetos de derecho o de especial protección al medio ambiente. Los objetivos específicos o particulares que coadyuvarán al desarrollo del objetivo general son, respectivamente, distinguir las principales diferencias entre ser sujeto de derecho y ser sujeto de protección jurídica y reconocer el criterio determinante de los nuevos sujetos de protección en el ordenamiento jurídico colombiano actual.

La razón de ser de este capítulo reside en la actualidad y la gran trascendencia del problema que plantea la consideración de los animales, los ríos y los bosques como sujetos de protección y no meramente como objetos de protección. Otra justificación de la investigación se encuentra en la necesidad de definir unos fundamentos iusfilosóficos que respalden este nuevo paradigma jurídico en la concepción de los sujetos de derecho o de protección.

Este es un trabajo investigativo de corte cualitativo, en el cual se recolecta, se selecciona e interpreta información legal, jurisprudencial y doctrinal en torno del problema planteado para desarrollar la propuesta que se presenta a la comunidad académica en los siguientes pasos: lo primero que es menester advertir es una distinción conceptual entre *sujetos de derecho* y *sujetos de protección*, para entender esta distinción es necesario, hacer una breve reseña histórica del concepto de *sujeto de derechos*. En segundo lugar, se presentarán algunas corrientes científicas y filosóficas, sobre las cuales se considera posible fundamentar la posibilidad de reconocer u otorgar la calidad de sujetos de protección jurídica a los animales, los ríos, los bosques y en general al medio ambiente.

## Concepción de los sujetos de derecho en el Código Civil colombiano

El Código Civil colombiano reconoce como sujetos de derecho a las personas naturales y jurídicas. Al respecto expresan los artículos 73 y 74 del Código Civil lo siguiente:

**Artículo 73.** Personas naturales o jurídicas. Las personas son naturales o jurídicas.

De la personalidad jurídica y de las reglas especiales relativas a ella se trata en el título final de este libro.

**Artículo 74.** Personas naturales. Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

De las entonces denominadas personas jurídicas expresa el artículo 633 del Código Civil colombiano: “Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. (Subrayado por fuera del texto original)

En ambos casos, el criterio que utiliza el sistema jurídico colombiano, para ser considerado sujeto de derecho es el mismo criterio romano de la capacidad jurídica, pues, en definitiva, de lo que se trata es de la potestad de adquirir obligaciones y derechos. Lo que indica que el criterio para determinar los sujetos de derecho es la capacidad jurídica, como posibilidad de adquirir derechos y obligaciones, ya por sí mismo (capacidad de ejercicio), ya mediante un tercero (capacidad de goce). En efecto, el artículo 1502 del Código Civil exige como primer requisito de validez de los actos jurídicos la capacidad, entendiendo la misma como la posibilidad de obligarse por sí mismo sin necesidad de otro. Dice literalmente la norma:

**Artículo 1502.** Requisitos para obligarse. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

**1o.) que sea legalmente capaz.**

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

***La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra***

(Negrilla por fuera del texto original).

Bajo esta concepción clásica derivada del derecho romano, según la cual la capacidad se define como la actitud o posibilidad de adquirir derechos y obligaciones, en ello consiste precisamente la calidad de sujeto de derecho, en tanto que persona (ya sea natural o jurídica). En el siglo XIX en Colombia algunos sujetos apenas tenían capacidad de goce, en tanto no podían adquirir derechos y obligaciones por sí mismos, luego se les concedió, también, la capacidad de ejercicio, como a las mujeres que otrora estaban sometidas a la potestad marital. Lo que indica que el derecho colombiano no ha permanecido estático ni inamovible en esta consideración y regulación de los sujetos de derecho y que desde su temprano desarrollo ha estado modificando dicho régimen.

Consideramos que esta concepción primigenia de los sujetos de derecho es una concepción que viene dada desde el derecho sustancial, en tanto que lo que define al sujeto de derecho es su personalidad, y a su vez lo que define la personalidad legal es la capacidad de poderse obligar y ser titular de derechos. Mas esta concepción no va permanecer estática, tampoco en el ordenamiento jurídico colombiano; pronto el derecho incorporará otros sujetos de derecho, incluso sin que sean considerados personas (ni naturales ni jurídicas), los denominados sujetos de derechos sin personalidad. Es lo que registra y sintetiza la Ley 1564 de 2012 en su artículo 53 que se analizará a continuación.

## Sujetos de derecho en el Nuevo Código General del Proceso

En la modernidad con la entrada en vigencia de la citada Ley 1564 de 2012 (Nuevo Código General del Proceso), el número de los considerados sujetos de derecho se amplió, extendiéndose, además, de las personas (tanto naturales como jurídicas) a otros como los patrimonios autónomos y **los concebidos, para la defensa de sus derechos** (*nasciturus*), y dejando abierta la posibilidad de que la ley pudiera crear nuevos sujetos de derecho expresando en el numeral cuarto del referido artículo: **“los demás que determine la Ley”**, como es el caso, por ejemplo, de los consorcios y las uniones temporales que ya son ampliamente reconocidos como sujetos de derecho en tanto que pueden contraer derechos y obligaciones.

Ahora bien, nótese que en este nuevo estatuto procesal no solo se amplía el espectro, sino que hay un cambio en el criterio para determinar lo que es un sujeto de derecho; pues ahora no se trata únicamente de la capacidad para adquirir derechos y obligaciones (desde el derecho sustancial) sino de la capacidad para comparecer a un proceso judicial (desde el derecho procesal). Lo que implica que lo que determina la condición de sujeto de derecho hoy en Colombia no es tanto la capacidad jurídica para adquirir derechos y obligaciones, sino la capacidad para ser parte en un proceso judicial y ello tiene unas consecuencias importantes. Pero, además y en conexidad con lo anterior, nótese también que en el citado artículo 53 aparece un sujeto que no tiene capacidad de adquirir obligaciones, más sí de ser titular de derechos, es el caso de concebido, que muy nítidamente expresa la norma: **“para la defensa de sus derechos”**, como haciendo claridad acerca de que el *nasciturus* no puede contraer obligaciones, ni por sí mismo, ni por interpuesta persona, y sin embargo, puede ser *parte en un proceso judicial* para hacer valer sus derechos. O sea que el *nasciturus* puede tener legitimación en la causa por activa y podría ser considerado parte sustancial mas no procesal, porque obviamente no podría acudir al proceso por sí mismo.

Lo anterior nos fuerza a concluir entonces, primero, que en la actualidad en Colombia, el marco y la naturaleza jurídica de los sujetos de derecho está dada desde el derecho sustancial y además también desde el derecho procesal (este último como novedad); segundo, que existen hoy en Colombia algunos sujetos de derecho con personalidad como las personas y otros sujetos de derecho sin personalidad, como las uniones temporales, los consorcios y los pa-



trimonios autónomos, y, tercero, que existen otros sujetos que más que sujetos de derecho podríamos considerarlos *sujetos de protección* (para no confundirse con la noción clásica y tradicional de sujeto de derecho que exige de estos la posibilidad de adquirir obligaciones), como es el caso de los *nasciturus* y los animales (estos últimos considerados así por la Ley 1774 de 2016), y los ríos y los bosques considerados así por la jurisprudencia.

Pues, estos últimos sujetos a los que preferimos llamar sujetos de protección más que sujetos de derecho, por ello mismo pueden defender sus derechos acudiendo a un proceso integrando la parte activa en calidad de accionantes sin que tengan necesariamente obligación alguna desde el punto de vista legal y del derecho sustancial y sin que puedan ser demandados en proceso alguno.

Respecto al *nasciturus*, caben entonces dos interpretaciones: una, considerarlo sujeto de derecho porque está incluido dentro de enunciación que hace el referido artículo 53; dos, considerarlo únicamente sujeto de protección, mas no sujeto de derecho, puesto que el mismo numeral cuarto advierte o lo limita a lo que tiene que ver con **la defensa de sus derechos** mas no con el cumplimiento de obligaciones; pues, sería incluso absurdo que el legislador considerara la posibilidad de que un concebido pudiese adquirir obligaciones, aun sin tener certeza de su nacimiento y de su existencia.

## **¿Los animales, los ríos, los bosques y el medio ambiente en general pueden ser considerados sujetos de derecho?**

La misma pregunta que cabe respecto al *nasciturus*, de considerarlo sujeto de derecho o sujeto de especial protección, cabe también respecto a los animales, los bosques y los ríos, y la respuesta viene dada así mismo desde dos posibilidades hermenéuticas: primera, bajo el criterio de la capacidad (para contraer derechos y obligaciones desde el derecho sustancial), podrían ser considerados sujetos de especial protección, mas no sujetos de derecho en sentido estricto, en tanto no tienen la capacidad de obligarse (art. 630 y 502 Código Civil); segunda, bajo el criterio de la protección (de derechos desde el derecho procesal), pueden considerarse también sujetos de especial protección, en cuanto solo podrían acudir a las instancias judiciales en calidad de demandantes a hacer valer sus derechos, mas no podrían integrar la *litis* por pasiva en calidad de demandados, puesto que, al no poder obligarse, tampoco son responsables desde el punto de vista jurídico.

Un ciudadano colombiano podría demandar, por ejemplo, en calidad de agente oficioso para hacer valer los derechos de cualquier animal consagrados en la Ley 1774 de 2016, mas si un ciudadano es víctima de un ataque de un animal que le cause perjuicios no podrá demandar al animal sino al propietario del mismo, quien será el único responsable.

Ahora bien, ¿es válido que el Estado colombiano pueda, deba y en efecto proteja los animales, los ríos y los bosques como especiales **sujetos de protección y no como objetos de protección**? Consideramos que la respuesta a esta pregunta es positiva y debe ser positiva. El Estado debe crear mecanismos e instrumentos jurídicos, cada vez más efectivos, para la protección de la naturaleza y el medio ambiente. Consideramos que el hecho de pasar de la categoría de objetos de protección a sujetos de protección, en lo que respecta a los animales, los ríos y los bosques, no implica necesariamente que se les tenga que considerar sujetos de derecho ni mucho menos humanizarlos o antropomorfizarlos.

Sin embargo, entendemos y somos conscientes de que el asunto no es pacífico y que incluso pueden derivarse del mismo otras preguntas problemáticas como por ejemplo: ¿cuál es la entidad competente para otorgar la calidad de sujetos de derecho o sujetos de especial protección en el Estado colombiano?, ¿cuáles son los mecanismos procesales (tipo de acciones) adecuadas para defender y hacer efectivo el cumplimiento y protección de los derechos de los sujetos de especial protección: la acción de tutela, la acción popular o una querrela policiva?, ¿tiene o debe tener algún límite la protección de los animales, los ríos y los bosques?, ¿proteger a los animales implica humanizarlos?, ¿va en detrimento o mengua de los derechos humanos el reconocimiento y protección de los derechos de los animales, los ríos y los bosques, y en general del medio ambiente?, ¿predicar dignidad de los animales equivale a humanizarlos?

La jurisprudencia en Colombia no ha expresado aun literalmente que los animales, los ríos y los bosques sean sujetos de derecho (en sentido estricto), en el entendido de ser sujetos titulares de derechos **y obligaciones, sino únicamente en el sentido de ser sujetos de derecho bajo el enfoque y el criterio de la protección, no de la capacidad**. Por supuesto, que sí les ha reconocido derechos de la misma manera que la Ley 1564 de 2012 (art. 53) reconoció derechos al *nasciturus* aun sin existir como persona y la Ley 1774 de 2016

reconoció derechos a los animales. Pero, si se estudia con atención la jurisprudencia al respecto, se evidencia esta verdad: que ni la Corte Constitucional, ni el Consejo de Estado, ni la Corte Suprema de Justicia se han referido al medio ambiente como sujeto de derecho titular de obligaciones, ni mucho menos sujeto imputable de responsabilidad alguna, ni han predicado obligaciones correlativas de derechos de los animales, los bosques o los ríos; simplemente han reconocido y predicado la imperiosa necesidad de proteger el medio ambiente y todos los recursos naturales, en el marco de un enfoque biocéntrico y desde una perspectiva constitucional ecocéntrica, que por demás no es propia del ordenamiento jurídico colombiano, sino que tiene incluso sustento normativo en diversos y numerosos tratados y acuerdos internacionales de protección al medio ambiente. Confróntese las sentencias C449 de 2015, T-080 de 2015, C-632 de 2011, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1989, el Convenio sobre la diversidad biológica de 1992, la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, la declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2016, la Convención de la Unesco para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, el protocolo de Cartagena de 2000, el protocolo de Nagoya de 2010, la declaración de Mar del Plata de 1977, la declaración de Dublín de 1992, entre otras normas citadas y estudiadas por la Sentencia T-622 de 2016 que reconoció: “al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas” (Subrayado por fuera del texto original).

## Fundamento iusfilosófico de los nuevos sujetos de protección

Desde la antropología filosófica kantiana, el hombre emerge como centro y culmen del universo, hasta el punto que la dignidad se adjetiva humana como circunscribiéndose al ser humano. Para Kant, la dignidad humana consistía en ser un fin en sí mismo y nunca un medio. “Actúa de tal manera que en tu manera de actuar trates siempre a la persona de los demás como un fin en sí mismo y nunca como un medio” (Kant, 1785). ¿Por qué razón no es posible extender el concepto de dignidad a los animales, los ríos, los bosques, y el medio ambiente en general?, ¿qué lo impide?

La doctrina cristiana, fundada en el primer libro de las Sagradas Escrituras, nos narra que cuando Dios fue creando el universo iba observando y

concluyendo con cada ente creado que todo era bueno (Génesis 1, 31), como maravillándose el mismo Dios de su propia creación.

Aristóteles en su libro *De anima* (del alma), enseña que el único ser que tiene alma y que por ende tiene vida no es el hombre. El Estagirita predica de tres tipos de alma que se corresponden con los tres tipos de seres vivos existentes, a saber: alma vegetativa (para las plantas), alma sensitiva (para los animales) y alma racional (para el hombre) y esta concepción es retomada por Santo Tomás en la *Suma teológica*. Lo que indica que cuando la Ley 1774 nos dice que los animales son seres sintientes no está haciendo ninguna consideración novedosa y distinta a lo que ya había preceptuado Aristóteles. ¿Por qué no predicar, entonces, de la dignidad de la vida en vez de la dignidad humana?, ¿acaso no podemos tratar también como fines (y no tan solo como medios) a los animales, los ríos y los bosques?, ¿desde la mística y la poética no son acaso los animales, los ríos y la naturaleza objeto de contemplación y admiración, más que de explotación?

Durante siglos, hemos visto a la naturaleza como objeto de explotación y ahora la naturaleza nos está pasando cuenta de cobro, ¿es qué acaso la relación entre el cuidado de sí y el cuidado de lo otro es inversamente proporcional?, ¿no existe por el contrario una relación directamente proporcional entre el cuidado del medio ambiente y el cuidado del hombre?, a más cuidado de la naturaleza mayor bienestar para el hombre. ¿Por qué nos escandalizamos, entonces, de los nuevos mecanismos y de las nuevas concepciones de la naturaleza y del medio ambiente?, ¿será que estas nuevas concepciones y nuevas herramientas de protección al ambiente chocan con los intereses económicos de algunos?, ¿por qué nos da miedo considerar que los animales, las plantas y los ríos tienen tanta dignidad y tanto derecho a vivir como nosotros los humanos?

Cuando San Francisco de Asís, predicaba acerca de la naturaleza la hermandad: hermana luna, hermano sol, hermano árbol... Estaba dignificando, precisamente, la dignidad de la naturaleza y ello no tiene por qué reñir con el concepto de dignidad humana. En todo caso se tratarán de dignidades distintas: la dignidad de los bosques, la dignidad de los ríos y la dignidad humana no tienen por qué colisionar, sino más bien complementarse. Desde la ontología y la biología el hombre es hombre, las plantas son plantas y los animales son animales. La dignidad del hombre no depende de la dignidad de los

animales, así como, guardando las proporciones, la dignidad de la mujer no depende de la dignidad del hombre, porque cada uno tiene su propio ser y su propia esencia.

Desde la ontología aristotélico-cristiana, el hombre tiene una esencia racional, el animal una esencia sensitiva y las plantas una esencia vegetal; y desde la teoría evolucionista propuesta por Darwin, pese a aceptar una mutación de un tipo de ser a otro, al considerar que la naturaleza racional del hombre le viene de la naturaleza sensitiva del animal, tampoco se pone en peligro la dignidad humana y la especie humana misma, porque bajo la concepción evolucionista los únicos que evolucionan no son los animales, sino el universo. Por ello, podemos seguir evolucionando y pese a ello los animales no van a ser lo que somos hoy los humanos, porque nosotros también evolucionamos. Para que los animales nos igualaran, ontológicamente hablando, tendría que ser que el hombre involucionara o permaneciera estático sin evolucionar. Por ello, por ahora, filosófica y científicamente no hay riesgo de que los animales nos sustituyan o reemplacen; mas sí nos dice la teoría evolucionista, así como la teoría aristotélica, que la diferencia que tenemos con los animales no es de esencia sino de grado, compartimos con ellos y con la naturaleza lo principal: y lo principal es la **VIDA** y su conservación.

Por ello, nos atrevemos a proponer un concepto más amplio de dignidad en el que quepan también la dignidad de los animales, los ríos, los bosques y el medio ambiente en general, y en vez de predicar de la dignidad humana prediquemos también acerca de la dignidad biológica o de la dignidad ambiental. Nos atrevemos a parodiar el imperativo categórico kantiano de la siguiente manera: “Actúa de tal manera que en tu manera de actuar trates siempre a la naturaleza y al medio ambiente como un fin en sí mismo”.

## Conclusiones

En la actualidad, no solo las personas jurídicas individuales (otrora personas naturales), sino también las personas jurídicas estatutarias (otrora personas jurídicas), son consideradas sujetos de derecho. En efecto, el artículo 53 de la Ley 1564 de 2012 (Nuevo Código General del Proceso) considera que pueden ser parte en un proceso judicial las personas naturales y jurídicas (sic), el concebido para la defensa de sus derechos (*nasciturus*) y los de-

más que determine la ley (como, por ejemplo, los patrimonios autónomos, las uniones temporales y los consorcios). Más recientemente, la Ley 1774 de 2016 ha reconocido dignidad a los animales y los ha considerado así mismo seres sintientes, y jurisprudencia aún más reciente ha protegido animales como el oso chucho, ríos como el Atrato y el Amazonas, paramos como el Santurbán, considerando que, en el marco del biocentrismo y bajo una perspectiva constitucional ecológica, estas entidades son sujetos de especial o protección, e incluso, según algunas interpretaciones, sujetos de derecho.

Puede notarse cómo el ordenamiento jurídico colombiano se ha ido adaptando a las nuevas exigencias de protección del medio ambiente, hasta el punto de ampliarse el concepto de dignidad humana a la prédica de dignidad animal y hoy incluso podríamos decir: dignidad ambiental y esta concepción encuentra respaldo filosófico y científico e incluso teológico en teorías como la creacionista, la evolucionista, la lógica difusa, entre otras.

En definitiva, existen fundamentos científicos y filosóficos que respaldan el tránsito de un paradigma jurídico que consideró al medio ambiente como objeto de protección a un nuevo paradigma que los considera sujeto de protección y tales fundamentos son básicamente la teoría creacionista y mística del cristianismo, la concepción tripartita del alma propuesta por Aristóteles, la teoría evolucionista de Charles Darwin, las últimas investigaciones en genética y la lógica difusa que permiten considerar que la diferencia entre los entes en general y entre los animales y el hombre en particular no es de esencia, sino de grado.

## Referencias

Aristotle. (1961). *De anima*. Clarendon Press.

Congreso de la República. (1873). Código Civil colombiano. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)

Congreso de la República. (2012). Ley 1564. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)

Congreso de la República. (2016). Ley 1774. <http://es.presidencia.gov.co/nor->

mativa/normativa/LEY%201774%20DEL%206%20DE%20ENERO%20DE%202016.pdf

Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-632.

Corte Constitucional. (2015) Sentencia T-080.

Corte Constitucional. (2015) Sentencia C-449.

Corte Constitucional. (2016) Sentencia T-622.

Corte Suprema de Justicia. (2017). Sentencia 47924.

Convención de la Unesco para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003).

Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989).

Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992).

Darwin, C. (1958). *Evolution by natural selection*. John Wilkins & Sons.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

Kant, I. (2014). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Editorial Minimal.

Montoya Pérez, G. y Montoya Osorio, M. E. (2007). *Las personas en el derecho civil*. Legis.

Protocolo de Cartagena (2000).

Protocolo de Nagoya (2010).

Tabori, P. (1970). *Historia de la estupidez humana*. Siglo Veinte Ediciones.

## Capítulo 7

# Descolonizando la memoria: los pueblos sin historia vistos desde la historia global<sup>1</sup>

Estefanía López Salazar<sup>2</sup>, Catalina Merino Martínez<sup>3</sup>, Daniel Gracia Armisén<sup>4</sup>,  
Catalina Morales Duque<sup>5</sup>, Hernando de Jesús Montoya David<sup>6</sup>

### Resumen

Este capítulo es, ante todo, una invitación a pensar el pasado, para comprenderlo mejor, y a hablar del presente en clave decolonial. Hablamos de visibilizar lo invisibilizado, de convertir las ausencias en presencias. Hablamos también de explorar nuevas formas de pensar acerca de lo que sabemos y no acumular nuevos conocimientos bajo viejas fórmulas. Ahora bien, si queremos visibilizar lo ocultado por una razón homogeneizante, si queremos reconstituir las macrohistorias de la colonialidad que desde el Renacimiento quedaron ocultas, invisibilizadas, en todas las macronarrativas modernas, se nos antoja imprescindible analizar la relación entre el discurso y poder durante la expansión colonial. Y en esta tarea de descolonizar la memoria, la historia global, como proyecto inclusivo, se presenta como una metodología más que pertinente para crear el mundo para los fines del presente, pero dando a todos los actores de ese pasado global una misma voz y visibilidad; reconociendo a

1 Resultado del proyecto de investigación Narrativas divergentes: miradas liminales del saber, el poder y la ética en Latinoamérica, de la Corporación Universitaria Americana, sede Medellín.

2 Abogada, magíster en Escrituras Creativas. Directora del laboratorio de narrativas adscrito a la Clínica Jurídica de la Corporación Universitaria Americana. Correo: llopez@americana.edu.co

3 Abogada de la Universidad de Antioquia y especialista en Derecho de Familia de la misma universidad, magíster en Derecho Procesal y doctoranda en Derecho Procesal contemporáneo de la Universidad de Medellín. Orcid <https://orcid.org/0000-0002-4143-1865> Contacto: katamerino@hotmail.com

4 Licenciado en Filosofía y Ciencias Sociales, doctorando en Historia. Docente de la Universidad de Antioquia y de la Corporación Universitaria Americana. Correo: 2013iush@gmail.com

5 Abogada, magíster en Derecho con énfasis en el área de Derecho de Trabajo y Seguridad Social, de la Universidad Pontificia Bolivariana, especialista en Derecho laboral y Relaciones Industriales, especialista en Responsabilidad Civil y del Estado. Docente y coordinadora de Autoevaluación del programa de derecho de la Corporación Universitaria Americana, sede Barranquilla. Correo: catalinamoraless.abogada@gmail.com

6 Licenciado en Ciencias Sociales, magíster en Filosofía, candidato a doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Docente e investigador de la Facultad de Humanidades y Ciencias Humanas de la Corporación Universitaria Americana, Medellín, Colombia. Correo: hmontoyadavid@americana.edu.co y hmontoyadavid@gmail.com



los sujetos frente a sus conocimientos, saberes y prácticas, desde una cosmovisión ajena al positivismo.

**Palabras clave:** discurso colonial, historia global, occidentalización, eurocentrismo, epistemologías del sur.

## Introducción

Este capítulo es resultado del proyecto de investigación *Narrativas divergentes: miradas liminales del saber, el poder y la ética en Latinoamérica*, de la Corporación Universitaria Americana, sede Medellín. Proyecto que busca responder a la pregunta problema: ¿cuáles son las narrativas divergentes en Latinoamérica que consolidan formas contrahegemónicas del saber, el poder y la ética? Pero, ante todo, es una invitación a pensar el pasado, para comprenderlo mejor, y a hablar del presente en clave decolonial. Se habla entonces de visibilizar lo invisibilizado, de convertir las ausencias en presencias, de explorar nuevas formas de pensar acerca de lo que sabemos y no acumular nuevos conocimientos bajo viejas fórmulas. Ahora bien, si se quiere visibilizar lo ocultado por una razón homogeneizante, reconstituir las macrohistorias de la colonialidad que desde el Renacimiento quedaron ocultas, invisibilizadas, en todas las macronarrativas modernas (lo que constituye todo un ejercicio de desobediencia epistémica), resulta imprescindible analizar la relación entre el discurso y poder durante la expansión colonial (Seed, 1991; Mignolo, 1993). Un discurso sobre el pasado que, obviamente, no puede ser representado en un discurso neutral. Los discursos, independientemente de su naturaleza, adquieren su significado en relación con el tema estudiado, con un público, un contexto de descripción (para el caso un contexto de interacciones conflictivas, apropiaciones y resistencias, poder y dominación) y el *locus de* enunciación desde el cual se habla. Y es que, para entender la colonización de la memoria, se debe asumir que dicha colonización se logró al poner en escritura alfabética y en géneros discursivos renacentistas la información que los miembros de las civilizaciones originarias transmitieron a personajes como Bernardino de Sahagún (autor del *Códice Florentino*, un manuscrito de tres volúmenes terminado hacia 1578 en castellano y náhuatl), pero que ya habían organizado en su sistema de géneros, como señala Mignolo (1993). Por ello, para abordar este análisis se iniciará un recorrido frente a la escritura y la noción de discurso.

## Descolonizando la memoria: la historia global

La noción de discurso, a pesar de que encarna siempre interacciones orales y escritas, no puede dar cuenta de las interacciones semióticas entre diferentes sistemas de escritura, como el alfabeto latino introducido por los españoles, el sistema pictoideográfico de las culturas mesoamericanas y los quipus del Perú colonial (Mignolo, 2016). Por ello, si se quiere crear un contexto de descripción más amplio, la *semiosis colonial* (Mignolo, 1993 y 2016) puede ayudar a redibujar las fronteras de un campo de estudio, normalmente dominado por textos escritos alfabéticamente por los colonizadores, y abrirlo a un espectro de interacciones más amplias e incluso de escrituras no alfabéticas. Se trata, pues, de propiciar un cambio de voz en el que el Renacimiento europeo sea visto desde la periferia colonial. Por otro lado, la semiosis colonial sugiere un interesante dilema en relación con cuál debe ser el *locus de enunciación* desde el cual el investigador comprende las situaciones coloniales. Y a este respecto, parece claro que el entendedor y su *locus* de enunciación mantuvieron siempre una posición europea. En este sentido, la superación de la tradición clásica y el encuentro con lo lejano y extraño no cambiaron una hermenéutica concebida de forma monotópica que sirvió para mantener la universalidad de la cultura europea, la universalización de una serie de valores regionales aupados por el poder económico y político, primero de españoles y portugueses, más tarde de ingleses, franceses, alemanes y holandeses. Los cuales, todos ellos, nunca dejaron de autoperibirse como el punto de referencia para evaluar el resto de culturas. Un tema muy interesante del que se habla más adelante: el triunfo, o más bien imposición, de los cánones occidentales (Mignolo, 2016).

Y en esta tarea de descolonizar la memoria, la *historia global*, como empresa intrínsecamente cosmopolita, como proyecto inclusivo, se presenta como una metodología más que pertinente para *crear el mundo* para los fines del presente, pero dando a todos los actores de ese pasado global una misma voz y visibilidad. No está mal recordar, llegados a este punto, que los pueblos sin letras eran considerados pueblos sin historia y las narraciones orales eran siempre vistas como incoherentes e inconsistentes. Una apuesta esta no exenta de ciertos riesgos, porque no faltan los estudiosos que intentan eludir la universalidad de la historia y conciben la historiografía como un invento occidental regional (sobre todo a partir de los legados renacentistas).

El ejemplo más claro es de Glissant (1989) para quien la historia y la literatura fueron instrumentos imperiales en la expansión de los valores y cánones occidentales para subyugar, ocultar u opacar, otras formas de registrar el pasado: “La historia es una fantasía funcional de Occidente y se originó justo cuando hizo la historia del mundo (...). En ese momento la Historia se escribe con H mayúscula. Es una totalidad que excluye otras historias que no encajan en la de Occidente” (p. 64). No obstante, más allá de que el mantenimiento regional de registros fuera cómplice del imperio y de su expansión, permitiéndoles difundir la idea de que los pueblos sin escritura eran pueblos sin historia y, lo que es mucho peor, pueblos inferiores; la historiografía no deja de ser una empresa humana y, como tal, puede ser repensada y descolonizada.

En este contexto, como bien apunta Sebastian Conrad (2017), las perspectivas transnacionales (estudios de océanos y espacios regionales) han sido cruciales para muchos historiadores de fuera de Occidente como punto de partida para narraciones alternativas que van más allá de la incorporación gradual del “resto” en el sistema mundial euro-estadounidense. No obstante, hay que admitir que, al día de hoy, la historia global sigue siendo un ámbito reservado en gran medida a regiones industrializadas y económicamente privilegiadas. Pero, lo anterior no quita que, en tanto perspectiva adicional, la historia global está empezando a ejercer cierta influencia en otros lugares. La respuesta a por qué la historia global destaca en unos lugares más que otros, aunque llevaría mucho tiempo contestarla, sí que es una realidad que tiene que ver con las condiciones institucionales locales que son, en buena medida, las que explican que haya más o menos entusiasmo hacia el tema. Un factor crucial, como apunta el profesor Conrad (2017), tiene que ver con hasta qué punto las comunidades académicas están en contacto con los debates anglófonos (en Estados Unidos, por no hablar de China, la historia global tiene una gran resonancia) y se ven afectados por ellos. En el contexto latinoamericano, los historiadores han recibido más influencia de la erudición francesa o española que de la británica y norteamericana, lo que explicaría al día de hoy su escaso arraigo.

En el momento presente parece claro que la historia no puede ni debe reducirse a un relato único que de forma inexorable lleve hacia la Nación. Hoy día los retos de los historiadores han cambiado. Existe una tarea prioritaria, como señala Betancourt Mendieta (2018): “Establecer la forma como nuestros países se integran en una historia común marcada por la inserción en diversos

procesos generales como la implementación del modelo de desarrollo económico, la viabilidad ambiental de nuestro planeta, el impacto de la Guerra Fría o la crisis de los paradigmas de la homogeneidad” (p. 29). Y todos estos procesos novedosos que se acaban de mencionar ponen, sin duda, en tela de juicio el sentido y el papel de la escritura de la historia, cuando el historiador solo pone énfasis en el estudio, conservación y exaltación del pasado nacional.

Ahora bien, tampoco se trata de trocar el viejo y autocomplaciente eurocentrismo de las historias nacionales europeas por un sinocentrismo no mucho más atractivo ni conveniente, pero sí en auge gracias al éxito del bestseller de Gavin Menzies *1421: El año en que China descubrió el mundo*. Como muy bien señala Gruzinski (2018), hoy es imposible interpretar todo desde un rincón del mundo.

Comprender de qué está hecho el presente es tan complicado como reconstruir un pasado con los fragmentos que se han conservado del mismo. A los ojos del jesuita portugués Antonio Viera, que vivió en el siglo XVII entre la Europa del barroco y el Brasil colonial: “Es en el pasado y en el futuro donde se ve el presente” (Gruzinski, 2008, p. 39). El presente no es más que el reflejo fugaz de las cosas pasadas y por venir. Es un ente dotado de múltiples rostros y contornos, según los lugares. Al igual que el pasado, el presente no es algo dado y, sin embargo, de él hay que partir para remontar el tiempo. En 1549, como cuenta Gruzinski (2018), en Zacatecas, el espacio local se insertaba ya en una geografía que traspasaba los océanos. A principios del siglo XVI, se inicia una red planetaria, que no ha dejado de estrecharse desde entonces, entre Méjico y las prensas del Renacimiento. El libro europeo conquistó el resto del mundo y, durante mucho tiempo, hizo las veces de vehículo ideal para la transmisión y la universalización de los conocimientos venidos de Europa. En la actualidad, las cosas no han cambiado mucho en esas prácticas: movilizan tecnologías lejanas y redes intercontinentales. Da igual, como subraya Gruzinski (2018), que sean libros sustraídos por los indios de Zacatecas, que un puñado de DVD vendidos por un joven *caboclo* en la actualidad en Santa-rém. Lo local y lo global siguen ligados, porque nunca lo han dejado de estar.

Una transformación colonial del mundo que no solo afectó a los modos de dominación y de explotación económica, sino que también se reflejó, como se verá más adelante, en las categorías del conocimiento, en los conceptos del pasado y en la visión del futuro. Siguiendo la línea de Edward Said (1978), los

estudios poscoloniales han prestado especial atención a los órdenes cognitivos, así como a los regímenes de conocimiento que históricamente sostuvieron los proyectos coloniales. Unos estudios poscoloniales que vinieron a dar respuesta a muchas de las deficiencias de la teoría de la modernización, pero que no han logrado ofrecer grandes narraciones sobre la historia del mundo en su conjunto, levantando la sospecha de hasta qué punto eso que llamamos “global” no es en esencia fruto del colonialismo y las incursiones imperialistas en los mundos cotidianos locales (Conrad, 2017). Sin duda, privilegiar la oposición entre colonizadores y colonizados como marco explicativo no deja de ser restrictivo, impidiendo explicar un mundo tan complejo como el actual en proceso de globalización, aunque –como se acaba de ver– las conexiones entre lo local y lo global nunca han dejado de existir.

## **Repensando el pasado: los sujetos subalternos y el proceso de globalización**

Sin duda, ese pensar el pasado para volver la mirada a lo propio debe permitir teorizar sobre lo oculto en lo que se describe y explica en la tradición hegemónica, a la que Santos (2009) denomina *razón metonímica*. Dicha razón se encarga de transnominar lo que no corresponde a su estirpe, designando como *sub lime* (por debajo de límite y, por tanto, no civilizado) todo lo que no hace parte de sus directrices. Por lo tanto, todo lo que no es científico es ignorante, todo lo que no es progreso global es atraso, todo lo que no tiende al futuro debe entenderse como fracaso. “La razón metonímica no se inserta en el mundo por la vía de la argumentación y de la retórica. No da razones de sí; se impone por la eficacia de su imposición” (Santos, 2009, p. 104).

Partiendo de lo anterior, hay en este escrito un intento claro e intencionado de incorporar a los análisis y reflexiones ulteriores las categorías del pensar y del vivir en las que habitaron aquellas personas que fueron invadidas por las categorías occidentales. Es clara la existencia de ideologías universalizantes que imponen una posición de invisibilidad que impide la discursividad, borrando la voz de los diferentes, de los excluidos que adquieren el carácter de “salvaje”, de sujeto subalterno. Un sujeto subalterno que, en palabras de Chakravorty (2003), no ocupa una posición discursiva desde la que hablar o responder. Pero, lo anterior no significa que sea un sujeto pasivo, a pesar de la tendencia que muestran los paradigmas tradicionales de verlo como un suje-

to “ausente” que puede ser movilizado únicamente desde arriba. Más bien es todo lo contrario. El subalterno también actúa para producir efectos sociales que sean visibles – aunque no siempre entendibles – para estos paradigmas o para las políticas estatales y los proyectos investigativos legitimados por ellos. Es el reconocimiento de este papel activo del subalterno, el modo en que altera y modifica nuestras estrategias de aprendizaje, investigación y entendimiento, lo que inspira la sospecha frente a tales paradigmas historiográficos.

El tema de los subalternos en el contexto latinoamericano es igualmente sugestivo porque, como subraya el Manifiesto Inaugural del Grupo Latinoamericano de Estudios Subalternos (2008), detrás del problema del subalterno se encuentra la necesidad de reconceptualizar la relación entre el Estado, la Nación y el “pueblo” en los tres movimientos que han inspirado y dado forma a los estudios latinoamericanos (y a Latinoamérica misma): las revoluciones mexicana, cubana y nicaragüense. Esta situación de subalternidad, por su parte, está presente en las prácticas culturales y patrimoniales de las sociedades receptoras de los procesos coloniales y derivados del capitalismo. Esta es la tesis que defiende Boaventura de Sousa Santos (2009) cuando subraya la necesidad de comprender las epistemologías oscurecidas bajo la razón homogeneizante, universalizante e instrumentalizante que excluye a todos aquellos que hacen parte de un Sur no geográfico, pero sí antiimperial, por no comulgar con las prácticas culturales, económicas, políticas, entre otras, de los países del Norte (Gracia, López y Gallego, 2018).

Ante esta tesitura, Santos plantea la necesidad de reconocimiento e identidad de los sujetos frente a sus conocimientos, saberes y prácticas, desde una cosmovisión ajena al positivismo. Se trata de dar visibilidad, a través de un procedimiento que él denomina *sociología de las ausencias*, a todo lo que ha sido invisibilizado por no corresponder con el canon occidental. Porque la razón metonímica reduce el mundo, ya que impide ver más allá de lo establecido como canónico, fortaleciendo una visión tradicional sobre el deber ser de los saberes. Según Boaventura de Sousa Santos (2009), la *sociología de las ausencias*:

Se trata de una investigación (la sociología de las ausencias) que intenta demostrar que lo que no existe es, en verdad, activamente producido como no existente, esto es, como una alternativa no creíble a lo que existe. (...) El objetivo de las sociologías de las ausencias

es transformar objetos imposibles en posibles, y con base en ellos, transformar las ausencias en presencias (p.109).

Por ello, como sugiere Gloria Anzaldúa (1987), hay que empezar a habitar y pensar en la frontera; a conectar puntos, todavía no unidos u olvidados y a iluminar sentidos y significados. En términos históricos, se trata de narrar los caminos que finalmente se eligieron y aquellos que no se contemplaron, procurando una escritura de la historia que logre ser más polifónica y en la que el telescopio y el microscopio se engargen como lo encontramos en los trabajos de Sanjay Subrahmanyam, Giuseppe Marcocci y el mencionado Serge Gruzinski. Y en este intento de ir más allá de las explicaciones endógenas, la historia global puede permitir dirigir nuestra atención hacia las jerarquías de poder y las estructuras geopolíticas que determinaron, en gran medida, la forma en la que el mundo se volvió un mundo integrado, con efectos perceptibles en personas, grupos y sociedades.

En este sentido, el gran historiador Elliott (2010) subrayaba, hace no mucho, cómo un mundo en proceso de globalización necesita de una historia auténticamente global, lo que requiere liberarse de prejuicios e ideas preconcebidas, generalmente occidentales, pues la modernidad, que no debe identificarse mecánicamente con la occidentalización, no es singular, sino plural. Porque una perspectiva relevante de análisis histórico es la que proporciona la historia global, una historia que amplía la escala de estudio, pero que a su vez conecta compartimentos aislados o no considerados por otros científicos sociales, pese a que ya han existido hace mucho tiempo llamamientos al respecto de grandes maestros, historiadores de la Escuela de Annales, como Marc Bloch, Fernand Braudel o Pierre Chaunu.

Respecto a los procesos de globalización, el gran historiador francés Jacques Le Goff (2001) señalaba hace unos años cómo dichos procesos suelen mostrar claroscuros. El actual, como hicieron otros antes, hace de la exclusión y de la destrucción de la memoria las marcas sociales más contundentes (de ahí la importancia de recuperar y descolonizar la memoria de esos pueblos considerados sin historia por su carácter ágrafo). No obstante, desde hace unos veinte años el proyecto de estudio de la memoria de ciertos grupos sociales y la expresión de memoria colectiva se han impuesto a los historiadores como un objeto prestigioso, altamente valorizado. El aprecio de la memoria y la recriminación del olvido se han extendido en estos últimos años más de

allá de su contexto primigenio. Si bien, en muchas ocasiones, se ha explotado un pasado de sufrimientos como una fuente de poder y privilegios (Todorov, 1995).

Recuerda Le Goff cómo las globalizaciones han violado no solo las culturas, sino la historia. “Pueblos sin historia”: una expresión acuñada por los colonizadores y que afectó a poblaciones que, en realidad, tenían una historia, a menudo oral (y por ello despreciada), una historia particular, que fueron destruidas. La destrucción de la memoria, de la historia del pasado, es una marca terrible para una sociedad, que hoy a todos nos convoca en un intento de, cuando menos, escribir la historia de esos “pueblos sin historia”.

Desde los primeros momentos de la conquista persistió una preocupación, captada magníficamente por Mignolo (2016), que consistió en la descalificación epistémica de las civilizaciones del Nuevo Mundo por no tener historia (debido a su falta de letras) y de su competencia para contar narrativas coherentes para la óptica europea. Algo que no pasó desapercibido al franciscano Juan de Torquemada (véase Mignolo, 2016) cuando señalaba: Si la historia es una narración de cosas acaecidas y verdaderas y los que las vieron y supieron no las dejaron por memoria, será fuerza al que después de acaecidas quiera escribirlas que vaya a ciegas en tratarlas, o que en cotejar las varias que se dicen gaste la vida y quede al fin de ella sin haber sacado la verdad en limpio. Esto (o casi esto) es lo que pasa con la historia de la Nueva España; porque como los moradores antiguos de ella no tenían letras, ni las conocían, así tampoco no las historiaban (p. 170).

De la cita anterior se infieren varias cosas. La primera es la creencia común de la época de que la historia se componía de palabras (escritas) y cosas. Por tanto, y esto es importante subrayarlo, la “falta de historia” a la que se refieren los españoles no debe ser entendida como una ausencia de “cosas” importantes (hechos, recuerdos, creencias, ideas) en el pasado de las civilizaciones del Nuevo Mundo, sino solo como ausencia de narraciones escritas a través de las letras. Recordemos a este respecto cómo la celebración de esta escritura alfabética llevó a Antonio de Nebrija (padre de la primera gramática española en 1492) no solo a considerar la letra como el mayor invento de la humanidad, sino también a explorar las interesantes conexiones entre la escritura alfabéti-



ca y la historia. La segunda, la firme creencia en la preservación exacta de los recuerdos y la consiguiente glorificación del pasado por medio de la escritura alfabética, lo que se tradujo en una fuerte complicidad entre el poder de la letra y la autoridad de la historia; entre cultura e imperialismo, como estudió magníficamente Said (1993) a partir del análisis del esquema general y planetario del imperialismo y de la experiencia histórica de la resistencia contra el Imperio.

Volviendo a la globalización, aunque en este fenómeno actual prima lo económico (lo que no deja de ser un error, como señalaba Fernand Braudel), en toda globalización, insiste Le Goff, existen cuatro aspectos esenciales que constituyen órdenes de forma sistémica: un aspecto económico (que emerge en Occidente con el capitalismo de los siglos XVI y XVII), un aspecto social, un aspecto cultural y un aspecto político. Desde el punto de vista cultural, hay un problema que todavía experimentamos hoy: el de la lengua, el de la unificación lingüística. A este respecto, no podemos olvidar cómo será precisamente la inscripción de los idiomas del periodo colonial temprano (español, portugués, quechua, náhuatl y aymara) en los lenguajes teóricos de la modernidad, lo que constituya el primer paso hacia la descolonización intelectual y hacia la negación de la negación de la coetaneidad (Mignolo, 2006, p. 25).

Así pues, como señala Gruzinski (2018), dar primacía a una perspectiva global consiste en centrarse en los vínculos que las sociedades tejen entre ellas, en las articulaciones y conjuntos que constituyen, pero también en la forma en que los ensamblajes humanos, económicos, sociales, religiosos o políticos homogeneizan el globo o se resisten al movimiento. En suma, uno de los grandes méritos de la historia global es recordar que las preocupaciones, obsesiones y fantasmas del presente no son el producto de nuestra época.

Ahora bien, no olvidemos, por otra parte, que uno de los motores de esa historia global fue la occidentalización y uno de sus instrumentos preferidos el fútbol (Critchley, 2018). Pero, no hay occidentalización, no hay proyección fuera de Europa de buena parte de sus normas, instituciones y obsesiones, sin apertura hacia el Oeste. Los hombres antiguos, como los medievales, miraron sobre todo hacia el Este: de Jerusalén a la India a la que llegó Vasco de Gama, pasando por la Etiopía del Preste Juan. El horizonte basculará en el momento en el que Colón atraviese el Atlántico y llegue a estas tierras. A partir de la conquista de ese *Orbis novus* que decían los antiguos, el Oeste entra con

estruendo en la historia de Europa: sea tierra de pillajes y destrucción, como denuncia Bartolomé de las Casas, o sea tierra de esperanzas, misiones y lugar propicio para el desarrollo de las utopías renacentistas. El giro hacia el Oeste no fue, entonces, solo una cuestión de carabelas y descubrimientos. Como bien señala Gruzinski (2018): “Es la fuente de lo que conformará las dimensiones humanas, materiales e imaginarias de Occidente” (p. 167). Y este giro permitirá a Europa desarrollar un eurocentrismo cada vez más consciente de sí mismo, como se apuntaba antes, y que solo puede entenderse en un contexto global. Hoy en día, lo preocupante no es que esa visión eurocéntrica haya sobrevivido, sino que todavía se siga pensando que es la única forma de entender, de comprender y de pensar el mundo, el presente.

## **La búsqueda de un nuevo encuadre: entre reconstituir las macrohistorias de la colonialidad y descolonizar la memoria**

De ahí, como señala Mignolo (2016), la necesidad de reconstituir las macrohistorias de la colonialidad que desde el Renacimiento quedaron ocultas, invisibilizadas, en todas las macronarrativas modernas, lo que constituye todo un ejercicio de desobediencia epistémica. Pero también la necesidad, si se quiere renovar la historia del mundo y apuntar a una historia global, de un nuevo encuadre, de descompartimentar, de volver a conectar o de transitar nuevas sendas o áreas culturales más allá de la América colonial, la Europa renacentista o el Mediterráneo otomano. No basta pues con desviar la mirada cuando, por ejemplo, los análisis de centro y periferia que resultan útiles para abordar una relación colonial o poscolonial, en realidad dejan de tener sentido. Con frecuencia para responder a estas inquietudes solo es necesario dejar hablar a las fuentes que se convierten en algo parecido a huellas que habrá que seguir hasta donde nos lleven.

En este sentido, es una realidad que se necesitan investigaciones serias y rigurosas que permitan remar contracorriente, abogando por una historia, instalada en el largo recorrido, que transforme las ausencias en presencias; que visibilicen lo oculto tras los discursos homogeneizantes; que busquen materia de diálogo con el mundo de hoy más allá del siglo XIX; que argumenten a favor de la eliminación de todo aquel sistema de creencias, por impuesto o hegemónico que sea, que legitime por más tiempo la reproducción de injusticias. Con el cambio de milenio, Dipesh Chakrabarty (2000) ya alertaba a sus

colegas historiadores sobre lo que él denominaba la *desigualdad de la ignorancia* como estructura dominante de la producción global del conocimiento. Y para iluminar su argumento ponía un ejemplo: los historiadores del Tercer Mundo, según sus palabras, sienten la necesidad de referirse a obras europeas. Sin embargo, sus homónimos europeos no sienten ninguna obligación de reciprocidad.

Como apunta magistralmente Mignolo (2016): “si los académicos no pueden representar al colonizado o permitir hablar al subalterno, pueden, al menos, romper una noción monolítica de lo subalterno y mantener una práctica discursiva alternativa, paralela al discurso oficial del Estado” (p. 40). Se habla entonces de mecanismos de investigación y de intervención académica en los que se descubra la lógica instrumental y se acuda a contrarrestarla mediante lo que Santos (2010) denomina *ecologías*, bien sea de *saberes* (encargada de identificar los conocimientos vigentes invisibilizados) o de *reconocimientos* de los derechos de los históricamente excluidos.

La actual propuesta, sin embargo, apunta más a la descolonización de la memoria, a través del análisis de la relación entre alfabetismo e historiografía, y de una apuesta por una historia global que, como mecanismo heurístico, permita plantear otras preguntas, desandar lo andado y generar respuestas diferentes de las derivadas de enfoques claramente eurocéntricos. Y en este punto es importante recalcar que la meta de una historia global no es escribir una historia total de nuestro planeta, sino escribir una historia de espacios delimitados, no globales, pero teniendo siempre en mente, como se apuntaba antes, las conexiones globales (que no son nuevas) y las condiciones estructurales.

Volviendo a las injusticias legitimadas por la retórica de la modernidad, Enrique Dussel (1993) intenta contrarrestarlas desde una perspectiva decolonial. Para el filósofo argentino, la modernidad desarrolla un mito irracional, una justificación de la violencia genocida. Un mito del que parte esencial será América, convertida en la primera periferia del mundo moderno. Lo anterior nos interesa porque al ubicar Dussel el surgimiento de la modernidad a finales del siglo XV, con el descubrimiento europeo del Nuevo Mundo, pone el acento en el periodo colonial moderno. David Wallace (citado por Mignolo, 2016) señala cómo uno de los principales marcadores históricos del Renacimiento fue el *descubrimiento y colonización* del Nuevo Mundo, aunque la redefinición

más poderosa del Renacimiento no se ha dado en nuestros días, sino en el siglo XIX en Europa, durante la última etapa de la expansión colonial europea.

Un periodo, especialmente los siglos XV-XVI, en donde los legados del Imperio español en América conectan con el presente, ya sea a través de las culturas latinas emergentes en USA (en un momento de fuertes migraciones latinoamericanas hacia los Estados Unidos) o las sociedades plurilingües y multiculturales andinas o mesoamericanas en América Latina. A este respecto, es bueno recordar cómo los efectos de la mundialización presente se derivan de transformaciones puntuales que podemos fechar, más allá de que desde una óptica global no todos los pasados sean intercambiables ni nos ayuden de igual forma a la comprensión del presente.

Así pues, lo anterior se presenta como una justificación para centrarse en los siglos de la modernidad más que suficiente, si además tomamos conciencia de la pertinencia, por no hablar de necesidad, de reinscribir los legados del periodo colonial temprano en las discusiones actuales sobre legados coloniales y pensamiento decolonial. Necesidad esta que surge de otra necesidad más ambiciosa: descolonizar el conocimiento académico, en este caso a través de las narrativas, y descentrar los *loci* epistemológicos de enunciación, desde los cuales se habla y, al hablar, se contribuye a cambiar o mantener sistemas de valores y creencias.

Una propuesta epistémica interesante para descolonizar el conocimiento académico, para volver la mirada hacia lo propio, para repensar Latinoamérica desde sus emergencias y desde sus ausencias, tiene que ver con lo que Santos denomina *Epistemologías del Sur*. Para Santos (2009), citado por Vianello (2011), las Epistemologías del Sur son:

Una propuesta epistémica, ética y política basada en “el reclamo de nuevos procesos de producción, de valorización de conocimientos válidos, científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido, de manera sistemática, destrucción, opresión y discriminación causadas por el capitalismo, el colonialismo y todas las naturalizaciones de la desigualdad en las que se han desdoblado; el valor de cambio, la propiedad individual de la tierra, el sacrificio de la madre tierra, el racismo, el sexismo, el indi-

vidualismo, lo material por encima de lo espiritual y todos los demás monocultivos de la mente y de la sociedad –económicos, políticos y culturales– que intentan bloquear la imaginación emancipadora y sacrificar las alternativas. (Vianello, 2011, p. 16)

Si nos fijamos en el Manifiesto Inaugural del Grupo Latinoamericano de Estudios Subalternos (2008), este pone mucho énfasis en subrayar cómo a nivel regional y local se están sucediendo una serie de procesos que invitan, como poco, a buscar nuevas formas de pensar y de teorizar el pasado. Sirvan como ejemplo el desmantelamiento de los regímenes autoritarios en Latinoamérica, el final del comunismo y el consecuente desplazamiento de los proyectos revolucionarios, los procesos de redemocratización, las nuevas dinámicas creadas por el efecto de los mass media o el nuevo orden económico transnacional. A su vez, como reza el mismo Manifiesto: “La redefinición de las esferas política y cultural en América Latina durante los últimos años ha llevado a varios intelectuales de la región a revisar algunas epistemologías previamente establecidas en las ciencias sociales y las humanidades”.

## Los pueblos sin historia: alfabetismo e historiografía

Lo anterior a su vez, en un momento a nivel global en el que estamos inmersos en un proceso de desoccidentalización que inició a partir del año 2000 cuando la gestión del patrón colonial de poder del que habla Aníbal Quijano (2000) escapó de las manos de Occidente para dar paso a Estados que adoptan la economía de acumulación, pero la gestionan políticamente a su manera. Un proceso este que es consecuencia directa, y no sabemos hasta qué punto inevitable, de la occidentalización (1500-2000) que trajo consigo, entre otras cosas, la colonización de la memoria, el espacio y las lenguas, cuando el Nuevo Mundo empieza a emerger con fuerza en la conciencia europea. Y es precisamente el tema de las lenguas el que permite abordar las conexiones entre alfabetismo e historiografía, lo que hace posible transitar del lado más brillante del Renacimiento al lado más oscuro, según la expresión acuñada por Mignolo (2006).

Aunque la noción de historia y de pueblos sin historia, mencionada antes, no fue hegemónica, su influencia fue muy grande durante la centuria del Quinientos. Unas décadas antes del mencionado Torquemada, el Padre Acosta (un jesuita radicado en Perú autor de la *Historia Natural y moral de las Indias*,

1590) se posicionó en el debate sobre la inteligencia de los habitantes del Nuevo Mundo, apoyando de forma persuasiva la idea de que eran seres humanos inteligentes: no carecían pues de inteligencia, sino de letras. Lo cierto es que las reflexiones de Acosta no tienen desperdicio. Se preguntaba: ¿cómo podían tener historia pueblos como los mexicas si no tenían escritura? ¿cómo podían ser tan elegantes en su oratoria si no tenían retórica? Otro jesuita afincado en Méjico, de apellido Tovar, intentará responder a las inquietudes de su compañero de orden haciéndole ver cómo recordar el pasado y recordar largas frases podían desempeñarse sin la ayuda de letras.

Si se comparan los relatos mexicas pintados mediante los cuales registraban su pasado con las narrativas occidentales alfabéticas, se puede identificar en ambas una matriz común constituida por los participantes, los acontecimientos, el espacio y el tiempo; por no hablar de que en ambos casos lo que se pretende es construir identidades. Puede que parezca suficiente, no así para los letrados renacentistas quienes, ante la incapacidad de sus pares mayas, quechuas o náhuatl, decidieron ellos escribir la historia de esos pueblos a los que consideraban sin historia (Mignolo, 2016). ¿No será que hoy se sigue haciendo lo mismo? Y es en este punto donde emerge con fuerza la propuesta de Santos, referida antes: la necesidad de reconocimiento e identidad de los sujetos frente a sus conocimientos, saberes y prácticas, desde una cosmovisión ajena al positivismo. Hay que dar visibilidad a todo lo que ha sido invisibilizado por no corresponder con el canon occidental.

Ejemplos como los anteriores muestran de forma clarividente cómo era la teoría de la escritura en la que creían los letrados castellanos durante el Renacimiento. Cualquiera podía llevar registro del pasado, independientemente de la fórmula o medio empleado, pero la historia solo podía escribirse con letras. ¡Bendita complicidad entre historia y escritura alfabética! A este respecto no está de más recordar cómo el concepto de historia en Occidente nació a la par que la escritura alfabética. Ambos fueron inventos griegos. Ahora bien, mejor dejar para otro momento cómo desde la fundación misma de la historiografía, la historia, considerada como “historia memoria”, ha sido una constante; aunque siempre prendida de la idea de “indagación o investigación”, como lo ha recordado Analdo Momigliano (1993).

No obstante, será la concepción de historia de Cicerón, y no tanto la de Heródoto y Tucídides, la que se convierta en definición estándar durante el

Renacimiento europeo y repetida con frecuencia por los historiadores del Nuevo Mundo: testigo de los tiempos, modelo de vida, vida de la memoria. Unos historiadores del Nuevo Mundo que heredaron un concepto de historiografía heredado de las tradiciones romana y humanista. Ahora bien, esa vieja figura ciceroniana de la historia como “madre y maestra” se hundirá, como ha demostrado Reinhart Koselleck, con el surgimiento de la modernidad que introduce nuevas formas de temporalidad y que permite al hombre moderno romper con los viejos tópicos como “aprender de los mayores”. Un Koselleck (recogido por Renán Silva, 2007) que también subraya cómo:

Si es cierto que en la etimología de la palabra historia se encuentra la idea misma de experiencia (siendo la historia el lugar de una *experiencia singular*), la Edad Media sería el lugar de una *experiencia formativa común y singular* que cubrió a una parte significativa de la humanidad y que tiene tanta importancia como lo que llamamos “modernidad”, solo que a esta última la hemos marcado con una representación positiva y deseable, lo que no hemos hecho con la sociedad del medioevo, por la propia imagen que de ella guardamos (p. 244)

De este modo, para los historiadores romanos la historia se asemejaba, sobre todo, a un relato de acontecimientos pasados. Tanto para los historiadores romanos Tito Livio y Tácito, como para los historiadores humanistas italianos Bruni y Biondo, su concepción del pasado se asociaba al almacenamiento de registros escritos que permitieran su reconstrucción, más que con un informe sobre acontecimientos presenciados. Hoy se puede decir, siguiendo al maestro Marc Bloch (1996), que la historia es investigación y, por tanto, elección. Su objeto no es el pasado, sino los hombres y de forma más precisa los hombres en el tiempo. Por ello, sigue Bloch, hay que estar muy atento a la transmisión de testimonios, de todos los testimonios, y es que, como se ve en el caso del Nuevo Mundo, quienes operaban en la escritura escribían lo poco que conocían sobre el nuevo territorio, mientras que a los que conocían sus propias memorias no les estaba permitido escribirlas. Por eso, los subalternos no pueden hablar desde el siglo XVI. Es triste reconocer que el rico pasado de las civilizaciones mesoamericanas y andinas era un pasado que no pertenecía a las personas que escribían la historia, sino a quienes, en opinión de los colonizadores, no tenían historia porque no tenían escritura, como hemos visto. Tremenda paradoja ¿verdad?

En el siglo XVI, la configuración discursiva que Occidente llamó *historia* solo aceptaba como miembros de su clase a discursos escritos (biografía, crónica, narrativa histórica), creando un paisaje en el que solo los géneros escritos formaban parte de la historiografía discursiva. Por ello, no es de extrañar que la distinción que establecían los aztecas entre signos orales y escritos para registrar, primero, y conservar después los recuerdos de la comunidad contradecía, en buena medida, el fuerte énfasis que puso Occidente en relación con la historia.

Hoy día no parece que haya dudas respecto a que las categorías occidentales de géneros discursivos, codificadas durante el Renacimiento y transmitidas a la periferia colonial, que dice Mignolo (2016), como parte del paquete de difusión del alfabetismo alfabético, fueron (al igual que la noción misma de historia) una conceptualización regional de tipos discursivos y nunca una categoría universal que permitiría establecer las tipologías discursivas no occidentales. Sin duda, los castellanos malinterpretaron al usar las categorías occidentales como modelos para entender los tipos discursivos nativos en lugar de pensar en un modelo de categorización humana que permitiera comprender las diferencias y similitudes entre castellanos y mexicas (Mignolo, 2016).

## Conclusiones

Parece claro, pues, que las relaciones entre la historia, la ficción y la literatura muestran una configuración diferente si se va hasta el siglo XVI y se analiza el tema desde una perspectiva intercultural y en situaciones coloniales. Conforme españoles y portugueses se expandan y con ellos el cristianismo, las nociones occidentales de historia y verdad y las conceptualizaciones no occidentales de registro del pasado, así como los sistemas de creencias unidos a diferentes tipos de registros, se unieron durante esa primera fase de difusión masiva del alfabetismo occidental.

Eso es lo que sucedió hace más de cuatro siglos. Hoy corresponde recuperar esas historias, aunque no escritas, visibilizarlas, repensarlas y darles voz. Una empresa compleja porque las disciplinas académicas modernas siguen siendo profundamente eurocéntricas y todavía se sigue pensando que Europa era, y sigue siendo, la fuerza impulsora central de la historia del mundo. Y lo que fue aún más crucial, como apunta Conrad (2017): “las herramientas con-



ceptuales de las humanidades y las ciencias sociales hacían abstracción de la historia europea para crear con ella un modelo de desarrollo universal” (p. 9).

En consecuencia, cuando desde un punto de vista metodológico las categorías particulares de Europa se impusieron sobre los pasados de todos los demás, las disciplinas modernas trataron a todas las demás sociedades como colonias de Europa. Es por ello por lo que nuestra apuesta para afrontar los desafíos derivados de lo anterior sea la historia global. Quizá la voluntad de analizar los fenómenos periféricos y transversales no sea nueva, pero sí lo es el intentar cambiar el terreno sobre el que reflexionan los historiadores, lo que supone de facto un ataque contra muchos paradigmas y, en concreto, contra las historias nacionales. La defensa de la historia global, como se ha puesto de manifiesto, invita, sobre todo, a superar la fragmentación (pensamiento abismal) para llegar a una comprensión más abarcadora de las interacciones y conexiones que han dado origen al mundo moderno. Y lo anterior pasa, sin duda, por repensar Latinoamérica desde sus emergencias y desde sus ausencias.

## Referencias

- Anzaldúa, G. (1987). *Borderlands/La frontera: the new mestiza*. Spinsters/Aunt Lute.
- Bloch, M. (1996). *Apología para la historia o el oficio de historiador*. FCE.
- Chakrabarty, D. (2000). *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*. Princeton: University Press.
- Chakravorty Spivak, G. (2003). ¿Puede hablar el subalterno? *Revista Colombiana de Antropología*, 39, 297-364. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0486-65252003000100010&lng=en&tln-g=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0486-65252003000100010&lng=en&tln-g=es).
- Conrad, S. (2017). *Historia global. Una nueva visión para el mundo actual*. Editorial Crítica.
- Critchley, S. (2018). *En qué pensamos cuando pensamos en fútbol*. Sexto Piso.

- Dussel, E. (1993). Eurocentrism and modernity. *Boundary*, 2(20/23), 65-76.
- Elliott, J. (2010). *España, Europa y el mundo de ultramar: 1500-1800*. Taurus.
- Glissant, E. (1989). *Caribbean discourse: selected essays*. University Press of Virginia.
- Gracia, D., López, E. y Gallego, D. (2018). Cultura, política y patrimonio: construcciones narradas. En E. López (comp.). *Universidad creativa: sistematización de experiencias de narrativas en el aula*. Corporación Universitaria Americana. En prensa.
- Gruzinski, S. (2018). *¿Para qué sirve la historia?* Alianza Editorial.
- Le Goff, J. (2001). Suerte y desgracia de las mundializaciones. <https://introduccionalahistoriajvg.wordpress.com/2012/08/14/%E2%97%BC-la-idea-de-mundializacion-segun-el-historiador-jacques-le-goff-2001/>
- Mendieta Betancourt, A. (2018). *América Latina. Cultura letrada y escritura de la historia*. Anthropos Editorial.
- Mignolo, W. (1993). Colonial and poscolonial discourse: cultural critique or academic colonialism? *Latin American Research Review*, 28(3), 120-134.
- Mignolo, W. (2016). *El lado más oscuro del Renacimiento. Alfabetización, territorialidad y colonización*. Editorial Universidad del Cauca.
- Momigliano, A. (1993). *Ensayos de historiografía antigua y moderna (1947-1977)*. FCE.
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder y clasificación social. *Journal of World-Systems Research*, 6(29), pp. 342-386.
- Said, E. (1978). *Orientalism*. Vintage Books.
- Said, E. (1993). *Culture and imperialism*. Alfred A. Knopf.

- Santos, B. (2007). *La Universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipatoria de la universidad*. Cides-Umsa, Asdi y Plural editores.
- Santos, B. (2009). *Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social*. Silo XXI. CLACSO.
- Santos, B. (2011). Introducción: las epistemologías del Sur. En A. Vianello y B. Mañé. (coords.), *Formas-Otras: saber, nombrar, narrar, hacer*, CIDOB.
- Seed, P. (1991). Colonial and postcolonial discourse. *Latin American Research Review*, 26(3), 181-200.
- Silva, R. (2007). *A la sombra de Clío. Diez ensayos sobre historia e historiografía*. La Carreta.
- Todorov, T. (1995). *Los abusos de la memoria*. Paidós.
- Walsh, C. (2007). ¿Son posibles unas ciencias sociales/ culturales otras? Reflexiones en torno a las epistemologías decoloniales. *Nómadas*, 26, 102-113

## Capítulo 8

# La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares<sup>1</sup>

Manuel J. Gómez Restrepo<sup>2</sup>, Adriana Patricia Arboleda López<sup>3</sup>,  
Santiago Restrepo Restrepo<sup>4</sup>

### Resumen

La discusión sobre la eficacia de los derechos está presente todavía en el constitucionalismo contemporáneo, encontrar un enlace teórico que pueda abordar con amplitud este tema y que a su vez sirva como respuesta a los conflictos sociojurídicos que se presentan continúa siendo una tarea diaria y una responsabilidad de la academia con la sociedad. Este capítulo aborda uno de los dilemas de actualidad sobre la exigibilidad de los derechos fundamentales, para ello aborda algunas posturas del derecho alemán, para posteriormente compararlas con el derecho español y finalmente dirigirse hacia la problematización de este tema en el caso colombiano.

**Palabras clave:** derechos fundamentales, eficacia, constitución, interés público.

---

1 Este artículo de investigación es un resultado parcial del proyecto de investigación titulado Teorías presentes en la protección de los derechos laborales de las mujeres gestantes y lactantes en Colombia, financiado por la Corporación Universitaria Americana, cuyo investigador principal es Manuel J. Gómez Restrepo.

2 Politólogo de la Universidad de Antioquia, abogado de la Universidad Eafit, máster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Profesor de la Universidad Eafit. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana, Medellín, Colombia. Correo: mjgomez@americana.edu.co

3 Posdoctora en Derecho de la Universidad Nacional y en Ciencias de la Educación con enfoque en Investigación Compleja y Transdisciplinaria de la Universidad Simón Bolívar, doctora en Derecho Procesal Contemporáneo. Docente investigadora de la Corporación Universitaria Americana, directora del Centro de Conciliación Americana. Correo: aarboleda@americana.edu.co

4 Psicólogo, especialista en Psicología de las Organizaciones, estudios de maestría en Neuropsicología, doctor en Neurociencias, posdoctor en Ciencias, profesor en la Universidad de Barcelona (España), profesor en el Tecnológico de Antioquia (Colombia) e investigador en la Corporación Universitaria Americana (Colombia).

## Introducción

El presente capítulo se centra en la pregunta: si los derechos fundamentales se le pueden exigir o no a sujetos privados o particulares. A este tema se le ha denominado tradicionalmente *Drittwirkung*, que es la abreviación de la expresión *Drittwirkung der Grundrechte*<sup>5</sup>, donde se busca destacar quiénes son los nuevos obligados por los derechos fundamentales, los terceros o particulares (*Dritte*), frente al sujeto que tradicionalmente se ha considerado como el obligado, el Estado.

El problema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares no es una cuestión nueva para la dogmática constitucional alemana. Es un tema que se ha discutido constantemente desde la entrada en vigor de la Ley Fundamental de la República Federal alemana de 1949: primero sobre si es posible o no la *Drittwirkung*, y segundo si esta eficacia es directa o indirecta, inmediata o mediata.

Una discusión similar se ha presentado en España desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, donde la controversia se enfocó en la confusión entre los campos procesales y sustanciales, aunque en los últimos años con la diferenciación de estos temas la discusión ha avanzado, sobre la imposibilidad de la *Drittwirkung* española, a discutir qué efectos tiene este en España.

El constituyente colombiano se nutrió de estas discusiones doctrinales y estableció la eficacia directa de los derechos fundamentales en su Constitución en ciertos casos específicos.

## La discusión doctrinal de la *Drittwirkung* en Alemania

### La existencia o no de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares

El primer caso debatido sobre la existencia o no de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, tiene sus raíces precisamente en el artículo 3.2 de la citada Ley Fundamental de la República Federal Alemana que establece que “el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado

<sup>5</sup> Que se traduciría: eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.

promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes”.

Nipperdey, el autor que encabezará una de las posturas, se preguntó en su famosa disertación de 1950 *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*<sup>6</sup>, si a esta igualdad de derechos corresponde también una igualdad salarial a pesar de que no exista un desarrollo legislativo. A esta pregunta, no solamente responde afirmativamente, sino que este derecho fundamental ha de tener un efecto directo desde la Constitución, no solo hacia el Estado sino también hacia los particulares. Para Bilbao Ubillos, se quería suplir la falta de interés del legislador en desarrollar ciertos apartados de la Constitución, en especial los mandatos de igualdad y de prohibición de discriminación, haciendo una aplicación directa de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución por medio de los tribunales (Bilbao Ubillos, 1997). Como claramente lo señala Estrada, “de este modo la nueva doctrina nace ya marcada con un cuño ideológico preciso cuya finalidad era favorecer el activismo judicial para procurar la realización efectiva de la Constitución” (Estrada, 2000). Esta es la razón por la cual “la *Drittwirkung* no es el resultado de un proceso interpretativo normal, sino la elección de un horizonte hermenéutico” (García Torres, Jiménez Blanco, 1986, p. 142)<sup>7</sup>.

Por otro lado, se encontraba gran parte de la doctrina iusprivatista, encabezada por Mangoldt, que sostenía que no era posible que los derechos fundamentales tuvieran un efecto directo en los negocios particulares sin mediación legislativa. Muy pronto la gran cantidad de literatura tanto a favor, como en contra de la *Drittwirkung*, se hizo “inabarcable” (Estrada, 1997, p. 98). Siguiendo a Bilbao Ubillos y a Estrada los principales argumentos en contra de

6 “Por igual trabajo de las mujeres, igual salario”.

7 Esos mismos autores sostienen que “La *Drittwirkung* no es un simple esclarecimiento de sentido, dentro de un horizonte o proyecto general de sentido, representa, en sí misma, un nuevo horizonte o proyecto general de sentido de los derechos fundamentales, vale decir, es en su más íntima entraña todo un nuevo modo de abrir el sentido de los enunciados constitucionales sobre derechos fundamentales” (García Torres, Jiménez Blanco, 1986, p. 140). Böckenförde ha puesto de manifiesto la labor entre la interpretación de una determinada disposición sobre derechos fundamentales en la Constitución y una determinada visión sobre derechos fundamentales, las interpretaciones “descifradoras” y concretizadoras “del contenido, no encuentra ningún punto de conexión suficiente en la literalidad, el significado de las palabras y el contexto normativo. Se establece y se deriva –consciente o inconscientemente– de una determinada teoría de los derechos fundamentales, entendiéndose por tal teoría una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales. Esta teoría tiene su punto de referencia (la orientación sistemática) por regla general en una determinada concepción del Estado y/o en una determinada teoría de la Constitución” (Böckenförde, 1993, p. 43).

la *Drittwirkung* se pueden resumir de la siguiente forma:

1. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares va en contra de la tradición histórica del concepto de los derechos fundamentales.
2. La admisión de la eficacia frente a particulares debe de existir expresamente en el texto constitucional.
3. Los derechos individuales sólo vinculan al Estado, no a los privados, estos solo pueden ser vinculados por leyes civiles o penales.
4. La *Drittwirkung* acaba con la autonomía privada y anularía el derecho privado al hacerlo totalmente superfluo, pues el juez podría tomar la decisión basándose directamente en el texto constitucional y prescindiendo de la ley existente.
5. Retira importantes ámbitos de la organización social de manos del legislador democrático, cuya libertad de configuración resulta restringida por la extensiva interpretación de la Constitución, trasladando esta a los tribunales.

Para estos dos autores los tres primeros argumentos se pueden responder de la siguiente manera:

1. El concepto de derecho fundamental no ha sido unívoco y ha cambiado varias veces a través de la historia. No existe una sola tradición particular.
2. Demandar que debe existir un reconocimiento expreso es desconocer precisamente la realidad del problema, ya que, de existir la eficacia, no necesita que sea expresa.
3. La vinculación al Estado no significa que a los privados no se les pueda exigir el respeto a los derechos fundamentales y que no se pueda tener protección frente a ataques que provengan de los particulares<sup>8</sup>.

El Tribunal Federal de Trabajo Alemán<sup>9</sup>, en su decisión del 18 de enero de 1955, relativa a la igualdad salarial entre hombres y mujeres, decide a favor de

<sup>8</sup> Para ampliar los argumentos en contra de la eficacia de los derechos fundamentales contra particulares y sus respuestas ver Bilbao Ubillos, 1997, p. 279-283 y Estrada, 2000, p. 98-101.

<sup>9</sup> La Sala Primera de este Tribunal era presidida precisamente por Nipperdey.

la existencia de la *Drittwirkung* y justificó con ello la vinculación de los convenios colectivos a los derechos fundamentales. Que esta línea jurisprudencial se haya mantenido a lo largo de los años ha tenido como efecto que las teorías que niegan los efectos de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado se hayan vuelto doctrinas minoritarias.

El segundo debate se da entre los defensores de la eficacia inmediata cuyo mayor exponente es Nipperdey y los defensores de la eficacia mediata de los derechos fundamentales, cuya principal autoridad es Dürig, ha tenido como fruto una rica discusión doctrinal, cuyos argumentos vale la pena repasar más adelante, pero que fue jurisprudencialmente resuelta en Alemania en la decisión *Luth* del 15 de enero de 1958, donde la solución adoptada por el Tribunal Constitucional Federal sigue una argumentación favorable a los defensores de la eficacia indirecta o mediata. En el fallo el Tribunal expresó lo siguiente:

Los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. De ahí que la acción de amparo sólo proceda contra actos del poder público.

La Constitución, sin embargo, no es neutral respecto de los valores. Los derechos fundamentales traducen un orden o sistema de valores, sustentado en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad de la persona humana, que, en su decisión constitucional básica, está llamada a regir en todos los ámbitos del derecho y a ser acatada por todos los órganos del poder. En este sentido, el sistema de valores prohijado por la Constitución influye en el derecho civil, no pudiendo sus disposiciones contradecirlo y, por el contrario, debiendo ellas interpretarse con arreglo a su espíritu (Tribunal Federal Alemán, 1958).

### **La teoría de la *Drittwirkung* inmediata o directa**

Para García Torres y Jiménez-Blanco, la argumentación de Nipperday se basa en admitir que existen algunos derechos fundamentales que solo vinculan al Estado como: la libertad de reunión, libertad de circulación, inviolabilidad del domicilio, propiedad privada y herencia, indemnización por expro-



piación, conservación de la nacionalidad, no extradición, derecho de asilo, entre otros (García Torres, Jiménez Blanco, 1986, p. 22).

Sin embargo, existen otros derechos fundamentales que tienen un doble carácter: por una parte, tienen los mismos efectos de protección frente al Estado ya conocidos, pero además

Garantizan a cada ciudadano un *status socialis* en sus relaciones jurídicas con los demás, y, en especial, con los formidables *Sozialmächte*<sup>10</sup>, los grupos y organizaciones cuyo descomunal poderío en la sociedad amenaza al individuo aislado e impotente y frente a los que el Estado debe intervenir justamente para defender el inerme ciudadano (García Torres, Jiménez Blanco, 1986, p. 22)

Pero para Nipperday la *Drittwirkung* no solo aplicaría en los casos en que exista una manifiesta desigualdad fáctica. Aun cuando exista igualdad entre las partes se pueden aplicar los derechos fundamentales, los que tienen eficacia directa, ya que los acuerdos contractuales no pueden primar sobre los demás derechos constitucionales.

Nipperdey, siguiendo a Smend, sostiene que el orden jurídico forma una unidad, y todo derecho tan solo rige en base y en el marco de la Constitución, esto es, para que los derechos fundamentales rijan no se necesita ningún medio o punto de infiltración. El orden objetivo de valores debe regir para todo el ordenamiento, ya que este es único e indivisible, no se necesita por lo tanto un punto de infiltración que irradie el resto del ordenamiento (Bilbao Ubillos, 1997).

Pero para Nipperday, no todos los derechos fundamentales son aplicables directa y automáticamente, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias que rodean el caso, los tipos de relaciones, la ponderación de los derechos en juego y los valores constitucionales protegidos.

Según Estrada, los pasos que dice Nipperdey se deben seguir para aplicar los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado son: “En primer

<sup>10</sup> Los llamados poderes sociales, que son considerados aquellos entes con mucho poder, generalmente económico, que pueden lesionar los derechos fundamentales de los individuos.

lugar, es necesario verificar si tan siquiera cabe contemplar el derecho fundamental en el ámbito jurídico-privado” (Estrada, 2000, p. 106). Quiere esto decir, que antes de nada se debe verificar si los derechos fundamentales que se quieren exigir solo aplican al Estado, como es por ejemplo el derecho de asilo, de aquellos derechos que sí pueden vincular a un privado.

Si se supera este primer punto “se pasa a continuación a apreciar debidamente la *finalidad protectora* y el *orden que contiene* la norma en cuestión” (Estrada, 2000, p. 107), es decir, se debe buscar de acuerdo con la finalidad, cuál es la extensión de protección entre los particulares, “la norma debe aplicarse sin límite, donde se trate de la relación entre el individuo y los poderes sociales. Ahí radica en general el punto de partida y de arranque sobre el efecto absoluto de los derechos fundamentales” (Estrada, 2000, p. 107).

Este punto es esencial, significa un acercamiento entre la postura de la *Drittwirkung* directa e indirecta, pues para Estrada, “aun los partidarios de la *Drittwirkung* mediata consideran plausible la eficacia directa frente a los poderes sociales” (Estrada, 2000, p. 107). Incluso Díez-Picazo Giménez va más allá y sostiene que son tres las áreas donde los partidarios de la *Drittwirkung* mediata aceptan excepciones: cuando los particulares actúan ejerciendo funciones públicas, en la imposibilidad de ser sancionado cuando se ejerce un derecho fundamental (ejemplo de la huelga) y en el campo laboral (Díez-Picazo Giménez, 2012, p. 151).

Los argumentos de Nipperday se basan en la idea de que en situaciones de desigualdad fáctica no existe ni la libertad contractual ni la autonomía privada, ya que de otro modo se estaría desconociendo la realidad social por y ante un excesivo formalismo. Pero para este autor, aun en casos de igualdad fáctica, debe operar la *Drittwirkung* directa. En su opinión los acuerdos contractuales no pueden contravenir los principios constitucionales.

Las principales críticas que se le hacen a la teoría de la *Drittwirkung*, inmediata o directa son: en primer lugar, que esta teoría propiciaría la inseguridad jurídica, una segunda crítica, es que aplicarla acabaría con la autonomía privada, en tercer lugar, que subordina el derecho privado al derecho constitucional y por último, sería el llamado problema contramayoritario, es decir, que la *Drittwirkung* retira importantes ámbitos de la configuración social del legislador y nos llevaría a un Estado judicial.

Las respuestas dadas por los defensores de esta teoría a las críticas son las siguientes: sobre el argumento de que los derechos fundamentales se podrían utilizar para dejar sin efecto contratos pactados con el cumplimiento de las formalidades legales, lo que llevaría a la inseguridad jurídica, la respuesta dada por los defensores de la *Drittwirkung* directa es que no puede ser válido ningún acuerdo pactado que esté en contravía o viole los derechos fundamentales, ya que el ordenamiento jurídico forma una unidad, y el derecho privado está subordinado a la Constitución. “Los principios iusfundamentales gozan de supremacía sobre las normas que regulan solo de manera formal la libertad contractual” (Estrada, 2000, p. 121). Esto no significa que el derecho privado se vuelva inútil, y que solo se deba aplicar la Constitución directamente, ya que como afirma Alexy, los tribunales ordinarios siguen aplicando el derecho vigente “bajo la forma de leyes, precedentes y dogmática consensuada” (Alexy, 1993, p. 522). Solo que al resolver cuestiones entre privados se deben reconocer los efectos de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico.

Con respecto a la autonomía privada, argumentan que esta no es ilimitada y no puede primar ante los demás derechos fundamentales. Es más, en el derecho civil siempre se ha considerado que esta debe ceder ante las normas imperativas (de ahí la prohibición de pactar contra el orden público y las buenas costumbres). Por otro lado, argumentan que los contratos donde existe una verdadera igualdad fáctica entre los particulares son mínimos y que la mayoría de los contratos son de adhesión, o contratos donde los poderes sociales terminan decretando de diferentes maneras el acaecer contractual.

Por último, con respecto al problema contramayoritario, se responde desde esta teoría, que este no es un problema solamente de la *Drittwirkung*, sino que es un problema implícito a las democracias constitucionales por las vetas cruzadas entre el constitucionalismo y la democracia (Salazar, 2006, p. 213). Pero este problema no es tan grave como se plantea, ya que los límites que tiene el legislador son los mismos derechos fundamentales, los cuales son necesarios para tener una efectiva democracia, una democracia sustancial y no solo formal, y sin estos límites creados por el constitucionalismo se estaría acabando con la democracia (Bovero, 2006).

## La teoría de la *Drittwirkung* mediata o indirecta

La *Drittwirkung* mediata o indirecta es una posición intermedia entre la negación de la eficacia de los derechos entre particulares y la eficacia directa, al postular que, si bien los derechos fundamentales existen entre particulares, estos solo se pueden exigir de una manera indirecta, a través del poder legislativo o del judicial (Bilbao Ubillos, 1997). El principal defensor de la *Drittwirkung* mediata es Dürig, que ya en 1956 en su escrito *Grundrechte und Privatrechtsprechung*<sup>11</sup> empieza a sostener que los “derechos fundamentales se proyectan en las relaciones jurídicas en la medida en que su contenido está vinculado materialmente a la protección de la dignidad humana, como valor absoluto” (Bilbao Ubillos, 1997, p. 305).

Para Dürig, el principio de dignidad humana, consagrado por la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, impone un deber de protección y de tutela frente a violaciones no solo de órdenes estatales sino también extraestatales. Este deber de protección principalmente incumbe a la jurisdicción judicial.

La intensidad de protección de los derechos fundamentales tiene que ser diferente si es frente al Estado o frente a terceros, ya que la autonomía privada sería un limitante a la eficacia de los derechos fundamentales porque esta es una expresión de la dignidad humana y sería una especie de valor supraconstitucional “en virtud del cual se podría disponer de los restantes derechos fundamentales, pactando en menoscabo de estos” (Estrada, 2000, p. 120).

Las cláusulas generales de la doctrina *iusprivatista*, esto es, las buenas costumbres y la buena fe, son las idóneas para recibir los contenidos establecidos en las normas constitucionales y actuarían como puntos de irrupción, como puntos de entrada de los derechos fundamentales al tráfico jurídico privado.

Esta aplicabilidad no es siempre uniforme y en esta labor de colmar los conceptos, se aprecian, según Dürig, tres grados de intensidad:

1. Lo más usual sería una función meramente diferenciadora y clarificadora, que cumplen los respectivos valores constitucionales. El juez se serviría de los valores comprendidos en la Constitución para justificar

<sup>11</sup> Que traduce “Derechos fundamentales y derecho privado”.

la aplicación del precepto de derecho civil. Es decir, sería una labor pedagógica por parte del juzgador, que explique de una manera clara que ha decidido con base en el derecho privado. Este nivel sería el más usual ya que para Dürig el sistema de protección jurídico privado es bastante sólido.

2. En segundo lugar, y con menor frecuencia, se necesitaría una acentuación de los valores en las cláusulas generales, haciendo más penetrante su protección o limitación frente a las posibilidades de elección que ofrece el derecho privado. Un ejemplo de esto sería la prohibición a la discriminación racial.
3. Aún menos frecuente, que la Constitución misma exige que se colme una laguna mediante el recurso directo a los derechos fundamentales. En estos casos habría una eficacia directa de la *Drittwirkung* tal como señala Bilbao Ubillos (1997, p. 305).

Por lo tanto, de los tres niveles de intensidad de los que habla Dürig, solo en el segundo se trata de una eficacia mediata, con una irradiación de los derechos fundamentales a través de las cláusulas generales, y de una labor de los jueces ya que en el primer caso los derechos fundamentales no serían nada más que un adorno al derecho privado, y el tercero sería simplemente la *Drittwirkung* directa.

Como observamos, esta teoría termina conduciendo al mismo lado que la *Drittwirkung* directa. En palabras de Bilbao Ubillos, esta teoría sería una “peripezia artificiosa” (1997, p. 321) que “no conduce a ninguna parte, o, mejor dicho, que regresa al mismo punto de partida sin despejar ninguna incógnita” (Bilbao Ubillos, 1997, p. 321).

### **Conciliación de ambas teorías**

Hay que mencionar, que además de las dos posturas anteriormente vistas, otra parte de la doctrina ha sostenido que no son mayores las diferencias entre la *Drittwirkung* directa e indirecta, ya que tienen similitudes tanto dogmáticas como doctrinales.

Con respecto a las similitudes dogmáticas, estas estarían en que para ambas teorías los derechos fundamentales son entendidos como “un orden obje-

tivo de valores que trasciende el ámbito del derecho constitucional” (Estrada, 2000 p. 125).

Además, ambas teorías reconocen que la eficacia no se puede aplicar o ejercer de modo general, sino que se tiene que examinar cada caso concreto. Dependiendo de los derechos que se estén invocando, los sujetos, la intensidad de la afectación, es decir, todo el contexto específico de la situación es la que llevaría a que se aplicara la eficacia en un caso o no.

Algunos sostienen que estas similitudes lo que demuestran es que la “literatura alemana sobre la cuestión no ha podido desprenderse de la confusión al seguir mezclando la relación jurídica material con la relación jurídica procesal” (García Torres y Jiménez-Blanco, 1986, p. 20).

En este sentido, Böckenförde ha señalado que “la disputa vehemente mantenida durante largo tiempo sobre la eficacia –solo indirecta o también directa– frente a terceros resultó ser, bien mirado, un problema secundario, si no marginal” (Böckenförde, 1993, p. 112).

Como en ambas teorías la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares es efectiva a través de la actividad judicial, esto lleva a que también se den semejanzas en los resultados. Por su parte, para Alexy, en tanto construcciones referidas a la actividad judicial, ambas teorías son equivalentes en sus resultados (Alexy, 1993). En efecto, como en ambas se estaría dando una ponderación de derechos enfrentados, en muchos casos se tendría un resultado idéntico,

Así, ante un pacto privado que vulnere un derecho fundamental, generalmente se declarará la nulidad del acuerdo, tanto si se considerase que lo pactado atenta contra un derecho fundamental específico, como si al violar ese derecho fundamental se esté conculcando algún valor objetivo, como la buena costumbre. (Anzures, 2010, p. 28)

Esta misma idea es subrayada por Peces Barba, cuando dice, que:

El principio general de validez de las normas de derechos fundamentales en las relaciones privadas, si es indubitado, debe ser analiza-

do en el caso concreto, ponderando las circunstancias, los bienes y principios propios del derecho privado, con el derecho fundamental concernido (Peces-Barba, 1999, 635).

Esta idea es compartida por Luis Prieto Sanchís, al sostener que:

La cuestión de los derechos fundamentales frente a terceros se resuelve, por consiguiente, en un problema de coexistencia de derechos e incluso de valores constitucionales, que no puede resolverse en abstracto y de una vez y para siempre. Corresponderá entonces al juez ponderar los intereses en conflicto, pero, desde luego, sin excluir *a priori* la eficacia de las libertades en las relaciones entre particulares (Prieto Sanchis, 1990, p. 215).

Esto es algo, que también, señala Bilbao Ubillos: en la práctica, no hay diferencia entre la teoría de la eficacia mediata a través del juez y el principio general de interpretación de todas las normas conforme a la Constitución. Como de manera clara, lo establece este autor:

A la misma solución se puede llegar (con cláusulas generales o sin ellas) aplicando al momento de interpretar normas de Derecho privado el principio general. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la esfera del Derecho privado no aporta, en realidad, nada nuevo (Bilbao Ubillos, 1997, p. 313).

Como también recalca Quadra-Salcedo, lo que importa es que finalmente “el Juez acaba declarando el derecho de uno u otro litigante” (1981, p. 51). Entonces para Quadra-Salcedo, como anteriormente ya lo había dicho Bobbio, lo verdaderamente importante, es la protección de los derechos, no la forma que se usó para llegar ahí (Bobbio, 1991).

## La discusión doctrinal de la *Drittwirkung* en España

Para García Torres y Jiménez Blanco, aunque a partir de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 hubo un gran interés en la doctrina por la cuestión del *Drittwirkung*, en los inicios del debate no se separaron los espec-

tos sustanciales, esto es, los referidos a la posibilidad o no de que los derechos fundamentales tengan efectos entre particulares, de los aspectos procesales, es decir, los relativos a la procedencia o no de la medida del recurso de amparo constitucional en el marco del tráfico jurídico privado. Esto debido a que muchos doctrinarios confundían la imposibilidad procesal de proponer un recurso de amparo en las relaciones entre particulares, con la posibilidad o no de la existencia del *Drittwirkung*.

Esta confusión tiene sus orígenes por el tratamiento dado por la Constitución Española a los derechos fundamentales (expresión que en palabras del profesor Rubio Llorente se generalizó “en la doctrina española probablemente por influencia alemana” (Rubio Llorente, 1997, p. 1) y que solo pasa a derecho positivo con la Constitución de 1978, ya que las anteriores constituciones “se limitaban a enunciar, sin calificarlos, los derechos de los españoles” (Rubio Llorente, 1997, p. 1), que generó la obligación de los juristas españoles a “germanizarse” (Rubio Llorente, 1979, p. 67). Por lo que se heredaron de Alemania, no solo los avances de la doctrina y de las decisiones judiciales, sino también las confusiones como la de mezclar el problema procesal con el problema sustancial (García Torres y Jiménez-Blanco, 1986, p. 26).

Como lo señalan de una manera clara García Torres y Jiménez-Blanco, al hacer un análisis sobre cómo se ha tratado la *Drittwirkung* en España:

En una visión de conjunto, la bibliografía española sobre la *Drittwirkung* se orienta según pautas análogas a las ya vistas [refiriéndose a la doctrina alemana]. Incluso puede decirse que también desde el punto de vista formal la semejanza es perceptible. Ya contamos entre nosotros con representantes de las diversas corrientes de opinión existentes en Alemania y asimismo se suelen tratar juntos y, ¡ay!, revueltos, los aspectos materiales (eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares) y los procesales, incluidos los procesal-constitucionales (recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional) (García Torres y Jiménez-Blanco, 1986, p. 40).

Esta confusión, se evidencia en una de las primeras discusiones que se dio entre la doctrina sobre el tema de la *Drittwirkung* una vez expedida la Constitución Española de 1978, entre dos bandos contrapuestos, en el que se discutía



si existía la posibilidad de interponer un recurso de amparo por violaciones de derechos fundamentales cometidas por un particular o no.

Recordemos que el artículo 53.1 de la Constitución Española, dispone que “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos” mientras que en el artículo 9.1 se determina que tanto “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Y en el artículo 161.1.b) de la Constitución se establece que “Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca”.

La problemática se da porque la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) solo aceptó en su artículo 41 el amparo contra las violaciones de los derechos “originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, autoridades, las comunidades autónomas, los entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional”. Es decir, no expresó directamente que se diera el recurso de amparo por actos generados por particulares. Por lo tanto, en la doctrina se armaron las mismas tres corrientes, que ya se daban en Alemania; por un lado, los que apuntaban a la imposibilidad de poder ejercer un recurso de amparo contra un particular por una lesión de un derecho fundamental, mientras los que sostenían dicha posibilidad, se dividían a la vez en otros dos bandos, los que mantenían la eficacia directa y los de la eficacia indirecta.

En la primera corriente, podemos encontrar a Varela, González, Cano y Cascajo y Jiménez. Para el primer autor, los derechos son solo límites a los poderes públicos, por lo que no es posible sostener “en el marco de nuestro ordenamiento constitucional, la existencia de una eficacia directa de los derechos fundamentales frente a particulares” (Varela, 1982, p. 75). Para González Pérez, “el amparo como proceso constitucional únicamente se da frente a actos de un órgano público, no frente a actos de los particulares” (1980, p. 306). Para el tercer autor, la LOTC solo configura amparos contra violaciones de derechos provocadas por la actuación de los poderes públicos y “por muy intensa que pueda ser la relación entre clases privilegiadas y poderes públicos, es evidente que aquellas nunca pueden estar pasivamente legitimadas en un proceso constitucional” (Cano, 1983, p. 14). Por último, y en un sentido similar, Cascajo y Gimeno formulan que “el recurso de amparo está concebido

para proteger al ciudadano de las infracciones que contra tales derechos pueda cometer el Estado; frente a los demás, los particulares tienen ya expedita la vía de los tribunales ordinarios” (Cascajo y Gimeno, 1984, p. 113).

En términos generales, encontramos en este bando un entendimiento completamente legalista y exegético de la norma, donde se sostenía en su mayoría que al no tenerse expresamente por la ley la protección contra particulares, entonces este es imposible que se dé confundiendo la cuestión procesal con el problema sustancial, y a la vez ignorando toda la literatura de los años anteriores que existía sobre el tema en el derecho comparado, y que había logrado creaciones doctrinales muy interesantes. Esta corriente doctrinal no logra avanzar más allá de las críticas ya anteriormente mencionadas, dadas por Mangoldt en la década de los cincuenta y tampoco tiene en cuenta las respuestas a estas críticas dadas por los defensores de la *Drittwirkung*.

En un “estudio pionero sobre la cuestión” (García Torres y Jiménez-Blanco, 1986, p. 40) en España, encontramos la obra de Tomás Quadra-Salcedo, que se muestra partidario (con algunas reservas) de una *Drittwirkung* directa. Defiende dicho autor “la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, incluso en el derecho privado. Lo que ocurre es que esa aplicación inmediata no permite un trasplante automático del derecho fundamental en el derecho privado, que ha de articularse con el principio de autonomía” (Quadra-Salcedo, 1981, p. 51). Las reservas a la aplicación directa son precisamente la ponderación que debe de hacerse en cada caso con el principio de autonomía “y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad” (Quadra-Salcedo, 1981, p. 74).

La tesis de los ya mencionados García Torres y Jiménez Blanco, es que, si bien no hay puntos de apoyo sólidos para acoger la tesis de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a terceros, ya que no hay una “base textual general”, tampoco los hay para rechazarlo rotundamente, y como para ellos no debería tenerse en cuenta ninguna teoría valorativa sobre los derechos fundamentales<sup>12</sup>, para que se extiendan los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares dependerá de que “i) los enunciados de los

12 Estos autores advierten sobre la posibilidad de caer en una “tiranía de los valores”, citando el título del famoso texto de Schmitt, y que este nuevo sistema de valores que implica el constitucionalismo moderno puede llevarnos a un “totalitarismo de los derechos fundamentales”. Por lo tanto, abogan por una interpretación totalmente neutra de los derechos constitucionales, donde el que termina decidiendo es el juez.

contenidos en los citados preceptos se consideren portadores de derechos subjetivos; ii) de cuales entre ellos se estimen más o menos adecuados para esta extensión” (García Torres y Jiménez-Blanco, 1986, p. 40). Por lo que esta decisión, en última instancia la toma el Tribunal Constitucional.

Javier Ballerín critica la concepción de García Torres y Jiménez-Blanco, al sostener que estos dos autores tienen un enorme apego a una visión clásica de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, de la que deducen una primigenia vinculación estatal. Ballerín invierte la afirmación de García Torres y Jiménez-Blanco de que no hay una base textual general para acoger la tesis de la eficacia de los derechos fundamentales, para decir que “no existe base textual, en nuestro derecho, para afirmar, con carácter general, que los derechos fundamentales se tienen solo frente a los poderes públicos” (Ballerín, 1988, p. 289). Para este autor, el Tribunal Constitucional no goza de grado alguno de libertad, para determinar si los derechos fundamentales rigen entre particulares, pues estos por su propia naturaleza tienen una eficacia directa, ya que “no hay nada en el concepto general de los derechos fundamentales, considerando la génesis del mismo, que obligue a considerar que, “en principio”, se tienen solo frente a los poderes públicos, que solo para estos nazcan de ellos limitaciones en su actuar” (Ballerín, 1988, p. 288).

Esta misma idea es defendida por Prieto Sanchis y por Fernández Segado. Para el primer autor, no es verdad que la Constitución española carezca de base textual para extender la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones jurídico-privadas,

Es justamente cierto lo contrario: la Constitución española no ofrece ninguna base textual que recomiende excluir dicha eficacia con carácter general. Ni el artículo 53, ni la naturaleza de los derechos reconocidos en el título I, impiden que esa garantía se extienda frente a los particulares (Prieto Sanchis, 1990, p. 210).

Mientras que Fernández Segado sostiene, que la determinación del artículo 53.1 no debe ser interpretada en su estricta literalidad, ya que citando al Tribunal Constitucional esta norma “no implica una exclusión absoluta de otros destinatarios” (Fernández Segado, 1993).

Otro autor que tampoco acepta que exista una base textual es el iusprivatista Alfaro Águila-Real, quien niega que del texto constitucional se pueda inferir la *Drittwirkung* inmediata, y para él, los derechos fundamentales solo serían efectivos entre privados cuando tal situación sea reconocida expresamente por el Parlamento. Para este autor “La afirmación de la eficacia “inter privados” de los derechos fundamentales no tiene apoyo normativo, altera las competencias del legislador y del poder judicial” (Águila-Real, 1993, p. 121). Específicamente rechaza este autor que el Art. 9.1 CE, pueda servir de fundamento a la tesis de la eficacia inmediata. La propuesta de Alfaro es una eficacia de los derechos fundamentales mediada no por los jueces, sino por el Legislador, ya que este es el encargado de “establecer el nivel de vigencia social de los derechos fundamentales exigidos por la Constitución” (Águila-Real, 1993, p. 121). Pero no son exigibles precisamente por estar únicamente en la Constitución y no expresamente en la ley. Por eso, Alfaro acepta la efectividad entre privados de los derechos fundamentales en los convenios colectivos de los trabajadores, porque en España están así reconocidos expresamente por la legislación (Águila-Real, 1993, p. 60).

En nuestra opinión, es obvio que es mejor que los derechos sean también reconocidos directamente por el Parlamento, pero esta eficacia mediada por el legislador deja de lado el verdadero problema al que nos invita la *Drittwirkung*, que es la efectividad entre privados de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente cuando no hay reconocimiento expreso en las normas legales. Lo que aporta la *Drittwirkung* es que los derechos fundamentales que están en la Constitución son de obligatorio cumplimiento y respeto, son vinculantes para todos, y no solo para el Estado, aun si no hay desarrollo legislativo. Que no se puedan exigir los derechos fundamentales si no hay desarrollo legislativo, es precisamente privar a estos derechos de su naturaleza de derecho fundamental. Como bien lo expresa Bilbao Ubillos: “un derecho cuyo reconocimiento depende del legislador no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal” (Bilbao Ubillos, 1997, p. 297).

Para Böckenförde, la realización de los derechos fundamentales “no puede depender de una configuración infra-constitucional suficiente del ordenamiento jurídico-privado,” (Böckenförde, 1993, p. 113) en la medida en que estos se puedan desarrollar por la vía de la interpretación de principios generales o del desarrollo legislativo, se pueden llevar a cabo por estos puntos de conexión, pero “si faltan tales puntos de conexión no cesa la actuación de los

derechos fundamentales, sino que se impone directamente. El propio derecho fundamental se convierte en punto de conexión” (Böckenförde, 1993, p. 113). Por lo tanto, para este autor eficacia inmediata y mediata a través de la ley no son pues modalidades incompatibles.

En España, la eficacia mediata o indirecta también ha sido defendida por Fernández Miranda, quien acepta la “eficacia mediata a través de la acción de los poderes públicos, ellos sí están vinculados de forma directa a la Constitución y muy especialmente a través de la acción legislativa y jurisdiccional” (Fernández Miranda, 1988, p. 89). Para este autor, los derechos fundamentales se proyectan en todas las relaciones jurídicas, pero se deben interpretar desde el principio de vinculación más fuerte.

Otro defensor de la eficacia mediata es el profesor Rubio Llorente. Para él, los “derechos y libertades vinculan inmediatamente solo a los poderes públicos, aunque mediatamente, a través de la ley y muy especialmente de las cláusulas generales, también a los particulares” (Rubio Llorente, 1990, p. 141). Además, explica este mismo autor que esta ha sido la doctrina que ha seguido el Tribunal Constitucional, pero, que:

Para hacer posible el acceso al recurso de amparo a las quejas dirigidas contra el comportamiento *ilegal* y violatorio de derechos fundamentales de los particulares haya tenido que forzar en alguna medida la letra del Art. 44.1.b) LOTC, entendiendo que son directamente imputables a los jueces las violaciones que resultan del hecho de que estos hayan aplicado leyes inconstitucionales o hayan aplicado de un modo inconstitucionalmente incorrecto normas que en sí mismas no son contrarias a la Constitución, al dirimir litigios entre particulares (Rubio Llorente, 1990, p. 141)

A pesar de que el Tribunal Constitucional ha llevado una posición un poco diferente a la de la teoría inmediata de los derechos fundamentales, para Bilbao Ubillos, son mayoría en España los defensores de esta doctrina. El primero en defenderla en España, como ya se había mencionado, fue Tomás Quadra-Salcedo.

Otro autor que sigue esta doctrina es Naranjo de la Cruz, para quien la Constitución española no ofrece base alguna para considerar que los derechos

fundamentales solo vinculan a los poderes públicos, ya que: “los derechos fundamentales aseguran un ámbito de la vida humana frente a perturbaciones de todo tipo conforme a la determinación del texto constitucional, cualquiera que sea el causante” (Naranjo de la Cruz, 2000, pp. 244-245).

Ferrerres Comellá examina las cuatro principales objeciones que se oponen a la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares, que apelarían a “la naturaleza de la Constitución, a la asimetría de los riesgos de error por parte del legislador, a la protección de la seguridad jurídica, y a la garantía de la libertad individual” (Ferrerres Comellá, 2008, p. 1186) y no encuentra ninguna razón importante que justifique abandonar la teoría de la eficacia directa. Considera además que “si la Constitución desea preservar su capacidad para articular controversias contemporáneas, la tabla de derechos debe surtir efectos también en las relaciones entre particulares” (Ferrerres Comellá, 2008, p. 1186).

Bilbao Ubillos en “la obra española de referencia” (Díez-Picazo Giménez, 2012, p. 153) sobre la temática, defiende la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares:

Eficacia que sin embargo no puede tomarse de modo uniforme, tomando como referencia a la categoría en su conjunto, si se quiere avanzar de verdad en el esclarecimiento de este tema hay que tomar nota, en primer lugar, de la diversidad estructural de los derechos constitucionales (Bilbao Ubillos, 1997, p. 355).

(...)

Es decir, la eficacia no es uniforme ni indiscriminada, depende de cada derecho y de la forma en que este pueda operar en las relaciones entre privados. Cada caso y situación debe de ser matizado. Para Bilbao Ubillos habría “que determinar primero si en una determinada relación jurídico-privada rige un concreto derecho (si el derecho no puede operar en este contexto, ahí acaba la indagación: no existe, por ejemplo, un derecho de acceso a los medios de comunicación privados) y, despejada esa incógnita, precisar, en un segundo momento, hasta qué punto ha de ser respetado por un particular, porque sostener que un derecho fundamental está en juego en una determina-

da relación no significa postular que haya de prevalecer a toda costa (Bilbao Ubillos, 1997, p. 850).

Díez-Picazo Giménez evita defender una teoría de la *Drittwirkung* determinada simplemente explicando que la respuesta al “interrogante sobre la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales depende de las concepciones jurídicas políticas y morales de cada uno” (Díez-Picazo Giménez, 2012, p. 153). Pero sí intenta hacer una delimitación de la cuestión para determinar “cuáles son los principales obstáculos que debe superar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta sede” (Díez-Picazo Giménez, 2012, p. 141). Enuncia Díez-Picazo Giménez que, incluso los defensores de la *Drittwirkung* mediata, suelen aceptar tres excepciones: en primer lugar, cuando los privados actúan con una conexión pública significativa, la segunda excepción es la llamada garantía de inmunidad y consiste en que no se puede sancionar a nadie que está ejerciendo un derecho fundamental, ni siquiera en sus relaciones jurídico-privadas; la tercera excepción es el derecho laboral, ya que las relaciones laborales se caracterizan por una estructural desigualdad entre las partes “que ponen al trabajador en una situación de cierto modo comparable, aunque no idéntica, a la que vincula a los particulares con el Estado” (Díez-Picazo Giménez, 2012, p. 151).

## El caso colombiano

En Colombia, al contrario de lo que ocurre en Alemania y España, la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares sí está contemplada en el texto constitucional. En efecto, la Constitución Política establece que el efecto vinculante de los derechos fundamentales no solo se proyecta en las relaciones de los individuos con el Estado, sino también las relaciones entre los individuos.

El constituyente colombiano consideró que en ciertas relaciones entre particulares existe una desigualdad fáctica casi tan grande como la que puede existir entre el Estado y un particular, por lo que, en estos casos, el particular puede acudir a la defensa de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela.

La acción de tutela, también conocida como acción de amparo en otros países, es el medio más utilizado en Colombia para la defensa de los derechos fundamentales, incluso algunos autores señalan que es la acción de tutela el mecanismo que ha permitido que se recupere la credibilidad en la justicia por parte de la ciudadanía, y afirman que:

La acción de tutela se ha convertido en la más importante institución procesal de rango constitucional en la historia colombiana; ha supuesto una verdadera revolución judicial que ha traído aparejada el avance democrático más tangible en el país al materializar la eficacia de los derechos constitucionales en el día a día, en la cotidianidad más evidente de los colombianos (Carrera Silva, 2011, p. 75).

De esta forma, la Constitución Política de 1991 incorporó la doctrina de la *Drittwirkung*, en su artículo 86, al establecer que la acción de tutela procede contra los particulares “encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

Esto ha tenido como consecuencia, que el fuerte y rico debate doctrinal y jurisprudencial que se tuvo en Alemania y en España no se haya dado en Colombia, ya que, al estar expresamente reconocido, no existe el problema procesal, y por lo general se acepta que la norma expresa una eficacia directa de los derechos fundamentales entre los particulares. Además, al no existir el problema procesal, la Corte Constitucional “no se ha preocupado por elaborar una línea jurisprudencial respecto del tipo de eficacia *inter privatos* aplicable en Colombia” (Estrada, 2000, p. 277) ya que siente que la aplicable es la eficacia directa.

La misma Corte Constitucional (1993) ha reconocido, que el origen del artículo 86 es la teoría de la *Drittwirkung* en sus sentencias, específicamente ha dicho que:

La acción de tutela frente a particulares recoge lo que la doctrina alemana denomina “*Drittwirkung der Grundrechte*” (literalmente, efecto frente a terceros de los derechos fundamentales), que suele denotar la incidencia de los derechos fundamentales en el derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas, cuya fuente es de carácter



jurisprudencial desde 1958, a raíz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán en la sentencia dictada en el caso “Lüth”. Esta teoría fue posteriormente acogida en España. La Constitución de 1.991 se inspiró en el aporte jurisprudencial alemán que se centró en el hecho de que los derechos constitucionales despliegan un efecto en el tráfico jurídico entre particulares.

El artículo 86 mencionado anteriormente, también establecía que era la ley la que debía indicar cuáles eran los supuestos en los que la tutela aplicaba contra particulares. Esto se cumplió mediante el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que estableció 9 casos taxativos de procedencia del amparo frente a particulares. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha interpretado el alcance de estas causales tanto en las sentencias de constitucionalidad que han demandado este artículo, como en las diversas sentencias de tutela donde ha tratado el tema de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares.

Esta interpretación constitucional ha ocasionado que los jueces abandonen la lectura taxativa de las causales de procedencia de la acción de tutela contra particulares y apliquen de manera general la cláusula constitucional que se acomoda a casi cualquier supuesto en el que se observa una vulneración de los derechos fundamentales de cualquier persona. Es así como la práctica jurídica muestra que la taxatividad de las causales de procedencia sólo se utiliza como excusa en aquellos eventos en los cuales se rechaza la acción (Uscanga Barradas y López Cárdenas, 2012).

Por lo tanto, una explicación de estos tres supuestos se hace necesario para un entendimiento claro de este tema, ya que estos son los verdaderos supuestos que se aplican en Colombia.

## **Prestación de un servicio público por un particular**

La Corte Constitucional ha utilizado una definición amplia de servicio público, basada primero en el artículo 365, la cual establece que los servicios públicos son inherentes al fin social del Estado y segundo considera como

“servicio público toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua ... bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas” (1993), esta adopción de un criterio tan amplio ha llevado como lo reconoce un exmagistrado de la Corte Constitucional a una “constitucionalización” directa y acelerada de un buen número de actividades privadas (Cifuentes Muñoz, 1998). Ejemplo de ello es que la Corte no solo ha defendido los derechos de las personas ante casos donde no existe mayor discusión como la salud y la educación, sino también ante “instituciones financieras, entidades bancarias, empresas de transporte, empresas aseguradoras de accidentes de tránsito, operadores del servicio de televisión, empresas de telefonía móvil y administradores de cementerios, entre otras” (Uscanga Barradas y López Cárdenas, 2012). Esta es la principal causal que ha utilizado la Corte Constitucional para amparar el derecho a la licencia de maternidad.

## **Conducta que afecte grave y directamente el interés público**

Esta causal ha sido la menos desarrollada por la jurisprudencia constitucional, ya que generalmente se ha considerado que el interés público se asemeja a los derechos colectivos, por lo tanto, se deben defender por la herramienta creada por la Constitución del 91 para este fin: la acción colectiva.

La forma que ha encontrado la Corte Constitucional es argumentar que cabe la tutela, cuando la conducta particular que afecte gravemente el interés colectivo se origina en la violación de un derecho fundamental de cualquier persona (véanse las sentencias T-251/93, T-028/94 y T-219/94).

Esta teoría de la conexidad ha llevado a que se protejan derechos como el del medio ambiente sano, que en teoría al ser un derecho colectivo, no podría ser defendido por medio de la acción de tutela, al demostrar que existe una conexidad con otros derechos como a la vida, la salud o la intimidad procede la acción, de esta manera la Corte ha amparado estos derechos en casos de contaminación auditiva, ya sea por establecimientos de diversión (T-575/95) o empresas que funcionan cerca a zonas residenciales (T-28/94), por la emisión de malos olores (T-622/95), deficiencias en el servicio de alcantarillado (SU-1116/01) y aseo (T-124/99) entre otros.

## Estado de indefensión y subordinación

Es quizás la causal más desarrollada por la jurisprudencia constitucional, al ser también el argumento invocado con mayor frecuencia. Debido a su carácter jurídico indeterminado, ha sido precisamente la jurisprudencia de la Corte la que se ha encargado de desarrollar esta causal.

Inicialmente la Corte, utilizaba un concepto formal extraído de un diccionario jurídico (T-412/92) pero pronto fue llegando a una construcción más elaborada, ya en la T-290/93, concluye que, aunque ambos conceptos implican una relación de dependencia, la indefensión tiene su origen “en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida esta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate” (T-290/93), mientras que el origen de la subordinación son relaciones jurídicas contempladas en el ordenamiento, como “por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen” (T-290/93). Esta construcción jurisprudencial es la que ha seguido siendo utilizada por la Corte Constitucional. En ambas situaciones, es procedente la acción de tutela como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, frente a las asimetrías en las relaciones persona-persona.

## Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alfaro Águila-Real, J. (1993). Autonomía privada y derechos fundamentales. *Anuario de Derecho Civil*, 46. Downloads/Dialnet-AutonomiaPrivadaYDerechosFundamentales-46791%20(2).pdf
- Anzures Gurria, J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, 22. <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a1.pdf>
- Ballerin Iribarren, J. (1988). Derechos fundamentales y relaciones en-

tre particulares. (La “*Drittwirkung*” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24. Downloads/Dialnet-DerechosFundamentalesYRelacionesEntreParticulares-2011876.pdf

Bilbao Ubillos, J. (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Böckenförde, E. (1993) *Escritos sobre derechos fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft.

Bovero, M. (2006). Prefacio: nuevas reflexiones sobre democracia y Constitución. En P. Salazar (ed.), *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. FCE-UNAM.

Carrera Silva, L. (2011). La acción de tutela en Colombia. *Revista IUS*, 5(27), 72-94.

Cano Mata, A. (1983): *El recurso de amparo. Doctrina del Tribunal Constitucional*. Editoriales de Derecho Reunidas.

Cascajo Castro J. y Gimeno Sendra J. (1984). *El recurso de amparo*. Tecnos.

Cifuentes Muñoz, E. (1998). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. UNAM.

Díez-Picazo Giménez, L. (2012). Sobre la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. En E. García y R. García (eds.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Civitas.

Estrada, A. (2000): *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Universidad Externado de Colombia.

Ferrés Comela, V. (2008). La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares. En VV.AA. *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al Profesor Jordi Sole Tura)*. Cortes Generales.

- García Torres, J. y Jiménez-Blanco, A. (1986): *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Civitas.
- Gutiérrez, I. (1999). Criterios y eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. *Teoría y Realidad Constitucional*, 3. <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6478/6199>
- Naranjo de la Cruz, R. (2000). *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales*. Universidad Carlos III.
- Prieto Sanchís, L. (1990): *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate.
- Quadra-Salcedo, T. (1981): *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Civitas.
- Rubio Llorente, F. (1997). Los derechos fundamentales: evolución, fuentes y titulares en España. *Claves de la Razón Práctica*, 34, 45-87.
- Rubio Llorente, F. (1979). La Constitución como fuente del Derecho. En J. Cayetano y J. Goig (coords), *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Universitas.
- Rubio Llorente, F. (1990). El recurso de amparo constitucional. En Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales (eds.), *La Jurisdicción Constitucional en España*. Centro de Estudios Constitucionales y Tribunal Constitucional.
- Salazar Ugarte, P. (2006). *La democracia constitucional: una radiografía teórica*. FCE-UNAM.
- Segado, Francisco. (1993). La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39. [Downloads/Dialnet-LaTeoriaJuridicaDeLosDerechosFundamentalesEnLaDoct-79497.pdf](http://www.derecho.uned.es/revistas/revista/index.php?option=com_content&view=article&id=79497)

Tribunal Federal Alemán. (1958). *Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]*. <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>

Uscanga Barradas, A. y López Cárdenas, C. (2012). La protección de los derechos fundamentales frente a particulares: el amparo en México y la acción de tutela en Colombia. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 61(256). <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/30379>

Varela Díaz, S. (1982). La idea de deber constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (4), 75.

## Capítulo 9

# El problema de la conexidad contractual en las prestaciones médicas<sup>1</sup>

Carlos A. Gómez-García<sup>2</sup>, Silvia H. Muñoz-Cortina<sup>3</sup>

### Resumen

Este escrito, indaga por la conexidad contractual en los servicios médicos y su efecto. El tema principal del estudio es mostrar cómo la conexidad contractual en el sector salud trae consecuencias en lo que a la responsabilidad civil médica respecta. Pregunta o hipótesis: la conexidad contractual genera de manera inversa un fraccionamiento de las culpas en la responsabilidad civil lo que hace que en muchas ocasiones las víctimas se vean abocadas a no recibir ninguna indemnización frente a sus daños. Desarrollo de la temática: esta hipótesis se ejemplifica a través de la exposición del contrato de área protegida y de su relación con las prestaciones médicas. Las conclusiones principales: al abordar asuntos relativos a la responsabilidad civil médica, es indispensable la reconstrucción de las cadenas contractuales a fin de vincular a la totalidad de responsables y también para establecer de manera eficiente las culpas.

**Palabras clave:** bioética, bioderecho, derecho médico, contrato conexo, responsabilidad civil médica.

---

1 Capítulo de libro de investigación resultado del proyecto titulado *La acción de responsabilidad civil en el proceso penal*, adscrito al Grupo de Investigación en Derecho GRID de la Universidad Pontificia Bolivariana.

2 Abogado, egresado de la Universidad de Antioquia, especialista en Responsabilidad Civil y Seguros, magíster en Bioética y Bioderecho y docente asociado de tiempo completo de la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo: carlos.gomezgarcia@upb.edu.co , carlosgomez777@gmail.com

3 Abogada de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho Privado de la misma universidad, máster en Mediación y Gestión del Conflicto de la Universidad Internacional de Valencia, España, docente asistente de tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana, sede Medellín, asesora en conciliación del consultorio jurídico de dicha institución. Correo: smunoz@americana.edu.co silvia-muz30@gmail.com

## Introducción

El presente trabajo intenta explicar los problemas que genera la contratación conexas en los servicios de salud; la contratación en salud es un tema que cada vez tiende a hacerse más confuso; en primer lugar, las dificultades propias en la configuración de nuestro sistema de salud, así como el evidente avance tecnológico que se ha evidenciado hacen que la contratación en este campo sea cada vez más dinámica y compleja.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que, al encontrarse fragmentada la atención médica entre diferentes instituciones que responden a diferentes formas de contratación, estas también se encuentran con diferentes variables no previsible en la atención médica, al interior de esta puede incurrirse en errores de procedimiento que pueden afectar la vida o integridad del paciente, pero que para los operadores jurídicos que no evidencien el fenómeno de la contratación conexas será casi imposible reconstruir la cadena de responsabilidades dentro de los agentes de las diferentes prestaciones médicas.

En otras palabras, el fraccionamiento contractual al que se ha visto abocado el sector salud también conlleva un efecto dentro de la responsabilidad civil, haciendo así que suministrar dicha asistencia sea cada vez más delicado, y que el personal de la salud cada vez tome más medidas para proteger sus intereses y patrimonio frente a una eventual reclamación o demanda. Por esto es tan común, o mejor dicho obligatorio adquirir un seguro de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, que blinde al profesional en caso de presentarse una falla en la prestación del servicio, lo que permite que el personal de la salud pueda subrogarse en el evento de ser demandado en un proceso legal, cual expande. por otro lado, la cadena y complica aún más el camino para el accionante.

Este trabajo se dividirá en cuatro partes a saber: en un primer momento, se definirá el fenómeno de la conexidad contractual junto con sus elementos, posteriormente, se analizará el funcionamiento de los contratos de prestaciones médicas, y a renglón seguido, se ejemplificará el funcionamiento del contrato de área protegida como un subfenómeno de lo expuesto; por último, se mostrarán las implicaciones de la contratación conexas en materia de salud.



## Materiales y métodos

Esta es una preocupación de corte cualitativa, que conjuga la revisión narrativa con métodos transdisciplinarios entre la hermenéutica y la dogmática jurídica, para precisar una reflexión desde la bioética y el bioderecho respecto de las formas de contratación en salud y el fenómeno de la conexidad. Intentando un abordaje expositivo - descriptivo de la normatividad y su reglamentación que permita el entender el efecto de la misma respecto de la responsabilidad civil.

El trabajo se desarrolló en tres etapas: en un primer momento, se recopiló toda la información atinente al tema planteado; en segundo lugar, se analizó la información contenida en los textos y se plasmó en un análisis presentado durante el evento y, por último, se elaboró el texto final a partir de dicha reflexión.

Igualmente, se rastrearon y analizaron fuentes cibergráficas contenidas en bases de datos como *Vlex*, *Legisnet*, *Lexbase*, *Scielo*, así como los portales institucionales del ministerio de salud (Minsalud).

## Desarrollo

### Los contratos conexos

Aunque hoy suscita grandes discusiones, el punto de partida de la contratación privada siempre será la noción de autonomía de la voluntad toda vez que esta juega un papel fundamental tanto en la formación como en la ejecución de los contratos.

De otro lado, el mundo de los negocios ha sufrido un exponencial crecimiento aunado al proceso de globalización, lo que supone la adaptación de diferentes fenómenos de los contratos, permitiendo cada vez más flexibilidad, agilidad y una mayor cobertura en cuanto a necesidades y servicios, por lo cual se ha dado cada vez más cabida a los contratos de prestaciones conexas los cuales si bien no son una creación reciente, sí presentan una gran aplicación en la actualidad dado los factores ya mencionados.

La conexidad contractual, es un fenómeno jurídico-económico, el cual “se produce cuando dos o más contratos se encuentran vinculados por un interés económico común, que opera a la manera de causa fin” (Márquez, 2007, p. 151).

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, en providencia del 22 de febrero de 2017, con radicado SC18476-2017, hace la siguiente afirmación respecto a la figura de la conexidad contractual:

En efecto, a menudo los particulares concluyen simultánea o sucesivamente diversos contratos que presentan un vínculo de dependencia, vínculo que les resta autonomía y lleva a diferenciarlos del contrato considerado como figura cerrada, completa y aislada. No estamos aquí ante la formación de convenios *ex novo* o que resultan de la fusión de las prestaciones de diversos tipos; la especificidad del supuesto reside en la celebración de varios contratos -típicos o atípicos- formalmente independientes pero que, desde un punto de vista funcional, se relacionan entre sí en sentido unilateral o recíproco.

Así las cosas, es entendible que los acuerdos negociales y económicos entre las compañías son revestidos de diferentes marcos jurídicos a través de las estructuras contractuales, los cuales cohabitan sistemáticamente los unos con los otros a fin de mostrar estructuras de negocio más complejas; es por esto que el doctrinante Fernando Shina expone la siguiente apreciación:

El acto o negocio jurídico plurilateral o múltiple. Se trata de una acción empresarial que para su concreción requiere de la existencia de más de un contrato. El negocio es uno solo, pero para ejecutarse necesita de un sistema integrado de acuerdos. Todos los contratos resultan indispensables para hacer efectiva una actividad única (2017, pp. 1-2).

## **Elementos de la conexidad contractual**

La razón por la cual se presenta la conexidad contractual entre dos o más contratos es fundamentalmente la necesidad de adaptación de los negocios a

los cambios del mercado, generando nuevas eficiencias y permitiendo además enfrentar mejor las crisis; la conexidad es la adaptación jurídica a estos los estándares de negocio.

Así las cosas, se deben determinar por un lado cuál es el elemento que permite la unión entre contratos inicialmente autónomos (elemento económico), y por otro lado se ha de determinar cuál es el criterio que permite identificar si se está en presencia de un contrato único, o de varios contratos autónomos o conexos.

En otras palabras, existe un elemento volitivo, voluntad de las partes de querer celebrar uno, o varios contratos; y un segundo elemento objetivo, es decir, el fin práctico – económico que sería la causa de la conexidad.

De acuerdo con Sandra Analía Frusgatli en su texto *Acerca de la conexidad contractual y sus proyecciones en los sistemas modernos de distribución comercial*, el fenómeno de la conexidad contractual subyace en diversas situaciones de origen fáctico, razón que motiva a que se encaje en elemento esencial en cualquiera de las tres situaciones fácticas ya mencionadas, y para cada una de ellas, Frusgatli menciona:

- En el caso de la causa como elemento determinante de la conexidad contractual:

Un elemento fundamental a considerar para advertir la imbricación negocial será la existencia de comunidad de causa fin entre los distintos contratos. En efecto, si en determinadas situaciones para realizar una operación económica de estructura unitaria se implementan una pluralidad de convenios formalmente independientes, será necesario atender al propósito común perseguido por las partes de estos acuerdos para advertir el nexo que los reúne. Esa finalidad constituye el factor aglutinante del conjunto de negocios (Frustagli, 1997, p. 146).

- En cuanto al caso de la conexidad contractual en virtud de la naturaleza del contrato, dispone lo siguiente:

La pauta indicativa de la conexidad reside en la misma naturaleza de los contratos celebrados cuya existencia no se concibe sino en rela-

ción con otro negocio, es decir, que –algunas veces– la dependencia es inherente a ciertas figuras como ocurre, verbigracia, en los contratos derivados y en los negocios de garantía (Frustagli, 1997, p. 46).

## **Los contratos de prestaciones médicas**

Uno de los ejemplos más claros de la conexidad contractual en Colombia es a través de los contratos de prestaciones médicas ya que factores como el incremento tecnológico y la crisis que ha padecido el mismo sistema ha hecho que entre los diferentes prestadores de servicios hagan cohabitar diferentes prestaciones contractuales, prestadas por diferentes agentes dando así la apariencia de unidad negocial; así por ejemplo, en la relación entre los prestadores de medicina prepagada y sus empresas afiliadas, o entre los hospitales y los profesionales de la salud que realizan cirugías electivas, puede presentarse la figura de la conexidad contractual.

Es por lo anterior, que es necesario estudiar el contrato de prestaciones médicas como un instrumento ideal para entender la conexidad contractual; así, el contrato de prestaciones médicas es aquella prestación de servicios ejercida entre personas (naturales o jurídicas) de las área de salud, ya sea médicos, entidades promotoras de salud, y es precisamente por la variedad de interacciones que pueden darse en este medio, y la complejidad que representa el ejercicio de la profesión médica, que la forma en que se desempeña puede ser infinitamente variable.

La doctrina tradicional plantea diversas modalidades del ejercicio de la profesión médica, y admite la siguiente clasificación: a) ejercicio individual independiente, b) ejercicio colectivo independiente, c) ejercicio dependiente privado, y d) ejercicio dependiente público, modalidades dentro de las cuales, y según lo expuesto en su texto solo en los casos en que se da un ejercicio individual o colectivo independiente, habrá una relación contractual directa entre paciente y médico tratante, en los casos en que hay un ejercicio dependiente privado o público, la relación contractual se establece ya no entre médico y paciente sino entre el paciente y la persona física o jurídica de la cual depende el médico (Zago, 1993).

Así y como lo plantea Zapata (2019, p. 12) hay entonces dos clases de relaciones entre médicos y pacientes:

- **Relaciones directas entre médico y paciente**

Las cuales se dan en virtud de un acuerdo de voluntades encaminadas a celebrar dicho contrato en el cual el profesional de la salud se obliga a “hacer”, es decir, prestará sus servicios profesionales, a cambio de una remuneración por parte del paciente, remuneración que se paga directamente, esta relación debido a la complejidad de nuestro sistema de salud es la que menos se presenta, ya que en la actualidad esta está plagada de numerosos intermediarios.

Es de aclarar que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en adelante SGSSS, se basa en el aseguramiento, los usuarios acceden al Sistema a través de entidades que se encargan de su afiliación, establecer los mecanismos de acceso a la atención médica, administración, registro y recaudo de las afiliaciones de los usuarios del sistema, organismos que se denominan como Entidades Promotoras de Salud (EPS), y que según el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 se definen así:

Las entidades promotoras de salud 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 y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley.

A su vez, dichas EPS, se comprometen contratar los servicios de salud con Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), las cuales según sentencia C- 064 de 2008 de la Corte Constitucional, se conciben como entidades cuya naturaleza puede ser oficial, mixta, privada, comunitaria y solidaria, cuyo objeto es la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien sea al interior de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas.

Es de destacar que la prestación del servicio de salud está delimitada por un Plan Obligatorio de Salud (POS), es decir, “el paquete de servicios básicos en las áreas de recuperación de la salud, prevención de la enfermedad y cubrimiento de ingresos de manera transitoria -prestaciones económicas - cuando se presenta incapacidad de trabajar por enfermedad, accidentes o por maternidad” (Ministerio de Salud y Protección Social).

En el SGSSS también se encuentran otros actores diferentes a los regímenes de excepción, como son las Aseguradoras de Riesgos Laborales (ARL), y los Aseguradores de Planes Complementarios de Salud, los cuales no pertenecen directamente al sistema por cuanto “se basan en el cubrimiento de procedimientos médicos derivados de la actividad profesional de los trabajadores y de la libertad contractual de los ciudadanos para asegurarse” (Cardona Morales, 2016, pág. 10).

De manera somera esta es la estructura del actual Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, y dada la diversidad de actores que intervienen en la cadena de prestación del servicio de salud se hace complejo el tema de imputar responsabilidad a unos u otros en caso de que se presente una falla en el servicio, puesto que cada interviniente suele delegar en otro su responsabilidad, usualmente a través de un contrato bien sea de prestación de servicios, de seguro, o cualquier otra modalidad que permita subrogarse, y así eludir la carga que sobre él recaería.

- **Relaciones médicas complejas**

Y en un segundo escenario, se dan relaciones médicas de una mayor complejidad ya que en estas el contrato no se establece directamente entre médico y paciente sino que se presentan intermediarios en la relación, como por ejemplo, cuando el médico contrata sus servicios con un hospital, o con una compañía de seguros, aquí ya el paciente contrata es con dicha entidad hospitalaria, y a su vez esta tendrá suscrito un contrato de prestación de servicios profesionales con el médico, el cual es quien en última instancia presta el servicio por el paciente contratado.

Entonces, si bien en este supuesto el médico no tiene una relación directa con el paciente, este no se exime de su responsabilidad en caso de presentarse defectos en la prestación del servicio en caso de interponerse una demanda por parte del paciente, el cual se encuentra en la facultad de demandar tanto a médico como a la entidad prestadora o promotora de salud, lo cual genera, que cada vez la cadena de responsabilidad se haga más extensa y sea menos claro a quién se debe acudir en caso de presentarse una falla en el servicio.

Una vez establecidas las diversas modalidades a través de las cuales se puede dar la prestación del servicio, es importante realizar una clasificación de esta clase de contrato, como se muestra en la tabla 2.

**Tabla 2.** Clasificación del contrato de prestaciones médicas

De conformidad con la teoría tradicional del negocio jurídico						
<b>Bilateral:</b> esto en razón a que las partes involucradas en el contrato se obligan de manera recíproca tal y como se establece en el artículo 1496 del Código Civil colombiano. Por un lado, el profesional de la salud se obliga a prestar el servicio y por otro el paciente se obliga a pagar al médico una contraprestación económica.	<b>Oneroso:</b> esto en razón a que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes según lo establecido en el artículo 1497 del Código civil colombiano. Sin embargo hay casos en que por un acuerdo de las partes, el médico no exija pago alguno de honorarios, esto por razones de amistad, familiaridad, o en justificaciones morales, es por esto que se dice que la onerosidad es de la naturaleza y no de la esencia del contrato, ya que eventualmente puede ser gratuito (Silva Montecinos, 2004, p. 5)	<b>Conmutativo:</b> esto en razón a que 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, esto según el artículo 1498 del Código civil colombiano.	<b>Principal:</b> esto en razón a que subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, según lo establecido en el artículo 1499 del Código civil colombiano.	<b>Consensual:</b> esto en razón a que se perfecciona por el solo consentimiento entre el médico y el paciente. Es consensual en cuanto no es solemne ni real, sin embargo, en algunos casos requiere de formalidades o autorizaciones, situación que deriva más bien de disposiciones sanitarias y no del carácter consensual o solemne de este contrato. (Silva Montecinos, 2004, p. 6). La consensualidad se encuentra sustentada en el artículo 1500 del Código civil colombiano.	<b>Intuito personae:</b> esto por cuanto se celebra en consideración a las calidades que revisten al profesional de la salud con el cual se contrata.	<b>De tracto sucesivo o de ejecución instantánea:</b> esto en razón a que las obligaciones pueden ser cumplidas inmediatamente se celebre el contrato, o el cumplimiento se puede ir escalonando en el tiempo (Silva Montecinos, 2004, p. 8).

Se debe precisar que el contrato de prestaciones médicas en la actualidad encuentra su sustento principalmente en la ley civil, en especial para el manejo de asuntos relativos a la responsabilidad médica y la responsabilidad institucional.

En cuanto a su objeto queda determinado por dos aspectos, de un lado están las características económicas que las instituciones pactan y por el otro

se encuentran los deberes específicos a cargo de los médicos y las obligaciones de sujetarse a la *lex artis*.

## Contrato de área protegida

Así las cosas, uno de los fenómenos más importantes en los cuales se pueden evidenciar las conexidades contractuales en los contratos de prestaciones médicas, es a través de los contratos de área protegida, aunque no hay una definición legal expresa que defina qué es o en qué consiste esta modalidad contractual, sin embargo, según el Decreto 1072 de 2015, en el artículo 2.2.4.6.4, todas las empresas están en la obligación de establecer un Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, lo que quiere decir que deben crear un proceso que permita reconocer y evaluar los riesgos que puedan generarse en el desarrollo de la actividad laboral, y consecuentemente prevenirlos, y solucionarlos en caso de presentarse. Específicamente se establece que el empleador debe abordar la prevención de los accidentes y las enfermedades laborales y también la protección y promoción de la salud de los trabajadores y/o contratistas, a través de la implementación, mantenimiento y mejora continua de un sistema de gestión cuyos principios estén basados en el ciclo PHVA (planificar, hacer, verificar y actuar).

Artículo 2.2.4.6.4. Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST). El Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST) consiste en el desarrollo de un proceso lógico y por etapas, basado en la mejora continua y que incluye la política, la organización, la planificación, la aplicación, la evaluación, la auditoría y las acciones de mejora con el objetivo de anticipar, reconocer, evaluar y controlar los riesgos que puedan afectar la seguridad y la salud en el trabajo. El SG-SST debe ser liderado e implementado por el empleador o contratante, con la participación de los trabajadores y/o contratistas, garantizando a través de dicho sistema, la aplicación de las medidas de Seguridad y Salud en el Trabajo, el mejoramiento del comportamiento de los trabajadores, las condiciones y el medio ambiente laboral, y el control eficaz de los peligros y riesgos en el lugar de trabajo. Para el efecto, el empleador o contratante debe abordar la prevención de los accidentes y las enfermedades laborales y también la protección y promoción de la salud de los trabajadores y/o contratistas, a través de la implementación, mantenimiento y mejora continua de un sistema de gestión cuyos principios estén basados



en el ciclo PHVA (planificar, hacer, verificar y actuar).

Así las cosas, se presenta una conexidad contractual entre la empresa que contrata el servicio de área protegida con aquella que lo contrata, dando a los clientes y empleados la idea de un trabajo coordinado entre ellas, así como de una prestación comercial mucho más compleja; el servicio de área protegida juega un papel fundamental en el desarrollo del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, ya que este puede definirse como un contrato de prestaciones médicas a través del cual se presta la atención de emergencias y urgencias dentro del área a proteger.

**Tabla 3.** Definiciones del contrato de área protegida a partir de las empresas prestadoras del servicio en Medellín

<p>Emi área protegida: “es un servicio de grupo Emi en el que cubrimos todos los casos de emergencias y urgencias médicas que ocurran en un área definida de la empresa y cubre a todas aquellas personas que se encuentren dentro de dicha área. Además, tienes a disposición la línea telefónica de orientación médica que está disponible 24 horas, 365 días del año para que te comuniqués directamente con un médico cuando necesites resolver dudas sobre algún tema relacionado con la salud” (Empresa de Medicina Integral Emi. Servicio de ambulancia prepagada).</p>	<p>Emermédica, “reduce el ausentismo laboral, atención de urgencias y emergencias médicas en sitio. Con el Plan Área Protegida, cuentas con servicios que protegen a todos los empleados, proveedores, clientes, estudiantes y visitantes de un establecimiento en caso de que ocurra una urgencia o emergencia dentro del área delimitada garantizando la atención médica oportuna.</p> <p>En Emermédica ofrecemos a las áreas protegidas estos servicios: atención prehospitalaria de urgencias, atención prehospitalaria de emergencias, traslados asistidos a centros hospitalarios, orientación médica virtual, y orientación médica telefónica”. (Emermédica S. A).</p>
<p><b>Según el Ministerio de Salud y Protección Social la prestación de servicios de salud en modalidad extramural se define de la siguiente manera:</b></p> <p>“Hace referencia a aquellos servicios que se ofrecen a la población en espacios no destinados a salud o espacios de salud de áreas de difícil acceso, que no cuentan con servicios quirúrgicos habilitados. Estos espacios son acondicionados temporalmente para el desarrollo de las actividades y procedimientos específicos. Los prestadores que ofrecen esta modalidad cuentan con un domicilio que permita su ubicación por parte de los usuarios y la Entidad Departamental o Distrital de Salud” (Ministerio de Salud y Protección Social).</p>	
<p>Podemos entonces definir el servicio de área protegida como un contrato de prestaciones médicas en modalidad extramural, a través del cual se presta asistencia en casos de emergencias, y urgencias, en un área geográfica delimitada.</p>	

**Fuente:** elaborado a partir del trabajo realizado por Zapata Ramírez (2019, p. 15).

Dentro de las conexidades contractuales estudiadas, es necesario entender que las entidades que se encargan de prestar dicho servicio de urgencias, emergencias, y traslados asistidos, deben acogerse a lo dispuesto en la Resolución 5596 del 24 de diciembre de 2015, a través de la cual se definen los criterios técnicos para el sistema de selección y clasificación de pacientes en los servicios de urgencias, triage, para ser aplicado en Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

De acuerdo a esta clasificación triage, las EPS deben atender las situaciones de salud presentadas en el área protegida en unos tiempos específicos de acuerdo con la gravedad que esta revista. En el artículo 5 se establecen los siguientes tiempos de respuesta:

- **Triage I:** requiere atención inmediata. La condición clínica del paciente representa un riesgo vital y necesita maniobras de reanimación por su compromiso ventilatorio, respiratorio, hemodinámico o neurológico, pérdida de miembro u órgano u otras condiciones que por norma exijan atención inmediata.
- **Triage II:** la condición clínica del paciente puede evolucionar hacia un rápido deterioro o a su muerte, o incrementar el riesgo para la pérdida de un miembro u órgano, por lo tanto, requiere una atención que no debe superar los treinta (30) minutos. La presencia de un dolor extremo de acuerdo con el sistema de clasificación usado debe ser considerada como un criterio dentro de esta categoría.
- **Triage III:** la condición clínica del paciente requiere de medidas diagnósticas y terapéuticas en urgencias. Son aquellos pacientes que necesitan un examen complementario o un tratamiento rápido, dado que se encuentran estables desde el punto de vista fisiológico, aunque su situación puede empeorar si no se actúa.
- **Triage IV:** el paciente presenta condiciones médicas que no comprometen su estado general, ni representan un riesgo evidente para la vida o pérdida de miembro u órgano. No obstante, existen riesgos de complicación o secuelas de la enfermedad o lesión si no recibe la atención correspondiente.
- **Triage V:** el paciente presenta una condición clínica relacionada con problemas agudos o crónicos sin evidencia de deterioro que comprometa el estado general de paciente y no representa un riesgo evidente para la vida o la funcionalidad de miembro u órgano (Resolución 5596 de 2015, 2015, p. 3).

Es por esta razón que todas las entidades encargadas de prestar esta modalidad de servicio de salud extramural deben tener una infraestructura adecuada y eficiente que permita la atención de las urgencias, y emergencias en el

menor tiempo posible, para así mitigar afectaciones de salud en los usuarios, y evitar eventuales sanciones por incumplimiento del contrato.

## Conclusiones

La conexidad contractual es actualmente un fenómeno económico-jurídico que comprende diferentes negocios bajo una sola unidad económica, pero con diferentes estipulaciones contractuales.

Cuando admitimos hablar del contrato de prestaciones médicas como un contrato conexo entendemos que el objeto de este tiene una doble finalidad, por un lado, dar mayor efectividad a las relaciones económicas entre los diferentes participantes del sistema de salud y por el otro es atender de manera general los padecimientos físicos y/o psicológicos de ser humano de conformidad con la *lex artis*.

Una de las prestaciones médicas más confusas que se presenta en nuestro medio es la del contrato de área protegida, en la cual al objeto de las prestaciones ya enunciadas se le añade la del traslado del sitio en el cual se ubique el paciente, hasta el lugar en que se prestará la atención final, pasando posteriormente por las diversas intervenciones que pueda requerir y su posterior recuperación, lo que hace que en la cadena del servicio intervengan gran cantidad de contratistas que trabajan independientemente haciendo que las diferentes etapas no necesariamente sean coherentes entre sí.

La conexidad contractual en los contratos de prestaciones médicas, vista desde la esfera de la responsabilidad civil, hace muy confusa la posibilidad de probar la culpa de alguno de los agentes, ya que el fraccionamiento al que se llega impide que el accionante pueda probar el elemento culpa dentro de la responsabilidad civil; si bien el mercado de los servicios de salud necesita de esta figura para facilitar y diversificar unidades de negocio, también es cierto que para los demandantes podría ser muy difícil entender cómo se estaba comportando la cadena de contratos conexos y por ende nunca podría probar la responsabilidad, es por esto que es necesario que los peritos de parte que se contraten para estos casos sean conscientes de su importante papel en este tema y ayuden a las partes a reorganizar la cadena contractual, a fin de poder realizar verdaderos juicios de responsabilidad.

## Referencias

- Acosta-Madiedo, C. (2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192001.pdf>
- Cardona Morales, E. A. (2016). Responsabilidad civil hospitalaria y sistema único de habilitación: una mirada hacia el riesgo cubierto en las pólizas de responsabilidad civil de clínicas y hospitales en Colombia. <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/3542/Responsabilidad%20Civil%20Hospitalaria%20y%20Sistema%20%20c3%9anico%20de%20Habilitaci%c3%b3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Congreso de la República. (1873). Código Civil colombiano. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- Congreso de la República. (1950). Código Sustantivo de Trabajo. Decreto Ley 2663. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html)
- Congreso de la República. (1971). Código de Comercio. Decreto 410, 826. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_comercio.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1990). Sentencia 5902 de octubre 24.
- Corte Suprema de Justicia. (22 de febrero de 2017). Sentencia SC18476-2017, 31. Bogotá.
- Emermédica S. A. (s. f.). Emermédica. <https://www.emermedica.com.co/nuestros-productos/area-prottegida/>
- Empresa de Medicina Integral Emi SAS. (s. f.). Servicio de ambulancia prepagada. <https://grupoemi.com/colombia/planes-y-servicios/11/emi-empresarial/27/area-prottegida/2>



Shina, F. (2017). Los contratos conexos: una nueva fracción contractual. *Diario Consumidores y Usuarios*, (120), 1-2.

Silva Montecinos, C. A. (2004). *El contrato de prestaciones médicas desde el punto de vista de la responsabilidad civil contractual*. Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Zago, J. A. (1993). *Contrato de prestación médica. Lecciones y ensayos*. Departamento de publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.

Zapata Flórez, J. (2015). La causa como elemento estructural de la contratación conexa. *Revista de Derecho Privado*, (54), 1-20.

Zapata Ramírez, M. (2019). Los contratos de prestaciones médicas, como contratos conexos de derecho privado y las dificultades que le imponen a la gestión de audiencias de conciliación. Medellín: Tesis para optar el título de abogado Universidad Pontificia Bolivariana.

Zapata Flórez, J. (2019). *ALCANCE Y EFECTOS DE LA NULIDAD EN LOS CONTRATOS CONEXOS*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana Tesis para optar el título de maestría.

## Capítulo 10

# El consentimiento informado, sustituto y cualificado en intervenciones médicas (hermafroditismo o ambigüedad genital) en la primera infancia<sup>1</sup>

Aura María Vasco Ospina<sup>2</sup>, Leny Johana Osorio Román<sup>3</sup>, Darling Ramírez Álvarez<sup>4</sup>

### Resumen

El consentimiento informado es un documento en donde la persona ha firmado como expresión voluntaria su intención de ser intervenido a través de un procedimiento médico, documento que sugiere los beneficios, molestias, posibles riesgos y alternativas de procedimientos que pueden brindar iguales, mejores o menor beneficios, además de una claridad consecuente que refiere sus derechos como paciente y responsabilidades antes, durante y después del procedimiento médico.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, con respecto del consentimiento informado en pacientes niñas, niños o adolescentes, con diagnósticos, en este caso, patologías clínicas que advierten de ambigüedad genital o hermafroditismo, considera que para su tratamiento y proceso quirúrgico se requiere de un consentimiento informado que sea cualificado y a su vez persistente, en donde las responsabilidades son conjuntas para representantes legales, equipo de la salud y equipo social interdisciplinar, toda vez que está en juego no solo la vida del paciente, sino también su estabilidad e integridad física y emocional, cuyo fin último busca siempre el salvaguardo de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad humana.

1 Capítulo de libro de investigación resultado del proyecto titulado *El consentimiento informado, sustituto y cualificado en intervenciones médicas (hermafroditismo o ambigüedad genital) en la primera infancia* y realizado entre 2015 y 2017.

2 Psicóloga CUR, especialista en Derecho Médico UPB, especialista en Economía y Finanzas de la Salud UPB, especialista en Seguridad Social Unaula, doctora en Psicología y Neurociencia Cognitiva Aplicada Universidad Maimónides. Corporación Universitaria Americana. Correo: amvasco@americana.edu.co

3 Abogada Universidad de Medellín, especialista en Derecho Médico UPB, maestranda en Derecho Médico, Universidad Externado. Correo: lenjoy77@gmail.com

4 Abogada Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho médico. Correo: darlyng1516@hotmail.com

Se concluye que el consentimiento informado demanda evolución en su construcción que para determinadas patologías clínicas conviene advertir la prospectiva jurídica, humana y de derechos fundamentales, consecuente con la realidad que se proyecta para el ser humano, su estabilidad física, emocional y psicosocial, buscando la salvaguarda y concreción de sus derechos fundamentales.

**Palabras clave:** consentimiento informado, principio fundamental al libre desarrollo de la personalidad, principio fundamental a la dignidad humana; hermafroditismo, diversidad sexual.

## Introducción

Se encuentra promulgado en la Constitución Política de Colombia de 1991, en el Título II, “De los Derechos, las Garantías y los Deberes”, en sus artículos 15, 18 y 20, en donde hacen referencia a la intimidad, a la autonomía de las personas y a recibir información veraz e imparcial.

De acuerdo con las normas éticas exigidas al profesional médico en Colombia, según la Ley 23 de 1981, se describe el deber de informar adecuada y oportunamente a todos los pacientes sobre los riesgos que lleguen a derivarse de los tratamientos o procedimientos que se realicen o practiquen, solicitando consentimiento, el cual deberá ser evidenciado a través de firma en documento que se encuentre claro y específico, documento que será en todas formas anticipado. Artículo 15:

El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

Teniendo presente aquellas excepciones mencionadas por el Ministerio de Salud a través del Decreto 3380 de 1981, reglamentario de la Ley 23 de 1981, en donde define dichas excepciones para la obtención del consentimiento in-



formado y es así como en el artículo 11 se registra: “El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos: cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes allegados se lo impidan. Cuando existe urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico”.

El consentimiento informado debe reunir requisitos que permiten al individuo ejercer su autonomía, para ello debe verificarse que el paciente conozca y entienda en qué consiste el consentimiento informado explicando de manera sencilla qué es y con qué fin se realizan ciertos procedimientos de tipo médico y quirúrgico, haciendo comprender al paciente su utilidad más allá de lo legal, con un lenguaje claro, entendible y de acuerdo con las condiciones del paciente, evitando utilizar términos técnicos. El formato de consentimiento informado y las guías que lo acompañan, en la medida de lo posible, deben ser leídos por el paciente y su tutor en compañía del profesional tratante con el fin de aclarar las dudas que puedan existir y proporcionar información conveniente y oportuna acerca de su diagnóstico, pronóstico y plan de tratamiento (Metrosalud, 2013).

La Corte Constitucional ha establecido unos criterios que permiten resolver la eventual confrontación indicando que el consentimiento informado cualificado y persistente constituye el principio normativo general para ese tipo de procedimientos quirúrgicos. El presente artículo busca responder el siguiente problema jurídico: ¿cuáles deberán ser los razonamientos que despliegan el concepto “consentimiento informado cualificado y persistente” en casos clínicos para niños o niñas en ciclo de primera infancia (0 a 5 años) que han sido diagnosticados con hermafroditismo o ambigüedad sexual y que deben ser intervenidos quirúrgicamente respecto de las personas naturales o jurídicas legitimados para otorgar dicho consentimiento? Y ¿cuáles pueden ser los efectos jurídicos que pueden acontecer después de una intervención inoportuna por ausencia de un consentimiento informado cualificado y las posibles consecuencias a las que se verá enfrentada dicha persona en su edad adolescente, joven y adulta?

En virtud de lo anterior, el orden mediante el cual se desarrolla el presente artículo es el siguiente: en primer lugar, se brindará una definición de los conceptos de hermafroditismo o ambigüedad genital. Subsiguientemente, se

relacionará la noción de la patria potestad de los representantes legales de un niño, niña o adolescente en la primera infancia frente a una patología clínica como lo es el hermafroditismo o ambigüedad genital. En consecuencia, de lo anterior, se abarcará el consentimiento informado cualificado y persistente frente a estos tratamientos y procedimientos quirúrgicos, a través del análisis constitucional de acuerdo con las sentencias T-477 de 1995, SU-337 de 1999, T-692 de 1999, T-551 de 1999, T-1390 del año 2000, para resolver la confrontación que se presenta cuando el ejercicio de estos derechos ocurre de forma simultánea. Por último, se expondrán las conclusiones del análisis jurisprudencial realizado.

## **Metodología**

A partir de la búsqueda selectiva de sentencias entre los años 1995 y 2000, acerca del tema del consentimiento informado, de las cuales se seleccionaron 3 sentencias de tutela y una sentencia unificada, se delegó una sentencia a cada una de las integrantes del grupo para su lectura, estudio, análisis de las mismas de manera individual, posteriormente nos reunimos y expusimos cada sentencia y analizamos sus puntos frágiles de manera grupal, buscamos las palabras poco conocidas, artículos y atributos jurídicos en razón al tema en concreto y se procedió a realizar un metaanálisis que arrojó como resultado que no existe una guía o protocolo de atención y de manejo de un niño, niña o adolescente dentro de su primera infancia que padezca de hermafroditismo o ambigüedad sexual. Así mismo por la poca claridad en la relación multidisciplinaria en el caso del consentimiento cualificado en tanto la familia y el infante como sujetos de derechos de principios y valores constitucionales como la autonomía, libre desarrollo de la personalidad y libertad sexual, finalmente, se adoptó una quinta sentencia para su lectura y análisis relacionada con el tópico a tratar. Se abordaron las situaciones problema de cada sentencia a partir del objeto de estudio que es el consentimiento informado en la primera infancia relacionado con el hermafroditismo y la ambigüedad sexual.

## **La intersexualidad**

Cuando se produce la fecundación empieza el proceso de diferenciación sexual, que culmina, a los ojos del común, en el nacimiento de un niño o una

niña. Lo anterior ha llevado a la clasificación de los individuos de nuestra especie en dos sexos: masculino y femenino. Nuestra legislación civil consagra esta clasificación al expresar que cuando nace un individuo de la especie humana, al médico o enfermera le corresponde asignar uno de los dos sexos y consignarlo así en el certificado de nacimiento (Bernal Crespo, 2011).

De acuerdo con los estudios y *Lex Artis* de tipo médico, el primer paso es el establecimiento del sexo genético por la presencia de los cromosomas sexuales 46XY, proceso completado durante la fecundación del óvulo. El segundo paso es la diferenciación de la gónada indiferenciada hacia el testículo. Este proceso de diferenciación testicular involucra el gen SRY, localizado en el cromosoma Y, como también a múltiples genes localizados en los cromosomas autonómicos; este proceso ocurre entre la 5ª y 6ª semana. El tercer paso es la traducción del sexo gonadal en el sexo fenotípico, es decir, en la formación de los genitales internos y externos (Bernal Crespo, 2011).

Antes de comenzar a realizar un análisis del tema que nos ocupa en este artículo es necesario definir y/o diferenciar conceptos tales como ambigüedad genital, hermafroditismo o estados intersexuales, de ahí (según de donde salió esta definición) entendemos la intersexualidad como una condición poco común por la cual un individuo presenta discrepancia entre su sexo cromosómico (XY / XX), gónadas (testículos / ovarios) y genitales (pene / vagina), poseyendo por tanto características genéticas y fenotípicas propias de hombres y mujeres, en grados variables. Puede poseer, por ejemplo, una abertura vaginal, la cual puede estar parcialmente fusionada, un órgano eréctil (pene o clítoris) más o menos desarrollado y ovarios o testículos, los cuales suelen ser internos. Igualmente se entiende por hermafroditismo, anteriormente se empleaba el término hermafrodita, pero el mismo ha empezado a reemplazarse, pues puede resultar engañoso, insensible y confuso por comparar una característica común en algunas especies de animales y plantas con una condición de nacimiento que ocurre en algunos pocos seres humanos, la cual se asemeja a la anterior solo remota y analógicamente. Por ambigüedad genital, entendemos lo que sucede en las primeras etapas del desarrollo fetal, el tejido que se transformará en las gónadas (ovarios o testículos), no tiene características específicas de un sexo o del otro, pero tiene el potencial de convertirse en los ovarios o los testículos de acuerdo con los genes del feto.

## La patria potestad

El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, niño, niña o adolescentes, corresponde a los padres conjuntamente. A falta de uno, la ejercerá el otro, o familiar cercano o tutor designado. No obstante, debe precisarse que los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en favor del interés superior del hijo niño, niña o adolescente.

## La intersexualidad y la hermenéutica jurídica

La Corte explicó, que existen autores que distinguen entre los “estados intersexuales” o “hermafroditismos”, que implican una discordancia entre las distintas dimensiones biológicas del sexo, y la “ambigüedad genital”, en donde simplemente la apariencia de los genitales externos no permite fácilmente asignar un sexo al momento del nacimiento. Así, algunas personas tienen un sexo cromosómico masculino (XY) pero son absolutamente insensibles a los andrógenos, por lo cual sus genitales externos y su apariencia general son totalmente femeninas. La intersexualidad no genera en tales síndromes ambigüedad genital.

Igualmente, existen casos, como sucede con los niños con micropenes, en donde en sentido estricto no hay un estado intersexual, pero la apariencia de los genitales no solo puede provocar dificultad en la asignación del sexo al nacer, sino que, además, los médicos suelen recomendar en estos casos un tratamiento similar al de muchos hermafroditismos.

Ahora bien, a pesar de esas diferencias conceptuales, en general estos síndromes reciben tratamientos médicos semejantes, y suscitan por ende interrogantes éticos y jurídicos similares, esto significa que la doctrina constitucional elaborada en la sentencia SU-337 de 1999, y reiterada en esta ocasión, es relevante para decidir jurídicamente los conflictos que suscitan las remodelaciones de genitales derivadas de los estados intersexuales y de las distintas formas de ambigüedad genital. A partir de lo anterior, la Corte concluyó que las cirugías y los suministros de hormonas destinados a remodelar los genitales son tratamientos invasivos, prolongados y agobiantes en gran parte de los casos, y extraordinarios, pues afectan la identidad sexual de la persona y son irreversibles.

Estas intervenciones médicas no pueden entonces ser asimiladas a otras cirugías estéticas, por cuanto la remodelación de los genitales tiene que ver con la definición misma de la identidad sexual de la persona, esto es, afecta uno de los aspectos más misteriosos, esenciales y profundos de la personalidad humana.

En la Sentencia SU-337 de 1999 y se ha reiterado en la Sentencia T-551 de 1999, es necesario distinguir entre la temprana asignación de género, que en nuestras sociedades es inevitable, y la remodelación de los genitales, que es la intervención médica que suscita agudos interrogantes constitucionales.

Por ello, el debate jurídico que la Corte ha debido resolver es si esas operaciones de remodelación de los genitales, que son invasivas y riesgosas, pueden o no ser adelantadas con la autorización de los representantes legales de un niño, niña o adolescente, o si es necesario esperar hasta que el propio paciente pueda decidir si asume o no esos peligros. La sentencia SU-337 de 1999 concluyó que, en niños de cinco años, el permiso paterno era legítimo, pero siempre y cuando se tratara de un “consentimiento cualificado y persistente”, por lo cual resulta ineludible precisar el alcance de ese concepto.

En dicha sentencia, la Corte considera que el equilibrio debe evaluarse en cada caso concreto, y de manera especial para el asunto sometido al presente examen, si se establecen reglas que aseguren que los padres ejerzan una tutela o protección adecuada de la niño, niña o adolescente, es necesario que sean capaces de comprender la complejidad de la intersexualidad, así como los riesgos de los actuales tratamientos para sus hijos, entonces aumenta la protección de los intereses del niño, niña o adolescente, sin que los jueces interfieran en la privacidad familiar.

A los cinco años un niño, niña o adolescente no solo ha desarrollado una identidad de género definida, sino que, además, tiene conciencia de lo que sucede con su cuerpo y posee una autonomía suficiente para manifestar distintos papeles de género y expresar sus deseos. Por ello la Corte amparará el derecho a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad. Corresponderá a los equipos interdisciplinarios realizar las pruebas pertinentes para evaluar si la persona goza de la autonomía suficiente para brindar un consentimiento informado. Con todo, esta Corte considera que algunos elementos normativos son claros y enmarcan la acción de esos grupos interdisciplinarios. Así,

en primer término, no es necesario esperar obligatoriamente hasta la mayoría de edad, puesto que, como ya se señaló en esta sentencia, no es lo mismo la capacidad legal que la autonomía para autorizar un tratamiento médico, por lo cual un niño, niña o adolescente, que es legalmente incapaz, puede ser plenamente competente para tomar una decisión sanitaria.

En segundo término, que, en este caso, la niño, niña o adolescente debe autorizar una intervención médica, que es invasiva, riesgosa e irreversible, por lo cual, conforme con los criterios señalados en esta sentencia, su consentimiento debe también ser cualificado.

Ahora bien, en la sentencia T-692 de 1999 la Corte consideró que en este punto son muy útiles algunas regulaciones normativas, así como los protocolos médicos diseñados para que los pacientes decidan si aceptan o no ciertos tipos de tratamientos, que pueden ser muy invasivos o riesgosos, sin que sus beneficios sean totalmente claros.

Un protocolo debe contener la información muy mejorada, tanto sobre el tratamiento como sobre las otras opciones, cualifica el consentimiento pues permite a la persona comprender los riesgos de las terapias y las otras posibilidades que existen. Los plazos aseguran que la autorización no sea dada por un estado de ánimo momentáneo, sino que sea la expresión de una opción meditada y sólida, y en esa medida genuina. Finalmente, las formalidades -como la autorización escrita- son útiles para mostrar la seriedad del asunto y asegurar el cumplimiento de los otros requisitos.

Años más tarde, en la sentencia T-1390 del 2000 la Corte concluyó que las cirugías y los suministros de hormonas destinados a remodelar los genitales son tratamientos invasivos y extraordinarios, pues afectan la identidad sexual de la persona y son irreversibles.

De allí la difícil tensión ética y jurídica que suscitan estos tratamientos, ya que los defensores del actual paradigma consideran que deben adelantarse lo más tempranamente posible, y de manera urgente, para garantizar una identificación de género exitosa y evitar los traumatismos psicológicos y sociales que podrían surgir si la persona crece en la indefinición sexual. Sin embargo, la naturaleza particularmente invasiva de estas intervenciones médicas requiere de un consentimiento cualificado del propio paciente, lo cual sugiere que de-

berían postergarse hasta que la propia persona pueda decidir. La tensión entre el principio de beneficencia y el principio de autonomía es entonces evidente.

En el caso de los niño, niña o adolescente, la Corte concluyó que los padres y los representantes legales pueden autorizar las intervenciones médicas en sus hijos, pero en ciertas situaciones, ese permiso parental es ilegítimo, por cuanto los hijos no son propiedad de los padres: son una libertad en formación, que merece una protección constitucional preferente. Para evaluar si es válido ese “consentimiento sustituto”, la sentencia reiteró que es necesario tener en cuenta (i) la necesidad y urgencia del tratamiento, (ii) su impacto y riesgos, y (iii) la edad y madurez del niño, niña o adolescente”.

Conforme al estándar normativo de consentimiento cualificado y persistente, es claro que la autorización parental sustituta, en casos como el presente, debe estar precedida por una información detallada de parte de los equipos médicos y unos plazos prudentes que permitan a los padres evaluar las alternativas de decisión, tomando en consideración las necesidades existenciales de sus hijos.

De acuerdo con las sentencias mencionadas, la Corte ha venido analizando estos temas y desarrollando de manera hermenéutica el concepto de consentimiento informado. La sentencia SU-337/99 consideró que si se tiene en cuenta que la niña, niño o adolescente ya tiene un desarrollo cognitivo, social y afectivo que le permite tener conciencia clara de su cuerpo y una identificación de género definida, el consentimiento sustituto paterno pierde legitimidad constitucional, y las cirugías e intervenciones hormonales para modelar sus genitales deben esperar hasta que el propio paciente pueda autorizarlas. Tres razones llevan a la Corte a esa conclusión. “La niña, niño o adolescente, al experimentar esos cambios en la pubertad, y obviamente con el debido apoyo psicológico, pueda definir con mayor precisión su identidad de género y decidir si asume o no los riesgos de las cirugías y los tratamientos hormonales destinados a reconstruir sus genitales”.

Si el niño, niña o adolescente tiene varios años, entonces ya ha adquirido un grado de autonomía que merece una mayor protección constitucional, por lo cual, la legitimidad del consentimiento paterno sustituto se reduce considerablemente. Entre más clara sea la autonomía individual, entonces más intensa es la protección judicial al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El niño, niña o adolescente que “esté en condiciones de formarse un juicio propio” tiene el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta, en función de su edad y madurez.

¿A qué edad se puede presumir que han ocurrido los cambios psicológicos que invalidan el consentimiento sustituto paterno en caso de ambigüedad genital del niño, niña o adolescente XX? No existe una respuesta clara a ese interrogante, por cuanto las diferentes personas se desarrollan en distinta forma, y existen a veces agudas controversias entre las diversas escuelas psicológicas sobre la manera como los seres humanos evolucionan, desde el nacimiento hasta la madurez.

La autorización parental sustituta, en casos como el presente, debe estar precedida por una información detallada de parte de los equipos médicos, y unos plazos prudentes, que permitan a los padres evaluar las alternativas de decisión, tomando en consideración las necesidades existenciales de sus hijos.

Para que este consentimiento sea válido no solo debe ser libre, sino que la decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. El grado de información que debe ser suministrado por el médico y la autonomía que debe gozar el paciente para tomar la decisión médica concreta dependen a su vez de los riesgos, los beneficios y del propio impacto del tratamiento sobre la autonomía de la persona.

Finalmente, para las sentencias abordadas en este trabajo de análisis, se entiende que el consentimiento informado cualificado y persistente es aquel que está integrado por protocolos que pretenden precisamente depurar el consentimiento del paciente, para lo cual recurren en general a tres mecanismos: (i) una información detallada, (ii) unas formalidades especiales y (iii) una autorización por etapas; el consentimiento sustituto paterno en estos casos debe ser cualificado, esto significa que los padres solo pueden tomar la decisión después de haber comprendido las posibilidades, límites y riesgos de los actuales tratamientos, si el consentimiento debe ser persistente, es obvio



que los protocolos deben prever que no basta que la autorización sea dada en un sola ocasión sino que se requiere que el permiso sea reiterado, a fin de que los padres tengan el tiempo y la posibilidad de meditar sobre cuál es la mejor opción para su hijo.

Para el caso de la Sentencia T-1390 de 2000, los casos de intervenciones quirúrgicas y hormonales destinadas a remodelar los genitales, en casos de ambigüedad genital, en niño, niña o adolescente de cinco años, requieren de un consentimiento informado cualificado y persistente de los padres, a fin de proteger el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la identidad sexual de los niño, niña o adolescente.

Igualmente, en la Sentencia T-551 de 1999 la Corte expuso, que cuanto más invasivo sea el tratamiento más cualificado debe ser el consentimiento del paciente y mayor la información que le debe ser suministrada. Así, si la decisión sanitaria recae sobre una terapia muy invasiva, o riesgosa para su salud y su vida, el Estado y los equipos sanitarios deben reclamar una autonomía mayor del paciente y cerciorarse de la autenticidad de su opción.

La autonomía de los representantes legales para autorizar o no un tratamiento médico no es un concepto absoluto, sino que depende de la naturaleza de la intervención. Para evaluar si es válido ese “consentimiento sustituto”, la Corte reiteró que es necesario tener en cuenta:

- (i) la necesidad y urgencia del tratamiento,
- (ii) riesgos e intensidad el impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño, y
- (iii) la edad y madurez del niño, niña o adolescente (acceso a la autonomía es gradual).

En tales eventos, es necesario un “consentimiento cualificado”.

La Corte consideró que la única opción que existe es que los padres puedan decidir, con lo cual se protege la privacidad familiar. Sin embargo, es necesario establecer unos procedimientos que en cierta medida obliguen a los progenitores a tomar en cuenta la situación actual del debate médico, y a reflexionar

y decidir teniendo como eje central los intereses reales de los niño, niña o adolescente. Así, si se establecen reglas que aseguren que los padres solo tomarán la decisión luego de comprender la complejidad de la intersexualidad, así como los riesgos y beneficios de los actuales tratamientos para sus hijos, entonces aumenta la protección de los intereses del niño, niña o adolescente, sin que los jueces interfieran en la privacidad familiar.

## Recomendaciones

En el análisis y discusión de las sentencias objeto de estudio en esta investigación, el consentimiento informado y sustituto es una herramienta importante que permite el respeto por los derechos fundamentales de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la misma salud. Lograr que en los casos de intervenciones quirúrgicas a niños y niñas menores de cinco años la protección integral de sus derechos sea por la vía del hecho de la ley y que como sujetos de derechos, los niños y niñas requieren para su pleno desarrollo el cuidado y salvaguardo de su libre desarrollo de la personalidad. Este proceso de análisis merece un estudio constante que permita velar por los derechos fundamentales del hombre y la mujer y que desde los mismos inicios del libre desarrollo de la personalidad que se establece desde el momento en el que se es persona y que así mismo se escala y explora en un contexto de desarrollo libre, complejo y abstracto de lo que sugiere una identidad sexual a partir de la claridad de los conceptos de intersexualidad, ambigüedad sexual, hermafroditismo e identidad sexual.

## Conclusiones

La condición del hermafroditismo o ambigüedad sexual es un proceso complejo toda vez que la decisión que se tome está bajo una responsabilidad objetiva porque el equipo interdisciplinario debe cerciorarse de cada detalle interno y externo, presente y futuro para hacer que la existencia del niño, niña o adolescente sea bajo los parámetros de normalidad científica y social.

Contar con un equipo interdisciplinario capacitado en este tipo de patologías, que permita avanzar en pro de la defensa de los derechos fundamentales de los niños y niñas en primera infancia, para constituir claridad objetiva en

cuanto a procedimientos y guía a seguir con el paciente, para evitar los mínimos traumatismos al paciente en su futuro desarrollo como persona.

Frente a estos casos, se debe comprobar previamente si la autorización paterna reúne las características de “consentimiento informado cualificado y persistente”, pues de no ser así, el permiso sustituto no se adecuaba a la Constitución y en busca de un bienestar futuro del niño, niña o adolescente.

El consentimiento cualificado y persistente solo tiene aplicación hasta el umbral donde el niño, niña o adolescente no ha superado la edad clínica para realizar este tipo de intervenciones quirúrgicas, es decir, 2 años, donde a partir de ello está legitimado el permiso parental sustituto, toda vez que si sobrepasa este tiempo ya no tendrá legitimidad dicho permiso.

## Referencias

- Bernal Crespo, J. S. (2011). Estados intersexuales en menores de edad: los principios de autonomía y beneficencia. *Revista de Derecho*, 36, 53-86.
- Metrosalud. (2013). Oficina Gestión Control Organizacional: Metrosalud. <http://www.metrosalud.gov.co/intra-joomla/images/planeacion/CONSENTIMIENTO%20INFORMADO/DOCUMENTO%20TECNICO%20CONSENTIMIENTO%20INFORMADO.pdf>
- Congreso de la República. Ley 23 (1981). Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Diario Oficial 35711.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995) Sentencia T- 477 de 1995.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999) Sentencia SU 337 de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999) Sentencia T- 551 de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999) Sentencia T-692 de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000) Sentencia T- 1390 de 2000.

Ministerio de Salud. (1981). Decreto 3380. [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0023\\_1981.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1981.htm)

## Capítulo 11

# Transformación legal y jurisprudencial que ha tenido el fuero de maternidad en Colombia y la consecuencia para los empresarios

Julián Galvis Torres<sup>1</sup>, Diego Fernando Galviz Cataño<sup>2</sup>, John Jairo Rico Valencia<sup>3</sup>

### Resumen

Se hace un recuento histórico respecto de dónde se originó el estudio, por parte de la OIT, sobre la protección a la mujer gestante o lactante y cómo ha sido la transformación legal y jurisprudencial que ha presentado el fuero de maternidad consagrado actualmente en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, y de qué manera afecta este fuero al sector empresarial. Se definirá en qué momento se dio espacio en el ordenamiento jurídico colombiano a lo reglado por primera vez en la OIT mediante el Convenio C003 de 1919, y cuánto tiempo duró, si es que ya logró nuestro legislador adosar lo allí consagrado en su totalidad a la legislación colombiana, y qué consecuencias han causado en el sector empresarial dichas variaciones legales y jurisprudenciales. Se deberá verificar si se garantiza en Colombia el derecho al trabajo de las mujeres en estado de gestación o en tiempo de maternidad o lactancia inicial, definiendo que alcance tiene dicha protección en cada etapa legislativa, dado que han sido varias las regulaciones legales al respecto y que manejo le ha dado el sector empresarial al tema. La Corte Constitucional ha sido progresiva y regresiva en el tiempo, a propósito de dicha protección y el sector empresarial ha definido su comportamiento de acuerdo con esas variables, afectando la igualdad en la vinculación de hombres y mujeres en el sector trabajo.

---

1 Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia, maestrante en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre de Colombia, sede Bogotá – programa de derecho laboral. Director y Jefe jurídico de la sociedad Galvis Roa Abogados. Correo: galvisroa-abogados@hotmail.com

2 Administrador de Empresas, especialista en Logística Internacional, magíster en Administración de Organizaciones, doctorante en Administración Gerencial. Docente Corporación Universitaria Americana, sede Medellín. Correo: dgalviz@coruniamericana.edu.co

3 Administrador de Empresas de la Universidad de Antioquia, especialista en Gerencia de Mercadeo de la Corporación Universitaria Americana; máster en Administración Gerencial de la Universidad Benito Juárez. Docente universitario de la Corporación Universitaria Americana, Colombia. Correo: jrjico@coruniamericana.edu.co

**Palabras clave:** contrato, estabilidad, fuero, maternidad.

## Introducción

Este apartado puede incluir de manera general los siguientes aspectos:

- Se pretende realizar un estudio general de dónde tuvo su origen la protección legal, constitucional y jurisprudencial del derecho al trabajo, de las mujeres en estado de gestación o maternidad en sus primeros seis meses. Tiene que verse, entonces, qué tipo de ley o disposición administrativa fue la primigenia y que autoridad u organismo nacional o internacional fue quien tomó la iniciativa. Existe en la actualidad una regulación legal y jurisprudencial que ha tenido una clara variación en cuanto a cobertura y tiempo de protección, que a juicio de los doctrinantes ha sido progresivo y regresivo, según el legislador y corte constitucional de turno. Esta situación variable, también ha dado el derrotero al sector empresarial para efectos de determinar qué tipo de contratos suscribe con las mujeres laboralmente activas y que preferencia tendrán respecto de hombres y mujeres para vincular su fuerza de trabajo.
- ¿Existe en Colombia una regulación legal para proteger el derecho al trabajo de las mujeres gestantes y en periodo de lactancia y de ser así, qué cobertura ha tenido durante los últimos 50 años?
- La protección al trabajo de la mujer en estado de gravidez o en periodo de lactancia inició con la convención C003 de 1919, donde se dispuso por primera vez en la OIT que los empleadores deberían respetar ciertos parámetros de garantías a las mujeres de cualquier edad que se encuentren en estado de embarazo o de lactancia sobre los primeros 6 meses de edad del recién nacido. Fue en la Ley 53 de 1938 donde en Colombia por primera vez se dispuso incluir fuero de maternidad, que ha teniendo varias modificaciones legales como lo fue el decreto 1632 y el 2350 de 1938. Posteriormente fue incluido en el código sustantivo del trabajo, en su texto original contenido en el decreto 2663 de 1950. En la actualidad rige la modificación del artículo 139 del código sustantivo del trabajo, traída al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 1822 de 2017, que fue objeto de estudio de constitucionalidad mediante la

sentencia C-005 de 2017, paralelo a los lineamientos jurisprudenciales consagrados en las sentencias SU070 y SU071 de 2013 y en la sentencia SU075 de 2018.

- El propósito es poder concluir qué alcance ha tenido el desarrollo legal colombiano respecto del fuero laboral de maternidad, con el objetivo principal de realizar un recuento normativo histórico de las diferentes etapas legales, para luego resaltar cuáles han sido las variaciones jurisprudenciales y como estas diferentes posturas han afectado las decisiones del sector empresarial. La presente investigación es estrictamente de carácter dogmático.

## Desarrollo

### Análisis normativo

La primera disposición legal que le otorga protección laboral a la mujer en embarazo estaba consagrada en la Ley 53 de 1938:

**Artículo 1º:** Toda mujer en estado de embarazo, que trabaje en oficinas o empresas, de carácter oficial o particular, tendrá derecho, en la época del parto, a una licencia remunerada de ocho semanas. Esta licencia empezará a contarse desde el día indicado por el medio de la interesada.

**Artículo 2º:** No podrá despedirse de su oficio a ninguna persona empleada u obrera por motivos de embarazo o lactancia y se conservará el puesto a la que se ausente por causa de enfermedad proveniente de su estado.

**Artículo 3º:** La mujer que sea despedida sin causa que se justifique ampliamente, dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiere dar lugar conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rijan la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días.

Esta protección luego fue reglamentada por los decretos 1632 y 2350 de 1938. De manera posterior, surge la protección que ya se encuentra consagrada en el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 236 al 239, establece la norma, que en su texto original consagró:

**Artículo 236.** Descanso remunerado en la época del parto.

Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de ocho (8) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en el cual debe constar:

- a. El estado de embarazo de la trabajadora;
- b. La indicación del día probable del parto, y
- c. La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

**Artículo 238.** Descanso remunerado durante la lactancia.

El patrono está en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos, de veinte (20) minutos cada uno, dentro de la jornada, para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad.

El empleador está en la obligación de conceder más descansos que los establecidos en el inciso anterior si la trabajadora presenta certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos.

Para dar cumplimiento a la obligación consagrada en este artículo, los patronos deben establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer traba-



ja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño.

Los empleadores pueden contratar con las instituciones de protección infantil el servicio de que trata el inciso anterior.

### **Artículo 239. Prohibición de despedir.**

Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin la autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado.

Tal como se observa de la norma transcrita, con la promulgación del Decreto 2663 de 1950 se otorga protección especial a las trabajadoras en proceso de gestación o lactancia, imponiendo al empleador la prohibición de la finalización del contrato de trabajo sin que medie autorización del Ministerio de Trabajo, garantía que de conformidad con la normas señaladas, se extendía inicialmente por un periodo de 8 semanas, tiempo durante el cual la madre contaba con fuero de estabilidad laboral, el cual se extendía siempre y cuando la criatura naciera viva.

Paralelo a lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, el 27 de diciembre de 1968 se promulga la Ley 74, mediante la cual se aprueba el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se introdujo una consideración especial en el artículo 10.2, al respecto: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

Así mismo, en el protocolo facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de noviembre de 1966; escenario que trae como consecuencia, junto con la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, una ampliación significativa de 8 a 12 semanas de la licencia.

No obstante, a través de la Ley 1468 de 2011 se amplió nuevamente la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas, siendo este último periodo al igual que la etapa de gestación, los que conformarían el espacio de tiempo en el que para esa fecha y hasta antes de la Ley 1822 de 2017, las madres trabajadoras contarían con fuero de estabilidad laboral, pues con posterioridad esta mencionada ley estableció el periodo de licencia que en la actualidad cobija a las trabajadoras, consistente en un total de 18 semanas de licencia de maternidad; tiempo durante el cual el empleador no podrá terminar el contrato de trabajo de la mujer gestante o en goce de licencia de maternidad (indistintamente del tipo de contrato de trabajo que los una), sin que medie permiso de la autoridad administrativa. En caso de hacerse sin este permiso se presume, según la norma, que el mismo obedeció al proceso de gestación o licencia en el que se encontraba la mujer trabajadora.

## **Estudio del fuero en general y de su desarrollo jurisprudencial en particular**

A continuación, se estudiará en qué consiste este fuero, quiénes son los sujetos de derecho del mismo y cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional le ha dado al mismo. Posteriormente, se revisará cuál es la motivación principal de otorgar esta protección especial a la mujer y cómo en la actualidad dicha protección se ha extendido, por un lado, a las mujeres que se encuentran vinculadas bajo un contrato de prestación de servicios con una persona natural o jurídica; y por otro lado, a los padres cabeza de familia que se encuentran en desarrollo de un contrato de trabajo o un contrato de prestación de servicios y que tienen como dependiente económico a una esposa o compañera permanente en proceso de gestación o licencia de maternidad.

La protección consagrada en el Código Sustantivo del Trabajo tiene como finalidad principal garantizar el interés superior del *nasciturus* o el bebé recién nacido y de la trabajadora que, como madre, se encuentra en inferior capacidad

para acceder a un contrato de trabajo que le garantice no solo un ingreso mínimo vital y móvil, sino una cobertura al sistema de seguridad social integral; de ahí que la Corte Constitucional, a pesar de que esta protección nació antes de la Constitución de 1991, ha dedicado especial estudio precisamente con la expedición de la nueva Carta Política, materializándose en el preámbulo de la misma, junto con los artículos 1, 13, 43, 53 y 93.

Específicamente, la Corte Constitucional en desarrollo de los derechos consagrados en las normas de derecho internacional, así como la legislación interna, ha realizado el estudio del fuero de maternidad en sentencias como la C-710 de 1996 y C-470 de 1997, en las cuales se estudió la constitucionalidad de los artículos 240 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo, normas que fueron declaradas exequibles, dando total validez a lo allí consagrado. Posterior a lo anterior, la Corte Constitucional en instancia de revisión de los fallos de tutela y con el fin de generar unificación de criterios en los jueces de tutela a nivel nacional, mediante las sentencias SU- 070 y SU-071 de 2013 sentó los parámetros de interpretación y alcance que este fuero de maternidad debe tener, de la siguiente manera. En la Sentencia SU-070 de 2013.

La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada.

En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no solo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres.

El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia. Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es, también, protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida.

Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, “garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”.

De lo anterior, se puede extraer que el fuero de maternidad tiene una fuerza vinculante no solo desde la Constitución de 1991, en el Preámbulo y los artículos 11, 43 y 44, sino también a partir de instrumentos internacionales ratificados por Colombia. Adicionalmente, se analiza en la misma el desarrollo de las actuaciones que debe realizar el Ministerio del Trabajo respecto de la garantía de este fuero, así como el alcance que tiene el fuero frente a cada modalidad de contrato que desarrollan las mujeres, alcance que además cubre a las mujeres vinculadas a través de contratos de trabajo, de prestación de servicios, cargos públicos de provisionalidad, así como los de libre nombramiento y remoción. Por otro lado, resulta pertinente resaltar que la Corte

Constitucional plasmó otras disquisiciones respecto al fuero de maternidad en la Sentencia SU 071 de 2013:

Mujer embarazada en empresa de servicios temporales: la Corte Constitucional en numerosas ocasiones ha reconocido el carácter laboral de la relación jurídica entre el trabajador y la empresa de servicios temporales, precisando que “subsiste mientras [la empresa usuaria] requiera de los servicios del trabajador o haya finalizado la obra para el cual fue contratado”. Así mismo, ha señalado que cuando el usuario necesite de la contratación permanente del servicio de los trabajadores en misión, debe acudir a una forma distinta de contratación. esta Sala considera que, atendiendo a la modalidad contractual empleada por EST para vincular a sus trabajadoras y en atención a los casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con una EST (artículo 6 del decreto 4369 de 2006), para estos casos de no renovación del contrato de una mujer embarazada o lactante que se encontraba prestando sus servicios a una usuaria, deberán aplicarse las reglas propuestas para los contratos a término fijo o para los contratos por obra o labor, dependiendo de la modalidad contractual empleada por la EST. Ahora bien, cuando se trate de una empresa de servicios temporales deberá entenderse, conforme con las reglas establecidas en la Sentencia SU-070 de 2013, que hubo conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador cuando al menos conociera de éste (i) la empresa de servicios temporales, o (ii) la empresa usuaria con la cual contrataron. Igualmente, deberá preverse que el reintegro o renovación procederá ante la empresa usuaria, y que en todo caso el lugar de reintegro o renovación podrá cambiar y ordenarse según el caso a la EST, de resultar imposibilitada la usuaria para garantizarlo.

Adicional a los análisis respecto de las modalidades de contrato, y la naturaleza de la relación contractual que el juez de tutela deberá tener en cuenta al momento de estudiar acciones constitucionales que busquen la garantía del fuero de maternidad, esta corporación también plantea en las sentencias antes señaladas un derrotero a seguir, según sea el escenario frente al cual se encuentra el empleador o contratante al momento de decidir la terminación del contrato. Ante esto, se vislumbra entonces el fuero de estabilidad laboral

desde tres escenarios:

- I. Cuando se desvincula a la trabajadora antes del vencimiento del contrato, sin la previa calificación de una justa causa por parte del inspector del trabajo: aquí se declara la ineficacia del despido;
- II. Cuando se desvincula una vez vencido el contrato, en caso de que sea término fijo, alegando como justa causa su vencimiento: en este escenario si persiste la causa del contrato, se deberá extender el contrato de trabajo por lo menos durante el periodo de gestión y los meses posteriores, de lo contrario el empleador solo se obliga a pagar las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad;
- III. Cuando la desvinculación opera antes del vencimiento del contrato: en caso de ser a término fijo, sin alegar justa causa, se deberá asumir por el empleador el pago de los salarios que faltaren para el cumplimiento del contrato al igual que el pago de los aportes a seguridad social durante el periodo de gestación con el fin de garantizar el pago de la licencia.

Sin embargo, a pesar de que el desarrollo constitucional y jurisprudencial ha traído avances en esta materia, la Corte Constitucional también ha tenido regresiones, ejemplo de ello es la siguiente contradicción: mediante sentencia C-005 de 2017 se realizó el estudio de constitucionalidad a los artículos 1 y 2 de Ley 1822 de 2017 que modificaron los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo, debido a que en esta sentencia, más allá de dar plena validez a la ampliación de la licencia de maternidad a 18 semanas, también se extiende la protección de la estabilidad en el empleo a la pareja de mujer embarazada o lactante no trabajadora, lo cual a todas luces comporta un desarrollo progresivo del fuero en estudio, no obstante, en la actualidad la misma corporación en la sentencia SU-075 de 2018 realizó un cambio de posición, recogiendo la tesis señalada en las sentencias SU-070 y SU-071 de 2013, específicamente indicó la Corte:

En atención a las consideraciones precedentes, la Sala considera que el adecuado entendimiento de los artículos 13, 25 y 43 de la Constitución en relación con las acciones afirmativas para las mujeres en el ámbito laboral y, específicamente, el fuero de maternidad es que las consecuencias de la estabilidad laboral reforzada para las mujeres gestantes no pueden otorgarse cuando no se fundamenten en una

protección para las trabajadoras respecto de la discriminación laboral.

Ahora bien, como se expuso, la obligación de asumir el pago de las cotizaciones en seguridad social impone una carga económica desproporcionada para el empleador, toda vez que la desvinculación de la trabajadora no responde a su estado de gravidez, sino al ejercicio de su libertad contractual. Como se explicó ampliamente, el impacto que tiene arrojar al empleador la protección de las mujeres desempleadas o desamparadas durante el embarazo y después del parto, que en principio está radicada en el Estado, desencadena un costo adicional respecto de la contratación masculina, que estos no tienen por qué asumir.

En este sentido, no existe una desprotección para las mujeres gestantes, en la medida en que la obligación de garantizar sus derechos al mínimo vital y a la salud recaerá sobre el Estado, en los términos del artículo 43 Superior. No obstante, es menester aclarar que cuando el empleador conoce del estado de gravidez de la trabajadora, tiene prohibido desvincular a dicha trabajadora sin la respectiva autorización del Inspector del Trabajo, aun cuando medie una justa causa.

Incluso, este impacto desproporcionado puede ser mucho mayor si se considera que los empleadores pueden ser pequeñas empresas o personas naturales, para las cuales representa un costo elevado el pago de cotizaciones a la seguridad social de un trabajador que, además, no presta sus servicios para el contratante.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que el empleador puede ser obligado a pagar la totalidad de la licencia de maternidad como medida sustitutiva al reconocimiento de las cotizaciones, si el embarazo ya ha concluido cuando el juez constitucional o laboral dicta la respectiva sentencia. En este orden de ideas, aunque el empleador no haya despedido a la trabajadora en razón del embarazo —toda vez que ni siquiera conocía dicha situación—, puede eventualmente estar obligado a reconocer la totalidad de la licencia de maternidad si se determina que la empleada se encontraba en estado de gestación al finalizar el vínculo.

Por consiguiente, se insiste en que el artículo 43 Superior dispone que es el Estado quien está obligado a proteger a la mujer embarazada y después del parto cuando se encuentre desempleada o desamparada. Por tanto, el desplazamiento de este deber hacia los empleadores cuando no existe un fundamento de discriminación en su actuación en el marco de las relaciones laborales resulta excesivo.

Así, en el ejercicio de la libertad de empresa y contractual existen muchos tipos de empleadores y algunos son pequeños o medianos. Por tanto, tal realidad hace que la regla hasta ahora vigente haya podido, por ejemplo, tener como consecuencia la inviabilidad de ese tipo de empresas. Por ello, la contratación femenina se percibe por algunos como un riesgo y la regla ampliamente mencionada genera un incentivo negativo que refuerza dicha percepción, lo cual desencadena una exclusión a priori de las mujeres en la fuerza laboral.

De lo anterior, se puede evidenciar la posición que adopta la actual Corte Constitucional frente a la garantía del fuero de maternidad, en donde deja ver la responsabilidad que le asiste al Estado colombiano a la luz del cumplimiento del marco normativo nacional y el bloque de constitucionalidad de los convenios internacionales ratificados y no ratificados por Colombia, los cuales generan compromisos al ejecutivo, el legislativo y el poder judicial, de avanzar en la protección del binomio madre e hijo desde el mismo momento que se conoce por parte de la mujer que se encuentra en estado de gestación. Por ello, independiente de la naturaleza contractual que se tenga en ese momento, será responsabilidad del Estado el garantizar este derecho y hacerlo cumplir cuando se trate de una mujer trabajadora.

Entonces, la regresividad de esta sentencia radica en el hecho de que por un interés económico se pretende limitar la protección de la mujer cuando se entera del estado de la gravidez, eximiendo al empleador de esta responsabilidad cuando aduzca no tener conocimiento del estado de embarazo de la mujer y descargándolo en “el Estado”, lo que de bulto muestra un perjuicio a la mujer trabajadora y a la criatura que de ella depende, pues es totalmente clara la ausencia de responsabilidad de parte del Estado en sus obligaciones, paralelo a que el empleador si posee mayor y más directa responsabilidad que garantizaría los derechos humanos de las dos personas desprotegidas, al mismo mo-



mento que la tutela de estos derechos, contaría con más eficacia; la actitud y decisión de la Corte Constitucional es, desde todo punto de vista, cacotópica.

## **Instrumentos internacionales que han dado desarrollo**

A principios del siglo XX, la Organización Internacional del Trabajo debido a la problemática histórica que han tenido las mujeres en estado de gestación, dio a conocer regulaciones puntuales en aras de amparar a la mujer embarazada, es así como por primera vez promulgó el Convenio sobre la protección de la maternidad, C003 del año 1919, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado en Colombia por la Ley 129 de 1931, normatividad que estableció pautas para una protección de la mujer trabajadora antes, durante y con posterioridad al parto.

Así mismo, por medio de la Recomendación No. 95 de 1952 sobre protección de la maternidad, la OIT constituye una pauta de interpretación para precisar el alcance constitucional de la tutela a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Según el artículo 4 de dicho pronunciamiento, una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto, implica que se debe no solo proteger la antigüedad de estas trabajadoras “durante la ausencia legal, antes y después del parto” sino que, además, se les debe asegurar “su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”.

Posteriormente, en el Convenio 111 de 1958 sobre la discriminación en el trabajo, la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación por razones de “sexo” y establece que los Estados tendrán la obligación de “promover la igualdad de oportunidades y de trato” en el entorno laboral (artículo 2). Además, el Convenio 156 de 1981 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, señala que deberá conceder que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo “ejercen su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”.

Finalmente, en el Convenio 183, el cual entró en vigencia en febrero del 2002, la OIT estableció que los Estados “deberán adoptar las medidas necesas-

rias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo”. Este convenio también desarrolla el derecho que tiene toda mujer “a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas” y la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que “la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo”.

En armonía con lo anteriormente establecido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 26 estipula el compromiso que recae en los Estados partes de adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos; disposición que al hacerse un análisis sistemático, se puede concluir que ha sido presuntamente vulnerada por la Corte Constitucional con la reciente sentencia promulgada, evidenciándose un claro retroceso en la protección de la mujer en estado de gestación.

Concretamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dando cumplimiento a la Convención Americana, ha obligado a los Estados a prestar especial protección a este derecho. Por ejemplo, en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs Paraguay*, decidido en el 2006, se pronunció diciendo que los Estados deben prestar especial atención y cuidado a la protección de este grupo, adoptando medidas especiales que garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica; y posteriormente, en el caso *Comunidad Indígena Xàkmok Kàsek vs. Paraguay* resuelto en 2010, la Corte resaltó que:

La extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo o post-embarazo son causas de alta mortalidad y morbilidad materna. Por ello, los Estados deben brindar políticas de salud adecuadas que permitan ofrecer asistencia con personal entrenado adecuadamente para la atención de los nacimientos, políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales y post-parto adecuados, e instrumentos legales y adminis-

trativos en políticas de salud que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna. Lo anterior, en razón a que las mujeres en estado de embarazo requieren medidas de especial protección.

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 25 consagra que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”; la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991, establece en el artículo 24 la atención prenatal y posnatal adecuada para las madres, y el deber de los Estados de garantizar tal situación con la finalidad de evitar prácticas perjudiciales para la salud de los niños; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagra en el artículo 10 que los Estados parte reconocen que se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto, y que durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

De igual forma, es importante tener presente que la Corte Constitucional colombiana en sus sentencias de constitucionalidad y en sede de tutela, a pesar de sus contradicciones jurisprudenciales, ha tratado de abarcar el fuero de maternidad desde la óptica del derecho a la igualdad y la consecuente prohibición de la discriminación por razones de sexo, protección que igualmente se encuentran prescritas en mecanismos internacionales, concretamente el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). De manera análoga también ha orientado sus fallos en el mismo sentido de la protección contenida en los artículos 3 y 6 del Pacto de San Salvador, que en su cúmulo consagran el derecho a trabajar para todas las personas sin distinciones de sexo. De forma más sucinta, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), expedida en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, dispone que es obligación de los Estados adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano

## Conclusiones

En avance del presente estudio dogmático, se han concluido parcialmente las presentes conclusiones.

El análisis que se hace en el presente estudio da cuenta de que existen varios puntos de vista respecto de la problemática que se plantea, a propósito del fuero de maternidad, pues si se mira desde un punto de vista político será necesario ponderar el impacto económico de la ampliación de la licencia de maternidad. Está el punto de vista constitucional donde debe revisarse qué impacto, respecto de los derechos fundamentales, causa en la actualidad la Ley 1822 de 2017 y finalmente qué repercusiones ha tenido dicha ley y la Sentencia C005 de 2017 en el desarrollo empresarial. Se deberá entonces yuxtaponer estos tres puntos para poder llegar a una conclusión del verdadero desarrollo jurisprudencial y legal y si ese punto de encuentro garantiza el derecho a la estabilidad laboral de la mujer gestante o lactante.

Después de estudiar el recuento histórico, es claro que la norma ha venido ampliando gradualmente la protección a las mujeres, en desarrollo de lo reglado en el Convenio 003 de 1919 de la OIT, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aun cuando plantea una carga casi imposible a la trabajadora, es claro que el espíritu de la norma se respeta con la última sentencia unificadora de este colegiado, la SU-075 de 2017.

## Referencias

Alzate Zuluaga, M. L. (2016). Contribución de las acciones colectivas identitarias de las nuevas configuraciones de familia en América Latina. En G. Romo Morales (coord.), *La familia como institución. Cambios y permanencias*, (pp. 241-260). Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de Tonalá. .

Congreso de la República. (1990). Ley 54 de 1990 por medio de la cual se definen las Uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%2054%201990.pdf>

- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-494 de 1992. Bogotá.
- García, C. (1998). Mito, historia y razón en Grecia: del mito al logos. <http://www.march.es/publicaciones/pasadas/cuadernos/pdf/Nuevo%20romanticismo.pdf>
- Morales, A. (junio 14 de 2013). Precio del oro subió a precio histórico en 2013. [www.elcolombiano.com/economia/precio-del-oro-historico](http://www.elcolombiano.com/economia/precio-del-oro-historico)
- Platón. (1986). *Fedón*. Gredos.
- Ubeñak, F. (1987). La revolución del 404 en Atenas en el contexto de la crisis de la decadencia de la polis. [http://books.google.es/books?id=MhMj\\_Na9QaIC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.es/books?id=MhMj_Na9QaIC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

## Capítulo 12

# El principio de igualdad de armas en el proceso penal, desde el punto de vista de la defensa técnica en las audiencias concentradas<sup>1</sup>

Adelson Mosquera Mosquera<sup>2</sup>, Alejandra Mosquera Copete<sup>3</sup>, Marcela Mosquera Palacios<sup>4</sup>

### Resumen

Este texto tiene como finalidad demostrar que el principio de igualdad de armas contenido en la Ley 906 de 2004 presenta un error en su estructura, que vulnera la defensa técnica de las personas que se ven sometidas a proceso penal; lo cual deja al descubierto ese grado de inclinación que existe desde el Estado para favorecer a la Fiscalía General de la Nación; que es la primera en esgrimir sus asuntos de órgano persecutor ante el juez de control de garantías. Esta situación que aparentemente parece ser tan sencilla, mereció la atención de los investigadores, toda vez que el ente acusador que cuenta con las herramientas para edificar una investigación en contra del indiciado, para luego tratar de legalizarla ante un juez de control de garantías, quien se encarga de impulsar el proceso a través de las audiencias concentradas; situaciones que a la luz del derecho fundamental del debido proceso y la defensa técnica ponen en desventaja al procesado, quien de no contar con los recursos económicos suficientes para sufragar los costos de un abogado, se ve inmerso en el proceso penal y donde la defensa se encuentra maniatada, dado que solamente le es permitido actuar hasta cuando se adquiere calidad de imputado. Es por esta

1 Capítulo de libro de investigación resultado del proyecto titulado *El principio de igualdad de armas en el proceso penal, desde el punto de vista de la defensa técnica en las audiencias concentradas* desarrollado en el semillero de investigación Innovación Jurídica, bajo la asesoría del doctor Wilson Gómez Betancur durante el periodo académico 2018-2 y el año 2019.

2 Tecnólogo en Obras Civiles de la Universidad Diego Luis Córdoba (Quibdó-Chocó), exfuncionario del C.T.I. de la F.G.N., actualmente trabaja como investigador privado al servicio de la defensa técnica en procesos penales. Estudiante de 10. ° semestre de la Corporación Universitaria Americana. Correo: pedropmr@hotmail.es

3 Estudiante de 10. ° semestre de la Corporación Universitaria Americana. Correo: alejamosquera12@hotmail.com

4 Técnico Laboral por Competencias como dependiente judicial con énfasis en investigación y criminalística del Politécnico de Antioquia. Estudiante de 10. ° semestre de la Corporación Universitaria Americana. Correo: marce162014@gmail.com

razón que se utilizará el método dogmático de tipo *lege ferenda*; donde se pretende demostrar que la igualdad de armas existe formalmente. Sin embargo, en las audiencias concentradas se observan hechos que contrarían la realidad material procesal del indiciado o imputado.

**Palabras clave:** audiencias concentradas, debido proceso, defensa técnica, igualdad de armas, indiciado o imputado.

## Introducción

El principio de igualdad de armas en el proceso penal es una realidad que tiene su génesis en la Ley 906 de 2004, el cual sitúa en un plano de equivalencia la fiscalía y la defensa técnica, para dar a entender que ambas partes en contienda cuentan con las mismas posibilidades de acceder a los medios probatorios, para llegar a tener un juicio justo y equitativo.

El tema objeto de estudio se centra en las audiencias concentradas, por cuanto es allí donde se observó la existencia de un error estructural atribuible al legislador, quien le otorgó facultades extraordinarias a la fiscalía para invadir el derecho a la libertad de las personas, dejando en desventaja a la defensa en el escenario del proceso penal.

Ahora bien, consideramos que el trabajo es importante por cuanto conduce a plantear como objetivo demostrar que existe un grave error dentro de la estructura del principio de igualdad de armas que trasgrede derechos fundamentales del indiciado o imputado, identificar qué temas ha desarrollado la legislación, doctrina y jurisprudencia acerca del principio de igualdad de armas, cuáles son esos parámetros que integran la igualdad de armas en el proceso penal y, finalmente, identificar de qué manera se vulnera la defensa técnica en las audiencias concentradas.

Desarrollaremos cada una de las audiencias concentradas (audiencia de legalización de captura, audiencia de formulación de imputación y audiencia de solicitud de medida de aseguramiento), se establecerá dónde radica la vulneración de los derechos fundamentales del indiciado, qué sucede en los procedimientos de legalización de captura, analizaremos el principio de igualdad de armas desde el punto de vista de la defensa técnica, se tendrá en cuen-

ta cuándo el procesado no cuenta con recursos económicos y le asignan un profesional del sistema nacional de defensoría pública, así como también nos introduciremos en la normatividad interna de la Fiscalía General de la Nación (Directiva 13), de la cual predicen lo contrario, se tendrá en cuenta una línea jurisprudencial, para finalmente concluir que en las audiencias concentradas, desde el punto de vista de la defensa técnica, exista una igualdad formal, pero que en la práctica lo que se vislumbra es lo contrario.

Lo que permite demostrará existe un profundo abismo en materia de igualdad que deja en desventaja a la defensa técnica frente al ente privilegiado del Estado (FGN), el cual quebranta la defensa técnica, el derecho de contradicción, así como también los derechos fundamentales del indiciado o imputado, el debido proceso.

## **Las audiencias concentradas**

Se trata de una sola audiencia donde se desarrollan de manera simultánea tres audiencias (control de legalización de la captura, formulación de imputación de cargos y solicitud de medida de aseguramiento), las cuales se encargan de impulsar el proceso penal en el marco de la ley 906 de 2004. Precisamente estas tres audiencias, son las de especial interés de los investigadores, por cuanto se considera que en ellas se vulneran flagrantemente los derechos fundamentales del indiciado o imputado, el debido proceso (la defensa técnica, material y el derecho de contradicción) y, desde luego el principio de igualdad de armas o lo que es lo mismo: igualdad de medios, en el proceso penal colombiano.

## **Audiencia de legalización de la captura**

En esta audiencia, nace la obligación constitucional de impartir o no legalidad al procedimiento de captura, que ha sido llevado a cabo por los organismos de policía judicial, o en su defecto de un particular cuando se trate de flagrancia, cuando el agente ha realizado una conducta que va en contra de la normatividad penal; motivo por el cual se entra a trasgredir un derecho fundamental como es la libertad.



Regla general es la libertad. Es importante aludir que uno de los bienes preciados del ser humano dentro del ámbito de una sociedad, es la libertad y es por esta razón que: “empecemos por decir que la libertad es un derecho inherente a la persona humana, protegido constitucional y legalmente. Es uno de los catalogados como primera generación y goza de reconocimiento en tratados y convenios internacionales” (Vanegas, 2007, p. 34).

Significa entonces que la Fiscalía General de la Nación llega a la audiencia de control de legalidad de la captura, con una amplia carpeta en la cual tiene un cúmulo de elementos materiales probatorios (EMP), evidencias físicas (EF) y aparentemente con información legalmente obtenida (ILO), con el propósito de solicitar la limitación del derecho a la libertad del indiciado o imputado.

El derecho a la libertad no es absoluto, razón por la cual puede ser objeto de restricciones o limitaciones. Pero esa tarea no es fácil para el intérprete, que al efecto debe guiarse por los criterios insustituibles de: (i) el fin perseguido por el Estado Social de Derecho, y (ii) la razón justificativa de las restricciones impuestas a los derechos, en el entendido de que ambos factores apuntan hacia el disfrute pleno de las libertades por parte de los destinatarios, así para lograr ese propósito haya sido necesario el sacrificio temporal de algunos aspectos que hacen parte del derecho pero que no constituyen su núcleo esencial (Vanegas, 2007, p. 43).

Es necesario decir, entonces, que la libertad es el bien jurídico fundamental del cual gozan las personas por excelencia, de tal manera que el operador de justicia que vela por el debido proceso, los derechos y garantías fundamentales, debe precisar de su buen raciocinio para tomar su decisión fundamentada en derecho.

En los casos dudosos, el intérprete deberá atender el principio *favor libertatis*, pues ha de tener presente que la restricción es lo excepcional, y tal medida debe justificarse sin dejar margen de duda. De igual forma, los artículos 2º y 295 de la Ley 906 de 2004, consagran positivamente el derecho a la libertad como regla general, y condicionan la restricción del derecho a los fines de comparecencia, preservación de la prueba y protección a la comunidad, siempre que aquella resulte

razonable y proporcionada. En ese orden de ideas, el objeto central de la audiencia de legalización de captura es solicitar al juez de control que le imparta legalidad, porque se ha realizado dentro de una de las formas de restricción legítima de la libertad, como son: (i) por orden de autoridad judicial competente, (ii) por situación de flagrancia, y (iii) la administrativa (Vanegas, 2007, pp. 34-35)

El juez de control de garantías dentro de la naturaleza de sus funciones debe revisar con minuciosidad tanto la parte formal, como sustancial de los procedimientos que han sido llevados a cabo por el ente persecutor de la conducta punible y por su cuerpo de policía judicial, toda vez que se trata de la limitación de derechos fundamentales, recaudo de los elementos materiales probatorios y la búsqueda de la verdad.

Ahora bien, si se tiene en conocimiento que las actuaciones que realiza la fiscalía en el ejercicio de sus funciones son con el fin de preservar el orden público, es importante entrar a analizar también qué pasa en la legalización de la captura desde el punto de vista de la defensa técnica, cuando la misma es realizada bajo procedimientos arbitrarios y vulnerando el ordenamiento constitucional y legal.

### **Legalización de la captura desde el punto de vista de la defensa técnica**

A la audiencia de control de legalidad de la captura, la defensa llega sin saber que EMP, EF, e ILO la Fiscalía le va a poner en conocimiento, toda vez que no tuvo conocimiento de la audiencia de solicitud de orden de captura, ni de los motivos fundados que dieron origen a la misma, por ende, no se ejerció el derecho de defensa técnica y contradicción, lo cual da cabida a la violación del principio de igualdad de armas. Sin embargo, es indispensable manifestar que en la mayoría de los procedimientos de captura, allanamiento y registro, los funcionarios de policía judicial vulneran los derechos de los procesados, toda vez que para legalizar sus malos procedimientos trasgreden el artículo 29 de nuestra Carta Superior y, los derechos fundamentales del capturado, en los cuales son agredidos tanto física como verbalmente y no se les permiten comunicarse con un abogado que represente sus intereses en el proceso penal del cual están siendo objeto, vulnerando flagrantemente el numeral 4 del artículo 303 de la Ley 906 de 2004.

Sobre la identificación de la persona capturada. 2. Sobre la individualización de la persona capturada. 3. Sobre la existencia, formalidades y vigencia de la orden de captura. 4. Sobre las circunstancias en que se produjo la captura. 5. Sobre la línea de tiempo. 6. Sobre la garantía de los derechos del capturado y su buen trato (Durham, 2018, p. 13).

Es por esta simple razón que, con el arribo del principio de igualdad de armas a la normatividad procesal penal, las partes cuentan con las mismas posibilidades de persuasión ante el juzgador.

Con el principio de igualdad de armas, se quiere indicar que en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. Este constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que, en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección (Sentencia C-536, 2008, p. 1)

## **Audiencia de formulación de imputación. Artículo 288 Ley 906 de 2004**

La Ley 906 de 2004 hace alusión al concepto de la formulación de imputación y consecuentemente cuáles son esas situaciones que determinan la formulación de la imputación, que por ser un acto de mera comunicación para la defensa material no tiene recurso, significa entonces que hasta este momento la igualdad de armas en el proceso penal brilla por su ausencia.

**Artículo 286.** Concepto. La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías. (...).

**Artículo 287.** Situaciones que determinan la formulación de la imputación. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga.

La audiencia de formulación de imputación tiene como intención acercar a las partes, en la cual debe existir un diálogo claro por parte del ente acusador con destino a la defensa material (indiciado). Seguidamente se entra a precisar, cuáles son los aspectos que pueden entrar en materia de debate tal como lo estipula el artículo 288 de la precitada norma.

**Artículo 288.** Contenido. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente: 1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones. 2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento. 3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351.

Sin lugar a dudas la audiencia de formulación de imputación de cargos es otro escenario en el cual al imputado le vulneran los derechos fundamentales, toda vez que a la defensa técnica aún no le ha sido permitido iniciar con fundamento la verificación de los EMP, EF e ILO, que de manera audaz ha presentado el ente acusador para que se entere de ciertos aspectos de la investigación. Por otro lado, a la defensa se le debería permitir en la audiencia, escanear o fotografiar los EMP, EF e ILO, además de un tiempo razonable que le permita realizar una búsqueda de elementos que puedan desvirtuar la información que reposa en poder de la Fiscalía. Al no permitírsele realizar este tipo de actuaciones, se pone en evidencia la vulneración del principio de igualdad; además de las desventajas que tiene frente al ente privilegiado del Estado, que cuenta con todos los medios para investigar y acusar.

Otro aspecto fundamental dentro del desarrollo de la audiencia de imputación es el hecho que el numeral tercero del artículo 288 de la Ley 906 de 2004

deja la posibilidad del investigado de allanarse a los cargos que le imputa la Fiscalía, para que pueda obtener una rebaja hasta del 50 % de la pena a imponer. Sin embargo, no es recomendable que el indiciado acepte cargos en la imputación, por cuanto hasta ese momento no se ha realizado por parte de la defensa un juicio valorativo de los EMP, EF e ILO con el fin de determinar, si le es dable o no aceptar los cargos, pues para ello existen otros momentos procesales de los cuales puede disponer la defensa antes de que llegue la audiencia de acusación.

Por otra parte, es necesario decir que durante la formulación de la imputación, la fiscalía en muchas ocasiones no enuncia cual es el accionar o grado de participación del indiciado de la conducta punible, lo cual da cabida a que se vulnere el derecho de contradicción y el debido proceso además de la presunción de inocencia del artículo 7° de la Ley 906 de 2004.

## **Audiencia de solicitud de medida de aseguramiento**

La medida de aseguramiento se caracteriza por que se encarga de la limitación del derecho fundamental a la libertad y aun cuando la regla general es hacer cada vez menos invasivo este derecho, lo cierto es que el derecho a la libertad no es un derecho absoluto, por consiguiente puede verse limitado.

La medida de aseguramiento es pues, un mecanismo utilizado por el Estado mediante el cual, la Fiscalía busca la restricción del derecho a la libertad del imputado, esto con el fin de que el mismo no obstruya el ejercicio de la justicia, cuando se presume que es un peligro para la sociedad, para la víctima y que posiblemente no comparezca al proceso; en tal sentido, el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 faculta a la FGN para que solicite ante el juez de control de garantías la restricción de este derecho, teniendo en cuenta si la misma es necesaria, si es urgente y si es proporcional.

El propósito de esta herramienta es suministrar a los sujetos procesales un medio eficaz de comunicación que les permita: a) conocer en un momento oportuno los intereses de su contra parte y el material que usará en audiencia; b) conocer, de ser posible, la versión del aprehendido sobre el procedimiento de captura (sin perjuicio de los de-

rechos de no autoincriminación y a guardar silencio, previstos en el artículo 303 de la Ley 906 de 2004) c) desarrollar una comunicación dirigida a reducir la controversia en los temas propios de la audiencia. (...). Temas de posibles controversias 1. Sobre la identificación del imputado. 2. Sobre la individualización del imputado. 3. Sobre la inferencia de los hechos jurídicamente relevantes y los elementos materiales probatorios que los soportan. 4. Sobre la inferencia de autoría o participación y los elementos materiales probatorios que la soportan. 5. Sobre la adecuación típica de los hechos y los elementos materiales probatorios que los soportan. 6. Sobre el fin constitucional de la medida y los elementos materiales probatorios que la sustentan (Durham, 2018, pp. 25-26, 30)

Si bien es cierto que la medida de aseguramiento es un mecanismo que conlleva a la restricción de un derecho fundamental de la libertad, es necesario entonces conocer que las medidas de aseguramiento del artículo 307 son dos, privativas de la libertad (intramural y domiciliaria), y no privativas de la libertad (vigilancia electrónica, presentación periódica, etc.), con el ánimo de que no se restrinja el derecho fundamental a la libertad y así poder mantener al procesado en condiciones de libertad hasta que no se determine en un juicio su responsabilidad, pero cuando se desnaturaliza el ejercicio de la normatividad procedimental para lo cual ha sido creada, se cometen graves violaciones a los derechos fundamentales. Sin embargo, cuando la medida se lleva a cabo de manera arbitraria por parte de la FGN, se vulnera el debido proceso, la defensa técnica y material, la igualdad y el derecho de contradicción.

Debido a estas circunstancias, corresponde al juez de control de garantías decretar si la medida solicitada por el ente acusador cumple con los requisitos del artículo 308, es decir, si la medida es necesaria para evitar que el imputado obstruya el ejercicio de la justicia, que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y que resulte probable que no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Cumplidos estos requisitos el juez da paso a determinar si la medida satisface lo establecido en el artículo 313, si procede o no la detención preventiva en establecimiento carcelario, o se accede a sustituirla por una menos invasiva del derecho a la libertad contenida en los artículos 314, 315 de la Ley 906 de

2004. Por el contrario, la defensa hace uso del artículo 307, literal B, con el fin de que el procesado cumpla con los fines propuestos por la ley, con una modalidad menos invasiva con el fin de que no se vea vulnerado su derecho a la libertad.

Cabe resaltar que una vez vencidos los términos, la defensa debe solicitar la libertad inmediata del imputado, cada vez que el ente persecutor de la conducta punible no cumpla con lo establecido en los artículos 175 y 292 de la Ley 906 de 2004, por lo cual se procede a lo preceptuado en el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal.

Por su propia naturaleza, la detención preventiva, tiene, entonces, una duración precaria o temporal porque su finalidad no es sancionatoria, no está dirigida a resocializar, a prevenir el delito ni a ejemplarizar, sino que su finalidad es puramente procesal y tiende a asegurar el resultado exitoso del proceso penal. Bajo esa óptica, el legislador goza de libertad de configuración para determinar el término máximo de duración de las medidas de aseguramiento (...). (Sentencia, 2017, p. 3)

En el entendido que se esté frente a una situación en la cual la Fiscalía haya solicitado la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, lo cierto es que la defensa podrá hacer uso de sus herramientas para solicitarle al juez de control de garantía, independientemente del delito que se esté imputando, que la medida no es necesaria, no es proporcional ni adecuada, por lo que se puede aplicar una medida menos restrictiva de la libertad, como las consagradas en el literal B del artículo 307, por tanto esa misma normatividad dispone en el artículo 318 solicitud de revocatoria ante el juez de control de garantías que corresponda, presentando los EMP, EF o ILO que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308, decisión contra la cual no procede recurso.

Para efecto de la solicitud de la medida de aseguramiento valdría la pena señalar que los fiscales en su mayoría, solicitan la medida de aseguramiento de detención privativa en establecimiento carcelario, sobrepasando los lineamientos que la propia FGN pone de presente a sus delegados para que cumplan con la proporcionalidad de la detención preventiva, es decir, que los delegados deben solicitar la medida menos invasiva del derecho fundamental a la

libertad, en virtud de los principios *pro homine et libertatis*, (lo más favorable a los derechos humanos de las personas), aun cuando el derecho a la libertad no sea absoluto y desde luego teniendo en cuenta el test de proporcionalidad, esto con el fin de evitar detenciones de manera arbitrarias; el 28 de julio de 2016 salta a la vista de todos los fiscales la Directiva 13, mediante la cual la propia FGN envía unas directrices para que sus delegados tengan en cuenta la proporcionalidad de la detención preventiva; estableciendo los requisitos que se deben tener en cuenta, sin sobrepasar los lineamientos constitucionales y legales. Donde se advierte a los delegados que para solicitar la medida deben someterla a un tamizaje con el fin de establecer si es necesaria, adecuada y proporcional con el fin de solicitar al juzgador la que menos restrinja el derecho fundamental a la libertad.

Por otra parte, la medida de aseguramiento debe estar orientada al cumplimiento de fines constitucionales (la comparecencia al proceso, conservación de la prueba y protección a la comunidad-víctima); de la misma manera debe ser idónea, es decir, si es apta para lograr el fin constitucional; necesaria, es decir que no exista otro medio lesivo; y esta debe ser entonces proporcional en sentido estricto y si realmente se justifica la afectación o restricción de ese derecho.

También es importante señalar, que no podrá ser tomada de carácter general, por lo tanto, debe ser tenida en cuenta como una excepción mediante el examen que se le realice a las medidas no privativas de la libertad del artículo 315 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, lo más relevante es que procede frente a todos los delitos.

La Directiva toma como medida general mantener al indiciado en libertad, mientras llegan los resultados del juico y solo se podrá imponer cuando se demuestre por parte de la Fiscalía que las no privativas de la libertad sean insuficientes para garantizar los fines de la medida.

Refiere entonces que se trata de una medida cautelar que se toma con el fin de que el indiciado no se fugue, que garantiza la instrucción y el cumplimiento del fallo, del mismo modo su carácter es preventivo, no sancionatoria y por ese motivo las partes pueden solicitar la revocatoria consagrada en el artículo 318 de la Ley 906 de 2004 o sustituirla por otra menos restrictiva del derecho a la libertad o aquella que sea más favorable a la dignidad humana.



A la luz del principio de igualdad de armas vemos cómo la Fiscalía vulnera lo establecido en la Directiva 13, pues si la misma tiene como carácter general mantener al procesado en libertad sin importar el delito, no es de recibo que los fiscales en su afán de mantener datos estadísticos acrediten su calificación como los mejores fiscales al ser los que más soliciten la invasión del derecho a la libertad de los procesados, hecho que vulnera los principios planteados en la Directiva 13, haciendo constar que los mismos solo están de manera formal y no material.

## Conclusiones

Como resultado de la presente investigación se puede concluir que se demostró que el principio de igualdad de armas contenido en la Ley 906 de 2004 presenta un error en su estructura, que vulnera la defensa técnica de las personas que se ven sometidas a un proceso penal en las audiencias concentradas. Esta situación permitió demostrar que existe una flagrante violación al principio de igualdad de armas, que se hace evidente en dichas audiencias que se encargan de impulsar el proceso penal, toda vez que el legislador le otorgó al ente en quien recaen las atribuciones de investigar y acusar, facultades extraordinarias con las cuales se limita el derecho a la dignidad humana, la intimidad y la libertad.

Tal situación permitió evidenciar que en el escenario del inicio del proceso penal existe una ventaja desmedida en favor de la FGN, frente a la defensa técnica; significa entonces que el sistema penal acusatorio demuestra en su totalidad que no es garantista como se quiso demostrar, antes por el contrario, deja entrever que aún conserva en su interior algunos matices de rango inquisitivo. Esto conlleva a que se quebranten principios de rango constitucional y legal, así como también tratados y convenios internacionales, los cuales han sido ratificados por Colombia.

Conforme a la audiencia de legalización de la captura, se comprobó que el juez de control de garantías al avizorar que los procedimientos desplegados por los organismos de policía judicial fueron adelantados de manera arbitraria, con violación a derechos y garantías constitucionales, con desconocimiento del debido proceso, decreta la no legalidad del procedimiento de la captura y en forma inmediata procede a otorgarle la libertad al indiciado.

Otro escenario en el que se demostró la transgresión al principio de igualdad de armas es en la audiencia de formulación de imputación, al considerarse que es un acto de mera comunicación hacia la defensa material, toda vez que no le es permitido a la defensa controvertir aquello que la Fiscalía ha edificado en contra del indiciado, vulnerando así el derecho a la defensa y contradicción, el debido proceso.

Se pudo determinar además que algunos delegados de la FGN a veces no indican sobre el accionar que el indiciado realizó a la hora de llevar a cabo la comisión de la conducta punible, debido a que el verbo es el que determina la acción del sujeto activo, pues si la Fiscalía no hace mención a los numerales del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, la defensa debe pronunciarse al respecto. Por lo tanto, la defensa no puede ser pasiva ante situaciones como estas que van en detrimento del imputado.

Se demostró que la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento es otro escenario en donde se vulnera la igualdad, lo que trae como consecuencia la violación del derecho a la libertad y a la dignidad de las personas, toda vez que la regla general de la Ley 906 de 2004, así como de la Directiva 13, es hacer menos invasivo el derecho a la libertad.

Se logró establecer además que existe un marcado grado de inclinación de la balanza de la justicia en favor de la Fiscalía, a pesar de que la Ley 906 de 2004 estipula que debe existir una igualdad de armas dentro del proceso penal, lo que en realidad existe es una enorme desventaja hacia la defensa técnica.

Por otra parte, se pudo evidenciar que a pesar de que el principio de igualdad de armas de la Ley 906 de 2004 se encuentra rodeado de las normas rectoras y garantías procesales, su aplicación se ha visto relegada debido a la ventaja que el legislador le otorgó a la FGN frente a la defensa técnica, es por esta razón que en su aplicación se observa como un error estructural (formal), en la norma, ya que la realidad contraría lo que expresado en la Ley 906 de 2004.

Finalmente para efectos de que la administración de justicia pueda contar con unas herramientas adecuadas, que le permitan garantizar la igualdad de armas en el marco del proceso penal, será necesario que se implemente una política que regule el acceso a los medios técnicos y científicos con los cuales pueda contar la defensa técnica, sobre todo cuando el procesado no cuente

con recursos económicos suficientes que le permitan garantizar la asistencia de un profesional del derecho para que vele por sus intereses en el proceso penal frente a las pretensiones de la FGN, de tal manera que se recomienda que esta temática pueda ser tenida en cuenta en una próxima enmienda legislativa de la Ley 906 de 2004, que vaya encaminada a garantizar el debido proceso, la igualdad, el ejercicio de una defensa técnica de manera adecuada por parte de los profesionales del derecho, ya sean públicos o contractuales para que se equiparen las cargas entre la Fiscalía y la defensa técnica, en cuanto a la igualdad de armas se refiere en el escenario de las audiencias concentradas, para poder alcanzar un juicio justo y equitativo. Es así como se puede ver materializada la igualdad de armas en el proceso penal, desde el punto de vista de la defensa técnica en las audiencias concentradas.

## Referencias

- Congreso de la República. (2018). *Código de Procedimiento Penal*. [https://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013\\_html/Normas/Ley\\_906\\_2004.pdf](https://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_906_2004.pdf)
- Corte Constitucional. (2009). Sentencia C-025 de 27 de enero.
- Corte Constitucional. (2008). Sentencia C-536 de 28 de mayo.
- Corte Suprema de Justicia. (2017). Sentencia, 49734 de 24 de julio.
- Durham, N. (2018). *Modelos operativos de preparación de audiencias*. Legis.
- Gómez, A. (01 de 10 de 2009). *Audiencia de legalización de captura*. <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/AUDIENCIA%20DE%20LEGALIZACION%20DE%20CAPTURA.pdf>
- Vanegas Villa, P. L. (2007). *Las audiencias preliminares en el sistema penal acusatorio*. Imprenta Nacional de Colombia.

## Capítulo 13

# Violencia contra las mujeres, arma invisible de violación de derechos humanos<sup>1</sup>

Luz Mireya Mendieta Pineda<sup>2</sup>, Ómar Huertas Díaz<sup>3</sup>, Luis Fernando Garcés Giraldo<sup>4</sup>,  
Filiberto Eduardo R. Manrique Molina<sup>5</sup>, Daniela López Gómez<sup>6</sup>

### Resumen

La violencia contra las mujeres es un fenómeno mundial que se ha dado en todas las sociedades y culturas, en tanto que, las brechas de desigualdad se han perpetuado y por lo tanto las luchas han continuado, entre estas, se logró la

1 Artículo de Investigación desarrollado en cooperación entre el grupo de investigación Derechos humanos y Medio ambiente de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, en el desarrollo del proyecto *El desconocimiento de los derechos humanos por parte del Estado en poblaciones vulnerables como las mujeres genera violencia institucional*, Red Internacional de Política Criminal Sistémica Extrema Ratio UN reconocido y clasificado en A1, Minciencias 2018 de la Universidad Nacional de Colombia, Filosofía Política de la Universidad Libre y Derechos Humanos y Víctimas en escenario de Postconflicto, reconocido y clasificado en C, Minciencias 2018 de la Unidad Central del Valle del Cauca, UCEVA.

2 Docente investigadora titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, abogada, especialista en Instituciones Jurídico-Políticas, magíster en Derecho Procesal de la Universidad Libre, doctora en Derecho Penitenciario de la Universidad Libre. Orcid: [orcid.org/0000-0003-0371-5012](https://orcid.org/0000-0003-0371-5012). Correo: [luz.mendieta@uptc.edu.co](mailto:luz.mendieta@uptc.edu.co)

3 Abogado, doctor en Derecho, especialista en Derecho Penal, postdoctor en Derecho, profesor asociado e investigador senior de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, de la Universidad de Alcalá (España), magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre, doctor en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar, magíster en Educación de la Universidad Pedagógica Nacional. Director Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Extrema Ratio UN, reconocido y clasificado Minciencias 2018 en A1. Correo: [ohuertasd@unal.edu.co](mailto:ohuertasd@unal.edu.co)

4 Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, postdoctor en Filosofía de la misma universidad y en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Orcid /0000-0003-3286-8704. Correo: [lgarcés@americana.edu.co](mailto:lgarcés@americana.edu.co)

5 Doctor en Derecho y Globalización por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos-México; maestro en Derecho, abogado, realiza estudios de postdoctorado en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-sede Bogotá. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI-CONACYT, experto redactor de protocolos de actuación para la prevención y atención temprana en casos de violencia de género, acoso, hostigamiento y violencia por identidad de género, ha participado en seminarios e impartido conferencias en México, Perú y Colombia. Correo: [fmanrique@unal.edu.co](mailto:fmanrique@unal.edu.co)

6 Magíster en Ciencia Política de la Universidad de los Andes, historiadora de la Universidad Javeriana, analista de prensa de Centro de Investigación y Educación Popular CINEP, coinvestigadora del grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica Extrema Ratio UN. Correo: [dlopez@cinpep.org.co](mailto:dlopez@cinpep.org.co)

materialización de los derechos humanos para las mujeres en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer junto con la subsiguiente normatividad internacional e interna que han generado que los Estados a través de diferentes leyes busquen la protección, igualdad de los derechos y evitar la discriminación que es la mayor causa de la violencia.

Esta es una investigación sociojurídica, que tiene por esencia la revisión de normatividad internacional e interna, tanto jurisprudencial como doctrinal, recolección de datos que nos aporta el Instituto de Medicina Legal, para un análisis crítico a las diferentes clases de violencia y un acercamiento al objeto de estudio y concluir que aún persiste la violencia contra las mujeres y por ende la violación de los derechos humanos.

**Palabras clave:** violencia contra la mujer, derechos humanos, normatividad.

## Introducción

La violencia contra las mujeres es un fenómeno mundial que se ha dado en todas las sociedades y culturas en sus espacios y momentos, cuyo origen puede estar en la familia, la sociedad y el mismo Estado, no en vano desde antaño dos documentos importantes como son, la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano (1789) en su artículo 1 consagró la igualdad de las personas, como también el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Se inicia el estudio en su primera parte, con la positivización de los derechos humanos de las mujeres y la responsabilidad de los Estados en su consagración y protección, una ojeada a los instrumentos internacionales que los consagran y el reconocimiento y protección normativa de los Derechos Humanos de las mujeres por el Estado colombiano, como la responsabilidad del Estado por violación de derechos fundamentales.

En una segunda parte se estudiaría la violencia contra las mujeres, en el que se delimitará el concepto de violencia desde el plano internacional como interno en el ámbito familiar, social e institucional. Protección legal a las mu-

jeros en el derecho comparado, como la realidad de la violencia de Derechos Humanos contra las mujeres en Colombia.

Respecto a los resultados, se señala que el Estado colombiano, con el fin de darle cumplimiento a la normatividad internacional, han expedido leyes para proteger a la mujer de las diferentes clases de violencia que inclusive van más allá de las consagradas en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer (1993) y en la Declaración de Beijing, sin embargo, no ha logrado su disminución y con ello se continúa en forma masiva la violación de los derechos humanos de las mujeres. En conclusión, mientras el Estado colombiano no adopte medidas integrales destinadas a reducir los factores de posibles causas de violencia, se continuará en forma silenciosa e invisible con la discriminación y por ende con la violación de los derechos humanos a las mujeres.

## **Instrumentos internacionales de reconocimiento de derechos humanos de las mujeres**

A través de la historia, las mujeres han tratado de conquistar un espacio para ellas fundamentado en la igualdad frente a los hombres y el reconocimiento de sus derechos, pese a instrumentos internacionales que los consagran como la Declaración Universal de los Derechos Humanos que incluyó a todos los seres humanos sin discriminarlas de sexo; no se logró dicho propósito y se continuó con escalas de discriminación, además, los Estados han permitido a través de su normatividad interna la discriminación y más allá de ello, las limitaciones legales que tienen que enfrentar muchas de las mujeres, sobre todo la falta de acceder a la justicia que en últimas genera una violación a sus derechos y una violencia institucional como ha sido calificada desde la normatividad internacional y la jurisprudencia.

La materialización de esos derechos humanos para las mujeres solo fue una realidad a partir del 18 de diciembre de 1979, cuando la ONU adoptó la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) **que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981**, de ahí en adelante se han adoptado una serie de documentos internacionales que buscan la igualdad y por ende la protección de las mujeres.

Son varios los instrumentos internacionales, algunos expedidos por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de Estados Americanos (OEA) a favor de los derechos humanos de las mujeres, una descripción lo hace Minerva Martínez Garza quien los relaciona así:

1. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), las agrupa en declaraciones, convenciones, protocolos y convenios de las cuales se tienen:
  - 1.1. Declaraciones, se pueden agrupar en: i) Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (1967); ii) Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado, proclamada por la Asamblea General en su resolución 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974; iii) Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993); iv) Declaración de Beijing (1995); y, v) Declaración del Milenio (2000).
  - 1.2. Convenciones, de las cuales se cuentan con: i) Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena; ii) Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer; iii) Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada; iv) Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios; v) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981) (CEDAW) y Recomendaciones de las Expertas de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres.
  - 1.3. Protocolos, se agrupan los siguientes: i) Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres; ii) 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.
  - 1.4. Convenios, se tienen los siguientes: i) Convenio 100 relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y Fe-

- menina por un Trabajo de Igual Valor; ii) Convenio 111 relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación.
2. La Organización Internacional del Trabajo (OIT), los agrupa en 2.1. Convenios de los cuales se tienen: i) Convenio 100 relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y Femenina por un Trabajo de Igual Valor; ii) Convenio 111 relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación
  3. Respecto a los expedidos por la Organización de Estados Americanos (OEA) tenemos:
    - 3.1. Convenciones: i) Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer; ii) Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer; iii) Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer; iv) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará (1995), e Informe Hemisférico de las Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará (Martínez Garza, s. f., p. 1).

Además de la relación anterior, también guardan importancia las Conferencias Internacionales que han generado compromisos a los Estados, así tenemos la primera Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer, celebrada en 1975 en México D.F., que dio lugar al Plan Mundial de Acción para la Promoción de la Mujer y a la declaración del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer y el Desarrollo 1975 -1985. La segunda se llevó a cabo en 1980, se celebró en Copenhague y se abrió a la firma la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, además se reconoció “en el ámbito mundial, que la violencia contra las mujeres constituye una violación a sus derechos humanos y que lejos de ser un asunto privado, es un asunto de orden público” (Martínez Garza, s. f., p. 4). La Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer se celebró en Nairobi, después de que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer iniciara sus trabajos en 1982. La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) de 2011.



El articulado de cada uno de los instrumentos mencionados describe y reconoce los derechos humanos de las mujeres cuya protección está a cargo de los Estados, por lo tanto, le corresponde expedir normatividad interna en los que se vea reflejado ese reconocimiento, garantía y protección para hacerlos efectivos. Colombia ha suscrito varios tratados internacionales, y algunos los ha ratificado, lo que conlleva a una connotación de obligatoriedad en el cumplimiento de los derechos a todas las personas por parte del Estado y sus agentes.

Los derechos humanos de las mujeres están dirigidos a que puedan:

Vivir una vida libre de violencia es un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, establecido por el sistema universal como regional de derechos humanos, con deberes jurídicos relativos a la erradicación de la violencia y la discriminación. Estos deberes están basados en los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación, a la vida y a la integridad personal (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 19).

Estos principios, obligaciones y derechos son reconocidos en el marco interamericano por la Convención Americana sobre Derechos Humanos

## **Reconocimiento y protección normativa de los derechos humanos de las mujeres por el Estado colombiano**

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991<sup>7</sup> con la implementación de un Estado social de derecho se consagran una serie de principios y valores de carácter constitucional y paralelamente de derechos fundamentales aplicables a todas las personas sin exclusión de ninguna clase, por lo tanto se

<sup>7</sup> “La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales” (Corte Constitucional, 1992).

garantizaron los derechos fundamentales (Corte Constitucional, 1992), primordialmente la igualdad entre hombres y mujeres, con una marcada tendencia proteccionista a la mujer (Corte Constitucional, 2019). En este orden de ideas la Constitución Nacional enmarca su protección de los derechos a las mujeres en los siguientes artículos: 11<sup>8</sup>, 12<sup>9</sup>, 13<sup>10</sup>, 15<sup>11</sup>, 16<sup>12</sup>, 17<sup>13</sup>, 18<sup>14</sup>, 19<sup>15</sup>, 20<sup>16</sup>, 21<sup>17</sup>, pero especialmente y refiriéndose a ella en los artículos 40<sup>18</sup> referente a la participación de la mujer en la administración pública, 42<sup>19</sup> igualdad de

8 “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

9 “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”.

10 “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”. “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”. “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

11 “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”.

12 “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”

13 “Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas”.

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

15 “Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva”.

16 “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 masivos de comunicación”. “Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

17 “Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección”.

18 “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna: formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”.

19 “La familia es 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. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos

derechos y obligaciones en la familia, 43<sup>20</sup> igualdad de derechos y oportunidades sin discriminación, 53<sup>21</sup> protección en el ámbito laboral como protección especial por la maternidad y 93<sup>22</sup> recogiendo los mecanismos para hacerlos efectivos cuando se pone en peligro alguno de ellos.

La Carta Política, además de consagrar los derechos fundamentales de las personas, también refiere de las obligaciones y deberes del Estado como de la sociedad en forma recíproca. En ese sentido se afirma que los derechos fundamentales contienen derechos subjetivos, garantías constitucionales, deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público y la contribución a la realización efectiva de los derechos y la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos (Corte Constitucional, 1992).

Es así, que la razón jurídica que explica este compromiso positivo del Estado se encuentra en el mandato constitucional, según el cual el Estado colombiano se funda en el valor de la dignidad humana, lo cual determina no solo un deber negativo de no intromisión, sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna (Corte Constitucional, 1992), a partir de que la prevalencia de los derechos fundamentales supone la validez de estos con independencia de su invocación (Corte Constitucional, 1994). Es así que la mujer debe ser protegida en su dignidad y derechos constitucionales, luego en cabeza del Estado está la obligación de librarla de la violencia y de toda forma de discriminación, por lo tanto, se debe buscar la

---

en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

20 “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 este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

21 “Igualdad de oportunidades para los trabajadores...”.

22 “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

ejecución de la igualdad de derechos y oportunidades entre hombre y mujer, de lo contrario se generan distintas formas de violencia que afectan “la dignidad, la vida y la integridad de las mujeres en muy diversas formas” (Corte Constitucional, 1996).

Es a partir del año de 1992 que comienzan a desarrollarse varios de los artículos de la Carta Política a favor de las mujeres y a presentarse cambios legislativos como lo veremos a continuación, resaltando que en vigencia de la carta de 1886 también se introdujeron cambios legislativos buscando esa igualdad.

1. Con la Ley 25 de 1992 desarrollan los incisos 9, 10, 11, y 13 del artículo 42 de la Constitución Política sobre la familia y las relaciones de pareja.
2. Ley 82 de 1993 y la Ley 825 de 1993 expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza familia.
3. Ley 294 de 1996 por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.
4. Ley 258 de 1996 establece la afectación a vivienda familiar.
5. Ley 495 de 1999 dictan disposiciones relativas al único bien inmueble urbano, rural perteneciente a la mujer cabeza de familia.
6. Ley 581 de 2000 o “Ley de Cuotas” participación de la mujer en el sector público de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución.
7. Ley 599 de 2000, se expide el código penal, que en varios de sus títulos entra a proteger a la mujer frente a las diversas formas de violencia de que puede ser objeto, como la vida y la integridad personal, libertad, la familia, la libertad y formación sexual, entre otros.
8. Ley 679 de 2001, expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores.
9. Ley 731 de 2002, dicta normas para favorecer a las mujeres rurales.
10. Ley 823 de 2003, dicta normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres cuyo objeto es establecer el marco institucional y orien-

tar las políticas y acciones por parte del gobierno para garantizar la equidad y la igualdad de oportunidades de las mujeres, en los ámbitos públicos y privado.

11. Ley 882 de 2004, ley de ojos morados. Por la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, sobre penalización por delito de la violencia intrafamiliar.
12. Ley 985 de 2005, se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección a víctimas de la misma.
13. Ley 1232 de 2008, por medio de la cual se protege a la mujer cabeza de familia.
14. Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los códigos penal, de procedimiento penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.
15. Decreto Ley 164 de 2010, por el cual se crea una comisión intersectorial denominada “Mesa Interinstitucional para Erradicar la Violencia contra las Mujeres”.
16. Ley 1468 de 2011, por la cual se amplió la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas.
17. Ley 1542 de 2012, que tiene por objeto garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer y eliminar el carácter de querellable y resistentes de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal.
18. Decreto 2733 de 2012 reglamenta el artículo 23 de la Ley 1257 de 2008 y establece la deducción del 200 % en la declaración del impuesto sobre la renta y otros, a quienes contraten a mujeres víctimas de violencias.
19. Decreto 721 de 2013, con el que se regula la afiliación de los trabajadores del servicio doméstico al sistema de compensación familiar.
20. Ley 1639 de 2013, por medio de la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la Ley 599 de 2000.

21. Decreto 1480 de 2014, declara el día nacional por la dignidad de las mujeres víctimas de VS en el marco del conflicto armado (25 de mayo).
22. Ley 1719 de 2014, 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.
23. Ley 1761 de 2015, crea el tipo penal del feminicidio como delito autónomo.
24. Ley 1773 de 2016, atención integral a las víctimas de agentes químicos y adiciona un artículo a la Ley 599 de 2000.
25. En 2016 se profirió el Decreto 1314 con el que se crea la Comisión Intersectorial de Garantías para las Mujeres Líderesas y Defensoras de los DDHH.
26. Ley 1788 de 2016, con la que se reconoce el derecho prestacional de las trabajadoras domésticas a recibir prima de servicios.
27. Ley 1804 de 2016, establece la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia de cero a siempre.

Pese a las diferentes normas que ha expedido el Estado colombiano, como lo veremos en la última parte del trabajo, las conductas de violencia reflejadas en diferentes de tipos penales han continuado.

## **Responsabilidad del Estado por violación de derechos fundamentales**

El artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como el artículo 2 de la Convención Americana, señalan la obligación positiva de los Estados partes de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y medidas legislativas o de otro carácter, mecanismos que son necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas. En el supuesto de que los Estados justifiquen el incumplimiento de estas obligaciones, sobre la base de su propia legislación nacional, se estaría comprometiendo su

responsabilidad internacional de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1969) debido a que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, principio de primacía del derecho internacional sobre el derecho interno”<sup>23</sup>. Ratificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar en Opinión Consultiva en su numeral 37 que:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención, ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 1993, párr. 26)<sup>24</sup>.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en su artículo 7 consagra que se debe “adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia” y por lo tanto el Estado debe

**a.** abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; **b.** actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; **c.** incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; **d.** adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; **e.** tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar

<sup>23</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

<sup>24</sup> CIDH de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26. arts. 41, 42, 46, 47, 50, 51.

prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; **f.** establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; **g.** establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; y **h.** adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Luego la obligación de los Estados es prevenir, erradicar y sancionar todos los hechos de violencia contra las mujeres. En Colombia, el artículo 90 de la Constitución Política consagra la responsabilidad patrimonial del Estado y de sus funcionarios por “los daños antijurídicos que le sean imputables...”, mandato que, también consagra el artículo 86 de la Carta, para los perjuicios que se ocasionen con la violación de los derechos fundamentales por acción u omisión de las autoridades (Corte Constitucional, 1993) a las que se les atribuye que:

El respeto de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado. Los funcionarios públicos están en la obligación de tratar a toda persona, sin distinción alguna. La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal (Corte Constitucional, 1992).

La doble responsabilidad del Estado, ya sea porque alguno de sus agentes cometa actos enmarcados en la violencia física, psicológica y sexual o porque no cumplan con su deber de prevenir, erradicar y sancionar tales hechos, parece difuminarse en los casos donde la represión y el menoscabo de derechos humanos se convierte en política de Estado. La responsabilidad del Estado, como lo dijo la Corte:

Por violación a los Derechos Humanos se materializa en toda conducta positiva o negativa mediante la cual un agente directo o indirecto del Estado vulnera en cualquier persona y en cualquier tiempo, uno de los derechos enunciados y reconocidos por los instrumentos



que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Corte Constitucional, 2015).

Además los dos elementos que convierten un acto de violencia en una violación de derechos humanos son:

(i) Que el autor sea un agente directo o indirecto del Estado, y (ii) que la materia sobre la cual versa la violación esté consagrada en los tratados y pactos internacionales de derechos humanos. Si se reúnen estos dos elementos, el acto de violencia se constituye en una clara vulneración de los derechos humanos (Corte Constitucional, 2015).

Por ende “*los Estados no sólo fallan en la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres a manos de terceros, sino que son ellos mismos generadores de violencia institucional*” (Amnistía Internacional). Ante las obligaciones que asume el Estado las autoridades administrativas no pueden argumentar el “exceso de trabajo o la congestión de sus despachos para justificar el incumplimiento de sus deberes constitucionales”, salvo que se haga materialmente imposible el cumplimiento de dichas obligaciones (Corte Constitucional, 1996).

## Violencia contra las mujeres

### Conceptualización de la violencia

El artículo 1° de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer, señala que violencia contra la mujer se:

Entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada (ONU, 1995).

Tomada en términos muy similares en la Declaración de Beijing de 1995 en su art. 113<sup>25</sup> y en su art. 112 refiere “La violencia contra la mujer impide el lo-

<sup>25</sup> Organización de las Naciones Unidas-ONU Mujeres. Declaración y plataforma de acción. Declaración política y documentos resultados de Beijing de 1995. Disponible en <https://www.acnur.org/filead->

gro de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz”. En la legislación colombiana la violencia contra la mujer se encuentra definida en el artículo 2 de la Ley 1257 de 2008 que aparte de lo enunciado en las dos declaraciones anteriores agregó el daño o sufrimiento “económico o patrimonial”.

La violencia contra la mujer está relacionada con causas “sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas”, que deterioran su dignidad humana (Corte Constitucional, 2014). La violencia es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que conduce a perpetuar la discriminación contra esta y a obstaculizar su pleno desarrollo” (Corte Constitucional, 2014). Por lo tanto, la jurisprudencia reconoce que “las mujeres son sujetos de especial protección constitucional debido a que presentan una (...) situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo” (Corte Constitucional, 2017).

Luego esa protección deba darse tanto en el plano del derecho internacional como en el ordenamiento jurídico interno (Corte Constitucional, 2018). La violencia contra las mujeres es una injusticia y exige la reestructuración de relaciones de reconocimiento construyendo nuevos patrones culturales igualitarios (Benavente y Valdés, 2014, p. 24), ha sido objeto de violencia en los diferentes planos donde ella se desempeña, esa violencia como lo reconoció la Corte es un “problema estructural, surge en unas precisas condiciones sociales y culturales” (Corte Constitucional, 2016), inclusive desde el mismo hogar “la mujer fue etiquetada con la función reproductiva, las labores de limpieza y la crianza de los descendientes” (Corte Constitucional, 2016), motivados en la idea de la dominación, la rudeza, la intelectualidad y la autoridad de los hombres y de la emotividad, compasión y sumisión de la mujer (Corte Constitucional, 2013). De ahí que la Constitución Política reconoció expresamente la igualdad en derechos y oportunidades y a que no sea sometida a ninguna clase de discriminación (Corte Constitucional, 2014).

## Ámbitos en los que se despliega la violencia

La violencia se desarrolla a través de diversos actos, como la violencia física, sexual y psicológica perpetrado en la familia, en la comunidad como

---

<min/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>

también perpetrada o tolerada por el Estado (ONU, 2019), así se encuentra estipulado en los numerales a, b, y c del artículo 2° de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer (1993), en la Declaración de Beijing como en la Ley 1257 de 2008, que consagran:

- a. La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación (ONU, 2019).

Prácticamente en los mismos términos la describe la Declaración de Beijing como la Ley 1257 de 2008.

- b. La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada (ONU, 2019, art. 2, inciso a).

También la toma la Declaración de Beijing y la Ley 1257 de 2008: c) “La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”. La Declaración de Beijing la toma en la misma terminología, no sucede lo mismo con la Ley 1257 de 2008 que no la consagra. Además de las anteriores, el artículo 2 de la Ley 1257 de 2008 consagra la violencia económica y la describe como aquella “acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, familiares, en las laborales o en las económicas”. Teniendo claro que la violencia contra la mujer se origina en la vida familiar, en la comunidad y también aquella que es tolerada por el mismo Estado, haremos un recorrido por cada una de ellas.

- **Violencia originada en la familia, en la comunidad y el Estado**

La violencia que se origina en la familia también se le conoce con el nombre de violencia doméstica, definida como:

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 u omisión de cualquier miembro de la familia. (Corte Constitucional, 2018).

En la institución de la familia, el Estado le debe garantizar su bienestar por lo tanto las autoridades podrán intervenir en dichas relaciones para lograr la paz ante cualquier amenaza o vulneración de los derechos (Corte Constitucional, 2014). En la institución de la familia se desarrolla el ser humano, de ahí que el Estado le deba una protección y atención, en la medida en que es una extensión hacia la comunidad que se beneficia de sus integridades como igualmente sale damnificada de los desórdenes que en ella se originen (Corte Constitucional, 1994).

En la vida intrafamiliar pueden presentarse problemas que se propagan al ámbito de la violencia, para cuya solución y tratamiento es necesario la adopción de mecanismos en los ámbitos preventivo y correctivo que brinden amparo a la víctima, a la vez que contribuyan al restablecimiento de la armonía y la unidad familiar, como también se debe implementar medidas de carácter represivo contra el agresor (Corte Constitucional, 2005), ya que la violencia es destructiva y por ello se busca ser sancionada conforme a la ley (Corte Constitucional, 1994).

Mientras que la violencia en la comunidad la Corte Constitucional la describe como aquella que:

Hunde sus raíces en las relaciones de género dominantes de una sociedad, como resultado de un notorio e histórico desequilibrio de poder. En nuestra sociedad el dominio es masculino por lo que los actos se dirigen en contra de las mujeres o personas con una identidad de género diversa (lesbianas, gay, bisexuales, transgeneristas e

intersexuales) con el fin de perpetuar la subordinación. Centrándose en lo concerniente a la violencia contra las mujeres, las agresiones van más allá de las lesiones físicas y psicológicas, denominadas violencia visible. Estos tres componentes de la violencia se retroalimentan entre ellos, perpetuando la discriminación, la desigualdad y la violencia. Por tanto, con cada golpe a una mujer se da prevalencia a un patrón social de exclusión y este se reproduce a futuro. (Corte Constitucional, 2014).

Igual que la violencia que se presenta en la familia, también en el plano de la comunidad puede ser física, sexual, psicológica, en Colombia la Ley 1010 de 2006 desarrolló la violencia laboral.

Mientras que la violencia institucional es aquella en la cual se refiere a “situaciones concretas que involucran necesariamente tres componentes: prácticas específicas (asesinato, aislamiento, tortura, etc.), funcionarios públicos (que llevan adelante o prestan aquiescencia) y contextos de restricción de autonomía y libertad (situaciones de detención, de internación, de instrucción, etc.)” (Armida, Cassino, Ciarniello y Witis, s. f.). Específicamente se da cuando las autoridades cometen o toleran actos de violencia contra las mujeres, que pueden incluir conducta como las desapariciones o ejecuciones extrajudiciales, violencia en situación de conflicto, la violencia ejercida sobre las mujeres privadas de la libertad (ONU, 2014). En Colombia no se encuentra consagrada legalmente empero ha tenido desarrollo jurisprudencial.

Con Sentencia T-735 de 2017 se pronunció con respecto a la violencia institucional y consideró que se ve reflejada en “la reproducción de la violencia que supone la imposición de obstáculos para acceder a la justicia, en detrimento del compromiso internacional estatal de actuar con diligencia para prevenir, atender, investigar, juzgar y sancionar la violencia contras las mujeres”. Igualmente, en el ejercicio de la función judicial, el uso de estereotipos se da cuando se reprochan los actos de la persona “por desviación del comportamiento esperado”, de ahí que la Corte Constitucional haga una relación de posibles casos en los que ella se pueda presentar.

- I. Se desestima la violencia intrafamiliar por considerar que se dieron agresiones mutuas, sin examinar si ellas respondían a una defensa (Corte Constitucional, 2017).

- II. Se exige que la víctima del delito de acceso carnal violento demuestre que resistió significativamente el acto para que pueda ser considerado como tal (Corte Constitucional, 2013).
- III. Se desconoce la violencia psicológica denunciada, al estimar que los testigos de los actos no eran presenciales o que el vínculo matrimonial debe prevalecer para mantener la unidad familiar (Corte Constitucional, 2014).
- IV. Se entiende que la violencia intrafamiliar es un asunto doméstico que está exento de la intervención del Estado (CIDH).
- V. Se le da prevalencia a la relación familiar, ordenando el mantenimiento de las visitas del padre a sus hijos, sin importar que este cometió actos violentos en contra de la madre (Comité Ceda).
- VI. Se descalifica la credibilidad de la víctima por su forma de vestir, su ocupación laboral, su conducta sexual o su relación con el agresor (CIDH).
- VII. No se tiene en cuenta el dictamen forense sobre el nivel de riesgo de violencia, al considerar que este se fundamenta en la versión de la denunciante y que no fue contrastado con un dictamen realizado al agresor (Corte Constitucional, 2017).
- VIII. No se tiene en cuenta la condena penal por violencia intrafamiliar a efectos de decidir sobre la condena en alimentos a cargo del cónyuge culpable, porque se estima que la defensa de las agresiones configura una concurrencia de culpas (Corte Constitucional, 2016).
- IX. Se analiza la versión de la mujer bajo el prejuicio de que la denuncia tiene como objetivo resultar vencedoras en el juicio de divorcio u obtener venganza, o que ha deformado los hechos, exagerando su magnitud (Corte Constitucional, 2014).
- X. Se desestima la gravedad de la violencia por inexistencia de secuelas significativas físicas o psicológicas, o porque la mujer no asume la actitud de inseguridad, angustia o depresión que se cree debe demostrar (Corte Constitucional, 2014).

Dado lo anterior, para garantizar los derechos de las mujeres la autoridad judicial debe adelantar (i) las investigaciones; (ii) examinar los hechos, las pruebas y las normas (iii) las decisiones no pueden fundamentarse en opiniones de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer; (v) ajustar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) realizar un análisis rígido a las actuaciones; (viii) valorar los recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las situaciones que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres (Corte Constitucional, 2017). En caso contrario las autoridades encargadas de la ruta de atención de las mujeres víctimas de violencia “serán responsables de actos de violencia institucional cuando sus acciones u omisiones causen daño a la denunciante” (Corte Constitucional, 2017) o a la víctima.

La regla general es que los operadores judiciales deben velar por el cumplimiento de los derechos de las mujeres, que arranquen de reglas constitucionales que prohíban la discriminación por razones de género, exijan la protección de personas en situación de debilidad manifiesta, combatan la desigualdad entre hombres y mujeres, adopten medidas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres (Corte Constitucional, 2018), y no tolerar la violencia institucional que se sostiene de acciones u omisiones ejecutadas por funcionarios del Estado que terminan en patrones de impunidad en el procesamiento judicial en los casos de violencia contra las mujeres por carecer de un proceso legal efectivo (CIDH).

- **Violencia física contra la mujer**

Definida por el numeral “b” del artículo 3 de la Ley 1257 de 2008 al establecer que es el “Daño o sufrimiento físico: Riesgo o disminución de la integridad corporal de una persona”.

Cuando se configura la violencia física entre conyugues o compañeros permanentes y se ataca físicamente al otro, los principios constitucionales resultan flagrantemente desconocidos y transgrede la regla del respeto que se deben y además repercute en el plano de la integridad física y moral de la persona lesionada y pone en peligro su vida (Corte Constitucional, 1994). Por lo tanto, la violencia causa fatalmente un daño irreparable, en el seno del hogar, pues lesiona la estabilidad de la familia, ocasiona rupturas entre sus miem-

bros, interrumpe la paz y el sosiego domésticos (Corte Constitucional, 1994).

También se presenta en contextos en los que se desenvuelve la mujer, como el laboral, de amistad, educativo, religioso, etc., en Colombia se han presentado casos representativos de violencia física contra mujeres que ha generado indignación, dolor, escozor; como consecuencia de ello, se han presentado luchas por parte de organizaciones sociales para que esos hechos no queden en la impunidad, inclusive han dejado huella al lograr cambios normativos en la ley penal como conductas punibles autónomas, como es el caso de Rosa Elvira Cely quien murió después de haber “sido golpeada, ultrajada, apuñalada, torturada y empalada por Javier Velasco Valenzuela, en un sector desolado del Parque Nacional, en Bogotá (González, 2018)”, suscitó una lucha para que se sancionara esta clase de violencia, dando lugar a que más tarde el legislador incluyera en la legislación penal el feminicidio como un tipo penal independiente del homicidio, siendo sancionada con la Ley 1761 de 2015. Han transcurrido cinco años desde su expedición y se han dado fallos ejemplarizantes como el de Rafael Uribe Noguera, por la muerte de una niña **Yuliana Samboní**, que fue tipificado como feminicidio agravado, violencia sexual agravada y acceso carnal violento agravado. El tiempo en un reporte da a conocer que, según Medicina Legal, en el 2017 fueron asesinadas 758 mujeres y, ese año, 109 personas asesinadas eran LGBT. De ese total, 36 eran mujeres trans (El Tiempo, 2018). El feminicidio generalmente se presenta tras una violencia exacerbada; el elemento central de este delito responde a un elemento subjetivo del tipo penal como la motivación de su asesinato” (Corte Constitucional, 2016).

Otro caso muy representativo fue el de Natalia Ponce de León, una joven de 27 años, atacada por un joven que al parecer estaba obsesionado con ella le roció casi un litro de ácido sulfúrico en su cuerpo y en su cara. Episodio que, sensibilizó a todo el país sobre una de las más abominables formas de violencia: los ataques con ácido (Revista Semana, 2015), producto de esa lucha se dio la Ley 1773 de 2016.

- **Violencia sexual contra la mujer**

Referido en el numeral “c” del artículo 3 de la Ley 1257 de 2008 como:



**Daño o sufrimiento sexual:** Consecuencias que provienen de la acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.

Desde el punto de vista médico-social y no jurídico:

Se refiere a todas las conductas que atentan contra los derechos sexuales y reproductivos de una persona. Incluye acoso sexual, violación, actos sexuales realizados contra el otro miembro de la pareja o contra la persona con la que se haya convivido o procreado (Sierra *et al.*, 2014, p. 85).

La violencia sexual se origina en acciones u omisiones dirigidas a producir en una persona sentimientos de desvalorización de inferioridad sobre sí misma, cuya consecuencia generalmente es producir baja autoestima (Corte Constitucional, 2016).

Para enfrentar el maltrato intrafamiliar de carácter sexual se ha previsto tres niveles de protección en la normatividad interna: (i) penalizar la violación y los actos sexuales abusivos, (ii) penalizar de manera autónoma y subsidiaria la violencia sexual intrafamiliar y (iii) instaurar instrumentales de protección para prevenir expresiones menores y marginales de maltrato sexual, ofrecer la asistencia, asesoría y apoyo a las víctimas (Corte Constitucional, 2005).

El atropello sexual contra las mujeres es una constante que se ve reflejada en diferentes informes, por ejemplo, en Alaska las mujeres indígenas experimentan niveles desproporcionados de violencia sexual, teniendo 2,5 veces más posibilidades de ser violadas que otras mujeres (Amnistía Internacional, 2016). En Colombia en un titular del periódico el Tiempo dice que en el año “2018, de las 22.309 mujeres violadas en el país, el 42,37 % fueron menores de edad. 5.713 niñas entre 10 y 13 años quedaron en embarazo por violación” (El Tiempo, 2018) y dentro de esa población encontramos aquellas niñas que han

tomado parte en el conflicto armado, por lo general son víctimas de “violencia sexual, prostitución forzada y esclavitud sexual sistemática por parte de sus superiores. Su alta exposición a la violencia y explotación sexual genera traumas psicosociales también para ellas” (Corte Suprema de Justicia, 2016), el ICBF reportó que en el año 2019 abrió 14.032 procesos administrativos para restablecer derechos de niños, niñas y adolescentes relacionados con violencia sexual del cual el 85 % de los casos corresponden al sexo femenino (Revista Semana, 2020), y el Congreso de la República en un imaginario cree que aumentando la pena de prisión se dará protección a la violencia contra la mujer y será menor la comisión de estas conductas.

- **Violencia psicológica**

Definida en el numeral a del artículo 3 de la Ley 1257 de 2008 que señala:

**Daño psicológico:** consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal. (Congreso de Colombia, Ley 1257, art. 3, numeral a).

Desde la medicina se afirma que:

La violencia psicológica se detecta con mayor dificultad. A diferencia de la violencia física, no deja huellas visibles y el agredido tiene que luchar contra la palabra del agresor que suele tachar a la víctima de exagerada o loca, por lo que consideramos que las estadísticas presentan un subregistro sobre este tipo de violencia (Sierra *et al.*, 2014).

La violencia psicológica se puede genera a través de diversos actos (Corte Suprema de Justicia, 2016) o situaciones, como, por ejemplo, el trato verbal repetitivo “tildándola de loca, estúpida, ignorante, mitómana y ridícula” (Corte Suprema de Justicia, 2016). Es una suma de varios actos (es decir, una conducta compleja), en tanto ello tampoco sería extraño al contenido del término

“maltrato”. De hecho, en las acciones atinentes al daño psicológico (y no tanto en las de daño físico), es más fácil concebir una concurrencia o reiteración de actos, para efectos de predicar la perpetración del tipo, que la ejecución de aquel en un único evento. Esta clase de violencia psicológica y doméstica que acaece en el hogar tiene una dificultad probatoria muy alta teniendo en cuenta que el agresor busca el aislamiento y el ocultamiento de los hechos generadores de la violencia, así las víctimas tienen como protección abrir los espacios a sus allegados y los operadores de justicia deben tener en cuenta esas formas de material probatorio (Corte Constitucional, 2018).

Ahora y con respecto a la violencia que se genera por terceras personas que atacan la integridad moral y psicológica, la autonomía y desarrollo personal se materializa a través de conductas de intimidación, desprecio, chantaje, humillación o de ridiculizar, atemorizar, aterrorizar, explotar, rechazar, aislar, ignorar, insultar o con amenazas de todo tipo (Corte Constitucional, 2018).

- **Violencia patrimonial o económica**

Se encuentra enfocada en que el hombre controla todo lo que ingresa al hogar, sin importar quién lo haya trabajado y, por ende, ganado. Esta violencia se presenta en el plano de lo público y en lo privado, son más evidente sus efectos en este último ámbito (Corte Constitucional, 2016). Organizaciones como ONU mujeres, Sisma Mujer o la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la mujer consideran que la sustracción de las obligaciones alimentarias equivale a un acto de violencia patrimonial o económica (Bernal y La Rota, 2012). Esta clase de violencia se presenta en forma desapercibida y la víctima cree que es una obligación depender de su esposo o compañero permanente y cuando esta rechaza el abuso económico al que está siendo sometida consigue muchas veces ser agredida en forma psicológica o física.

- **Violencia laboral**

Está enmarcada dentro del acoso laboral, que es entendido por la Corte Constitucional como:

Toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo (Corte Constitucional, 2017).

Las modalidades del acoso laboral se dan a partir de la clasificación dada por la Ley 1010 de 2006 que define seis modalidades de hostigamientos en el lugar de trabajo, a saber:

(i) Maltrato laboral; (ii) persecución laboral, (iii) discriminación laboral, (iv) entorpecimiento laboral, (v) inequidad laboral, (vi) desprotección laboral. La violencia laboral afecta a la dignidad humana, es fuente de “desigualdad, discriminación, estigmatización y conflicto en el trabajo” (Corte Constitucional, 2017).

Pese a los avances normativos en derechos de género aún existe una inmensa brecha en la aplicación de todos los reconocimientos ya que no son suficientes para que los funcionarios públicos encargados de la prevención, atención y sanción de estos comprendan que las agresiones afectan gravemente los derechos fundamentales de las mujeres (Corte Constitucional, 2016).

Estudios han determinado las consecuencias del acoso laboral desde; i) psicológico que conlleva estrés, ansiedad y depresión; ii) físico que se desarrolla a través de problemas dermatológicos, cardíacos, gastrointestinales, alergia, migraña, taquicardia entre otros; iii) psicofísico, dentro de este grupo se encuentra el miedo, ansiedad, frustración, fracaso y apatía (IAM, 2011).

## • **Violencias desarrolladas por la vía jurisprudencial**

La Corte Constitucional ha desarrollado vía jurisprudencial dos clases de violencia institucional: la cultural y la normativa. La primera se entiende como aquella que:

Está constituida por los discursos que justifican el trato desigual. Estos tres componentes de la violencia se retroalimentan entre ellos,

perpetuando la discriminación, la desigualdad y la violencia. Por tanto, con cada golpe a una mujer se da prevalencia a un patrón social de exclusión y este se reproduce a futuro (Corte Constitucional, 2014).

La violencia institucional normativa consiste en que el Estado incumple obligaciones de regulación de tipos penales en la legislación nacional, ejemplo de ello las ejecuciones extrajudiciales que finalmente tienen que adecuarse en el homicidio en persona protegida o como homicidio agravado (Corte Constitucional, 2015). La Corte Constitucional ha reconocido que las leyes resultan insuficientes para disminuir los actos de violencia, por lo tanto se deben replantear las relaciones entre hombres y mujeres, si la sociedad tolera las agresiones se están ejerciendo actos de discriminación que es una responsabilidad de todos (Corte Constitucional, 2014).

## Protección legal a las mujeres en el derecho comparado

Varios Estados han gestado protección de las mujeres a través de normatividad interna buscando la igualdad de los derechos y evitar la discriminación que es uno de los componentes que genera mayor grado de violencia, entre ellos, tenemos que en México la *Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia* de 2007, la cual se rige por los principios de igualdad jurídica, respeto a la dignidad humana, no discriminación, y libertad de las mujeres. La Ley identifica cinco tipos de violencia: psicológica, física, patrimonial, económica y sexual, que suelen suceder en la familia, en lo laboral, en lo docente, hostigamiento sexual, acoso sexual, en la comunidad, violencia institucional y violencia feminicida.

Brasil, a través de la Ley 11340 María da Penha, reconoce el derecho de todas las mujeres a vivir una vida sin violencia doméstica y familiar porque genera una violación de los derechos humanos. Tuvo sus antecedentes en la lucha que hiciera Da Penha y por ello la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aplicó contra el Estado brasileño la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y lo exhortó para que adoptara medidas para garantizar el efectivo castigo, prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres (Benavente *et al.*,

2014). La mencionada Ley programó la creación de juzgados y tribunales de violencia doméstica y familiar.

En Uruguay es a partir de la década de 1990 que la violencia doméstica comenzó a considerarse un tema de derechos humanos; en 1995 mediante la Ley 16707, artículo 18 la violencia doméstica se incluyó como delito en el Código Penal artículo 321 bis (Benavente *et al.*, 2014, p. 35). En el 2002 se expide la Ley 17514 sobre violencia doméstica que busca la “prevención, detección temprana, atención y erradicación de la violencia doméstica”. Esta ley incluye como violencias, la física, la psicológica o emocional, la sexual y la patrimonial. También se expiden las leyes: i) Ley 17815 de 2004, sobre Violencia Sexual Comercial o no Comercial Cometida contra Niños, Adolescentes o Incapaces; ii) Ley 18214 de 2007, de Integridad Personal de Niños, Niñas y Adolescentes, que prohíbe el castigo físico y humillante de los niños por parte de sus padres o cuidadores; iii) Ley 18104 de 2007, de Igualdad de Derechos y Oportunidades entre Hombres y Mujeres en la República; iv) Ley 18850 de 2011, que establece reparaciones a hijos de personas fallecidas como consecuencia de hechos de violencia doméstica (Benavente *et al.*, 2014, pp. 36-37).

En Bolivia, con el fin de garantizar la participación de las mujeres desde la etapa preparatoria de la Asamblea Constituyente, se establecieron medidas para incrementar su participación en el poder político, primero en la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente (2006) y luego tanto en la Constitución Política del Estado (2009) como en una serie de leyes articuladas, como son: i) en la década de los 1990, las leyes de cuotas, con la asistencia técnica de la creada Subsecretaría de Asuntos de Género; ii) la Ley de Participación Popular (1994) garantiza la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en los niveles de representación; iii) en 1997 se incorporó en el Código Electoral la cuota del 30 % para las listas cerradas de las elecciones parlamentarias, que en 1999 se extendería a las elecciones municipales; iv) en 2001 se establecieron las cuotas para las elecciones de senadores, diputados y concejales; v) la Ley de Agrupaciones Ciudadanas y Pueblos Indígenas (2004) estableció la obligación de un 50 % de mujeres en las candidaturas para los cargos de representación popular; vi) en la Constitución Política del Estado (2009), se establece la participación equitativa en igualdad de condiciones artículos, 26, 147, 210 y 211; vii) Ley del Régimen Electoral (2010), establece el principio de equivalencia e incluyó el acoso político como delito electoral; viii) Ley del Órgano Electoral Plurinacional (2010), se establece el principio

de equivalencia e igualdad de oportunidades; xi) Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (2010), se establece la paridad en las listas de candidaturas; x) Ley del Órgano Judicial (2010) establece el 50 % de los puestos de la lista deben corresponder a mujeres; xi) Ley 031 Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Babiñez” (2010), se incluye la equidad de género entre los principios que rigen la organización territorial; xii) Ley Contra el Acoso y Violencia Política hacia las Mujeres (2012), se busca eliminar los actos, conductas y manifestaciones de acoso y violencia política (Benavente *et al.*, 2014, pp. 65-57, 60-61).

En Chile se expide la Ley 20255 sobre Reforma Previsional de 2008 que, entre otras, trae la equidad de género y la mayor cobertura para trabajadores independientes y trabajadores jóvenes, las pensiones de sobrevivencia de las mujeres trabajadoras a cónyuge no inválido (Benavente *et al.*, 2014, p. 87).

En España en el 2007, el Parlamento español aprobó la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, su objetivo: la prevención de conductas discriminatorias y el desarrollo de políticas públicas, en todas sus actuaciones que se haga efectivo a través del principio de igualdad de trato y la perspectiva de género y del carácter transversal de este principio (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2019).

## **Realidad de violencia de DH contra las mujeres**

Son muchos los Estados que después de la expedición de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (1967) y la subsiguiente normatividad internacional como se mencionó en la primera parte de este trabajo investigativo y la normatividad interna expedida por cada Estado, ha buscado proteger a la mujer garantizando su derecho a la igualdad y por ende evitar actos de discriminación y disminuir los diferentes formas de violencia que se presentan en diferentes planos, sin embargo han transcurrido 33 años y aún no se ha logrado que la violencia disminuya, por el contrario como lo documentó Amnistía Internacional en el 2015 existe un aumento en el patrón de violencia (Amnistía Internacional, 2015). Un informe de Unicef (2017) refiere que, en el mundo, aproximadamente 15 millones de mujeres adolescentes de 15 a 19 años han sido víctimas de relaciones sexuales forzadas en algún momento de sus vidas.

En el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, Amnistía Internacional (2014) documentó numerosos casos en América, que van desde abortos obligatorios hasta esterilización forzada. Las consecuencias de las prácticas estatales a las que se someten las mujeres generan una nueva violencia de derechos humanos, como el derecho a la vida, a la salud, a la intimidad y a la integridad. Aunado a la existencia en la región de leyes restrictivas para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, como es el caso de Chile, que junto a El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua, Surinam y República Dominicana, es uno de los siete países en la región que penaliza el aborto sin ninguna excepción (Amnistía Internacional, 2014).

Otra población femenina afectada con la violencia es la población adulta, la OMS alertó de la violencia que sufre esta población a través del maltrato psicológico que es el más común que afecta el bienestar de la persona, y que se da por agresiones verbales, las amenazas, pérdida de afectos personales, privarle de sus amigos y familiares (OMS, 2017). La OMS publicó en la revista *The Lancet Global Health* que se registra que “cerca de un 16 % de las personas de 60 años o más han sido víctimas de maltrato psicológico (11,6 %), abuso económico (6,8 %), negligencia (4,2 %), maltrato físico (2,6 %) o agresiones sexuales (0,9 %), datos recogidos de 52 estudios realizados en 28 países de distintas regiones, entre ellos 12 países de ingresos medianos o bajos (OMS, 2017).

Según el **Departamento Nacional de Estadística (DANE, 2018)**, en Colombia en el censo de 2018 se cuenta con 48.258.494 habitantes, de los cuales 51,2 % son mujeres. De las cuales:

Las que viven en las zonas del conflicto armado tienen más probabilidades de ser víctimas de violencia sexual, tanto por miembros del Estado como de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc); a la vez que la impunidad sigue siendo la norma (Amnistía Internacional, 2014).

También las mujeres privadas de la libertad se encuentran invisibilizadas, la no existencia de centros penitenciarios para ellas conlleva a que muchas paguen su pena de prisión lejos de su familia<sup>26</sup>, sus hijos quedan expuestos a la

<sup>26</sup> Véase la Remisión de Primer Informe de la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013, ante los Magistrados de Corte Constitucional Colombiana, de fecha 30 de sep-



“separación, el estigma, y las presiones sociales y económicas” reproduciendo una violencia permanente (CICR, 2019). Así mismo, a las mujeres defensoras de derechos humanos frecuentemente se les vulnera el derecho a la vida a través de asesinatos y desapariciones forzadas (Corte Constitucional, 2013).

El registro de violencia contra las mujeres identifica diferentes circunstancias, como el homicidio, violencia interpersonal, violencia intrafamiliar, presuntas violaciones sexuales, que se dan en niñas, adolescentes, mujeres adultas y abuelitas; los registros según boletines de informes de Medicina Legal de los meses de diciembre de 2017, 2018, 2019 y de enero a mayo del 2020 son los que se muestran en la tabla 3.

**Tabla 4.** Boletín informativo de Medicina Legal en Colombia

Año	XII- 2017	XII -2018	XII - 2019	Enero - mayo 2020
Homicidio	940	960	976	315
Suicidio	437	438	518	175
Violencia interpersonal	39.344	39.832	37.167	9.060
Violencia familiar	58.913	59.695	56.161	16.473
Exámenes presuntos delitos sexual	20.072	22.304	22.115	6.400
Delitos contra niñas y adolescentes	5.507	5.602	4.449	1.144
Delitos contra adulta mayor	1.004	1.262	1.134	353
Violencia contra la mujer pareja	42.592	42.285	40.760	12.071
Violencia contra la mujer por otro familiar	9.810	9.946	9.818	2.905

**Fuente:** Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Subdirección de Servicios Forenses Centro de Referencia Nacional sobre Violencia (CRNV, 2019).

Se hace un comparativo de cada año y lo que ha corrido del 2020, la diferencia realmente es insignificante, esto es, el promedio se mantiene, no hay cambios trascendentales que indiquen que con la expedición de leyes y el aumento de la punibilidad de las diferentes conductas punibles que amparan a la mujer que es víctima de violencia se haya logrado disminuirla, por el contrario, se mantienen esos niveles de violencia que lesionan el derecho a la vida, la salud, la intimidad, a su libertad y concomitantemente se les viola sus derechos humanos.

## Conclusiones

Tanto la normatividad internacional como la interna protegen a la mujer de toda clase de violencia originada en actos de discriminación y desigualdad, como regla general la mujer debe ser salvaguardada por el Estado y librada de cualquier forma de violencia, ya que esta genera una transgresión a los derechos humanos y al registrarse niveles altos de violencia los Estados están violando el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el artículo 2 de la Convención Americana, por lo tanto, comprometen su responsabilidad internacional de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

La expedición de leyes buscando la protección de la mujer aunado a la penalización de diferentes conductas punibles dirigidas a protegerlas en su dignidad, su vida, integridad personal física y psíquica, su libertad, su trabajo y su libertad sexual, visibles a través de conductas como el feminicidio que es considerada la forma más extrema de la violencia, aborto, lesiones personales, violencia intrafamiliar, actos de discriminación, entre otras, no han logrado la disminución de la violencia, luego cada segundo, minuto que transcurre estos derechos humanos están en peligro o se han lesionado.

Luego la solución no está en expedir más leyes para que muchas conductas queden en la impunidad por el contrario se requiere la adopción de medidas integrales destinadas a reducir los factores de riesgo y eliminar las posibles causas de violencia. Igualmente se requiere de un marco jurídico en el que se protejan todas las formas de violencia. Fortalecer instituciones para que actúen en forma efectiva y garantizar el acceso a la justicia sin que la mujer sea revictimizada, porque doblemente se le estarían violado sus derechos humanos.

## Referencias

Amnistía Internacional. (2016). *El Estado como “aparato reproductor” de violencia contra las mujeres*. <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR0133882016SPANISH.PDF>

- Amnistía Internacional. (2016). Informe Anual de 2015. Resumen Regional de las Américas. <https://www.paho.org/annual-report-2015/Espanol.html>
- Armida, M., Cassino, M., Ciarniello, L. y WITIS, R. (s. f.). Los derechos humanos frente a la violencia institucional. <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL005061.pdf>
- Benavente R., M. y Valdés, B. (2014). *Políticas públicas para la igualdad de género*. Un aporte a la autonomía de las mujeres. Cepal.
- Bernal, C. y La Rota, M. (2012). El delito de inasistencia alimentaria: diagnóstico acerca de su conveniencia. [https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_260.pdf](https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_260.pdf)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1993). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio. Serie A No. 13. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_13\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los derechos de la mujer. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas. <http://www.cidh.org/women/Acceso07/cap2.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- Congreso de la República. (2008). Ley 1257 de 2008. [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2008\\_col\\_ley1257.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2008_col_ley1257.pdf)

Consejo Superior de la Judicatura. (2011). *La violencia en el trabajo y el acoso laboral en la Ley 1010 de 2006*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Organización de las Naciones Unidas. (1969). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. [http://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/convencion\\_viena.pdf](http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf)

Organización de las Naciones Unidas. (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-596 de 10 de diciembre.

Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-499 de 21 de agosto.

Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-406 de 05 de junio.

Corte Constitucional. (1993). Sentencia T-437 de 12 de octubre.

Corte Constitucional. (1994). Sentencia T-501 de 04 de noviembre.

Corte Constitucional. (1994). Sentencia T-487 de 02 de noviembre.

Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-371 de 25 de agosto.

Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-408 de 04 de septiembre.

Corte Constitucional. (1996). Sentencia T-705 de 09 de diciembre.

Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-674 de 30 de junio.

Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-059 de 01 de febrero.

Corte Constitucional. (2006). Sentencia T-133 de 23 de febrero.

Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-634 de 13 de septiembre.

Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-335 de 13 de junio.

Corte Constitucional. (2013). Auto 098/13.

Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-368 de 11 de junio.

Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-878 de 18 de noviembre.

Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-967 de 15 de diciembre.

Corte Constitucional. (2015). Sentencia T-535 de 20 de agosto.

Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-297 de 08 de junio.

Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-012 de 22 de enero.

Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-652 de 23 de noviembre.

Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-539 de 05 de octubre.

Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-271 de 24 de mayo.

Corte Constitucional. (2017). Sentencia T-293 de 08 de mayo.

Corte Constitucional. (2017). Sentencia T-027 de 23 de enero.

Corte Constitucional. (2017). Sentencia T-735 de 15 de diciembre.

Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-311 de 30 de julio.

Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-338 de 23 de agosto.

Corte Constitucional. (2019). Sentencia C-203 de 15 de mayo.

Corte Suprema de Justicia. (2019). Casación 46935 de 20 de marzo.

Corte Suprema de Justicia. (2016). SP14151 de 5 octubre. Rad. 45647.

CRNV. (2020). Boletín Estadístico Mensual. <https://www.medicinalegal.gov>.

co/documents/20143/349426/diciembre-2019.pdf/320ad04c-7c85-287f-804a-a49b1031d9f3

Comité Internacional de la Cruz Roja. CICR. (2019). Informe cárceles y mujeres en Colombia. <https://www.icrc.org/es/document/informe-carceles-y-mujeres-en-colombia>

Instituto Aguascalentense de las Mujeres. IAM. (2020). *Investigación sobre las consecuencias del acoso laboral (mobbing) en las empresas maquiladoras de Aguascalientes con mano de obra femenina*. [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/ftpg/Aguascalientes/ags\\_meta8\\_2011.pdf](http://cedoc.inmujeres.gob.mx/ftpg/Aguascalientes/ags_meta8_2011.pdf)

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. DANE. (2018). Demografía y población: censo nacional de población y vivienda, 2018. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivenda-2018/herramientas/infografias-cnpv>

El Tiempo. (2018). 5.713 niñas entre 10 y 13 años quedaron en embarazo por violación: en el 2018, de las 22.309 mujeres violadas en el país, el 42,37 % fueron menores de edad. <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/registro-de-ninas-embarazadas-por-una-violacion-segun-medicina-legal-forensis-2018-380594>

El Tiempo. (2018). La primera condena por feminicidio de una mujer trans. <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/primera-condena-por-feminicidio-de-una-mujer-trans-en-colombia-306288>

González Penagos, J. (2018). Caso Rosa Elvira Cely, ¿hay más responsables? <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/caso-rosa-elvira-cely-hay-mas-responsables-articulo-808211>

Instituto Nacional de las Mujeres. INMUJERES. (2007). Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida libre de Violencia. [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos\\_download/lgamvv.pdf](http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/lgamvv.pdf)

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2019). Subdirección de Servicios Forenses Centro de Referencia Nacional so-

bre violencia –CRNV–. Boletín Estadístico Mensual. <https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/349426/diciembre-2019.pdf/320ad04c-7c85-287f-804a-a49b1031d9f3>; Dispible <https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/494197/5-mayo-2020.pdf/3f8d8422-ba5d-85fc-6524-cf2df79649fb>;

Martínez Garza, M. (s. f.). Compilación Derechos de las Mujeres. Instrumentos Internacionales en materia de Derechos de las Mujeres. <https://www.cedhnl.org.mx/imagenes/publicacionesespeciales/Compilacion%20Derechos%20Humanos%20de%20las%20Mujeres%20Tomo%20I.pdf>

Ministerio De Educación, Cultura y Deporte. España. (2019). Políticas públicas para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. [www.mecd.gob.es](http://www.mecd.gob.es)

Organización de las Naciones Unidas. (2014). Derechos Humanos. Los derechos de la mujer son derechos humanos. [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-2\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-2_SP.pdf)

Organización de las Naciones Unidas. (2019). Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>

Organización de las Naciones Unidas. ONU Mujeres. (2015). Declaración y Plataforma de Acción. Declaración política y documentos resultados de Beijing de 1995. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>

Organización Mundial de la Salud. OMS. (2017). Aumenta el maltrato a las personas de edad: Según la OMS, afecta a uno de cada seis ancianos. <https://www.who.int/es/news-room/detail/14-06-2017-abuse-of-older-people-on-the-rise-1-in-6-affected>

Organización Mundial de la Salud. OMS. (2002). Informe mundial sobre la violencia y la salud. Resumen Publicado en español por la Organización Panamericana de la Salud. [https://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/es/summary\\_es.pdf](https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf)

- Revista Semana. (2020). El fatal destino de las mujeres encerradas con sus agresores. <https://www.semana.com/nacion/articulo/feminicidios-en-la-pandemia-en-colombia/682928>
- Revista Semana. (2015). La ley por la que luchó Natalia Ponce de León. <https://www.semana.com/nacion/articulo/congreso-aprobo-proyecto-de-ley-para-castigas-ataques-con-acido/451207-3>
- Sierra Fajardo *et al.* (2014). Impacto social de la violencia intrafamiliar. <https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/49496/Violencia+Intrafamiliar.pdf>
- UNICEF. (2017). Una situación habitual. Violencia en las vidas de los niños y los adolescentes. [https://www.unicef.org/publications/files/Violence\\_in\\_the\\_lives\\_of\\_children\\_Key\\_findings\\_Sp.pdf](https://www.unicef.org/publications/files/Violence_in_the_lives_of_children_Key_findings_Sp.pdf)
- UNICEF. (). Violencia emocional. [https://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/entrega\\_7-violencia\\_emocional.pdf](https://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/entrega_7-violencia_emocional.pdf)



## Capítulo 14

# Acciones colectivas contra el feminicidio en Colombia<sup>1</sup>

Daniela López Gómez<sup>2</sup>, Ómar Huertas Díaz<sup>3</sup>, Luis Fernando Garcés Giraldo<sup>4</sup>,  
Cristina Rumbo Bonfil<sup>5</sup>, Luz Mireya Mendieta Pineda<sup>6</sup>

### Resumen

Este texto analiza cada una de las acciones colectivas llevadas a cabo en Colombia para prevenir el feminicidio, teniendo presente información del Observatorio de Feminicidio del grupo Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” Facultad de Derecho, de la Universidad Nacional de Colombia, mediante un seguimiento riguroso del feminicidio y todas sus aristas, con el fin de analizar estrategias y vías que pudieran incidir en la prevención de esta violencia y en su disminución.

1 Capítulo en colaboración resultado de investigación entre el Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Extrema Ratio UN, reconocido y clasificado Minciencias 2018 en A1, Derechos humanos y Medio ambiente, de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC, Filosofía Política de la Universidad Libre y Derechos Humanos y Víctimas en escenario de Postconflicto, reconocido y clasificado en C, Minciencias 2018 de la Unidad Central del Valle del Cauca, UCEVA.

2 Magíster en Ciencia Política de la Universidad de los Andes, historiadora de la Universidad Javeriana, analista de prensa de Centro de investigación y Educación Popular CINEP, coinvestigadora del grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica Extrema Ratio UN. Correo: dlopez@cinep.org.co

3 Abogado, doctor en Derecho, especialista en Derecho Penal, postdoctor en Derecho, profesor asociado e investigador senior de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, de la Universidad de Alcalá (España), magíster en Derecho Penal, de la Universidad Libre, doctor en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar, magíster en Educación de la Universidad Pedagógica Nacional. Director Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Extrema Ratio UN, reconocido y clasificado Minciencias 2018 en A1. Correo: ohuertasd@unal.edu.co

4 Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, postdoctor en Filosofía de la misma universidad y en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. ORCID /0000-0003-3286-8704. Correo: lgarcés@americana.edu.co

5 Doctora en Derecho y Globalización por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Coinvestigadora del Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica Extrema Ratio UN de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente Coordinadora de Desarrollo Policial de la Academia Estatal de Estudios Superiores en Seguridad, Morelos, México. ORCID0000-0002-6724-5147. Correo: cristina.rumbo@morelos.gob.mx

6 Docente investigadora, titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, abogada, especialista en Instituciones Jurídicopolíticas, magíster en Derecho Procesal de la Universidad Libre, doctora en Derecho Penitenciario de la Universidad Libre. Código ORCID: orcid.org/0000-0003-0371-5012. Correo: luz.mendieta@uptc.edu.co

**Palabras clave:** feminicidio, violencia, acciones colectivas, femicidio infantil, protestas.

## Introducción

Colombia es uno de los países que reporta más feminicidios al año. Solo para el 2018 la Defensoría del Pueblo registraba, aproximadamente, 6000 mujeres con amenazas, de las cuales más de la mitad provenían de sus parejas y el restante de sus exparejas (Defensoría del Pueblo, 2018). La realidad colombiana, parece mostrar que la mayor parte de los asesinatos y ataques son producidos por quienes decían amarlas y compartían con ellas una relación.

En el 2019 y principios del 2020, las cifras no han cambiado, por el contrario, han tendido a aumentar, lo cual deja en evidencia la poca efectividad de las medidas y políticas implementadas por el Estado. Es claro que no es suficiente una ley que penalice este delito, pues es fundamental el diseño de estrategias que estén orientadas a la prevención y no únicamente al castigo. Adicionalmente, las políticas que existen no son aplicadas de forma efectiva, la justicia no responde de manera rápida y eficaz, y las entidades de denuncia no reaccionan a tiempo; como consecuencia de ello, el feminicidio continúa siendo una realidad en aumento.

Para comprender este problema social, el Observatorio de Feminicidio del grupo Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UN, Facultad de Derecho, se propuso hacer un seguimiento riguroso del feminicidio y todas sus aristas, con el fin de analizar estrategias y vías que pudieran incidir en la prevención de esta violencia y en su disminución.

Dentro de sus análisis, se planteó hacer seguimiento, no solo a los casos registrados, sino a las acciones colectivas que la sociedad lleva a cabo como forma de protesta frente a estos actos y a la incapacidad de las instituciones por atenderlos, pues es importante reconocer que, gracias a todas estas iniciativas, el feminicidio ha salido a la luz y por lo tanto se ha ubicado en un problema de primer nivel cuya urgencia es evidente.

Con base en ello, este capítulo se dedica a analizar el surgimiento de acciones colectivas, desarrolladas por varios sectores de la sociedad, cuyo objetivo

es hacer público lo que históricamente ha sido exclusivo del ámbito privado, y es aquello que en términos coloquiales hace referencia a “*la ropa sucia se lava en casa*”. Esa violencia que suele ser constante y progresiva y que mucha vez ha terminado con la muerte; una violencia que ocurre, generalmente, en el hogar, el espacio más seguro, pero a la vez más riesgoso para las mujeres que están involucradas en un círculo de violencia producto de un modelo de sociedad patriarcal que asume su vida como propiedad de otro y no de ella misma.

Esto no quiere decir que el feminicidio se reduca al escenario de pareja; existen asesinatos de mujeres por razones de género en el marco del conflicto armado, en escenarios carcelarios e incluso, en las relaciones cotidianas de otras culturas (Huertas, 2017, p. 115); pero, por lo menos en Colombia, durante los años 2015 y 2020, las cifras más altas de asesinatos de mujeres son a manos de su círculo más cercano.

Finalmente, cabe mencionar, que en el seguimiento realizado por el Observatorio de Feminicidio también se analizó otro tipo de feminicidio, el infantil, cuya característica general es la presencia de signos de tortura y violación sexual previo al asesinato. Esto quiere decir que este no muestra una tendencia de edad, pues tanto niñas, como adultas y mujeres de la tercera edad han sido víctimas de esta violencia.

## **El feminicidio**

El feminicidio, como lo han definido Diana Rusell y Jane Caputi, es el asesinato de una mujer por el hecho de serlo, el cual es motivado por la misoginia, el placer, el control y poder que cree tenerse sobre ella, todo motivado por las desiguales relaciones entre la mujer y el hombre dentro de un modelo patriarcal y machista que ha estado presente a lo largo de la historia en nuestra sociedad (Russell y Caputi, 2005, pp. 135, 138). Por lo general, estos asesinatos están antecedidos por tortura, tratamientos degradantes y en algunos casos violencia sexual, es decir una instrumentalización del cuerpo femenino que hace que estos crímenes tengan un componente comunicativo muy fuerte (Segato, 2003).

Adicionalmente, es importante abandonar la idea de que el feminicidio es un asesinato aislado, producto de situaciones excepcionales sujetas a presión

y celos del hombre, pues el seguimiento de esta violencia tanto en Colombia como en otros países ha demostrado que esta es el resultado de una cadena de maltratos y agresiones cuya base es la permanencia de unos patrones de género que siguen considerando a la mujer como inferior y susceptible a agresiones y abusos. Lo que indica que el feminicidio no se reduce al asesinato de la mujer por un hombre por el hecho de serlo, pues como bien lo ha explicado la socióloga Marcela Lagarde, son muchos más agentes los que entran a jugar un papel fundamental, entre los que está el Estado quien cumple una función definitiva respecto a este delito. Según Lagarde:

El feminicidio entonces no solo se trata del asesinato de mujeres por su condición de ser mujeres, sino de la construcción social de estos crímenes de odio, culminación de la violencia de género contra las mujeres, así como la impunidad que los configura. Analizado así, el feminicidio es un crimen de Estado ya que este no es capaz de garantizar la vida y la seguridad de las mujeres en general, quienes vivimos diversas formas y grados de violencia cotidiana a lo largo de la vida (Lagarde, 2001, pp. 12-13).

Ahora bien, a partir del año 2015 con la sanción de la ley Rosa Elvira Cely y el aumento de las acciones colectivas en contra del feminicidio, este delito se ha visibilizado ampliamente, es decir que se han podido conocer las cifras de asesinatos de mujeres por razones de género, a pesar de que aún el subregistro sigue siendo muy elevado. Estos dos elementos (la sanción de la ley y las acciones colectivas) han motivado a las mujeres a denunciar los casos de agresión y a los familiares de quienes han sido asesinadas a buscar justicia y detener esta violencia.

Lo anterior ha permitido reconstruir, caracterizar el feminicidio, y por lo tanto mostrar algunas tendencias y patrones del mismo. Por ejemplo, en Colombia, entre el 2015 y el 2020 se ha podido identificar, como se dijo anteriormente, que este delito, en la mayoría de los casos, es de feminicidio íntimo, por lo general con denuncias previas interpuestas por la víctima. Situación que ha mostrado la incapacidad y poca agencia de las instituciones del Estado frente a una violencia que es letal.

Esto quiere decir que muchas mujeres han sido asesinadas por parejas y exparejas, quienes habían mostrado un cuadro de violencia previo al asesi-

nato. Este último aspecto es fundamental, ya que permite comprender el feminicidio como producto de una cadena progresiva de eventos de violencia y agresión, cuya máxima expresión es la muerte, lo que se ha explicado desde la noción de *continuum de violencias* (Huertas, 2017, p. 115), la cual hace parte, a su vez, de una estructura social que ejerce todo tipo de violencias hacia la mujer.

En cuanto a la relación entre el feminicidio y el hogar, este ha sido un aspecto que ya ha sido señalado por varios estudios, en los cuales se ha afirmado, que este, la relación de pareja, e incluso el ámbito familiar continúan siendo los escenarios, por excelencia, de la agresión de género y del feminicidio. Con relación a ello, es importante tener en cuenta la afirmación de Dídima Rico Chavarro, profesora de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia:

La forma como el tejido familiar es sostenido por la fuerza de las mujeres, queda roto e indefenso y sometido al miedo del poder patriarcal que se expresa con la fuerza coercitiva de lo que significa militarizar la vida cotidiana, disciplinar, vigilar, reproducir y mantener el poder a través de la fuerza y la violencia extrema, en este caso del feminicidio (2016, p. 42).

Lo anterior hace parte de lo que se ha denominado la *cara oculta de la familia* (Bosch, 2013, p. IX). Concepto clave a la hora de analizar el feminicidio en Colombia, pues este es un país fundamentalmente conservador y aún muy aferrado a la relación entre mujer abnegada como pilar del ideal de la familia y el hogar, a pesar de que en su interior puede ser un lugar de humillación, relaciones de poder inequitativas y en el peor de los casos, agresión física, psicológica y muerte.

Para comprender entonces esta violencia, es necesario, además, tener en cuenta cuatro elementos. El primero es la invisibilización de esos homicidios, con categorías como la de crimen pasional por medio de las cuales se atribuye el asesinato a ataque de celos causado por el dolor y el desespero de perder lo que se ama, una conducta irracional y que en otras condiciones nunca hubiera salido a flote; por lo cual, se considera que quien asesina por este motivo, realmente, no es una amenaza para la sociedad, pues su acto fue motivado por emociones de una relación intensa y desmedida (Jimeno, 2004, p. 95); el

segundo es su relación con la construcción social del amor junto con la tendencia a culpabilizar a la mujer.

Aquí es importante señalar que la mayor parte de asesinatos íntimos decían haberse cometido por la pérdida de una mujer a quien se amaba desesperadamente, lo que refleja una construcción social del amor tradicional, patriarcal, en que el hombre es propietario y dueño de la vida de la mujer que ama. Un amor en donde los celos, la posesión y la resistencia son centrales, por lo tanto, es válida y de cierta manera permitida la agresión; un amor *para toda la vida; exclusivo e incondicional* (Bosch, 2013, p. 48). Esto es lo que algunas académicas como Esperanza Bosch, Victoria A. Ferrer, Virginia Ferreiro y Capilla Navarro han llamado la zona oscura del amor, es decir:

Aquella que le permite ser utilizado como coartada de los mayores crímenes y atropellos a los derechos humanos, bajo cuyo paraguas se justifican asesinatos, abusos y torturas, humillaciones, secuestros, golpes e insultos de todo tipo. Es la parte perversa del amor (2013, p. 3).

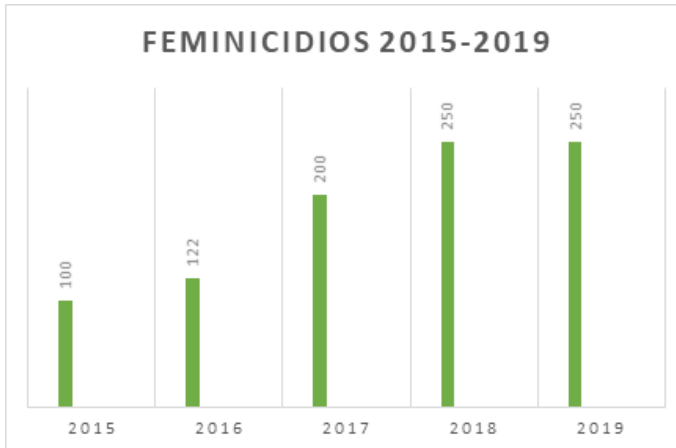
El tercero elemento es el alto grado de impunidad y el cuarto el alto nivel de agresividad y sevicia en los crímenes, lo cual evidencia un componente comunicativo muy alto en los asesinatos, casi siempre de poder, inferioridad y control sobre el cuerpo, la vida y la muerte de la mujer.

## **El feminicidio íntimo en Colombia**

En Colombia entre el 2015 y el 2020 se han reportado, en total, 1042 feminicidios. Solo entre el 2015 y el 2018, 672 asesinatos de mujeres, en su mayoría por parejas o exparejas. Aproximadamente 360 eran madres de más de un niño, dejando 650 huérfanos (el 90 % menores de edad); 200 de esos niños fueron testigos directos del asesinato de sus madres, a manos de sus esposos o exesposos (padres de los niños o padrastros) y más de 20 fueron quienes alertaron a la policía o a familiares.

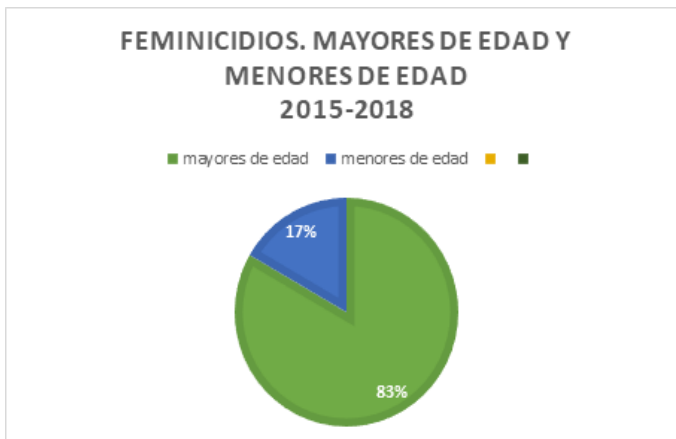
En cuanto al 2019, este fue un año muy violento para las mujeres, más de 250 feminicidios se reportaron en total; por lo menos 30 fueron de niñas me-

nores de 17 años; casi el 30 % pusieron denuncias previas a su muerte y 290 fueron los niños que quedaron en condición de orfandad.



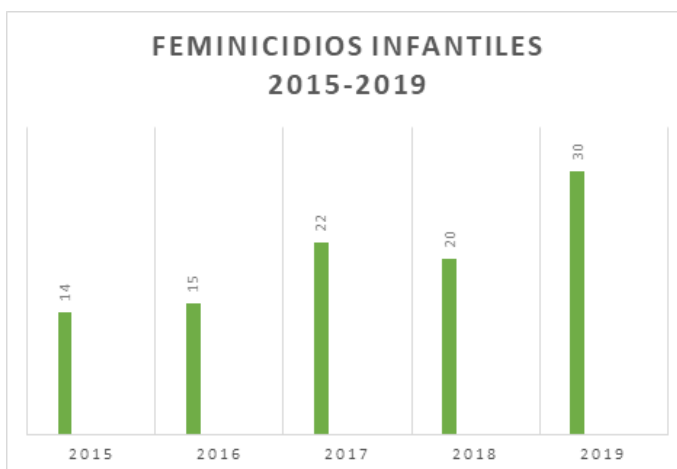
**Figura 1.** Femicidios 2015-2019

**Fuente:** Observatorio de Femicidio, grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UN, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia (2020).



**Figura 2.** Femicidios. Mayores y menores de edad. 2015-2018

**Fuente:** Observatorio de Femicidio, grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UN, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia (2020).



**Figura 3.** Femicidios infantiles 2015-2019

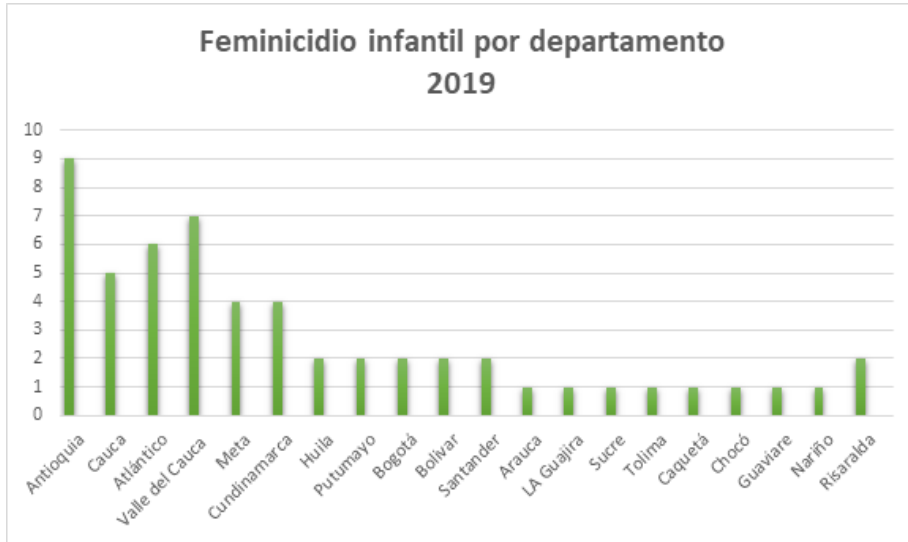
**Fuente:** Observatorio de femicidio, grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UN, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia (2020).



**Figura 4.** Femicidios por departamentos. 2019

**Fuente:** Observatorio de Femicidio, grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UN, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia (2020).





**Figura 5.** Feminicidios infantiles por departamento. 2019

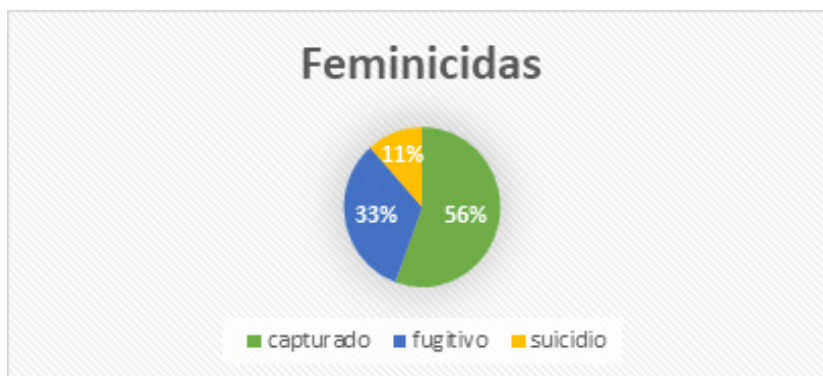
**Fuente:** Observatorio de Feminicidio, grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UN, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia (2020).

Hay que decir, frente a la realidad que exponen las cifras anteriores tanto de feminicidios infantiles como de feminicidios de mujeres adultas, que el acceso a la justicia es precario e insuficiente, a pesar de existir una ley que se ocupa de este delito de forma independiente (Ley 1761, Ley Rosa Elvira Cely). Por ejemplo, en el 2019 la mayoría de feminicidas fueron capturados, no obstante, muchos han sido procesados por homicidio simple y no por feminicidio, lo cual tiene importantes repercusiones en las penas, que por lo general son muy bajas.

Lo que se evidenció entonces, fue un tratamiento de la justicia, de cierta forma, efectivo a la hora de la captura del feminicida pero deficiente en términos de atención a denuncias, lo cual repercutió en el asesinato de las mujeres víctimas de maltrato, tal y como fue en los casos de Lina María Jaramillo, Karol Andrea Grisales Casas, Claudia Milena Soto Gómez y María del Tránsito Aponte<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Lina María Jaramillo (asesinada en Candelaria, Valle del Cauca, por su exnovio y quien interpuso cuatro denuncias); Karol Andrea Grisales Casas (asesinada por su expareja en Palmira, Valle del Cauca; había interpuesto tres denuncias); Claudia Milena Soto Gómez (asesinada en Marinilla, Antioquia, por

Finalmente, la tipificación de homicidio o de suicidio en vez de feminicidio, en muchos casos reportados, puso en duda el accionar de las instituciones estatales y ha desconocido la Ley Rosa Elvira Cely que hoy en día es la que cobija todo acto de violencia contra la mujer por razón de género<sup>8</sup>.



**Figura 6.** Femicidas: capturado, fugitivo, suicidio

**Fuente:** Observatorio de Femicidio, grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UN, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia (2020).

## Acciones colectivas de mujeres en Colombia

La lucha por los derechos de las mujeres en Colombia ha tenido una fuerza importante a lo largo de los siglos XX y XXI, aunque, como lo ha señalado

un vecino; había interpuesto cuatro denuncias); María del Tránsito Aponte (asesinada por su expareja en Cartagena; había interpuesto una denuncia).

8 Esta ley tiene como objetivo sancionar el feminicidio, prevenirlo y erradicarlo, a través de medidas de sensibilización de la sociedad. Su objetivo es crear un delito autónomo que responde a quien causare la muerte a una mujer por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género, en el que se identifique: A. una relación familiar, íntima o de convivencia con la víctima, de amistad, compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonio que antecede al crimen; B. Ejercer sobre el cuerpo de la mujer actos de instrumentalización de género y sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones y su sexualidad; C. cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural; D. Cometer el delito para generar terror o humillación; E. Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no; F. Que la víctima haya sido incomunicado o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella (Presidencia de la República. 6 de julio del 2015. Ley 1761, por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones).

Mauricio Archila (2014), esta lucha no se ha reflejado en las cifras reportadas de protestas y marchas puntualmente en temas de género, las cuales representan apenas un 3 a 4 % del total nacional, comparada con otro tipo de luchas como las del sindicalismo o el campesinado (movimientos en donde han hecho presencia las mujeres).

Es durante los años 30 cuando surgen algunos movimientos a favor de los derechos económicos y políticos (primera ola o movimiento sufragista), pero es partir de los años 70 cuando se empieza a conformar un movimiento feminista mucho más sólido (denominado de segunda ola), cuya característica principal era la revolución de la subjetividad y una ruptura cultural, en donde temas como las relaciones de pareja, el aborto, el lesbianismo, el cuerpo femenino y la cotidianidad eran fundamentales (Lamus, 2010, pp. 90-92). Sin embargo, ello no quiere decir que fuera un movimiento homogéneo y que no existieran distanciamientos o diferentes posiciones; de hecho, como lo narra la profesora y activista Doris Lamus (2010), las posturas diferentes se empezaron a notar, con más fuerza, a finales de esta década, por ejemplo, en torno a la posición y cercanía frente al Estado.

Posteriormente, con el recrudecimiento del conflicto, los movimientos sociales, incluyendo el de mujeres fueron orientándose hacia los asuntos de la guerra y la paz, por lo tanto, fueron restándole importancia a asuntos más domésticos como la violencia intrafamiliar, para iniciar un cubrimiento a la violencia en escenarios de guerra.

De esta forma, se fue fortaleciendo la movilización de las mujeres por razones de género en el marco del conflicto armado, especialmente a partir de 1999, la máxima expresión se dio en el año 2007 con más de 170 protestas (Archila, 2014). Adicionalmente, a partir de 1991 con la nueva Constitución, el movimiento se concentró en tener participación allí y en introducir modificaciones importantes que las tuvieran en cuenta.

Ahora bien, en cuanto a las protestas puntuales referidas a temas de mujeres, el investigador Mauricio Archila identifica dos etapas. La primera que tiene que ver con los derechos políticos y económicos, como se dijo anteriormente (años 1930 a 1960), la segunda relacionada con los derechos sociales y reproductivos de la cual se desprende una tercera desarrollada a partir de 1991 que tiene que ver con las condiciones económicas y con la participación

política derivadas del contexto neoliberal. A partir de aquí, además, surgen las movilizaciones que tiene que ver con el conflicto armado y sus repercusiones en términos de género.

Gracias a ellas, se fortaleció un campo de estudio e investigación que visibilizó todas las acciones violentas en contra de la mujer, tales como la violencia sexual, el maltrato, la prostitución y el asesinato entre otros. Además, se pudo profundizar en los efectos diferenciales del conflicto en la mujer, y la necesidad de atención integral para ellas (Memoria Histórica, 2017; Ruta Pacífica de las Mujeres, 2013; Humanas Colombia, 2008).

Sin embargo, este movimiento no se detuvo en denunciar la violencia, sino que llevó a cabo una sólida lucha que exigía vías pacíficas para darle fin al conflicto armado, participación y representación en los diálogos y negociaciones para darle salida al conflicto y construir estrategias de construcción de paz (Sánchez Mora y Rodríguez, 2015, pp. 158-159).

No obstante, se fue relegando, el tema de la violencia contra la mujer en otros escenarios tales como el hogar, el espacio público entre otros, hasta muy entrada la década del 2008, cuando empieza a ver un nuevo resurgir de estos temas y una creciente presión para atenderlos. Dentro de estas demandas, surgen las acciones colectivas contra el feminicidio.

## **Acciones colectivas contra el feminicidio**

Como se ha podido ver anteriormente, el activismo de organizaciones de mujeres a favor de sus derechos ha ido cambiando a través del tiempo. Unos de los movimientos más importantes ha sido el que gira en torno a las acciones en contra de la guerra. Las movilizaciones y otras acciones colectivas han sido muy fuertes en cuanto a la denuncia de la violencia hacia la mujer en el marco del conflicto armado y las fuertes repercusiones que este ha tenido en ellas. Sin embargo, a partir del 2012, algunas acciones colectivas de mujeres se volvieron más específicas, respecto a la violencia de género. Luego del feminicidio de Rosa Elvira Cely, sumado a una influencia de movimientos nacies en países como Argentina, Chile y México, el activismo empezó a referirse, con más especificidad, a un tipo de violencia contra la mujer, el feminicidio.

Esto estuvo influenciado por varios acontecimientos tanto internacionales como nacionales. En el ámbito internacional, por ejemplo, fueron definitivos: i) el aumento de estudios sobre el feminicidio provenientes de otros países, como México y Argentina, ii) la sanción de leyes que crearon el feminicidio como un delito autónomo en estos mismos países, iii) el aumento de protestas y movilizaciones liderados por nacientes movimientos como “Ni Una Menos”, el cual se creó en el 2015 en Argentina y se extendió rápidamente a otros países.

En el ámbito nacional, el feminicidio de Rosa Elvira Cely fue un detonante que activó la creación de muchos grupos para frenar este tipo de violencia y fortaleció e, incluso, reactivó otros tantos. Motivó varias estrategias para incentivar la denuncia, lo cual provocó un aumento en la visibilización de los casos de asesinato de mujeres y, por lo tanto, un aumento en las acciones colectivas para denunciar estos hechos. Sin duda alguna, la sanción de la Ley Rosa Elvira Cely en el 2015 fue definitiva para fortalecer las demandas específicas frente al feminicidio.

Puede decirse que, a partir del 2012, empiezan a tomar fuerza una serie de acciones motivadas por pequeños colectivos con el objetivo de denunciar los asesinatos de mujeres por el hecho de serlo. No quiere decir que antes no se dieran marchas, protestas, eventos y otro tipo de acciones en contra de esta violencia; de hecho, ya en los años 90 se habían creado varios grupos, hoy en día muy fuertes, que, dentro de sus denuncias, incluían los asesinatos de mujeres en otros escenarios distintos a la guerra. Sin embargo, el feminicidio íntimo, por ejemplo, continuaba siendo un tema doméstico, muy al interior del hogar, y a pesar de que se hablaba del maltrato intrafamiliar, las acciones colectivas en contra de esta situación hacían parte de un entramado más amplio de exigencias, cuyo marco era la violencia de género.

Pero lo que se ha evidenciado a partir del 2012 es un fortalecimiento de acciones colectivas que hacen referencia exclusiva al feminicidio. Por lo tanto, actualmente, si bien, hay unas cifras muy altas de feminicidio en Colombia, también hay iniciativas que han nacido de pequeños grupos de mujeres y cuya función es generar presión en la sociedad, para que esta violencia frene y no queden impunes tantos asesinatos registrados.

Gracias a este fortalecimiento y surgimiento de estas acciones colectivas, el feminicidio se ha visibilizado y ha empezado a ser un problema social de gran envergadura. Además, han llevado a cabo un trabajo que no solo tiene que ver con evidenciar la violencia, sino con emprender una lucha contra la impunidad, mostrar las deficiencias estatales, llamar la atención de los medios de comunicación y hacer presión para que no sean un actor victimizante más.

Ahora bien, cabe aclarar que las acciones colectivas que han surgido en contra del feminicidio no se han limitado al crecimiento del número de manifestaciones y protestas, pues también se han creado pequeños observatorios cuya función ha sido la visibilización de esta problemática a partir de las estrategias virtuales que difunden y motivan a denunciar la violencia contra la mujer. Son colectivos que, a partir de las redes sociales, han logrado comunicar a las personas lo que sucede con las mujeres y unirse, a la vez, al clamor para pedir cambios reales, estructurales, que permitan el desarrollo de una vida libre de violencia para la mujer y el respeto a su vida.

Dentro de sus objetivos están: i) visibilizar el feminicidio; ii) brindar asesorías y representación jurídica frente a una incapacidad del Estado; iii) hacer un seguimiento a la problemática y mostrar cifras reales, pues, las cifras y el abordaje que hacen las instituciones del Estado se han quedado cortas, y no describen la crítica realidad y iv) hacer presión para que el Estado implemente medidas efectivas para frenar esta violencia. Son observatorios creados desde el activismo de las mujeres que los conforman.

Lo anterior refleja que, a pesar de que Colombia se encuentra en un escenario de violencia extrema contra la mujer, lo cual se ve reflejado en las cifras registradas, hay un movimiento que se ha venido fortaleciendo y cuyo objetivo es denunciar y pedir que la violencia de género, en especial el feminicidio, pare y con ello que cambie la forma como se ha concebido históricamente a la mujer, a su cuerpo y a su vida. Es un movimiento que pide ver a la mujer como dueña de sí misma, dueña de sus decisiones y no como propiedad de alguien, un movimiento que reclama un cambio urgente en la forma como se conciben el amor y el hogar.

Las bases son la herencia de la lucha feminista en Colombia, desde luego, pero la integración de estas acciones no necesariamente es exclusivamente de feministas.

Algunos de los observatorios que han surgido son:

- **Observatorio Ciudadano del Feminicidio:** fue creado en el 2017 por Gina Pineda Garzón, motivado por la falta de seguimiento de los casos de feminicidio en el departamento de Santander y, por lo tanto, el alto nivel de impunidad. Dentro de sus objetivos están el realizar un conteo detallado de los feminicidios en Santander; visibilizar los casos y asesorar a víctimas de violencia de género o familiares de mujeres víctimas de feminicidio.
- **Fundación Feminicidios Colombia:** fue creada en el año 2018, debido al poco seguimiento del feminicidio en Colombia, y a la invisibilización de las cifras. Su objetivo es visibilizar el feminicidio a través de las redes sociales; realizar un conteo detallado de los feminicidios en Colombia, asistir a las víctimas y motivar acciones y talleres sobre esta problemática.
- **Observatorio Feminicidios Colombia:** es un sistema de información creado por la Red Feminista antimilitarista, cuyo objetivo es visibilizar el feminicidio; realizar un conteo de los feminicidios en Colombia; hacer seguimiento a las manifestaciones de organizaciones de mujeres en contra de la violencia; producir conocimiento y generar acciones colectivas para ejercer presión al Estado y así frenar la violencia patriarcal contra las mujeres.
- **Colectivo de mujeres del Tolima:** creado en el 2016, articula varias organizaciones de mujeres del Tolima. Su objetivo es la defensa de derechos de mujeres en el Tolima; visibilizar las múltiples violencias contra las mujeres; visibilizar las acciones por la paz y respeto por los derechos de las mujeres y generar acciones colectivas para llamar la atención, tanto del Estado como de la sociedad sobre la violencia contra la mujer.
- **Observatorio de Feminicidio Facultad de Derecho:** creado por el grupo Red de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UN, su objetivo es visibilizar el feminicidio; realizar un conteo detallado de los feminicidios y de las protestas en contra de la violencia contra la mujer; producir y difundir conocimiento acerca del feminicidio.

Como se puede ver, todos tienen una preocupación en común y es el seguimiento de casos y la recolección de cifras. Si bien, estas no dan cuenta del

problema en su totalidad, sí proporciona la posibilidad de hacer un seguimiento juicioso, crear mapas, georreferenciar el delito, y así poder identificar cada situación y generar estrategias preventivas verdaderamente exitosas para prevenir y erradicar esta violencia (Monárrez, 2013, p. 113).

Adicional a estas iniciativas también se debe destacar aquellas que provienen desde los medios de comunicación, como una forma de cambiar la forma de transmitir la violencia de género. Este ha sido un compromiso que se ha propuesto tener una influencia más fuerte en la tarea de prevenir y frenar la violencia de género, como respuesta a una tendencia que se venía dando, tanto de la prensa como de la radio en profundizar la violencia de género a través de narraciones victimizantes y poco sensibles ante la realidad. Estas iniciativas son No es hora de callar, creada por Jineth Bedoya, quien no solo se ha encargado de dirigir una nueva forma de narrar la violencia contra la mujer, sino de atender y apoyar a las víctimas de esta violencia. También está el programa Las Igualadas, y NO es Hora de Callar creado por el periódico Vanguardia Liberal en el año y cuyo propósito es motivar a la denuncia de las mujeres víctimas de violencia en Santander.

## **Protestas**

Como se ha dicho en todo el capítulo, las movilizaciones en contra del feminicidio solo empezaron a reportar una presencia importante a partir del año 2012, cuando el país fue testigo del cruel feminicidio de Rosa Elvira Cely. Si se analiza la figura 7, en el 2012 se realizaron más de cinco movilizaciones para protestar por este asesinato y el resto fueron manifestaciones motivadas por dos casos más que salieron a la luz. Desde este año, las demás protestas y acciones colectivas empezaron a citar el feminicidio como una de las razones de las reuniones.

Uno de los elementos que puede identificarse en las protestas es el uso de la misma para denunciar feminicidios puntuales y llamar la atención del Estado, este es el caso de las protestas realizadas en el 2013 (cuatro se realizaron a nivel general y seis denunciando crímenes específicos). Lo cual quiere decir que la protesta ha sido utilizada no solamente para visibilizar este tipo de violencia, sino también como una estrategia de los familiares y allegados de las víctimas para llamar la atención de la justicia y promover acciones contra la impunidad.



Otro aspecto importante a tener en cuenta es que en este tipo de marchas, los miembros de las comunidades, veredas, barrios y localidades donde ocurrió el feminicidio participan de forma activa. Es decir que no se reduce a un colectivo, sino que, por lo general, la participación es más amplia y variada.

Adicionalmente se evidencia un cambio en cuanto a los lugares en donde se desarrollan este tipo de protestas. Por lo general, entre el 2010 y 2015 se llevaban a cabo en las principales ciudades, Medellín, Bogotá, Cali, entre otras. Sin embargo, esto ha venido cambiando, a tal punto que en el año 2019, en donde hubo un gran aumento en las movilizaciones contra el feminicidio, estas se llevaron a cabo en ciudades intermedias como Santa Marta, Barranquilla y Montería y en municipios periféricos como Puerto Asís (Putumayo), Buenaventura (Valle del Cauca), Cabuyaro (Meta), El Retorno (Guaviare) y Saravena (Arauca).



**Figura 7.** Número de protestas por año

**Fuente:** base de datos Observatorio de Feminicidio. Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UN; Base de datos Movimientos Sociales. Centro de Investigación y Educación Popular Cinep (2020).

Ahora bien, como lo muestra la figura, el 2019 fue uno de los años que más reportó protestas en contra del feminicidio, con 44. De estas, 13 se realizaron por asesinatos puntuales, solicitando atención del Estado y justicia; 9 se realizaron en contra de feminicidios infantiles (es importante recordar que en el año 2019 se reportó nuevamente una cifra muy alta de asesinato de niñas

menores de 10 años); y 19 se realizaron con el objetivo de rechazar este delito en el país.

Una de las características principales fue la variada y amplia participación, pues hicieron presencia hombres, mujeres sin una vinculación o línea política, jóvenes formadas en el feminismo, e incluso sectores de la iglesia católica, como la marcha liderada por el Arzobispo de Cali, monseñor Darío de Jesús Monsalve Mejía, el 15 de enero del 2019, con el objetivo de manifestar en contra de la violencia contra las mujeres y como protesta por el asesinato de Lady Johana, quien fue torturada y asesinada a finales del 2018 (Conferencia Episcopal de Colombia, 2019).

Muchas personas que protestan son víctimas directas e indirectas y esto tiene que ver con una situación muy común a la hora de hablar del tratamiento de feminicidio en Colombia; en su mayoría, son los familiares de las víctimas quienes han tenido que desplegar una serie de estrategias para que la Justicia responda frente a estos asesinatos, atienda los casos, asuma la poca atención a las denuncias realizadas e implemente medidas para detener este flagelo.

Una de estas estrategias han sido las protestas de familiares y allegados a las víctimas en los juzgados, en los barrios, en la Fiscalía, como se ha visto con los casos de Brenda Pájaro asesinada en el 2018 (El Herald, 2019), de Leidy Delgado, quien fue atacada en Bogotá por su exnovio a pesar de haber interpuesto 17 denuncias (Noticias RCN, 2019). Lo anterior muestra cómo se va configurando un movimiento contra el feminicidio en Colombia, que a pesar de no ser tan fuerte como en países como México, Chile y Argentina sí ha mostrado un fortalecimiento progresivo que se ha reflejado en el aumento de protestas y otras acciones colectivas a nivel nacional. Esto ha sido fundamental para presionar e impulsar la creación de políticas y estrategias para hacerle frente a este tipo de violencia. Se puede asegurar que es gracias a estas acciones colectivas que el feminicidio ha empezado a verse como un problema de primer nivel, aunque aún falte camino por recorrer para que, de parte del Estado, realmente lo sea y se empiecen a generar estrategias efectivas que no solo se centren en la judicialización sino también en la prevención a partir de un cambio en las formas de relacionamiento entre la sociedad.

A continuación, algunas de las protestas realizadas en el 2019 contra feminicidios y feminicidios íntimos.

**Tabla 5.** Protestas por feminicidios realizadas en el año 2019

Marcha	Lugar	Fecha
Marcha por el asesinato de Lady Johana Morales	Cali –Valle del Cauca	16-01-2019
Marcha liderada por la Asociación Amanecer de Mujeres por Arauca – AMAR por el feminicidio de la joven Laura Nayibe Peña Cáceres	Saravena- Arauca	22-01-2010
Marcha contra feminicidio de Tatiana Marcela y Yeimi Lorena Ibarra Arias	Vista Hermosa- Meta	06-08-2019
Marcha por el asesinato de Isabela Escobar	Medellín- Antioquia	15-02-2019
Marcha por asesinato de mujer en Duitama	Duitama- Boyacá	09-04-2019
Marcha por el feminicidio de Yenny Jiménez	Santa Rosa - Risaralda	26-04-2019
Marcha por el feminicidio de Claudia Soto	Marinilla- Antioquia	30-04-2019
Marcha contra feminicidio de Lina Guerra	Valledupar-Cesar	09-05-2019
Marcha contra feminicidio de mujer en avenida Los Militares	Valledupar-Cesar	13-06-2019
Marcha contra feminicidio de docente en Palmira	Palmira- Cali	27-06-2019
Plantón para recordar a Saida Johana, víctima de feminicidio	Manizales- Caldas	21-06-2019
Plantón contra feminicidio de Evelin	Villavicencio- Meta	12-06-2019

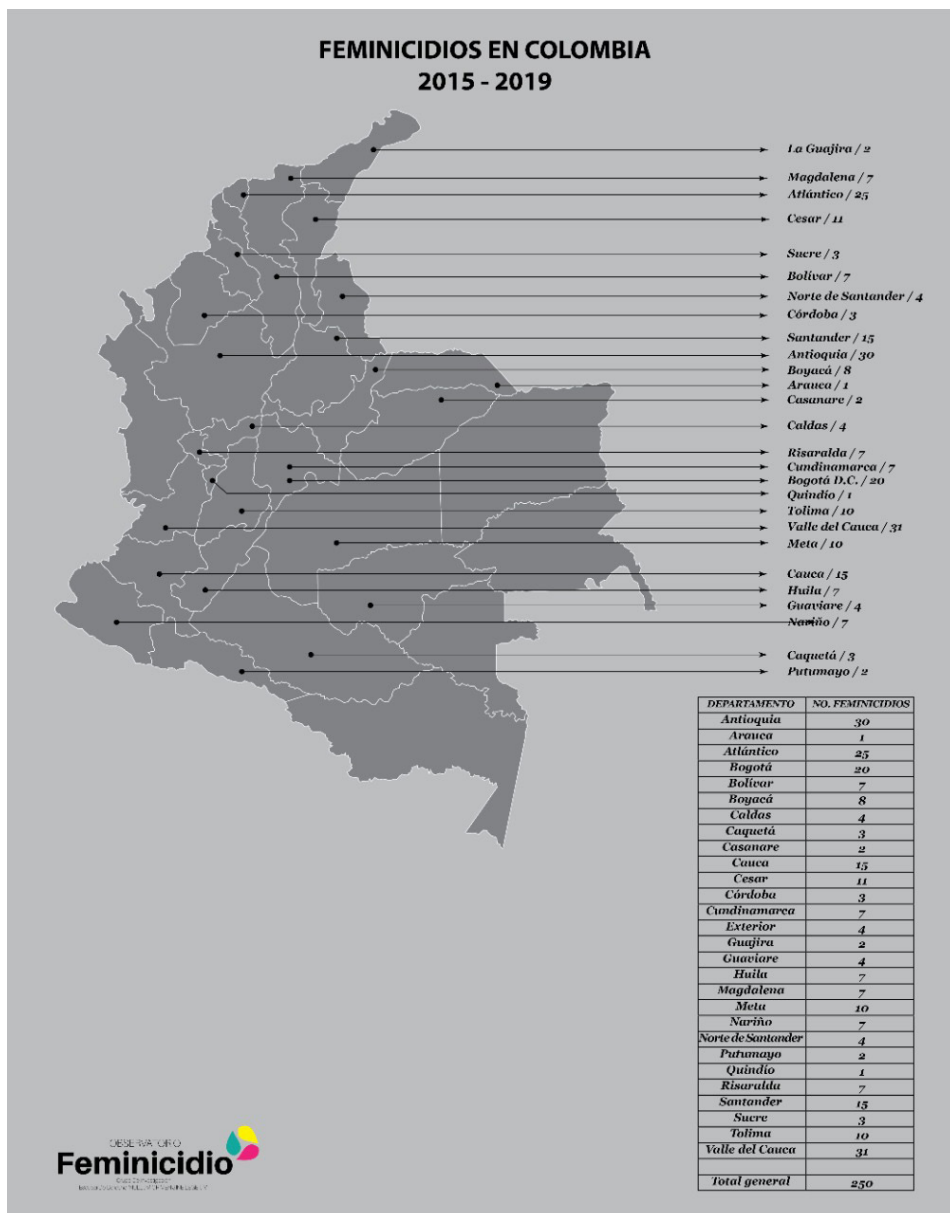
**Fuente:** base de datos Observatorio de Feminicidio. Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UN (2020).

**Tabla 6.** Protestas por feminicidios infantiles realizadas en el año 2019

Tipo de acción	Lugar	Fecha
Marcha en contra del asesinato de niña Angie Lorena.	Cabuyaro - Meta	02-01-2019
Marcha por asesinato de Katerine Astaíza	Timbío - Cauca	30-01-2019
Velatón para rechazar homicidio de menor	Ibagué-Tolima	27-02-2019
Marcha contra asesinato de niña	Buenaventura - Valle del Cauca	04-06-2019
Plantón en contra el asesinato de niñas y niños. Este plantón se hace a propósito del asesinato de una niña indígena	Samaniego - Nariño	26-06-2019
Marcha en rechazo al asesinato de una niña de 13 años	San Martín - Meta	29-07-2019
Con globos y mariposas homenajearon a niña de 12 años asesinada en Medellín	Medellín - Antioquia	15-08-2019
Puerto Libertador pide justicia por muerte de niña que habría sido abusada	Puerto Libertador - Córdoba	27-08-2019

**Fuente:** base de datos Observatorio de Feminicidio. Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UN (2020).

## Mapa de protestas en el año 2019



**Figura 8.** Mapa de protestas

**Fuente:** base de datos Observatorio de Femicidio. Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UN (2020).

## Conclusiones

A la hora de analizar el feminicidio, es importante detenerse en el seguimiento de la problemática, a través del registro de cifras, identificación geográfica, denuncias y tratamiento del Estado, pues en nuestro país hay descuido y poca rigurosidad al caracterizar este problema social, lo cual repercute en una invisibilización de las magnitudes del feminicidio.

Sin embargo, es igual de importante detenerse en otros elementos que giran en torno de esta problemática, tales como los medios de comunicación y el tipo de difusión respecto a los casos de feminicidio; la educación y las medidas efectivas de prevención y la acción colectiva en contra del mismo. Es precisamente este último elemento el que nos da evidencia del cambio que ha venido experimentando la sociedad frente a la violencia contra la mujer y a su vez la que ha logrado avances frente a la atención de parte del Estado.

Si bien el movimiento feminista ha tenido un gran recorrido histórico y ha tenido cambios importantes frente a sus demandas, desde 1990 las acciones colectivas se han centrado, por lo general en las violencias enmarcadas en el conflicto armado colombiano. Fue hasta avanzado el 2012 con el asesinato de Rosa Elvira Cely cuando resurgieron aquellas acciones centradas en la violencia de género en escenarios como el doméstico y fueron haciéndose más específicas respecto al feminicidio.

Gracias a estas protestas, algunos casos han retomado su fuerza en la Fiscalía o han sido tipificados de forma correcta, es decir feminicidio y no homicidio como muchos son, inicialmente, catalogados. También se ha logrado mayor atención de parte del Estado para el diseño de políticas preventivas, de fortalecimiento de líneas de denuncia y de mayor efectividad a la hora de atender a una mujer víctima de violencia.

Pero también nos muestra cómo la sociedad ha ido comprendiendo que la violencia contra la mujer no es normal, que la mujer no es propiedad de nadie, no es objeto, ni puede ser asesinada. Es una sociedad que, a pesar de que sigue siendo machista, ha ido tomando conciencia de las injusticias de un sistema patriarcal que ve a la mujer como inferior, débil y, por lo tanto, susceptible a toda violencia.

La protesta entonces ha sido una de las herramientas más importantes para solicitarle al Estado atención, acción y prevención. Ha sido definitiva para denunciar y para mostrar la inconformidad de las mujeres y algunos hombres frente a las desigualdades y malos tratos que sufren las mujeres por la única razón de serlo y por lo tanto debe ser analizada a fondo, con el objetivo de motivar el fortalecimiento de este movimiento que, si bien no ha sido tan sólido y fuerte como en otros países, sí empieza a mostrar un progreso importante con alta influencia en la sociedad.

## Referencias

Archila, M. (2014). *Aspectos sociales y políticos de las mujeres en Colombia, siglos XX y XXI*. Repositorio Universidad Nacional de Colombia.

Bosch E., Ferrer, V., Ferreriro, V. y Navarro, C. (2013). *La violencia contra las mujeres. El amor como coartada*. Anthropos.

Centro Nacional de Memoria Histórica (2017). *La guerra inscrita en el cuerpo. Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado*. Centro Nacional de Memoria Histórica.

Colombia Humanas. (2008). *Recomendaciones para garantizar los derechos a la verdad, a la justicia y la reparación de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia*. Ediciones Ántropos Ltda.

Huertas, O. (Ed.). (2017). *Feminicidio y educación. Aproximaciones y construcción del discurso desde la práctica social*. Universidad Nacional de Colombia.

Jimeno, M. (2004). *Crimen pasional. Contribución a una antropología de las emociones*. Universidad Nacional de Colombia.

Lamus, D. (2007). *De la subversión a la inclusión: movimientos de mujeres de la segunda ola en Colombia*. Tesis de Doctorado en Estudios Culturales, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar.

- Legarde, M. (Comp.). (2005). *Feminicidio, justicia y derecho*. México: Comisión Especial para Conocer y dar Seguimiento a las Investigaciones Relacionadas con los Feminicidios en la República Mexicana y a la Procuración de Justicia Vinculada. (Compilación del Seminario Internacional: Feminicidio, Justicia y Derecho, organizado por la Comisión Especial organizó en diciembre de 2004).
- Monárrez J., Cervera L. (2013). Actualización y georreferenciación del feminicidio en la ciudad de Juárez (1993-2010). En J. Monárrez y L. Cervera (coords.), *Geografía de la violencia en Ciudad Juárez, Chihuahua*. El Colegio de la Frontera Norte.
- Rico Chavarro, D. (ed). (2016). *Conversatorio a propósito del feminicidio*. Universidad Nacional de Colombia.
- Rusell, D. (2001). *Feminicidio: una perspectiva global*. Universidad Autónoma de México.
- Ruta Pacífica de las Mujeres. (2013). *La verdad de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia*. G2 Editores.
- Sánchez Mora, M. y Rodríguez Lara, Z. (2015). Acciones colectivas de las organizaciones de mujeres por la paz en Colombia. *Revista de Paz y Conflicto*, 8(2).
- Segato. R. (2003). La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez. Territorio, soberanía y crímenes de segundo estado. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Presidencia de la República. (2015). Ley 1761, Ley Rosa Elvira Cely. <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/LEY%201761%20DEL%2006%20DE%20JULIO%20DE%202015.pdf>

## Capítulo 15

# Análisis de las compañías holding colombianas como estrategia para la inversión extranjera en Colombia

Diego Alejandro Velásquez Pineda<sup>1</sup>

### Resumen

La Ley de Financiamiento de la República de Colombia, como es conocida la Ley 1943, de 28 de diciembre de 2018, introdujo, en su artículo 69, los artículos 894 a 898 dentro del Estatuto Tributario Colombiano, como régimen de las compañías holding colombianas, situación que merece un análisis detallado de esta disposición legal, que incluye la observación de los beneficios fiscales, concedidos a este tipo de compañías y los requisitos legales exigidos para acceder a estos.

Es pertinente un análisis contextual de la fiscalidad como elemento determinante en la localización de este tipo de empresas en Colombia, como agencia tributaria, y su adopción normativa como estrategia en la promoción de la inversión de capital extranjero en el país.

**Palabras clave:** sociedades holding, sistema fiscal, tributación

### Introducción

Esta investigación, presenta una observación de la fiscalidad internacional de las compañías *holding* colombianas, en el nuevo régimen, inserto en la Ley de Financiación 1943 de 2018, abordado desde la perspectiva teórica y crítica; esta ley tiene como objetivos: balancear el presupuesto general de la

1 Administrador de empresas, UNAD Universidad Nacional Abierta y a Distancia, abogado, Corporación Universitaria Americana, comunicador social-periodista, Universidad Pontificia Bolivariana, especialista en Gerencia, CEIPA. Executive MBA Máster en dirección de empresas, EAE, magíster en fiscalidad internacional, UNIR. Docente del programa Administración Financiera, Corporación Universitaria Minuto de Dios, Bello – Colombia. Correo: dvelasque59@uniminuto.edu.co



Nación, aumentar el crecimiento económico, simplificar el sistema tributario, avanzar en progresividad tributaria y garantizar la sostenibilidad fiscal<sup>2</sup>. Además, se pretende analizar las compañías holding colombianas como herramientas de planificación fiscal internacional, observando el tratamiento fiscal y tributario que se concede a esta nueva figura administrativo jurídica, y su importancia como elemento determinante en la decisión de localizar o deslocalizar sociedades holding en el Estado colombiano, valorando la jurisdicción tributaria, como plataforma para la promoción de la inversión de capital extranjero en el país.

La fiscalidad internacional en Colombia es reciente, el primer convenio de doble imposición se firmó con el reino de España en 2005, mediante la Ley 1082 de 2006, de 31 de julio. Por parte del Reino de España, se protocolizó mediante la Ley 17414/2005 del 28 de octubre de 2008.

Esta figura del derecho internacional se adoptó formalmente en el país, y con el paso del tiempo se ha desarrollado, mediante la firma de nuevos convenios, el fortalecimiento de las relaciones internacionales, enmarcadas en los tratados bilaterales, tratados de libre comercio<sup>3</sup> y convenios multilaterales, como la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y uno de los más recientes, el ingreso de la República de Colombia a la OCDE, como integrante número 37 de dicho organismo, desde el pasado 23 de mayo de 2018.

En dicho orden de ideas, estos instrumentos jurídicos propenden por la cooperación entre los estados miembros, coordinando las políticas públicas, la economía de mercados, la agenda social y la sostenibilidad, entre otros temas de interés.

En el plano jurídico colombiano, como ya se mencionó anteriormente, la Ley de Financiamiento 1943 de 2018, en su artículo 69, agregó los artículos 894 a 898 en el Estatuto Tributario (ET), sobre el nuevo régimen de compañías *holding* colombianas, al cual podrán optar las empresas o sociedades nacionales que tengan como actividad principal la tenencia valores, inversiones, *holding* de acciones o participaciones en sociedades colombianas o extranjeras.

2 Gaceta del Congreso 933, miércoles 31 de octubre de 2018. Exposición de motivos del proyecto de ley número 240/2018 Cámara.

3 TLC. Tratados de Libre Comercio, que firman los estados, regulan las relaciones comerciales, estableciendo zonas de libre comercio o reduciendo los aranceles, para proporcionar un ambiente propicio para el ejercicio el comercio internacional.

Esta investigación realiza un análisis de las compañías *holding* colombianas, desde la perspectiva jurídico tributaria, introducida en la normativa colombiana, para determinar su incidencia en la promoción de la inversión extranjera en el país; proceso que se viene gestando, desde hace varios años, con el desarrollo de diferentes acciones por parte del alto gobierno, como política de estado en la tarea de promover al país en torno a la captación de capital internacional, para la gestión y operación desde esta jurisdicción tributaria; en concordancia con este postulado en la cartilla de inversión en Colombia, se afirma: “Colombia recuperó su grado de inversión por parte de las tres principales calificadoras de riesgo: Standard and Poor’s, Moody’s y Fitch. El grado de inversión es un reconocimiento a la mejora de los indicadores de solvencia externa y fiscal de Colombia” (Procolombia, 2006)<sup>4</sup>.

## Metodología

El presente documento científico desarrolla una metodología descriptiva de tipo cualitativo, ya que a través de la revisión y observación bibliográfica, de la nueva figura jurídico tributaria de las sociedades *holding* colombianas; se analiza el incremento de la inversión de capital extranjero en Colombia, con posterioridad al establecimiento de la Ley 1948 de Financiamiento Económico, reforma tributaria que entró en vigor el 1 de enero de 2019. Investigación que se fundamenta en varias disciplinas, principalmente el derecho y la administración, escenarios en los que confluye tanto el objeto social como su constitución societaria.

Jurisprudencia y doctrina son referenciadas del ordenamiento jurídico español, para completar la fuente de información en la argumentación del tratamiento fiscal de las sociedades *holding*, además de observar la influencia de dicho tratamiento fiscal como elemento determinante en el proceso de localización de una sociedad *holding*, en la República de Colombia.

Se presenta la posición de la administración tributaria, respecto de las sociedades *holding* colombianas, en concordancia con el Régimen de Entidades

---

4 “Procolombia, es una agencia gubernamental de la rama ejecutiva del Gobierno de Colombia a cargo de promover las exportaciones colombianas, el turismo internacional y la inversión extranjera a Colombia para dotar a las empresas nacionales con apoyo y asesoramiento para sus actividades de comercio internacional”.

Controladas del Exterior (ECE), dispuesto en el artículo 882 del Estatuto tributario colombiano y los procedimientos básicos de la regulación fiscal de las entidades de tenencia de valores extranjeros españoles (ETVE).

## Desarrollo

### Objetivo y alcance del estudio

Analizar las compañías *holding* colombianas y su introducción en el ordenamiento jurídico interno, así como su tratamiento fiscal; lo que soporta una estrategia para la captación de inversión extranjera en Colombia; observando los requisitos y beneficios tributarios concedidos a estas sociedades.

### Marco teórico

Los efectos de la economía en la era de la globalización, han producido en el tema fiscal, un desarrollo de las leyes internas de la mayoría de los países del mundo, adoptando normas favorables para atraer multinacionales a sus sistemas tributarios; todo ello propicia escenarios cada vez más complejos y globalizados, al respecto Víctor Mauricio Castañeda Rodríguez, considera que:

La globalización ha incidido en la tributación, considerando la naturaleza multidimensional del fenómeno y la recaudación de los impuestos sobre la renta, consumo y comercio exterior; esto para establecer si los Estados han perdido la capacidad de atender las demandas de los ciudadanos y si ha existido algún tipo de compensación entre tributos (Castañeda, 2016. p. 383).

Este fenómeno que genera incertidumbre no es ajeno a las empresas y se conecta con los denominados *tax rulling*, prácticas, en principio legales, en las que una empresa solicita anticipadamente las condiciones impositivas de un determinado país, casos que cada vez más se exponen a la luz pública, como por ejemplo el escándalo de “LuxLeakes<sup>5</sup>”, en donde veintiséis países publicaron acuerdos confidenciales entre empresas multinacionales y las autoridades tributarias luxemburguesas.

---

5 Según el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ), casi 350 multinacionales firmaron acuerdos fiscales secretos, para rebajar sus impuestos, con el Gobierno de Luxemburgo.

Identificadas estas circunstancias, muchos Estados han reformado sus legislaciones para reducir los tributos, mediante diferentes exenciones, incluso llegando a desvirtuar el concepto de ayudas de Estado que tantos inconvenientes ha generado, respecto de la transparencia fiscal internacional; todo ello en el marco de referencia normativa para atraer inversión internacional a sus territorios.

Es pertinente observar la reflexión del concepto de globalización, descrito por Klaus Bodemer, en su artículo: “La globalización. Un concepto y sus problemas”:

La globalización, o más concretamente la transnacionalización de las empresas, no solo le hace perder peso y significación a los sindicatos, sino que –como ya se ha indicado– parece socavar también la capacidad de decisión de los gobiernos reemplazando la soberanía nacional por la soberanía global del capital. Semejante proceso avanza hacia el modelo de un Estado mínimo o «gendarme». Lo más curioso es que no son pocos los políticos que hablan del mercado como único regulador, sin darse cuenta de que al hacerlo están destruyendo su propia razón de ser. En conclusión, el poder de las empresas globalizadas consiste en: a) su capacidad de exportar puestos de trabajo a cualquier lugar del globo, donde los costos de trabajo sean más baratos; b) la segmentación de productos y fases de producción, y la diversificación espacial del proceso productivo, como sucede por ejemplo en el sector automovilístico. Las cosas han dejado de fabricarse en un mismo sitio y se componen de partes provenientes de medio mundo. Así, vehículos, computadoras, laboratorios farmacoquímicos complejos y hasta edificios localizados en Estados Unidos contienen proporciones importantes de elementos importados de distintas partes, inclusive técnicas y programas; c) la capacidad de negociar con los gobiernos nacionales con el fin de reducir la carga impositiva y bajar costos salariales directos e indirectos y de infraestructura; d) el hecho de que las empresas globales puedan elegir dónde tener sede, diseñar, producir, comercializar y pagar impuestos. Dicho en una forma simplificada: pueden residir donde es más bonito y pagar impuestos donde sea más barato. Lo más importante es que todas estas decisiones se toman sin participación de la «alta política», es decir sin

discusión parlamentaria o decisión gubernamental, ni siquiera con un debate público (Bodemer, 1998, pp. 11-12).

Los Estados no se desarrollan al ritmo de las grandes empresas multinacionales, que ubican sucursales, establecimientos permanentes y representaciones, en sus territorios; para optimizar la operación, reducir costes de producción, ganar participación en los mercados, pero fundamentalmente reducir sus impuestos.

En este aspecto los organismos multilaterales proponen desde el derecho internacional la adopción de normas que orienten el desarrollo de los sistemas legislativos internos de los Estados, para lograr una armonización jurídica entre las leyes locales, desde el derecho positivo, como opera por ejemplo en territorios comunes como la Unión Europea o la Comunidad Andina de Naciones.

Por consiguiente, las tendencias en la fiscalidad internacional impulsan a los Estados a reducir los tipos impositivos, como estrategia para la libre circulación de capitales, lo que fomenta el proceso de localización y deslocalización fiscal de las empresas multinacionales<sup>6</sup>, reduciendo tarifas, tipos nominales, transacciones y operaciones internacionales y aduaneras e incentivos fiscales, con el propósito de atraer inversión extranjera.

Ante el fenómeno de la globalización, como es definido por Elvira Sánchez Mateos, en su libro *Claves para entender las relaciones internacionales*, nos sitúa en el conocido concepto de “aldea global”, como:

La interrelación creciente entre los países y los pueblos del mundo, producida como consecuencia de la reducción de los costes del transporte y de las comunicaciones, de la reducción de las barreras a los flujos de bienes, servicios y capitales, y del aumento de los flujos de información, conocimiento y movilidad de las personas a través de las personas (Sánchez, 2018).

6 “Definimos la Internacionalización de la Empresa como una estrategia corporativa de crecimiento por diversificación geográfica internacional, a través de un proceso evolutivo y dinámico de largo plazo que afecta gradualmente a las diferentes actividades de la cadena valor y a la estructura organizativa de la empresa, con un compromiso e implicación creciente de sus recursos y capacidades con el entorno internacional, y basado en un conocimiento aumentativo” (Villarreal, 2005).

Teniendo en cuenta esta dinámica, los Estados deben disponer en sus normas internas ambientes jurídicos propicios que permitan el desarrollo empresarial, el crecimiento de la economía, lo que garantizará la estabilidad de los mercados; en contraposición a la incertidumbre que produce el movimiento de capitales entre los países, conocido comúnmente como capitales golondrina. Sobre este fenómeno comentan los expertos que un alto flujo de capitales se viene desplazando de los mercados latinoamericanos y europeos a los asiáticos; como resultado de diferentes variables, no solo políticas, sino también de la desaceleración económica que se advierte de manera generalizada en algunos de los países más desarrollados del mundo<sup>7</sup>.

Es preciso indicar, con relación a la fluctuación de capitales en los diferentes mercados internacionales, que esta operación también ha generado dificultades para el mantenimiento y crecimiento de la economía mundial, tal como lo describe Calderón (2017):

Las principales teorías económicas heterodoxas que han estudiado la relación entre las crisis macroeconómicas y los ciclos económicos establecen que los ciclos y las crisis se explican por la dinámica de la acumulación del capital y de la demanda efectiva. De acuerdo con esto, las crisis económicas generales están íntimamente ligadas con la dinámica del ciclo económico; las crisis marcan el fin de una fase de expansión y el inicio de otro ciclo (pp. 65-66).

Pese a la introducción normativa de las compañías *holding* colombianas, no se observa en la actualidad un cambio significativo en la formalización de este tipo de compañías, y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)<sup>8</sup> no cuenta con una estadística que permita determinar exactamente cuántas empresas se han constituido como compañías holding en el territorio.

7 Mientras que la zona emergente del Viejo continente no lo ha pasado mejor. Entre enero y septiembre de este año, reflejó un flujo neto negativo de USD 1,53 billones en acciones, con entradas solo en enero, y el resto del año en rojo. “En general, somos bastante pesimistas sobre la perspectiva de los activos de mercados emergentes en los próximos dos años, por un par de razones clave. Primero, creemos que la economía de China perderá más impulso este año, y en parte relacionado con esto, los precios de las materias primas caerán. En segundo lugar, a mediados del próximo año, creemos que la economía de los EE.UU. se desacelerará drásticamente a medida que el estímulo fiscal se desvanezca”, comenta el analista de Capital Economics, Olivier Jones. “Capitales golondrina” abandonan acciones de Latinoamérica y se van a Asia: Chile recibiría 42 % menos de flujos este año (Durante Parra, 2018).

8 La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se constituyó como Unidad Administrativa Especial, mediante Decreto 2117 de 1992, cuando el 1 de junio del año 1993 se fusionó la Dirección de Impuestos Nacionales (DIN) con la Dirección de Aduanas Nacionales (DAN). <https://www.dian.gov.co/dian/entidad/Paginas/Presentacion.aspx>

## Sociedades *holding*

- **Aproximación general al concepto de sociedad *holding***

Se advierte que no existe una definición en la técnica jurídica que indique un concepto claro, preciso y uniforme, desde el derecho internacional, el cual haya sido adaptado por las leyes internas de los diferentes Estados, concepto que por el contrario ha evolucionado en los temas administrativos y gerenciales.

Existen definiciones sobre las sociedades holding que denotan importantes aspectos, dependiendo de los enfoques o estudios desarrollados con dicho tipo de empresas, como la descrita por (Galdano, Roitman, León, López, 2012), en su texto *Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades*:

La sociedad holding se revela como una figura susceptible de asumir una doble y bien diferenciada ubicación. A veces se presenta como un sujeto de la economía industrial; también, a la vez, como el principal protagonista de esta. Otras veces se presta a ser ubicado en un ámbito totalmente distinto, como sujeto de la economía financiera, del terciario avanzado (Galdano, Roitman, León, López, 2012. p. 24)

Y continúan Galdano *et al.* (2012), para diferenciar entre varios tipos de *holding*:

Se debe distinguir entre el holding de vértice, que se ubica a la cabeza del grupo entero, de los holdings intermedios, o sub holdings, que dirigen y controlan sus propias controladas, pero que al mismo tiempo son dirigidas y controladas por el holding de vértice. La primera, como precisa el presente artículo, desarrolla la actividad de dirección y coordinación “en el interés empresarial propio”; las segundas los desarrollan en el interés empresarial “ajeno” (Galdano *et al.*, p. 80).

Generalmente se interpreta que *holding* es una sociedad de capital, por lo que es ubicada entre la economía industrial y la economía de finanzas, situación que permite inferir su determinante jurídico como una evolución del concepto, el cual es incorporado paulatinamente en los ordenamientos jurídicos internos de algunos Estados, según Galdano *et al.* (2012):

La sociedad de las finanzas tiene connotaciones mucho más amplias y complejas que aquellas a las cuales pueden referirse los productos financieros. En un momento el gran capital era mono sectorial y se dedicaba a un sector de la industria o del comercio o de los servicios. Era capital industrial, o comercial, o bancario, y así sucesivamente. Hoy el capital muestra la actitud relevante de pasar rápidamente de un sector a otro. Los paquetes accionarios de control de las grandes empresas cambian de mano, cada vez con mayor frecuencia (p. 23).

La ejecución de diversas operaciones por parte de las empresas *holding*, es considerada como unidad centralizada de filiales, desde un estado financiero, para la captación de capitales, y es en este plano en donde pueden ubicarse las conocidas Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE) españolas, mediante los títulos de participación, que en algunos casos son transados en el mercado de valores, a través de la comercialización de acciones; o también en la gestión de estos recursos financieros que puede entregar a sus filiales por intermedio de préstamos, entre otros. Pero en donde también se considera la distribución de beneficios a filiales y accionistas de acuerdo con el objeto social de su constitución, bien como la dirección estratégica de la organización o con el fin de la obtención del beneficio fiscal.

- **Clasificación de las sociedades *holding***

De manera general las sociedades holding se clasifican en puras y mixtas, tienen una importancia capital desde el punto de vista fiscal, en virtud de las legislaciones tributarias nacionales que discriminan el otorgamiento de sus beneficios fiscales dependiendo de este criterio:

Los sistemas fiscales toman en cuenta si la sociedad holding se dedica solo a gestionar un conjunto de acciones de sus participadas, o si, por el contrario, además, ejercen una actividad comercial o industrial, independientemente de qué tipo de actividad comercial o industrial desarrolle.

Dicho esto, cualquier otra clasificación atendiendo al objeto o función industrial o comercial que desarrolla la sociedad holding sería



una clasificación limitada a sociedades holding mixtas y habría tantas sociedades holding como finalidades y actividades industriales y/o comerciales pueda desarrollar (Cárdenas, p. 62).

- **Concepto mercantil de sociedades *holding***

Cuando la sociedad *holding*, que tiene por objeto la gestión de las empresas en las cuales participa, sin considerar los beneficios fiscales, se observa una sociedad netamente mercantil. Contrario a lo que ocurre cuando el porcentaje de participación accionaria es mínimo al referido como requisito exigido por las legislaciones internas para acceder a los beneficios tributarios que ofrecen los estados cuando tienen como propósito la captación de capital extranjero en su territorio.

La sociedad *holding*, desde el punto de vista mercantil, supone las consideraciones planteadas por (Cárdenas, 2013):

Cuando la sociedad holding actúa en ejercicio de su función de tenencia y gestión de participaciones de otras entidades, no se tiene en cuenta el grado de participación que aquella detente sobre éstas. En este caso, estamos en presencia de una sociedad holding, vista desde un punto netamente mercantil (p 49).

Lo anterior supone una constitución societaria con un propósito más empresarial, es decir, que la consideración sobre su fiscalidad no es tan relevante.

En el mismo orden de ideas, se puede afirmar también, que se está en presencia de una sociedad holding, desde un punto de vista netamente mercantil, cuando la finalidad de la misma es el control de las empresas del mismo grupo, existan o no beneficios fiscales de por medio. Para ello, al menos en España, la sociedad holding deberá cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 42 del Código de Comercio para convertirse en sociedad cabecera del grupo y detentar así el control de las demás empresas.

Por tanto, desde un punto de vista mercantil, una sociedad holding puede, también, definirse con base en la relación dominación-dependencia de un grupo de sociedades (p. 50)

- **Fiscalidad en sociedad *holding***

Como se ha advertido en este trabajo, si bien no existe un concepto unificado de la sociedad holding en sentido amplio, puede orientarse hacia la fiscalidad tal como lo han adecuado algunos expertos indicando que “desde un punto vista fiscal, la definición de una sociedad holding variará dependiendo de los requisitos legales exigidos por las legislaciones tributarias nacionales para considerarlas como tales” (Cárdenas, 2013, p. 51 -52).

En Colombia se presenta un escaso desarrollo normativo de sociedad *holding*; al respecto es pertinente destacar el trabajo presentado por Francisco Franco Mongua y Diego Fernando Rey Guerrero, denominado *El control societario en Colombia: la internacionalización de filiales y subordinadas por los grupos empresariales*, en donde se pudo establecer a nivel de conclusiones, que:

A pesar del desarrollo que ha tenido la legislación colombiana, especialmente desde 1995, con la expedición de la Ley 222, la regulación se ha centrado en fenómenos nacionales, y ha dejado de lado una regulación más específica sobre los fenómenos societarios asociados a entes internacionales.

Las estructuras de control de las filiales y subordinadas de los principales holdings de Colombia que están indexados en Colcap<sup>9</sup> han tenido tendencia a la internacionalización, lo que conlleva la necesidad de implementar mecanismos especiales enfocados en asegurar la transparencia de estas organizaciones (Franco y Rey, s. f., p. 79).

En consecuencia, se puede advertir que la norma colombiana, en materia fiscal, ha evolucionado con incidencia de la tendencia internacional, y en la

---

9 El índice bursátil de referencia de la Bolsa de Valores de Colombia desde 2013, es conocido como COLCAP, el que reemplazó el índice general de la Bolsa de Valores, como el principal índice bursátil del país. Está compuesto por las 20 acciones más tranzadas en el mercado.

actualidad pasa por un momento importante si se tiene en cuenta el ingreso de este país como miembro de la OCDE, organización de la cual deberá adoptar sus recomendaciones a través de su normativa interna.

## Fundamentos jurídicos

La normativa colombiana incluyó, en diciembre de 2018, el concepto de compañías holding colombianas, sin hacer una definición específica del concepto de compañías holding, como ocurre en otros temas normativos que se definen en su preámbulo para determinar que se entiende por tal. Lo que refiere la nueva Ley de Financiamiento Ley 1943 de 2018, es el “régimen de las sociedades *holding*”.

En el contexto internacional, Luxemburgo desarrolló elementos funcionales, en tanto que la propuesta planteada por Estados Unidos adopta un criterio material, proponiendo dos requisitos para la configuración del holding, en el Título 26 del Internal Revenue Code<sup>10</sup>.

En Luxemburgo, las empresas del régimen de sociedades holding de 1929, permanecieron hasta 2006, supresión efectiva por las presiones ejercidas por la Unión Europea (UE), y todas las empresas que se habían constituido con base en dicho régimen, con muy favorables beneficios fiscales, tuvieron plazo de mutar a otro tipo de sociedad o liquidarse hasta 2010.

## Régimen compañías *holding* colombianas

La normativa colombiana, incorporó los artículos 894 a 898 del Estatuto Tributario, en la Ley de Financiamiento, definiendo el Régimen de Sociedades

<sup>10</sup> Title 26, Subtitle A, Chapter 1, Subchapter G, Part II, Sec. 542.

“Definition of personal holding company A.- General rule For purposes of this subtitle, the term “personal holding company” means any corporation (other than a corporation described in subsection (c) ), if 1.- Adjusted ordinary gross income requirement At least 60 percent of its adjusted ordinary gross income (as defined in section 543 (b) (2) ) for the taxable year is personal holding company income (as defined in section 543 (a) ), and 2.- Stock ownership requirement At any time during the last half of taxable year more than 50 percent in value of its outstanding stock is owned, directly or indirectly, by or for not more than 5 individuals. For purposes of this paragraph, an organization described in section 401 (a), 501 (c) (17), or 509 (a) or a portion of a trust permanently set aside or to be used exclusively for the purposes described in section 642 (c) or a corresponding provision of a prior income tax law shall be considered an individual”.

*Holding*, el cual consiste en el beneficio otorgado a las utilidades recibidas por este tipo de sociedades, a las cuales se les exige como requisito; que su actividad principal sea la tenencia de valores, inversiones o holding de acciones. En cuanto al porcentaje mínimo en el capital de dos o más sociedades, sea del 10%, y por un tiempo no inferior a doce meses. Deben demostrar capacidad operativa para el desarrollo de la actividad, contando por lo menos con tres empleados, dirección propia en Colombia y que la toma de decisiones se realice en el territorio nacional. Lo anterior constituye una caracterización objetiva de la empresa, que contrarresta la posibilidad de usar empresas instrumentales, o sólo de papel, o las conocidas coloquialmente como fachadas, para beneficiarse fiscalmente en el territorio, lo que va en contra vía de uno de los objetivos más importantes de adoptar este régimen de manera legal, el cual es la promoción de la inversión internacional en el país.

Respecto de la venta de una CHC a un no residente en Colombia, se considera una renta exenta, excepto en lo que tiene que ver con las utilidades obtenidas por el desarrollo de actividades en el territorio colombiano. No se realizan retenciones en la fuente por los dividendos que perciban los accionistas de estas sociedades, y se toman como rentas exentas las utilidades que reciban de las sociedades en las cuales tienen participación, los dividendos distribuidos por entidades no residentes en el país, se toman como rentas exentas.

La DIAN, ejerce funciones de inspección, vigilancia y control, respecto de este tipo de sociedades, ya que para el acceso a este régimen se debe hacer solicitud expresa, de acuerdo con los procedimientos que para tal efecto se implementen, y en caso de detectar algún tipo de incumplimiento por parte de las sociedades que se acojan a este régimen, se aplicarán los correctivos necesarios para garantizar una operación adecuada<sup>11</sup>.

---

11 **Art. 894.** Podrán acogerse al régimen CHC las sociedades nacionales que tengan como una de sus actividades principales la tenencia de valores, la inversión o holding de acciones o participaciones en sociedades o entidades colombianas y/o del exterior, y/o la administración de dichas inversiones, siempre que cumplan con las siguientes condiciones:

1. Participación directa o indirecta en al menos el 10% del capital de dos o más sociedades o entidades colombianas y/o extranjeras por un período mínimo de 12 meses.

2. Contar con los recursos humanos y materiales para la plena realización del objeto social. Se entenderá que se cumple con los recursos humanos y materiales necesarios para una actividad de holding cuando la compañía cuente con al menos tres (3) empleados, una dirección propia en Colombia y pueda demostrar que la toma de decisiones estratégicas respecto de las inversiones y los activos de la CHC se realiza en Colombia, para lo cual la simple formalidad de la Asamblea Anual de Accionistas, no será suficiente.

**Art. 895.** Los dividendos o participaciones distribuidos por entidades no residentes en Colombia a una CHC estarán exentos del impuesto sobre la renta y se declararán como rentas exentas de capital. Los

## Reducción del tributo (Ley 1943 de 2018)

La Ley 1943, presenta una serie de instrumentos para la reducción del tributo, con el fin de impulsar la inversión y generar crecimiento económico, debido a la desaceleración que produjeron las últimas y constantes reformas tributarias. En esta nueva Ley se introdujeron medidas para mermar la carga impositiva al sector empresarial, con el propósito de incrementar la inversión de capitales extranjeros, dinamizar la economía nacional y aumentar el empleo, a través de: reducción del impuesto sobre la renta del 33 % al 30 %, la

---

dividendos que a su vez distribuya una CHC a una persona natural residente o a una persona jurídica residente, contribuyente del impuesto sobre la renta, estarán gravados a la tarifa del impuesto sobre la renta por concepto de dividendos, de conformidad con los artículos 242 y 242-1 de este Estatuto. Los dividendos que distribuya una CHC a una persona natural o jurídica no residente en Colombia se entenderán rentas de fuente extranjera de acuerdo con el literal e) del artículo 25 del Estatuto Tributario. La distribución de la prima en colocación de acciones, que no constituye costo fiscal, tendrá el mismo tratamiento que los dividendos ordinarios, configurándose como rentas exentas cuando el beneficiario sea una CHC, como rentas de fuente extranjera cuando la CHC distribuya a una persona natural o jurídica no residente en Colombia y como renta gravable cuando la CHC distribuya a una persona natural o jurídica residente en Colombia.

**Art. 896.** Las rentas derivadas de la venta o transmisión de la participación de una CHC en entidades no residentes en Colombia estarán exentas del impuesto sobre la renta y deberán declararse como ganancias ocasionales exentas. Las rentas derivadas de la venta o transmisión de las acciones o participaciones en una CHC estarán exentas excepto por el valor correspondiente a las utilidades obtenidas por actividades realizadas en Colombia. En el caso de socios o accionistas no residentes, las rentas de la venta o transmisión de las acciones o participaciones en una CHC tendrán el tratamiento de rentas de fuente extranjera respecto de la proporción de la venta atribuible a las actividades realizadas o los activos poseídos por entidades no residentes, según lo dispuesto en el artículo 25 del Estatuto Tributario.

**Art. 897.** Las CHC deberán mantener la documentación que acredite el importe de las rentas exentas y los impuestos pagados en el extranjero correspondientes a estas, así como facilitar a sus socios o accionistas la información necesaria para que éstos puedan cumplir lo previsto en los artículos anteriores. Adicionalmente, deberán mantener los estudios, documentos y comunicaciones, que justifiquen que la toma de decisiones estratégicas respecto de las inversiones se verifica en Colombia.

**Art. 898.** Las CHC y sus accionistas estarán sometidos al régimen general del impuesto sobre la renta respecto de las actividades gravadas realizadas en el territorio nacional y en el extranjero a través de establecimientos permanentes. Adicionalmente, se tendrán en cuenta las siguientes interacciones para efectos de la tributación de las CHC:

1. Las CHC se consideran residentes fiscales colombianos para efectos de los convenios de doble imposición suscritos por Colombia.
2. Para efectos del artículo 177-1, serán deducibles en cabeza de las CHC, únicamente los costos y gastos atribuibles a los ingresos obtenidos por actividades gravadas realizadas en Colombia o en el extranjero a través de establecimientos permanentes.
3. Las CHC estarán sometidas al régimen ECE y podrán aplicar el descuento por impuestos pagados al exterior de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 892 de este Estatuto. Las rentas reconocidas bajo el régimen ECE, no tendrán los beneficios del régimen CHC.
4. Las CHC se encuentran sometidas al impuesto de industria y comercio en la medida en que realicen el hecho generador dentro del territorio de un municipio colombiano. Los dividendos recibidos por las inversiones en entidades extranjeras y cubiertos por el régimen CHC, no estarán sujetos al impuesto de industria y comercio.

cual grava en 2019 el 33 %, en 2020 el 32 %, en 2021 el 32 %, llegando en 2022 al 30 %, tarifa que se conservará a futuro (artículo 80). Esta medida progresiva es una de las más destacadas de esta ley en cuanto a la promoción para la atracción de capital.

Dicha Ley propuso alivios fiscales para la reducción del tributo a las empresas, puesto que de acuerdo con el Doing Business 2018<sup>12</sup>, la tasa efectiva de tributación en Colombia está en 69,7 % de la utilidad bruta, muy por encima del promedio en la región (América Latina) que es del 46,6%, incluso de la OCDE que se encuentra en un 40,1 %.

También se aprobó la deducibilidad de movimientos financieros del 50 % al 100 % y el descuento del 100 % del IVA, en el impuesto sobre la renta, por adquisiciones de bienes de capital, medida que reduce costos tributarios a inversiones extranjeras, ahorrando a dichas inversiones un 19 % correspondiente a la tarifa del IVA, cuando se adquiere, forma, construye o importa un activo fijo.

Y se establece un descuento del 50 % de impuesto de industria y comercio (ICA), el cual es un impuesto local, en cabeza de los municipios del país, deducible en el impuesto de renta, medida que contribuye con la simplificación tributaria, dicho descuento llegará al 100% en 2022.

Por su parte la misma Ley establece el impuesto al patrimonio para personas naturales, sucesiones líquidas y personas jurídicas extranjeras cuyo patrimonio sea superior a 5.000 millones de pesos<sup>13</sup>. Su base gravable es el valor de patrimonio bruto, de los calificados contribuyentes, con posesión a 01 de enero de 2019, 2020 y 2021, menos las deudas a cargo de éstos en el mismo tiempo comprendido.

El impuesto a dividendos contemplado en el artículo 51 de la misma Ley (1943 de 2018), que modifica el artículo 245 del Estatuto Tributario, “tarifa especial para dividendos o participaciones recibidos por so-

12 El indicador Doing Business es un ejercicio del Banco Mundial (BM) que mide anualmente y a nivel global la forma como las regulaciones nacionales favorecen o restringen la actividad empresarial y el ejercicio de derechos de propiedad. Tras obtener una leve desmejora en la calificación agregada de estos aspectos, en la edición de 2018 Colombia descendió cuatro puestos en el escalafón general y con este resultado ocupa la posición 59 entre 190 países.

13 Artículo 35 y ss, Ley 1948 de 2018.

ciudades y entidades extranjeras y por personas naturales no residentes”<sup>14</sup>  
Establece una tarifa del 75 %.

## Régimen especial tributario ETVE (España)

La legislación tributaria española incluye este régimen especial, que exime las rentas derivadas de inversiones en sociedades y reparto de dividendos relativas a personas o sociedades no residentes fiscales en España; socios y partícipes no pueden ser residentes fiscales en estados considerados como paraíso fiscal, y su objetivo es la gestión de capitales extranjeros, tal como lo exponen algunos expertos:

El objeto social de las ETVE debe comprender las actividades de gestión y administración de valores. Obviamente, gestionar y administrar valores de sociedades participadas no equivale ni requiere gestionar o administrar las actividades económicas de las entidades participadas no residentes. Y para garantizar la no artificiosidad de la ETVE, obviamente, la misma debe contar con medios materiales y personales adecuados para el desarrollo de su actividad, pero adecuados, en una relación de idoneidad, para la actividad de gestión de una cartera de participaciones. Y es evidente que los medios adecuados para gestionar una cartera de participaciones no son los mismos que los requeridos para desarrollar actividades de otro tipo (García, 2010. p, 17).

14 Artículo 51, Ley 1948 de 2018. La tarifa del impuesto sobre la renta correspondiente a dividendos o participaciones, percibidos por sociedades u otras entidades extranjeras sin domicilio principal en el país, por personas naturales sin residencia en Colombia y por sucesiones ilíquidas de causantes que no eran residentes en Colombia será del siete punto cinco por ciento (7,5%).

**PARÁGRAFO 1°.** Cuando los dividendos o participaciones correspondan a utilidades, que de haberse distribuido a una sociedad nacional hubieren estado gravadas, conforme a las reglas de los artículos 48 y 49 estarán sometidos a la tarifa señalada en el artículo 240, según el periodo gravable en que se paguen o abonen en cuenta, caso en el cual el impuesto señalado en el inciso anterior, se aplicará una vez disminuido este impuesto.

**PARÁGRAFO 2°.** El impuesto de que trata este artículo será retenido en la fuente, sobre el valor bruto de los pagos o abonos en cuenta por concepto de dividendos o participaciones.

## **Régimen ECE, empresas controladas del exterior (Colombia)**

Este régimen es aplicable a rentas pasivas obtenidas por este tipo de empresas desde el 01 de enero de 2017. Y sus principales características son la no residencia fiscal en Colombia, que sea controlada por 1 o más residentes colombianos, y quienes posean una participación igual o superior al 10% del capital o de las utilidades, están obligados a la aplicación de este régimen; sin importar que quien tenga dicho porcentaje ejerza o no el control de la empresa. Tanto para personas naturales o físicas como jurídicas.

En el momento en que un residente fiscal participe en más de una ECE, debe individualizar la renta pasiva, sobre cada ECE, no conjunta por las mismas. Para que los ingresos pasivos de una ECE, solo puedan afectarse con costos y deducciones de esta misma ECE.

En caso de que la renta pasiva sea superior a la utilidad contable, la renta atribuible al residente fiscal colombiano, será la renta pasiva, sin importar que fuere superior a la utilidad contable de la ECE, siendo sus rentas pasivas superiores a cero, en este caso la renta pasiva es atribuible al residente fiscal colombiano inscrito en el régimen ECE.

En un entramado de sociedades extranjeras, debe realizarse un análisis del control de manera individual de cada entidad, sobre el residente fiscal que tiene una participación directa e indirecta a través de otras sociedades.

En cuanto a las tasas de cambio a los que se acogen los ingresos pasivos de las ECE y las deducciones son concordantes con la fecha en la cual se realiza la respectiva operación, es decir, ingreso, costo o deducción en la misma ECE.

## **Conclusiones**

El régimen de las compañías holding colombianas (CHC), soporta la base para la inclusión de diferentes tipos societarios, incluidos algunos híbridos jurídicos, que permitirán a la DIAN, tener un mayor control en cuanto a la erosión de las bases imponibles, ya que, al disponer de una figura jurídica tan amplia, posibilita la inclusión de diversas constituciones societarias, que pudiesen enmarcar en casos de planificación fiscal agresiva.



Es posible advertir que de acuerdo con los beneficios fiscales concedidos a las denominadas compañías holding colombianas, se incrementará la inversión extranjera en el país; puesto que se crea un ambiente propicio a nivel de la seguridad jurídica y se definen tarifas impositivas atractivas para las multinacionales.

Con el ingreso del país a la OCDE, es necesaria la modificación de los contenidos normativos internos, para fortalecer un ambiente jurídico que impulse la relación de Colombia con otros estados, de tal forma que los acuerdos internacionales, beneficien la economía nacional y se genere un espacio propicio para el incremento de la inversión extranjera en el país.

## Referencias

- Bodemer, K. (1998). La globalización: un concepto y sus problemas. *Nueva Sociedad*, 156(6), 54-71.
- Calderón Villarreal, C. y Hernández Bielma, L. (2017). Integración económica, crisis económicas y ciclos económicos en México. *Contaduría y Administración*, 62(1), 64-84.
- Cárdenas, G. (2013). La incidencia de la fiscalidad en la localización de las sociedades *holding* en España y suiza: Una aproximación teórico-empírica. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/13928>
- Galgano, F., Roitman, H., León Robayo, E. I. y López Castro, Y. (2012). *Los grupos societarios: Dirección y coordinación de sociedades*. Editorial Universidad del Rosario.
- García Novoa, C. (2010). *El régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros*. Universidad de Santiago de Compostela
- Mongua, J. F. y Guerrero, D. F. R. (2018). El control societario en Colombia: La internacionalización de filiales y subordinadas por los grupos empresariales. *Con-Texto*, (48), 59-81.

Rodríguez, V. M. C. (2016). La globalización y sus relaciones con la tributación, una constatación para américa latina y la OCDE. *Cuadernos De Economía*, 35(68), 379-406.

Sánchez Mateos, E. (2018). *Claves para entender las relaciones internacionales*. Editorial UOC.

## Capítulo 16

# Repensando la verdadera esencia de los principios, para reconocer a la diferencia como principio en protección de las minorías étnicas

Kevin Omar Maslucán Nunceyay<sup>1</sup>, William Esteban Grisales Cardona<sup>2</sup>

### Resumen

A pesar de la vasta cantidad de teorías en derecho que podemos encontrar, existe una gran confusión al tratar la verdadera esencia de los principios, estos a menudo se los confunde con valores y como normas, es por ello, que ante esta confusión y tomando las posturas de algunos autores de la actualidad, intentamos repensar sobre la importancia de comprender los derechos humanos desde una nueva concepción de los principios que proponemos, y a partir de ello estudiar el concepto de diferencia como principio, indagando como la igualdad es deficiente para proteger a la diferencia y finalmente intentaremos proponer un concepto de la diferencia desde la universalidad para proteger las minorías étnicas.

**Palabras clave:** principios, derechos humanos, diferencia, igualdad, universalidad.

### Introducción

Este trabajo tiene como objetivo, resaltar la importancia de esclarecer el concepto de los principios, para proteger la diferencia como un principio de los Derechos Humanos, teniendo en cuenta que la igualdad como principio resulta deficiente para proteger las minorías étnicas. Es ese sentido, trataremos de definir el concepto de principios, partiremos mencionando de manera breve las teorías clásicas, algunas concepciones nuevas que nos ayudaran a entender la verdadera esencia de los principios, ya que a menudo se confun-

1 Estudiante de Derecho en la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza, E-mail: kevin.maslucan@untrm.edu.pe

2 Abogado y Magister en Derecho Procesal de la U. de M., Doctorando en Filosofía de la UPB, Docente tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana. wgrisales@coruniamericana.edu.co

den con los valores. También se estudiará el concepto de diferencia, partiendo de la importancia dentro de los derechos humanos, exponiendo las razones y reflexiones de por qué deberíamos de entenderla, y finalmente expondremos ubicándola dentro de un principio de los derechos humanos.

Siguiendo esos mismos argumentos, se indagará como la igualdad no garantiza la diferencia, para lo cual partiremos exponiendo sobre los principales problemas que existen entre la igualdad y la diferencia, y como esto resulta perjudicial para las minorías étnicas. Intentaremos proponer un concepto de diferencia desde la universalidad, trataremos los problemas para entender los derechos humanos como un sistema de valores, y los principios en los derechos humanos. Mencionaremos de forma escueta el tratamiento jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia que da a los principios para la protección de las minorías étnicas. La metodología que se empleó para este trabajo fue el método hermenéutico dialéctico, a partir del análisis de textos, y la contraposición de argumentos.

## Metodología

Para el desarrollo de este trabajo se partió del análisis de textos, utilizando el método hermenéutico-dialéctico. El método hermenéutico, para analizar la verdadera esencia de los principios y para concebir a los derechos humanos y el análisis de la igualdad y la diferencia. Teniendo en cuenta que no existe un consenso con respecto a su concepción y tomando la idea de Gadamer quien “sugiere que al interpretar, se procure entender al autor mejor de lo que el mismo lo hubiera hecho, intentando develar lo que quedó inconsciente u obscuro para él” (De Sousa Minayo, 2005, p. 6).

También se utilizó la dialéctica: en la tesis se analizó la afirmación de los conceptos, la idea o conocimiento que se dan por ciertas, también recurriendo a la antítesis, como contradicción de conceptos o lo opuesto, y el ser, otra de las tesis y finalmente la síntesis, extrayendo de la tesis y la antítesis. Por tanto, la hermenéutica-dialéctica como técnica de análisis cualitativa, “permite interpretar datos sin fragmentación al considerar la condición histórica del interlocutor y agrupar dentro de las narrativas los concesos y disensos del discurso para llegar a una verdad o unidad a partir del diálogo” (Rodríguez Nava, Arena Ventura, Casique Casique y Hernández Castañón, 2020, p. 12).

## **Acercamiento hacia un concepto de principio**

A medida que nos vamos introduciendo en los cursos de teoría del derecho, filosofía del derecho y en general en el estudio de la carrera de Derecho, nos encontramos con una cantidad de terminología técnica, o terminología jurídica; estos términos pueden tener diferentes acepciones según la rama o institución jurídica, y más aún si nos encontramos que cada termino tiene un significado particular según cada autor, esto se debe a múltiples razones, dentro de las cuales podemos decir que es de acuerdo a la escuela de pensamiento del Derecho, que cada autor represente o haya optado como idóneo, dentro de estas escuelas tenemos a la escuela iusnaturalista, iuspositivista, historicista, corrientes sociológicas, entre otras. Rubio Correa nos dice que se “ha desarrollado diversas teorías sobre la naturaleza o el ser del Derecho y muchas veces se han superpuesto unas a otras. (...) cada teoría se aplica, en parte, por las condiciones sociales e históricas en que apareció y fue desarrollada” (2012, p. 312).

Es importante tener en cuenta lo que nos dice el jurista peruano, ya que, ubicándonos en la posición de cada autor y su entendimiento del derecho, nos podría acercar a entender el concepto de algunos términos jurídicos. Advirtiendo todo lo mencionado, nos centraremos en dilucidar el concepto un “principio”, que como sabemos, se ha tenido durante mucho tiempo una idea errónea de lo que es, por ejemplo: que son mandatos de optimización, que son un tipo de normas, que son pautas basilares que nos permiten aplicar las normas, expresiones que nos permiten entender el contenido de las normas, entre otras. Ante esta multiplicidad de conceptos, es necesario repasar brevemente algunas teorías que tratan de definir la naturaleza y concepto de los principios.

## **Los principios desde la óptica de algunas teorías**

### **Posición historicista o positivista**

Jiménez Gil sustenta que:

Los principios de Derecho natural la vaguedad de estos principios produciría el arbitrio judicial y, por lo tanto, se produciría una falta de seguridad y certeza jurídicas (...), de forma tal, que los principios

generales del derecho solo pueden tener un origen legal sustentado en el reconocimiento expreso por parte del sistema jurídico (2008, p. 25).

El autor hace mención de los principios del derecho natural, en los cuales la labor del juez es recurrir a ciertas normas preexistentes al derecho positivo que pasarían a ser los principios, pero precisa que al no estar reconocidas de forma expresa estas normas preexistentes podría traer ciertos problemas, como la seguridad y la certeza jurídica. De todo lo mencionado, se resalta la importancia de que los principios generales del derecho debe estar reconocida de forma expresa en el sistema jurídico. Desde este punto de vista positivista, podemos decir que los principios son normas que se encuentran positivizadas, de forma expresa en un cuerpo jurídico, por ejemplo, respaldo en la Constitución, en la ley o en el precedente judicial; también lo podemos encontrar “por vía de un razonamiento jurídico acabado, pues se trata de comprobar si es posible obtener una norma a partir de otras normas” (Jiménez Gil, 2008), es decir los principios surgen cuando el juez para resolver conflictos que no se pueda aplicar mediante el método de la subsunción de reglas. Siguiendo la idea del autor mencionado se podría decir que se recurre a la creación de un principio partir de reglas particulares explícitas del sistema, haciendo uso de la analogía.

### **Posición filosófica o iusnaturalista**

Es importante tener en cuenta que esta teoría difiere en algunos aspectos con respecto a la teoría iuspositivista, así explica Jiménez Gil, “la concepción iusnaturalista remarca la insuficiencia del ordenamiento jurídico positivo y la necesidad de acudir a los principios del Derecho natural, para reducir la arbitrariedad judicial al mínimo” (2008, p. 26). Sabemos que la realidad es muy amplia, y que existen muchos problemas en una sociedad; es así que las normas no pueden regular todo, es por eso que:

Las normas jurídicas regla son mandatos para las conductas humanas que dan un mandato simple y concreto. Se aplican frente a algunos hechos y no se aplican frente a otros, pues la literalidad de la regla incluye a algunos y excluye a otros (Rubio Correa, 2017, p. 54).

Sabemos también, que el juez no puede dejar de resolver conflictos por vacío o deficiencias de la ley, es así que se recurre a los principios del derecho como menciona Jiménez Gil citando a Van Hoeck “«Corrigen» usos de reglas que se consideran que bajo ciertas circunstancias específicas pueden resultar claramente injustas, irrazonables o inaceptables, desde ciertos puntos de vista ideológicos comúnmente aceptados. De aquí que algunos autores los denominen «principios jurídicos ideológicos» (2008, p. 26) Podemos darnos cuenta que esta teoría sostiene que los principios sirven como una regla de interpretación.

### **Los contraprinicipios del derecho en la teorética de François Géný**

François Géný fue un jurista francés, a quien se le atribuye la noción de la investigación científica libre en la interpretación del derecho positivo. Nos dice Jiménez Gil, “es quizá el precursor de la moderna teorética de los principios del derecho como fuente de interpretación para llenar los vacíos de la ley” (2008, p. 27). Géný cuestiona el formalismo y el positivismo; su idea se sustenta en que tanto la hermenéutica racional y la lógica se basan únicamente en la ley.

Propugna la creación y aplicación de un método de búsqueda y redefinición de principios internos al Derecho, tales como la justicia, la eficiencia, la igualdad, la equidad, la solidaridad, etc. Este método está llamado a reemplazar el tradicional silogismo lógico, que la escuela de la exégesis vendió como panacea para lograr la certeza y la seguridad jurídica, pero además como la única herramienta infalible para resolver las cuestiones de Derecho (Jiménez Gil, 2008, p. 27).

En esta concepción de los principios del autor mencionado, aclara que se le denomina la “Teoría posmoderna como contraprinipio”, no ahondaremos este postulado y nos limitaremos brevemente a explicar la propuesta metodológica. Como ya dijimos la ley resulta insuficiente para resolver conflictos que se presentan en la sociedad, es ahí donde se cuestiona a la ley como única fuente del derecho y se resalta que existen otras fuentes que nos pueden ofrecer soluciones valiosas para los “casos difíciles” que mencionaba Dworkin. Estos principios serian de corte político y moral, como dice Jiménez Gil citando a

Gény que: “Por su naturaleza, los principios no pueden ser hallados utilizando el método de interpretación tradicional, es decir, el silogismo jurídico formal o lógico.” (2008, pág. 28), es ahí donde se propone la intervención de la ciencia. Es ahí como esta teoría se va desprendiendo de las concepciones tradicionales que entendemos en el derecho y se propone otras soluciones innovadoras.

## **El debate Hart vs. Dworkin frente a las reglas y los principios**

El debate entre Hart vs. Dworkin es uno de los temas más estudiados para tratar de tener un acercamiento para saber qué se entiende por reglas y los principios, hay que entender que ambos juristas defienden a diferentes escuelas de pensamiento de derecho. Uno de los puntos medulares para saber en que versa este debate es en lo relacionado a la discrecionalidad judicial. “Dworkin sostiene que, cuando los jueces resuelven los problemas jurídicos a su cargo, los abogados argumentan y en general los actores jurídicos interpretan el Derecho, utilizan otro tipo de normas que difieren substancialmente de las reglas” (Jiménez Gil, 2008, p. 30). Dworkin postula y confronta al positivismo jurídico que propone Hart, quien sostiene que el derecho está desarrollado únicamente por reglas, y agrega que además de reglas, existen otro tipo de normas que operan de una forma diferente.

En el Derecho no solo hay normas, sino también algo lógicamente distinto, «los principios». Descubrir que un «principio» es un principio jurídico no es un ejercicio que se agote en la constatación sociológica o histórica acerca de los comportamientos observados en una determinada sociedad por parte de sus operadores jurídicos, sino que supone el desarrollo de una argumentación justificadora (Jiménez Gil, 2008, p. 30). Ante el positivismo que imperaba en aquellos tiempos, agrega Jiménez Gil que “en este sentido, los principios operan en el campo de la justificación o argumentación y no en el campo del descubrimiento o descripción del Derecho vigente” (2008, p. 30)

Hart nos dice que las reglas se aplican “todo o nada”, podemos decir cuando se dan la consecuencia de (hechos) que estipulan un supuesto de hecho (regla), podemos decir que la regla es válida. En cuanto a los principios que sostiene Dworkin mencionado por Jimenez Gil:

Los principios en tanto tienen una «dimensión de peso o importan-



cia», lo que implica que frente a un hecho o conjunto de hechos que deben ser regulados, el principio puede o no ser aplicado dependiendo de los criterios de razonabilidad del intérprete (2008, p. 31).

Hemos tratado de tocar de forma escueta en que consiste el debate entre dos autores; Dworkin realza a los principios, partiendo del postulado que los seres humanos también pueden tener derechos que son anteriores a los creados de manera expresa por la legislación, también la idea de principio que tiene el autor es que los principios se utilizan a la hora de una argumentación judicial son parte al igual que las reglas parte esencial del derecho.

### **Los principios entendidos como “mandatos de optimización” en la teórica de Robert Alexy**

La teoría que sostiene Robert Alexy es la más difundida y de mayor aceptación en América Latina:

Defiende la necesidad de un discurso racional aplicado a la argumentación jurídica. Expresa que dicha exigencia es válida no solamente en el plano teórico, sino fundamentalmente en el plano práctico, pues dicho aspecto es el único que garantiza el carácter científico de la jurisprudencia y la legitimidad de las decisiones judiciales (Jiménez Gil, 2008, pp. 32-33)

Se podría decir que la idea de un discurso racional es un camino o procedimiento que logre probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos, utilizando los argumentos, también se empieza a resaltar el aspecto argumentativo en lo práctico y que garantice un cierto carácter científico a las decisiones judiciales. Esta teoría también nos dice que existe un punto decisivo en cuanto a las reglas y los principios, es ahí donde se parte con la idea que los principios son mandatos de optimización en tanto las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos.

Entonces se entiende por principio a aquellos mandatos de optimización, ya que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, y que estén dentro de lo permitido por las posibilidades jurídicas y reales existentes,

haciendo uso de la ponderación que es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cuanto a las reglas podríamos decir que son de carácter taxativo y es aplicable a un caso específico o también se podría decir que la subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del Derecho.

## **Hacia una nueva concepción frente a los principios**

Hemos revisado algunas de las teorías más aceptadas, tratadas por teóricos, filósofos del derecho y como se advirtió, cada uno según la escuela que representa tiene un concepto particular; pero lo que, si no nos quepa duda, es que todos a pesar de la posición que tienen con respecto a los principios, llegan prácticamente a la misma conclusión. Casi todos coinciden en que los principios son un tipo de norma jurídica, y que sirve para una mejor aplicación, interpretación, etc., de las normas jurídicas y más allá de todo lo explicado, podemos darnos cuenta que no hay consenso claro sobre el concepto.

Sumando a todo lo dicho, Riccardo Guastini nos dice que: “algunos principios se encuentran no sólo expresamente formulados sino también expresamente identificados como tales por las mismas autoridades normativas” (2001, p. 132) se puede ver claramente que este autor nos dice que los principios son un tipo de normas y agrega:

Otros principios, en cambio, son tales en virtud no de una expresa calificación de la autoridad normativa, sino de una valoración del intérprete. En el sentido de que los intérpretes y, en particular, los jueces— identifican como principios ciertas disposiciones normativas, precisamente en el momento de la interpretación, en ausencia de cualquier determinación expresa del legislador en tal sentido (Guastini, 2001, p. 132).

También el autor nos menciona que los principios no solo se encuentran contenidos en la norma, sino producto de la interpretación, es decir, es una labor de los jueces a la hora de aplicar el derecho, cuando no hay norma aplicable a un caso; como continua el mencionado autor: “son principios no expresos los que carecen de disposición, es decir, los no explícitamente formulados

en alguna disposición constitucional o legislativa, sino elaborados o “construidos” por los intérpretes” (Guastini, 2001, p. 138). Como ya advertimos en el mundo del derecho encontramos múltiples acepciones para un término jurídico, que muchas veces nos causa confusión, como lo explica Cordero Gutiérrez, “Los conceptos referidos que, actualmente tergiversados, han sido tratados como presupuestos sin discusión” (2018, p. 17).

Está claro que hay muchos términos jurídicos que no están claramente definidos en cuanto a su esencia, dentro de estos tenemos a los principios:

Es problemática ya que la noción de principios es (...) escurridiza y, en todo caso, controvertida. Aunque se convenga que los principios constituyen, dentro del género de las normas jurídicas, una especie particular, no es fácil identificar con precisión sus elementos característicos: en otras palabras, no está claro en absoluto qué propiedades tiene que tener una norma para merecer el nombre de “principio” (Guastini, 1999, p. 144).

Esta cita nos corrobora lo que íbamos tratando, de la confusión y problema que nos encontramos a la hora de tratar de identificar en esencia que es un principio.

## Cómo nace lo que entendemos por principios hoy en día

Si nos retrotraemos y hacemos un poco de historia podemos ver que la concepción tradicional acerca de los principios se remonta a Roma:

En el siglo IV el emperador Teodosio II recogió en una constitución imperial las citas de Ulpiano, Paulo, Modestino y Gayo. La fuerza de *auctoritas* fue investida de la *potestas* del emperador. Así el derecho perdió su espacio frente a la ley del Estado. El aforismo “*Dura lex sed lex*” se impuso no como un principio jurídico, sino como una realidad política. La *interpretatio iuris* se limitó y acoto entonces al texto positivo, y función jurisdiccional quedó limitada a la camisa de la norma positiva. Así, los principios se convirtieron en las leyes del Estado, hasta la aparición del *Corpus iuris civilis* de Justiniano, y en

especial al digesto, como la gran colección de las decisiones jurisprudenciales, y a las *Istitutas*, que, con fines pedagógicos, ordenaron y sistematizaron el derecho (Medellín Becerra, 2015, pp. 33-34).

Así es como los principios fueron convertidos como normas y a ello sumándole las modificaciones posteriores que se dieron, por ejemplo: las codificaciones que se dieron años posteriores como la codificación francesa en el 1804 como continua Medellín Becerra: “prohibió a los jueces emitir sentencias con valor reglamentario general, limitación que fue excluida a partir de las decisiones del Consejo de Estado francés, que permitió anular actos de la administración cuando estos fueran contrarios a los principios generales del derecho” (2015, pp. 36-37). Después de esta breve mención histórica, considero que es necesario replantear sobre ciertos términos jurídicos que ya teníamos por claros. Cordero Gutiérrez nos hace una reflexión: “El concepto del principio se ha desdibujado al fusionarlos con las formas o mecanismos de aplicación de normas, conocidas como reglas de interpretación” (Cordero Gutiérrez, 2018, p. 21).

### **La nomoárquica y la principialística jurídica como una aproximación para comprender los principios**

Haremos mención a una teoría reciente, estudiada por Hernán Valencia Restrepo, quien hace un análisis exhaustivo de los principios, es así que Medellín Becerra en alusión a ello nos dice: “Con estos términos se conoce a la ciencia autónoma del derecho que aparece en las edades modernas y contemporánea, y que tiene por objeto el estudio de los principios jurídicos” (2015, p. 39). Esta teoría en síntesis nos dice que los principios no nacen en la comunidad, sino que son descubiertos por esta, y que estos ya existen y anteceden a los valores de una comunidad, aun mucho antes que se los haga parte del derecho positivo, también esta teoría nos dice que hay principios que se obtienen a través de una complicada investigación.

Esta teoría sostiene que a cada norma jurídica hay que hacerle un seguimiento para descubrir cuál es el valor que protege, y los valores que no protege o que deja de lado. Medellín Becerra citando Valencia nos dice: “el principio es la preexistencia de un valor fundamental y social cuya aprehensión por la comunidad, el pueblo o el constituyente primario le genera la convicción de obligatoriedad coercible de ese mismo valor” (2015, p. 41).

Lo que nos dice el autor mencionado, es que en una comunidad de acuerdo a sus necesidades, adopta ciertos principios y les va dando un carácter de obligatorio cumplimiento. También podemos decir que, esta teoría nos postula que: “la ciencia jurídica nació de la principialística. En los albores de nuestra ciencia, los juristas buscaban esos patrones generales que pudieran aplicarse a casos concretos, con la virtud de poder ser aplicados en situaciones de hecho similares” (Medellín Becerra, 2015, p. 40).

La concepción que tenemos de los principios hoy en día, es producto de un proceso histórico, y como continua Medellín Becerra citando a Valencia Restrepo: “es muy importante entender que ni la Constitución, ni la legislación, ni la costumbre, ni la jurisdicción, ni la administración o la autonomía de la voluntad de los particulares informan o inspiran los principios, sino estos a todas aquellas” (2015, p. 41).

Hasta aquí hemos tratado de exponer algunos puntos importantes con respecto a esta teoría, que resalta el estudio y la importancia de una teoría de los principios, que se desprende las teorías tradicionales que ya mencionamos.

## **Características de los principios**

Ante esta problemática, para tener un acercamiento de que es un principio en esencia, y poder distinguirla, es necesario tener en cuenta las características que trata Cordero Gutiérrez que a continuación trataremos.

### **El hombre los descubre**

Se podría decir que los principios ya están incluso antes del nacimiento del hombre:

Estos se manifiestan al hombre como referente absoluto que han existido siempre, no los inventa el hombre, los descubre, algunas veces por el sentido común, otras por la investigación y en muchos casos por la fatalidad o la casualidad, no necesitan de nuestra intervención pues permanecen incólumes, inamovibles e inmaculados (Cordero Gutiérrez, 2018, p. 22).

Como ejemplo a esta característica tenemos a la vida, la muerte, la libertad, la tierra, el tiempo, etc.; son aquellos hechos o manifestaciones, que el hombre no crea, tal vez intervenga; pero ya están en el mundo antes de su existencia. Así mismo el autor refiere:

Lo que Dworkin enfatiza es que el papel del juez es conocer los principios ya descubiertos por el hombre, para utilizarlos como respuesta frente a un caso difícil y así evitar la subjetividad o mal llamada discrecionalidad atribuida de manera arbitraria a la función jurisdiccional (Cordero Gutiérrez, 2018, p. 24).

Como ya se advirtió, los principios se descubren cada día por el hombre, ahí es donde el juez desempeña una labor importante, es decir descubrir los principios existentes para aplicar a un caso en concreto que no esté regulado por el ordenamiento jurídico.

### **Son eternos, inamovibles**

Esta característica de los principios nos muestra que los principios siempre han estado ahí y que el hombre se va desarrollando dentro de él. “Los principios han estado presentes desde siempre, de ahí su inamovilidad y permanencia eterna en el tiempo, no han necesitado del hombre para su génesis ni explicación” (Cordero Gutiérrez, 2018, p. 25).

Cabe hacer otra precisión del autor, quien citando a Wegensberg nos explica que: “comprender una ley de la naturaleza significa entonces comprimir dicha ley de la naturaleza significa entonces comprimir dicha ley dentro de otra más fundamental” (Cordero Gutiérrez, 2018, pág. 25). El derecho lo ha hecho a través de la historia es descubrir, comprender estos hechos y tratar de regularla.

### **Son incólumes**

A pesar que, con los avances de la ciencia en estos últimos tiempos, se podría decir que el hombre es el dueño del mundo, decide lo que pasa, y puede

modificar su entorno de acuerdo a lo que a su conveniencia; sabemos que hay cosas que no se podrán cambiar. “Los principios se presentan immaculados o en estado de pureza, la incolumidad como característica inseparable y determinante de los principios es la que permite entender por qué no pueden ser vulnerados ni atacados por los humanos” (Cordero Gutiérrez, 2018, p. 28).

Por poner un ejemplo, la ciencia puede avanzar de manera exponencial y encontrar una cura para todas las enfermedades, o una cura contra el envejecimiento; pero jamás podrá evitar que muera alguien por un accidente u por cualquier otro factor. Continúa el autor explicando: “Estos permanecen en estados reflejo de su inamovilidad y eternidad. El ser humano únicamente puede aproximarse a ellos intentando una explicación frente a su descubrimiento, pero no puede vulnerarlos o mancharlos pues estos permanecen impolutos o en estado de pureza” (Cordero Gutiérrez, 2018, p. 28).

Pareciera que cuando el hombre se acerca cada vez más a dominar todo aquellos que está en su entorno, en realidad no la altera en nada. Otro ejemplo que podemos tomar es sobre la libertad, se sabe que se puede restringir la libertad del hombre, pero solo la libertad de locomoción ya que la libertad de pensar y de imaginar es algo que no se puede cambiar o es un tanto complicado, ya que el hombre es un ser libre.

## **Son demostrables**

Otra de las características de los principios es que son demostrables, al respecto Cordero Gutiérrez nos dice que: “Esta característica es muy importante, pues nos ayuda a desenmascarar la naturaleza metafísica, etérea o carente de falsación que en teorías se les adjudicaba. Los principios existen sin que su origen sea divino, metafísico, inventados o creados por el ser humano” (Cordero Gutiérrez, 2018, p. 29).

Poniendo el mismo ejemplo sobre la vida, podemos demostrar mediante la ciencia, también por el sentido común que un ser está vivo por el simple hecho que no está muerto y lo mismo con la muerte, sabemos que un ser está muerto porque no tiene vida; parecería a simple vista que todo es un juego de palabras, pero es un ejemplo ilustrativo de cómo se puede demostrar la existencia de los principios y así de la misma manera se puede demostrar la exis-

tencia de otros principios. Continúa Cordero Gutiérrez y nos dice que: “Los principios, como cualquier otro objeto de investigación u observación, son demostrables a través de la utilización de las diferentes formas de aplicación del método científico” (2018, p. 29).

## **Se imponen**

En esta última de las características de los principios, podemos decir que estos se imponen; en general que, si siempre se atribuye esta imposición a los principios a una divinidad, pero si dejamos de lado toda influencia religiosa y tratar de apoyarnos en otras áreas del conocimiento y del sentido común podemos tener otras respuestas más objetivas.

Los principios se imponen en el mundo a cada nada, tanto es así como ya lo dijimos que el hombre vive dentro de ellos: “los problemas actuales respecto al tema de la natalidad, la infertilidad de los humanos, las inmigraciones ilegales, la trata de personas, el problema de los refugiados por las guerras y, finalmente, cómo los principios se imponen” (Cordero Gutiérrez, 2018, p. 30).

## **Diferenciación entre principios y valores**

Hasta aquí hemos tratado de aproximarnos hacia una comprensión de qué son los principios en realidad. Podemos decir que los principios son aquellos hechos, manifestaciones, fenómenos que el hombre descubre, y que son eternos e inamovibles, incólumes, demostrables, y que se imponen en el mundo del hombre. Una vez aclarado que sobre que es un principio, vamos a tratar a cerca de los valores. Alzamora Valdez nos da un acercamiento de qué es un valor:

Los valores morales tienen como depositario a una persona, no así los valores de lo agradable o lo útil, por ejemplo, que reclaman en las cosas, ni los vitales que pertenecen a los seres vivos y los estéticos a los objetos. El sustrato se halla en la conducta que se dirige hacia otra persona o comunidad de personas que constituyen su término (1964, p. 310).



Podemos ver que el valor tiene como depositario a una persona y esto le permite actuar cuando se relaciona con otras personas de un grupo social. Norberto Bobbio nos dice: “Las normas jurídicas, (...) representan solo una parte de la experiencia normativa. Además de las normas jurídicas, hay preceptos religiosos, reglas morales, sociales, consuetudinarias, reglas de aquella cortesía que es la etiqueta, reglas de buena educación, etc.” (2002, p. 5).

Sin embargo, a menudo se confunden a los principios con los valores, tanto en el lenguaje jurídico como el lenguaje común. Fernández Sessarego nos dice: “Los valores tienen la característica de ser objetivos, mas esta objetividad tiene tan sólo sentido en la vida humana. El hombre es el único ser capaz de realizarlos y de captarlos” (1950, p. 104). Los valores son creaciones que el hombre crea para que el comportamiento de un grupo de personas se de acorde al bienestar de todos. Continuando con lo dicho, Fernández Sessarego agrega:

Los valores son realizados en la vida humana teniendo como substrato la conducta o cualquier trozo de la realidad en la que el hombre los injerta. Por eso los valores se insertan en la vida humana constituyendo su estructura; la libertad es libertad para valorar (1950, p. 104).

De la cita podemos extraer y poder notar que los valores a diferencia de los principios son creaciones que nacen producto de la necesidad del hombre. El cumplimiento de los valores sociales se halla sujeto a dos condiciones: la primera se refiere a su realización que es posible solo dentro de la comunidad, y la segunda que tal comunidad de personas se halle sometida al mismo sistema de valores (Alzamora Valdez, 1964, p. 311). Pero también, hay que aclarar cuál es la distinción entre normas y valores, ante ello Putnam y Habermas nos dicen que:

Mientras que las normas satisfacen expectativas de comportamiento interpersonales y generalizadas en cuanto al marco temporal, al espacio social y a la situación de acción, los valores reflejan preferencias socioculturales compartidas intersubjetivamente (2008, p. 25).

Aclarada esta distinción, podemos ver que los valores al ser producto de la creación del hombre y de sus necesidades, estos pueden cambiar en el tiempo

ya que por múltiples factores y problemas que se puedan presentar, también podemos ver que los valores pueden cambiar de acuerdo a la comunidad y las necesidades existentes. Al respecto Cordero Gutiérrez explica:

Los valores, al ser creación del hombre, pueden ser consagrados de forma positiva o negativa, dependiendo del contexto social en el cual se aplica, de ahí que la monogamia sea vista positivamente en Occidente mientras que en Oriente puede ser vista como un comportamiento negativo o una simple opción de vida (2018, p. 35).

Entonces podemos decir que los valores son creaciones humanas producto de “la necesidad de orden social de comportamiento asimiladas como ideas respecto a lo bueno o malo para que el orden que se establece” (Cordero Gutiérrez, 2018) por tanto no deben ser confundidas con los principios ya que en esencia son diferentes.

## **Qué entendemos por diferencia en los derechos humanos**

Como lo menciona Angelo Papacchini, es un tanto complejo tratar de definir en unas cuantas líneas el verdadero concepto de los derechos humanos:

Es innegable también que la hegemonía creciente del discurso de los derechos humanos, en lugar de disminuir la ambigüedad de esta noción, la ha acrecentado: todos apelan a derechos, pero cada cual parece entender a su manera el sentido y el alcance de los mismos (1997, pp. 41-42).

Lamentablemente los derechos humanos han pasado a formar parte de un discurso político y también a ser entendido de diferentes formas, cada uno de acuerdo a sus intereses. Vivimos en un mundo muy diverso, donde los derechos que son buenos para uno, no pueden ser de la misma manera para el otro. Ante esta realidad latente, surge la idea de que dentro de los principios clásicos de los derechos humanos tenemos a la libertad e igualdad, y que estos son aplicables para un tipo de comunidad homogénea, como las occidentales por poner un ejemplo, y luego a través del tiempo se fueron imponiendo a otras comunidades, es ahí donde surge un choque de derechos, entre los que

me imponen y los que se acomodan a mi realidad; es ahí que tomando la idea de varios autores, planteamos que la “diferencia” debe ser reconocida como un principio de los derechos humanos.

## **Razones por las que deberíamos entender la diferencia**

Es importante hacer esta reflexión, ponernos a pensar que no serviría de nada que existan un conjunto de derechos que protegen al ser humano, sin que los depositarios de un país lo hagan valer, lo ejerzan, ya sea en su defensa o en su trato cuando se interrelaciona con los demás integrantes de una comunidad. Como a continuación expone Gándara Carballido: “para que lleguen a ser realmente eficaces, es necesario que los derechos humanos sean asumidos por el conjunto de la población, tanto a nivel personal como en las distintas formas de organización que se van gestando en la vida de los países” (2019, p. 99). La realidad al ser muy amplia y que cada día se van presentando nuevos problemas que necesitan una protección jurídica; es así que los derechos humanos no pueden ser inmutables, y admite la protección de otros derechos que aseguren la dignidad del hombre. Como continua el autor ya citado nos dice:

Los derechos humanos son un producto cultural, sometido a los procesos históricos, su configuración, la definición sobre qué aspectos de la vida hemos de considerar como derechos, debe permanecer necesariamente abierta y en constante cambio. No se trata por tanto de entidades puras e inmutables, sino sometidas a los procesos de búsqueda de dignidad propios de la experiencia humana. (Gándara Carballido, 2019, pág. 99)

Todo ser humano desde que nace hasta que muera está inserto en una cultura determinada, lo cual va determinando la forma de ver el mundo y actuar; es así que el jurista italiano Luigi Ferrajoli nos dice:

El artículo 3 de la Constitución italiana, según el cual todos son iguales “sin distinción” de sexo, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales o sociales. Justamente porque todos somos irreductiblemente diferentes y las diferencias son “hechos”, se convie-

ne en el principio de igualdad, es decir en el igual valor de todas las diferencias personales, comenzando por las diferencias culturales, que hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras (2008, p. 37)

Podríamos decir que la diferencia es un hecho y que es el sello que caracteriza a un grupo de personas con respecto a las demás con las que conviven en un país, estas diferencias para ser protegidas se plasman la carta fundamental de cada Estado. Pretender que todos los integrantes que conforman un país sean iguales es algo que va más allá de la realidad, ya que como se explicó con anterioridad, somos parte de una de las tantas culturas que compartimos dentro de un país y más allá que producto de la dinámica de la población nos vayamos interrelacionando.

## **Algunas reflexiones sobre la diferencia y derechos humanos**

Empezaremos haciendo una reflexión, sabemos que la creación, interpretación, aplicación de las normas y la creación de las políticas públicas, solo son aplicables un cierto grupo, y no aplicables a todos los grupos existentes. Este problema se debe a que existe una diversidad de culturas que viven en un Estado, en lo cual hay diferentes necesidades.

En las sociedades tradicionales hay conceptos diferentes a los de las sociedades liberales y que, por lo tanto, no son comparables. Por ejemplo, no se trata de seres humanos que son ciudadanos con derechos, sino miembros de un grupo, sea éste una comunidad, una asociación o una corporación (Guerra González, 2007, p. 48).

Como menciona Boaventura “la dominación étnico-racial se alimentan mutuamente, por tanto, la lucha por la igualdad no puede estar separada de la lucha por el reconocimiento de la diferencia” (2010, p. 15). Sabemos que los conceptos de las palabras son producto de la creación del hombre, que dan a ciertas palabras un significado de acuerdo a sus usos. Por tanto, lo que yo entiendo por respeto en mi comunidad, puede cambiar en otra comunidad y así sucede con muchos otros términos. Continúa Boaventura De Sousa:

En el continente latinoamericano en un momento en que las luchas sociales están orientadas a resemantizar viejos conceptos y, al mismo tiempo, a introducir nuevos conceptos que no tienen precedentes en la teoría crítica eurocéntrica, e incluso no se expresan en ninguna de las lenguas coloniales en que fue construida (2010, p. 16)

La mayoría de los conceptos que tenemos en Latinoamérica son de origen eurocéntrico, que se propagaron en nuestro continente durante la colonización y por las generaciones venideras, es así que lo que es aplicable para occidente, puede ser complejo aplicarlo a Sudamérica. Guerra González citando a Garzón Valdés nos dice: “la sociedad occidental aceptó la esclavitud, y hasta hace poco tiempo la experimentación con animales, mientras que en el presente se ven estas conductas como condenables (2007, p. 51).

Advertimos del nacimiento de ciertos conceptos que surge en una comunidad y que se imponen a otras comunidades debido a múltiples factores. Esto acarrea un distanciamiento entre lo que se dice y lo que es: “en los últimos treinta años las luchas más avanzadas fueron protagonizadas por grupos sociales (indígenas, campesinos, mujeres, afrodescendientes, piqueteros, desempleados) cuya presencia en la historia no fue prevista por la teoría crítica eurocéntrica” (Boaventura de Sousa, 2010, p. 17).

## **Por qué la diferencia debe ser un principio de los derechos humanos**

Tratamos en los párrafos anteriores la concepción de los principios, es así que nosotros defendemos la posición de que los principios son aquellos hechos, manifestaciones, fenómenos que el hombre descubre, y que son eternos e inamovibles, incólumes, demostrables, y que se imponen en el mundo del hombre. Consideramos necesario establecer las diferencias que comúnmente las confundimos entre principios y valores, siendo esta última una creación humana, de acuerdo a cada comunidad que ve la necesidad de defender ciertos principios, creando valores morales para guiar la conducta de las personas que lo conforman.

Tomando en cuenta la tesis que defendemos como principio, intentaremos fundamentar la respuesta del por qué se debería reconocer a la diferencia como

principio de los derechos humanos, teniendo en cuenta las características que desarrollamos: como ya lo dijimos, la “diferencia” es una cualidad propia del ser humano, que es unidad en sí misma y que se diferencia de los demás; este ser humano vive dentro de uno de los tantos grupos que existen el mundo y sabemos que cada grupo se caracteriza por tener cualidades propias, cultura, organización, normas, etc. Con base a las características que desarrollamos de los principios, podríamos decir que el hombre los descubre, como ya lo explicamos el hombre no crea principios, sino que estos son descubiertos, es así que la “diferencia” no es una creación, sabemos que existen una diversidad de etnias en el mundo y cada una tiene sus propios rasgos y su forma de vivir.

Son eternos e inamovibles, los hombres siempre hemos sido diferentes en ciertos aspectos, nos hemos diferenciado de acuerdo al lugar de dónde venimos, los rasgos propios, las cosmovisiones, etc.; ahí donde radica la “diferencia” como eterna.

Son incólumes, no se pueden vulnerar; a pesar de los avances científicos que se dieron con el correr del tiempo, específicamente ubicándonos en algunos eventos históricos, de cuando se trató de crear una raza única mediante la manipulación genética, jamás se dio, ya que es algo propio de la naturaleza de un ser vivo, el ser “diferente”.

Son demostrables, son muchas las disciplinas o ciencias que estudian a las comunidades que existen en el mundo, dentro de ellos tenemos a la antropología que estudia los modos de vida del ser humano y la sociología que estudia a las sociedades humanas, entre otras; mediante sus estudios demuestran la “diferencia” que existe entre todas las sociedades.

Se imponen, en esta característica queremos desprendernos del iusnaturalismo, ya que esta doctrina confunde a los principios con los valores, es así que la “diferencia” como principio, se imponen al hombre, como ya lo dijimos cada comunidad es diferente a la otra. Nos preguntaremos de la importancia de saber que es un principio y su importancia para proteger los derechos de los seres humanos, Cordero Gutiérrez explica:

El gran riesgo que surge de la falta de rigor en la clasificación de estos conceptos radica en las conjunciones, mezclas, mutaciones, con-

versiones, malas interpretaciones y aplicaciones de los mismos. Por ejemplo, cuando tratamos un principio como un valor cuando mutamos sus esencias o naturaleza, justificamos regímenes políticos, religiosos, intelectuales, culturales e industriales que degeneran nuestra existencia como seres vivientes (2018, p. 17)

Siendo la “diferencia” un principio que es característica propia del ser humano, es necesario que se lo reconozca como tal, para poder defenderla; ya que si lo que se plantea es tener una sociedad justa y unificada, todos protegiendo los derechos de los seres humanos.

## **Problemas entre la igualdad y la diferencia**

Empezaremos este aparte mencionando un antecedente histórico, para hacer una reflexión y que es piedra angular para ayudarnos a entender porque hoy se considera deficiente a la “igualdad” como un principio esencial de los derechos humanos. Como expone a continuación LLanos Reyes:

Es en el siglo XVIII, donde se observa la identificación de hombres y mujeres con los personajes novelescos. Las declaraciones políticas encierran problemas. Jefferson, siendo dueño de esclavos, y Lafayette, un aristócrata francés, hablaron de igualdad y los derechos en sociedades desiguales y marginalizadoras de enfermos, mujeres y niños. Pero detenerse en esas contradicciones sería, según Hunt, no entender las limitaciones que la propia historia impone a los individuos en el desarrollo de ciertas ideas y nociones (2012, p. 238).

Debemos entender que la igualdad es aplicable a una sociedad homogénea, poco diversa, como el occidente o norteamericano, y que solo han sufrido migraciones que se han ido adaptando a su cultura o los grupos étnicos, autóctonos que ya casi se están extinguiendo. Cosa distinta que sucede a en Latinoamérica donde se impuso una cultura, y donde las diversidades étnicas es una realidad viva y donde existe un enorme distanciamiento cultural, y donde hablar de igualdad es todo un reto.

## Problemas de la igualdad ante las minorías étnicas

Existe una lucha en aquellas minorías afectadas, que ven como extraños se dedican a decirles que es lo mejor para ellos. Se respeta que cada sociedad tenga sus propias normas de acuerdo a sus necesidades, pero también hay que precisar que es necesario una intervención mínima del Estado, cuando una conducta afecte la propia humanidad. Guerra Gonzáles, nos explica por qué esta deficiencia del principio de igualdad:

El Estado no tenía por qué protegerlas, era suficiente con que se permitiera su desarrollo impidiendo la discriminación y los prejuicios. La acción concebida consistía en evitar daños a las minorías, incluso la Convención sobre la Discriminación Racial planea programas de acción con carácter temporal, se tiene el ideal de una sociedad sin razas (2007, p. 53).

No proteger a una minoría étnica, es condenarla a su exterminio y más aún cuando en vez de proteger su “diferencia”, lo que se busca es pretender que todos seamos iguales, en consecuencia, desprendiéndolo de aquello de lo que hace único, es decir su propia humanidad. Seguimos con la idea de Boaventura de Santos quien nos dice que en:

Lugares remotos en las alturas de los Andes o en la llanura de la selva amazónica. Expresan sus luchas muchas veces en sus lenguas nacionales y no en ninguna de las lenguas coloniales en que fue redactada la teoría crítica. Y cuando sus demandas y aspiraciones son traducidas en las lenguas coloniales, no emergen los términos familiares de socialismo, de derechos humanos, democracia o desarrollo, sino dignidad, respecto, territorio, autogobierno, el buen vivir, la Madre tierra (2010, p. 17).

La situación es realmente preocupante, si pretendemos tener un derecho que sea aplicable a todas las comunidades o que adopten todos los Estados y que nos sea exclusivo solo a los países más dominantes. Es necesario que se reconozca a la “diferencia” como un principio de los derechos humanos. Podemos evidenciar un conflicto entre lo que los derechos humanos cree que es bueno y lo que una comunidad crea que se acomoda a sus necesidades:



“Según las vulnerabilidades de determinados grupos sociales, la represión de los derechos humanos se dirige o bien contra la creación de derechos o bien contra la organización para defender o crear derechos” (Boaventura de Sousa, 2010, p. 17).

Hay muchos pensadores que sostienen la idea de que los derechos humanos se crearon para una sociedad y no para todos como se dice en su discurso, y que beneficia a aquella sociedad hegemónica que la crea; esto genera una orfandad para aquellos grupos que claman sus derechos, que son testigos como los derechos no se aplican a su realidad.

## **Podrá la igualdad garantizar la diferencia o son incompatibles ante las minorías étnicas**

Hasta aquí hemos tratado de desarrollar la importancia de la diferencia, ante la deficiencia de la igualdad para proteger los derechos humanos de las minorías étnicas. Ante esta controversia Mauricio Beuchot nos dice: “El ansia de igualdad llevó a querer sobresalir; no se contentó el hombre moderno con ser igual a los otros, con la democracia, sino que ello le daba una base firme para procurar superar a los otros” (2017, p. 54). En contraposición a lo mencionado Guerra González sostiene: “Actualmente cabe otro enfoque: la diferencia entre los pueblos es deseable que se mantengan de manera permanente, por lo tanto, el Estado tiene la responsabilidad de emprender acciones para conservar la diversidad”. Cuando hablamos que se proteja la “diferencia”, no estamos haciendo referencia a que el Estado sea ajeno y no intervenga en aquellas minorías étnicas, sino que se dedique a proteger aquellos principios fundamentales, que son necesarios para la convivencia en una comunidad.

## **Qué entendemos por minorías étnicas**

Hasta aquí en reiteradas ocasiones hemos mencionado el término minorías étnicas, para abordar con mayor claridad el tema vamos a dar un concepto sobre ello. Es así que Ramón Soriano Díaz nos dice que:

En general, las minorías, como las comunidades de la tradición sociológica, presentan los siguientes rasgos: fines comunes del colecti-

vo (...), relación integrativa al margen de criterios de cálculo o beneficio, rasgos caracterológicos de identidad en una común tradición. Consecuencia de la naturaleza de estos fines, relación y caracteres es el interclasismo de los miembros de la minoría, puesto que, en el colectivo cabe todo tipo de clases y status sociales, subordinados a la prioridad del vínculo que a todos une a las señas de identidad del colectivo (2000, pp. 305-306).

Como su propio nombre lo dice, las minorías étnicas son pequeños grupos que están acentados en un determinado espacio geográfico, que se caracterizan por su unidad, modos de vida que acarrearán generación tras generación, debido a muchos acontecimientos, cuyo origen tuvo en la colonización se han ido mermando y es así que se los conoce como: (...) minoría numérica (salvo excepciones), inferioridad o dependencia, rasgos comunes identificatorios. Son elementos de carácter objetivo. Algunos autores añaden otros datos, como la solidaridad del colectivo minoritario o la percepción del mismo como diferente (Soriano Díaz, 2000, p. 306). Soriano Díaz precisa que: “No es posible una clasificación para toda clase de minoría, pues cada minoría presenta sus reivindicaciones peculiares de derechos. No todas las minorías necesitan los mismos derechos, el mismo tratamiento jurídico, porque sus necesidades y situaciones difieren” (2000, p. 308).

## **La diferencia como punto de partida para proteger las minorías étnicas**

Hemos abordado el concepto de diferencia para entender su importancia, hemos sostenido que la diferencia es un principio y no un valor, y por ser principio, debe ser protegida como un derecho humano. En este sentido, Guerra Gutiérrez citando a Kymlicka considera que:

El pensamiento de los derechos humanos no da soluciones a problemas candentes dentro de pueblos multiculturales, habría que partir de ellos, pero complementarlos con una teoría sobre los derechos de las minorías: “una teoría de la justicia omniabarcadora incluirá tanto derechos universales, asignados a los individuos independientemente de su pertenencia de grupo, como determinados derechos dife-

renciados de grupo, es decir, un ‘estatus especial’ para las culturas minoritarias” (2007, p. 53).

Se deja claro que, para vivir en armonía, no es necesario desprender de lo que en esencia son aquellas minorías étnicas, los derechos humanos deben surgir desde la cuna de las comunidades que verdaderamente lo necesitan y no de los que defiende sus intereses particulares. Continúa Guerra Gutiérrez citando a Kymlicka:

Así, Kymlicka propone se proteja a las culturas con medidas que hagan que la sociedad mayoritaria tenga dificultades en radicar en las zonas donde viven las minorías, como, por ejemplo, solicitar abundantes requisitos para otorgar residencia, prestar servicios preferentemente en el idioma de la minoría, otorgar derechos de caza y pesca a los nativos. Establece claramente el principio de igualdad (Guerra González, 2007, p. 55).

En el mundo actual en el que vivimos, lamentablemente podemos evidenciar como las sociedades dominantes, hegemónicas aplastan a aquellas minorías étnicas, muchas veces haciendoles correr de su territorio y obligandoles a acatar normas que no entienden; como ya lo dijimos si queremos que todas las sociedades defiendan los derechos humanos, habra que identificar a fondo ciertos principios que son comunes a todos los grupos, y que el derecho nazca de una sociedad y no se imponga.

## **Propuestas para una concepción de la diferencia desde la universalidad**

Somos conscientes que de la temporalidad y de la dinamicidad de los derechos humanos; temporalidad porque las normas son válidas en el tiempo y el contexto que dio origen a su reconocimiento, dinamicidad porque la realidad va cambiando cada día y surgen nuevos problemas que la norma tiene que hacer frente.

Hay ciertas ideas, conceptos y argumentos que nosotros hemos tomado como absolutas y muchas veces siendo indiferentes a la temporalidad y la di-

namidad. Como ya vimos a lo largo del desarrollo del presente trabajo, los derechos humanos son el reflejo de un conjunto de acontecimientos que le dieron origen. En ese sentido Angelo Papacchini no hace una importante reflexión:

Los derechos humanos en su configuración específica son un producto de la historia y de la modernidad; de manera que la reconstrucción del proceso a través del cual el sujeto de la modernidad va elaborando, ampliando y exigiendo sus reivindicaciones, constituye un camino más apropiado para tratar de comprender el sentido y alcance de la noción (1997, p. 43).

## **Problemas de entender a los derechos humanos como un sistema de valores**

En la historia se encuentran muchas teorías que han intentado explicar la naturaleza de los derechos humanos, tal es así que la primera doctrina de los derechos humanos nos dice que:

Los hombres nacen libres e iguales en derechos; que el objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescindibles del hombre y que tales derechos son: la libertad “consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro”, sus límites “como los que corresponde a los otros derechos, los señala la ley, que es la expresión de la voluntad general” (Alzamora Valdez, 1964, p. 173).

Como ya lo mencionamos, no estamos de acuerdo que se conciban a los derechos humanos desde el punto de vista del iusnaturalismo y a menudo sostiene que los derechos humanos son valores morales.

Si pretendiéramos defender con seguridad que los derechos humanos son valores morales, estaríamos afirmando que nacen en una comunidad, y como nace una comunidad los hombres que la integran se someten a esas normas. Como ya sabemos los valores solo tienen significado y aplicación en su ejercicio en la sociedad en que nació, pongamos, por ejemplo, igualdad en occiden-

te significa que todos tengamos el mismo trato, y en oriente medio igualdad dar el mismo trato solo a los que profesan el Islam; y así podemos poner muchos ejemplos.

Otro de los problemas a lo que nos enfrentamos cuando sostenemos que los derechos humanos están compuestos por valores, es que pueden estar manchados con una ideología y que proteja solo a estos intereses, o que se fundamente en base a valores religiosos trae como consecuencia que haya países que no acepten porque ellos defienden otros valores religiosos, trayendo conflictos entre este y oeste. Otro problema es cuando en la creación de los derechos fundamentales, intervengan países dominantes y que plasmen sus valores en aquellos derechos que son para la humanidad, trayendo los problemas que ya conocemos hoy en día entre las minorías étnicas con el choque derechos que se dan. Por tanto, diríamos que al ser los derechos humanos valores, no pueden ser universales.

En lo que sí estamos de acuerdo, es que los derechos fundamentales o constitucionales, están compuestos por principios, valores, normas principio, y reglas de interpretación. Como menciona Cordero Gutiérrez: “los derechos fundamentales no son universales, en la medida que conglomeran o agrupan valores específicos relevantes para cada civilización o lo que es lo mismo, reglas principios, por lo que puede determinar que son limitados dentro de un ámbito político y territorial” (2018, p. 48).

## **Los principios en los derechos humanos**

Ya mencionamos algunos problemas que traen como consecuencia cuando confundimos a los derechos humanos como valores morales, y sabemos también que los derechos fundamentales no son universales, porque solo son de aplicación para un Estado determinado. Estamos con esta idea sosteniendo que los derechos humanos están compuestos por principios, pero no desde la concepción clásica de la palabra. Ya que los principios en esencia no son creaciones humanas, y no defienden ninguna ideología, religión, o cualquier otra creación humana.

Si sostenemos la idea de que los derechos humanos están compuestos por principios, estaríamos dando un gran paso hacia una aceptación de todos los

grupos. Que los Estados acepten los derechos humanos que no representen ninguna ideología, ni intereses, sino lo que ya uno es poseedor por ser un ser vivo, teniendo en cuenta que nosotros nos desarrollamos dentro de principios que el hombre descubre, que son eternos e inamovibles, incólumes, demostrables, y que se imponen.

Parece una utopía lo que se plantea, pero entender y desarrollar a los derechos humanos con base en los principios, sería un gran paso para una verdadera unificación y que se respete la humanidad de todos, también esto acarrearía a que se reformulen ciertos conceptos y que se reconozcan ciertos derechos que son verdaderamente atribuibles a todos los seres humanos, tales como la vida, libertad, una igualdad de la mano con la diferencia.

Si nos ponemos a pensar, la mayoría de los problemas que existen actualmente es porque cada quien interpreta a los derechos humanos a su manera, en específico los derechos humanos entendido como valores, y como podemos ver, existen valores que solo pueden ser aplicables solo a la sociedad que las crea; es ahí donde empiezan los problemas que aquejan a nuestra sociedad, conflictos por choques de culturas. Pero sería diferente reformular la idea y trabajar en comprender a los principios en esencia y descubrirlos.

## **La diferencia entendida desde la universalidad**

Entender a la universalidad es una de las características esenciales de los derechos humanos: “se considera que todas las personas tienen derecho a disfrutar del contenido de los derechos humanos. Simplemente por el hecho de ser persona, como requisito mínimo, es suficiente para reconocer su extensión universal, al margen de cualquier otra circunstancia”.

Es así, que es necesario establecer un concepto de “diferencia” desde la universalidad, ya que: “Uno de los debates más acalorados sobre los derechos humanos es, en efecto, si los derechos humanos son un concepto universal o más bien un concepto occidental y, paralelamente si son universalmente válidos o no” (Boaventura de Sousa, 2010, p. 68).

En teoría, los derechos humanos son universales, protege a todos los seres humanos, sin importar de donde proviene, su condición social, económica,

cultural, etc.; en la práctica podemos constatar que la universalidad fue pensada para una comunidad en particular, y no para un mundo donde hay diversas culturas, que se ven confrontadas cuando no concuerda y difieren con ciertas normas, porque no se acomodan a sus necesidades.

En lugar de humanizar, la universalidad lo que ha hecho es que existe una deshumanización, pero podemos hacer que la diferencia desde la universalidad una alidada para proteger los derechos de todos los seres humanos, y dejar de lado como explica Boaventura de Sousa:

Los derechos humanos universales de Occidente se convirtieron en ese desarrollo una relación totalizante (...), deshumanizo a ambos, forzándolos a compartir una cultura común de dominación en su aceptación de las versiones enrarecidas y empobrecidas de sus respectivas culturas (Boaventura de Sousa, 2010, p. 88).

Una de las propuestas que se plantea, es que se entienda a la universalidad no como un valor que nació en occidente o eurocentrista y para defender sus intereses, sino como principios, al igual que entender la diferencia como principio, que son aplicables a todas las culturas, y que son universales en esencia, y que se puede aplicar y proteger a las minorías y sin dejarlas de lado.

## Conclusiones

Consideramos necesario reformular el concepto clásico de los principios y su verdadera esencia, ya que como se ha podido demostrar a lo largo de la historia ha sido confundida con valores, normas, etc., y el problema no solo es en cuanto a lo conceptual, sino que puede traer problemas cuando se confunden con los valores, ya que se puede llegar a justificar a gobiernos tiranos bajo la idea que son valores fundamentales que son beneficiosos para todos; entonces es muy importante una concepción de los principios como aquellos hechos o manifestaciones que el hombre descubre, eternos, incólumes, demostrables, y que se imponen. Al dilucidar su verdadera esencia, nos puede ayudar a que los derechos sean reconocidos libres de una intromisión ideológica y religiosa que pueda ser beneficiosa para todos los seres humanos.

Vivimos en un mundo donde confluyen muchas culturas, y como sabemos cada una de ellas tienen sus sellos propios que los caracterizan, entendida en otras palabras como los modos de vida en los cuales se desarrolla una comunidad. Compartimos la idea que, al no proteger a una minoría étnica, es condenarla a su exterminio y más aún cuando en vez de proteger su “diferencia”, lo que se busca es pretender que todos seamos iguales, en consecuencia, desprendiéndolo de aquello de lo que hace único, es decir su propia humanidad.

También es importante se entienda a la “diferencia” un principio que es característica propia del ser humano, ya que como pudimos ver son descubiertas por el hombre, eternos, incólumes, demostrables y que imponen, en nuestra realidad y es necesario que se lo reconozca como tal, para poder defenderla; ya que si lo que se plantea es tener una sociedad justa y unificada, todos protegiendo los derechos de los grupos más vulnerables.

La igualdad como principio resulta ineficiente para garantizar la diferencia, como ya pudimos ver la igualdad es aplicable para una sociedad homogénea, donde los márgenes de diferencia entre grupos culturales nos demasia- do amplios, es decir se acomoda a las sociedades en las que fueron creadas, Occidente, Norteamérica. Como pudimos ver que en estas sociedades existe un detrimento de sus grupos étnicos, y podríamos decir que en cierto modo es aplicable hablar de igualdad, sin embargo, la realidad es muy diferente en Sudamérica donde las minorías étnicas es una realidad viva, y que constantemente existe conflictos con respecto a sus cosmovisiones y su forma de vivir, es ahí donde hablar de igualdad es ineficiente donde se reclama la importancia de reconocer la diferencia como un principio.

Por último, como se fue demostrando a lo largo del presente trabajo, sobre la importancia de entender a los derechos humanos como principios, y ubicar a la universalidad dentro de la idea de los principios propuestos y no como un valor, estaríamos desprendiéndonos de la idea de que los principios son solo aplicables para un determinado grupo sino para todos, incluyendo a las minorías étnicas. Por tanto, la universalidad al igual que diferencia como principio sería aplicable para defender los derechos de las minorías étnicas.



## Referencias

- Alzamora Valdez, M. (1964). *Introducción a la ciencia del derecho*. Eddil.
- Beuchot, M. (2017). Problemas actuales sobre derechos humanos. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 51-61.
- Boaventura de Sousa, S. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Ediciones Trilce.
- Bobbio, N. (2002). *Teoría general del derecho*. Editorial Temis.
- Cordero Gutiérrez, I. A. (2018). *Revelando los principios*. Ibáñez.
- De Sousa Minayo, M. (2005). los conceptos estructurantes de la investigación cualitativa. <https://doi.org/10.18294/sc.2010.283>.
- Fernández Sessarego, C. (1950). *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*. Lima .
- Gándara Carballido, M. (2019). *Los Derechos humanos en el siglo XXI*. CLACSO.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo*. Gedisa.
- Guastini, R. (2001). *Estudios sobre la teoría constitucional*. Doctrina Jurídica Contemporánea.
- Guerra González, M. (2007). Multiculturalismo y derechos humanos: limitar, tolerar o fomentar lo diferente. *Andamios*, 24, 33-60.
- Jiménez Gil, W. (2008). Entre reglas y principios. *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 50, 34-43.
- LLanos Reyes, C. (2012). Reseña de “Inventar los derechos humanos, Una historia” de Hunt, Lynn. *Historia Crítica*, 54, 237-240.

Medellín Becerra, C. E. (2015). *La interpretatio iuris y los principios generales del derecho*. Legis editores.

Papachini, A. (1997). *Filosofía y derechos humanos*. Editorial Universidad del Valle.

Putnam, H. y Habermas, J. (2008). *Normas y valores*. Editorial Trotta.

Rodríguez Nava, V. F., Arena Ventura, C. A., Casique Casique, L. y Hernández Castañón, A. (18 de 08 de 2020). La hermenéutica dialéctica como método de análisis. *Hermeneutica-Dialectica\_como\_Metodo\_de\_Analisis.pdf*:

Rubio Correa, M. (2012). *El sistema jurídico Introducción al derecho*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rubio Correa, M. (2017). *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Soriano Díaz, R. (2000). *Diccionario crítico de los derechos humanos I*. Universidad Internacional de Andalucía.

## Capítulo 17

# El derecho fundamental a la intimidad y el *Big Data*

William Esteban Grisales Cardona<sup>1</sup>, Jhon Jherson Bustamante Lozano<sup>2</sup>

### Resumen

El derecho a la intimidad es un derecho que implica espacio intangible, inmune a las intromisiones externas y la protección del mismo. Sin embargo, la actual crisis sanitaria ha hecho que se piense –el derecho a la intimidad– en situaciones excepcionales a partir de la dación de medidas para hacer frente al nuevo coronavirus, como es el caso de la plataforma *Big Data* “Medellín me cuida”. Esta plataforma se ha adentrado en la esfera más íntima del individuo con el fin hacer frente al nuevo coronavirus, despertando el interés y el debate en torno a lo relativo del derecho a la intimidad porque se está violentando; empero, esta medida ha sido necesaria, para el cual se ha recurrido a principios constitucionales, a fin de asegurar la concreción de otros derechos fundamentales y a su vez, para que del mismo más adelante puedan gozar.

**Palabras clave:** derecho a la intimidad, *Big Data*, nuevo coronavirus, Medellín me cuida.

### Introducción

El artículo que se desarrolla a continuación es producto del trabajo de investigación que lleva el mismo título: *El derecho fundamental a la intimidad y el Big Data*, que contempló como objetivo general determinar si el aplicativo “Medellín me cuida” viola el derecho fundamental a la intimidad. En ese sentido, el presente trabajo surgió con el propósito de propiciar argumentos tanto

1 Abogado y magíster en Derecho Procesal de la U. de M., doctorando en Filosofía de la UPB, docente tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana. Correo: wgrisales@coruniamericana.edu.co

2 Estudiante de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Perú. Correo:jhon.bustamante@untrm.edu.pe

a la Academia como al campo jurídico haciendo un estudio hermenéutico de lo que significa intimidad, privacidad, derecho a la intimidad y las implicancias de la plataforma “Medellín me cuida” en el derecho a la intimidad.

En el desarrollo, se ha dividido en secciones: iniciando haciendo una conceptualización lo que se entiende por intimidad, a fin de que cuando se llegue a lo relacionado al derecho a la intimidad, no se tenga mayor dificultad en su lectura. En el apartado sobre la privacidad, se sienta la diferencia que hay con la intimidad, ya que es común que se suela confundir. Así llegamos a desarrollar lo que corresponde el derecho a la intimidad, recurriendo a explicar lo que comúnmente se le conoce y, por otro lado, analizándolo en nuevos contextos, como el caso de la masificación de tecnologías y lo que significa para nuestra intimidad, también lo analizamos en ese mismo plano, pero en situación excepcional como el caso de la pandemia generada por nuevo coronavirus. En ese mismo apartado, se determina las implicancias de la plataforma “Medellín me cuida” en el derecho a la intimidad, ahondado con el fin de establecer argumentos sólidos sobre su alcance y los límites del mismo

## **Metodología**

En el desarrollo del presente trabajo se utilizó la metodología hermenéutica porque este nos va a permitir estudiar el derecho de manera íntegra “relacionándolas siempre con los hechos y con los valores que intervienen en el derecho (...) revelando su contenido con miras, principalmente a su aplicación al caso concreto” (Hernández, 2019, p.48). Además, porque “proporciona profundidad a los datos, dispersión, riqueza interpretativa, contextualización del ambiente o entorno, detalles y experiencias únicas. Asimismo, aporta un punto de vista “fresco, natural y holístico” de los fenómenos, así como flexibilidad” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 16).

## **Resultados**

### **La intimidad**

El concepto de intimidad en la actualidad es pensada en contexto complejo: masificación de medios de comunicación, avance científico, el progreso de

la técnica, industrialización, el vertiginoso uso de la informática en nuestras vidas. También es pensada en el contexto de la emergencia sanitaria generada por el SARS-CoV-2, conocida comúnmente por el nuevo coronavirus, que ha llevado a tomar distintas medidas sanitarias –como el aplicativo Medellín me cuida– que implican la afectación de la intimidad, esto nos lleva a preguntar sobre lo que entendemos por intimidad.

La intimidad, en un primer momento, según la Real Academia Española (2020) es una “Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia” (párrafo. 1). La zona espiritual no es, en estricto, la zona de encuentro con dios –como se puede interpretar–, sino más bien, hace referencia a la parte inmaterial, intangible del ser humano, es decir, una zona donde se pueda estar inafectado de cosas externas y te permitan cultivar pensamientos, sentimientos y otros hábitos que impliquen no sentirse que se está siendo vigilado, visto o amenazado por intromisiones ajenas a su voluntad. Pero, también encontramos otra dimensión: la familiar, no va ser otra cosa que la definición de lo individual, pero aplicado al plano familiar.

En virtud de lo referido: al espacio reservado para el ser humano inafectado de cosas externas, nos lleva a entender que en el mundo donde se desarrolla como un ser que socializa con sus semejantes, es un espacio estruendoso, caótico, que anda con prisa, donde se siente observado, por lo tanto busca un espacio para abstraerse de esa realidad, en ese sentido, La Sentencia T-552 de la Corte Constitucional (1999), nos va a decir que la intimidad tiene que ser:

Un espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.

Ahora bien, la intimidad también puede ser vista, ya no desde la exteriorización, es decir de una zona personalísima, sino también desde su interior: así la intimidad será un mundo que no será percibido desde afuera, un mundo que solo es conocida por la persona que lo posee; esto hará ver a la persona “desde la dimensión de la propia intimidad se debe decir que cada persona es un ser único e irrepentible, no hay nadie ni nada en el mundo que pueda ocupar su lugar, no es sustituible” (Yepes, 1997, p. 13). Por consiguiente, podemos afirmar, también, que la intimidad, desde la dimensión del interior de una

persona, es un elemento esencial en la persona porque hará de la misma una característica diferenciadora de los demás.

La intimidad comprende dos situaciones según Jurío y Erquiaga (2003), así tenemos:

- a. Las conductas o situaciones, que no están destinadas razonablemente a su divulgación o al conocimiento por terceros, ya sea por su naturaleza o porque se dan en un ámbito privado;
- b. algunas situaciones, que aún desarrolladas en un ámbito no privado, tienen un contenido netamente privado, por el que no deben ser sometidas a intrusión o divulgación (p. 57).

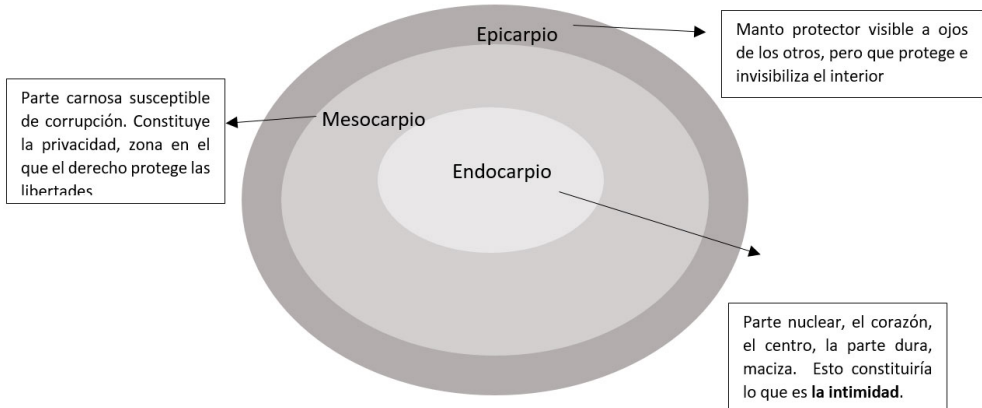
Situaciones que, en un inicio, reconoce que hay conductas que solo son posibles en un ámbito privado y por consiguiente está sujeto a que no sea difundido o a que no sea conocidos por terceros, que pueden ser amigos, familia o personas cercanas; ahora, si las conductas o situaciones del ser humano que se desarrollan en un contexto alejado de lo privado, es decir de lo no privado o público, no deben ser objeto de intromisión y consecuentemente difusión.

Ahora bien, la intimidad, según la teoría frutal, que desarrolla José Pardo, que concibe al sujeto, es decir al ser humano, como un aguacate donde se puede encontrar tres partes:

- **Epicarpio:** este sería el manto protector visible a ojos de los otros, pero que protege e invisibiliza el interior.
- **Mesocarpio:** es la parte intermedia entre el endocarpio y el epicarpio, es decir, sería la parte carnosa susceptible de corrupción. Esta parte constituye la privacidad, zona en la que el derecho protege las libertades.
- **Endocarpio:** es la parte nuclear, el corazón, el centro, la parte dura, maciza. Esto constituiría lo que es la intimidad.

Esta teoría, parafraseando a Pardo (2016) sostiene que la intimidad “no puede hacerse público ni privado porque se va a desnaturalizar si se publica o si se privatiza, porque es algo impropio que no responde ni a lo uno ni a lo otro” (p. 162). Además, lo público y lo privado corresponden al campo de lo explícito, por su parte, la intimidad está en el dominio de lo implícito, es decir,

está ya está contenido en nosotros, pero esto no significa que no pueda explicarse o ser parte de lo privado y lo público “todos nuestros actos públicos y privados están salpicados de intimidad” (Pardo, 2016, p. 163). Lo que implica un alto grado de responsabilidad explicitar nuestro implícito.



**Figura 9.** El sujeto según la teoría frutal

**Fuente:** elaboración propia

## La privacidad

Ahora, hemos visto que la intimidad no es lo mismo que privacidad, la intimidad no es sinónimo de privacidad; a pesar de eso, es común que haya esa confusión, verbigracia, “la jurisprudencia ha tratado en ocasiones como sinónimos a los conceptos de ‘intimidad’ y ‘privacidad’” (Bautista, 2015, p. 30). Por lo tanto es menester hacer una diferenciación sobre el tema a fin de generar claridad sobre la lectura de lo que es intimidad y privacidad. Así tenemos a la sentencia T – 787 de la Corte Constitucional (2004), que, al respecto argumenta que:

El concepto de ‘privacidad’ o ‘de lo privado’, corresponde a los asuntos que en principio tocan exclusivamente con los intereses propios y específicos de la persona humana, sin que afecten o se refieran a los demás miembros de la colectividad; razón por la cual, sobre estos asuntos la sociedad a través del ordenamiento jurídico, no le exige o le impone a las personas el deber de informar o comunicar

Cuando se refiere a la ‘privacidad’ o ‘de lo privado’ se utiliza para referirse todo lo contrario a lo que es ‘público’, este es entendido como todo aquello relacionado a todos los ciudadanos, o lo que es para la población en general y, también, se entiende como todo lo relacionado a la actividad estatal a través de sus instituciones. Esto se ubica en las antípodas de lo que establece la Corte, ya que esta va a referirse de la ‘privacidad’ o ‘de lo privado’ como algo propio, específico del individuo.

El derecho va a proteger a la privacidad –derecho a la privacidad– que va a ser el derecho que protege lo relativo al derecho de la vida privada – “derecho a un círculo íntimo de la vida reservada, más amplio que la intimidad personal” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico [DPEJ], 2020, párrafo 1). También el derecho a la privacidad va a ser la “garantía de no ser objeto de injerencias ilegales o arbitrarias concernientes a la vida privada, a la familia, al domicilio o a la correspondencia; además de la posibilidad de evitar la difusión o divulgación de datos propios” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico [DPEJ], 2020, párr.1).

Ahora, si regresamos a la teoría frutal, la privacidad será la zona que está entre el epicarpio y el endocarpio, zona susceptible de corrupción, es decir, zona que puede ser afectada por la intromisión estatal o de terceros, es por eso su protección legal a fin de que pueda ejercer sus libertades. También se puede afirmar de esta parte que constituye el sujeto, va a proteger la zona espiritual del ser humano, en otras palabras, la intimidad.

## **Derecho a la intimidad**

El derecho a la intimidad está contenido en la Constitución colombiana de 1991, prescrita en el artículo 15, donde taxativamente dice que *todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre*. Este derecho ha sido desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia (1997) en la sentencia T-552 argumenta sobre el derecho a la intimidad lo siguiente:

Implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en



el que no caben legítimamente las intromisiones externas (...). La Corte Constitucional, (...) ha definido el núcleo esencial del **derecho fundamental a la intimidad como “el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas**, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.

Así mismo, la finalidad de la protección del derecho a la intimidad, está contenida en la Sentencia T-414 de 1992, donde establece que:

La finalidad con la que se protege la intimidad como una forma de asegurar la paz y la tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad. Esta particular naturaleza suya determina que la intimidad sea también un derecho general, absoluto, extra patrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer erga omnes, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada.

Y, la función que cumple el derecho a la intimidad según Megías (2002) “es proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad” (p. 530).

Ahora, si bien es cierto que la jurisprudencia ha delimitado todo lo relacionado al derecho a la intimidad; sin embargo, hablar del derecho a la intimidad en estos tiempos es sumamente complejo por todo lo que significa el avance tecnológico y la dependencia del hombre que tiene de ella; por ejemplo, el uso de la informática, el uso masivo de computadores, de celulares y los aplicativos del que nos servimos, que en algunos casos, constituyen medios de comunicación masivos en el que podemos informarnos en tiempo real y compartir información en tiempo real, pero también compartimos cosas personalísimas exponiendo a que sean vistas por miles de personas. Hay que agregar a eso la emergencia sanitaria por la que viene atravesando el mundo entero generada por el nuevo coronavirus, lo cual ha llevado a distintos gobiernos, como el de

la Alcaldía de Medellín, a implementar medidas con el que se pueda hacer frente.

Este contexto nos lleva a que se esté reinterpretando el derecho a la intimidad, dada la conectividad en la que nos encontramos. Situación que la Corte Constitucional colombiana, magistralmente se adelantó a su tiempo, ya que para la década de los 90 con cierta dificultad se podía acceder a teléfonos y con mucha más dificultad a lo que hoy conocemos como internet. Así tenemos que el derecho a la intimidad, en un primer momento, presupone el derecho a estar solo, lo que significa que no importa:

El lugar en que la persona se encuentre, nadie puede imponerle su compañía y ser testigo de su vida íntima o inmiscuirse en ella... Sólo aquel que sea aceptado por cada quien en su fuero personal y el que cuente con la expresa autorización de ley previa, cuando cumpla con las ritualidades señaladas por la norma, puede legítimamente compartir sus vivencias, enterarse de lo que el individuo considera privado, intervenir en sus comportamientos o inquirir por ellos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-413, 1993).

En la misma línea argumental, Zúñiga (1997), argumenta que “el derecho a la intimidad supone un derecho a la soledad, y el reconocimiento de una esfera íntima y propia exenta de injerencias” (p. 294). De este modo, queda establecido que ninguna persona tiene “derecho a invadir la esfera que le corresponde al otro si este no le permite hacerlo en virtud de su libertad, autonomía e intimidad” (García, 2012, p. 28). Es decir, si “A” tiene un derecho “X”, solamente de él (derecho a la intimidad, a estar solo) (intangible e inmune). “B” quiere adentrarse en el derecho “X” de “A”, este no podrá porque 1. El derecho “X” es intangible, inmune, derecho fundamental. 2. Está protegido. 3. No le ha sido permitido por “A” o por ley. Solo será posible adentrarse en él cuando: 1. Sea todo lo contrario a las dos condiciones del supuesto tercero y 2. Cuando haya una necesidad social y pública.

El segundo momento del derecho a la intimidad, comprende “El Derecho del individuo a decidir por sí mismo en qué medida quiere compartir con otros sus pensamientos y sentimientos, así como los hechos de su vida personal” (Gonzales, 1993, p. 70). De esta tesis planteada por Gonzales, se desprenden los siguientes supuestos de hecho:

**a. Apropiación del nombre o imagen de otra persona en provecho propio:**

Este supuesto abarca el hecho del registro en alguna aplicación, con ello se concede datos personalísimos, además de la dación de un retrato de quién registra, dando lugar a la involucración de otros derechos como el de la identidad y sometiéndose a posible discriminación.

**b. Intrusión en la intimidad o en los asuntos privados de una persona:**

Está relacionado con el supuesto anterior más la memoria informática. Todo dato introducido queda registrado, es decir hay una disposición afirmativa de quien la utiliza, sin embargo, estos datos están expuestos a ser objeto de intrusión indirecta, ya que no es posible hablar de una directa o física, corriendo peligro sobre la utilización que se le pueda dar posteriormente, porque ahora la utilización de los datos queda a criterio de los aplicativos. Además, muchos de los aplicativos utilizan la geolocalización, estando expuestos así a estar constantemente vigilados.

Así mismo, estos datos son utilizados para que nos aparezca propaganda personalizada. Estamos ante dispositivos que “nos escuchan”, ya que cualquier conversación que se tenga, posteriormente lo veremos en publicidad. Esto sucede a que sin tener cuidado el micrófono este abierto y sea una herramienta de escucha y por ende utilicen para bombardear de publicidad que no se quiere.

**c. Revelación pública de la información privada:**

Este supuesto guarda relación con lo anterior. Con los datos introducidos, revelamos información privada (contaminada con cuestiones íntimas), generando grandes bancos de datos, porque no solamente introduce una persona sus datos, son miles, millones, dando lugar así a que entre grandes empresas utilicen para fines descritos en el supuesto anterior. Además, se corre otros riesgos como la “información puede ser cedida a la NSA (Agencia de Seguridad Nacional) o incluso a la CIA (Agencia Central de Inteligencia), independientemente de que sea legal o ilegal en tu país de origen” (Nichols, 2018, párrafo 10). Aunque no son las únicas agencias a las que se les puede proporcionar, también pueden ser locales, de cada Gobierno.

Ahora, una vez desarrollado lo que corresponde al derecho a la intimidad, corresponde ocuparse de la plataforma “Medellín me cuida”, “plataforma que utiliza inteligencia artificial, analítica de datos y *Big Data*” (El Mundo, 2020, párrafo 1). Como parte de las políticas establecidas por la Alcaldía para hacer frente al nuevo coronavirus, y cuya finalidad es “buscar la información de sus habitantes que le ayude a tomar decisiones a tiempo y brindar atención” (El Mundo, 2020, párrafo 2). Ahora, también es un “sistema masivo de registro donde los ciudadanos entregan sus datos más valiosos y los de su familia, pero además sus comorbilidades, también utiliza la georreferencia” (EFE, 2020, párr. 7).

Vemos lo que se pide esta plataforma al momento de registrarse:

**a)** Tipo de documento (pasaporte, cédula de ciudadanía, cédula de extranjería, permiso especial de permanencia, cédula venezolana) fecha de expedición y número de identificación, **b)** hay una pregunta: “¿su servicio con empresas públicas es prepagado?” con dos opciones: “sí” y “no”, **c)** Nro. Contrato EPM, **d)** Nombres y Apellidos, **e)** dirección, **f)** teléfono de contacto (celular), otro teléfono de contacto, **g)** correo, **h)** edad, **i)** actividad que desempeña, **j)** nacionalidad, **k)** se pide seleccionar enfermedades y otros como: hipertensión arterial, diálisis, enfermedades al corazón, cáncer, uso de esteroides, diabetes, colesterol alto, asma (asfixia), enfermedad pulmonar obstructiva crónica, obesidad o sobre peso, fuma o ha sido fumador, cocina con leña o ha cocinado con leña, enfermedad huérfana o rara diagnosticada; **l)** solicitan marcar si se ha tenido los siguientes síntomas: tos, fiebre mayor a 38 grados, dolor de garganta, malestar general, dificultad para respirar, ninguno; **m)** hay la opción de agregar con quienes vivimos si lo hubiera y finalmente, **n)** existe una opción para responder si la familia requiere asistencia alimentaria.

La finalidad de “Medellín me cuida” son esencialmente 3, a saber: a). Lograr tener una identificación, individualización y caracterización de cada grupo familiar que resida en el municipio de Medellín, el área metropolitana y los municipios aledaños; b). En esta medida, será un insumo fundamental para que dadas las condiciones que se identifiquen en la caracterización referida en el numeral anterior, se pueda determinar quienes requieren especial atención y ayuda en el marco de la emergencia social ocasionada entorno a la propagación del virus COVID-19 y c). Obtener datos e información para dar gestión y mitigar en lo que sean posible los efectos producidos en el marco

de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Ahora bien, hemos visto todo lo necesario para determinar si “Medellín me cuida” viola el derecho fundamental a la intimidad, para el cual es necesario empalmar la implicancia de la plataforma con el derecho a la intimidad desarrollado en apartados anteriores:

- a. En virtud de lo descrito, para la utilización “Medellín me cuida”, es necesario introducir una serie de datos del individuo y de la familia en el que se encuentra, con el cual se adentran en el espacio intangible, inmune del individuo; asimismo, quiebra con la finalidad y la función del derecho a la intimidad, lo cual es la protección, a fin de que sea caracterizado a través de lo que se ha introducido en la plataforma.
- b. Ahora, si lo vemos desde los dos supuestos que presupone el derecho a la intimidad (derecho a estar solo y derecho de decidir lo que comparto), también rompe con el “nadie puede inmiscuirse en ella” es decir en la intimidad de la persona, ya que se va a adentrar en la esfera íntima y también con lo que respecta el “derecho a decidir por sí mismo”, ya que este no va a decidir sobre lo que quiere compartir, ya está condicionado y presionado con lo que debe compartir, pues, a falta de uno, no podrá ser beneficiado de la plataforma. Es cierto, que en los términos y condiciones habla sobre que no es obligatorio llenarlo, es decisión de cada uno, sin embargo, hay una fuerza externa indirecta que lleva a su utilización, esa fuerza es la utilización de la publicidad que induce a utilizarlos, ya que si no te registras, será complicado que pueda ser atendido en caso de que necesite ayuda.
- c. Hay que agregar a los dos anteriores, que, con la geolocalización que utiliza “Medellín me cuida” impide más la realización del derecho a estar solo, ya que van a saber la ubicación del individuo o familia; además, esta herramienta tecnológica – digital, en relación con el “decidir por sí mismo”, significaría la exposición a los tres supuestos de hecho a los que se está sujeto.
- d. Otra situación que implica la utilización de la plataforma “Medellín me cuida”, es la exposición de la intimidad de menores. Está prohibido el tratamiento de datos mediante la legislación infra nacional, ley 1581 de 2012.

Ahora bien, nos encontramos en una situación compleja, ya que vemos que hay una confrontación de hechos jurídicos, por lo que se necesita una respuesta jurídica meticulosa a la realidad en la que estamos desenvolviéndose. Es así que tenemos que se ha forzado el derecho a la intimidad; sin embargo, esta responde a la situación compleja en la que nos encontramos: así tenemos que, en el supuesto 1, hay que determinar a través del principio de idoneidad, lo que significa que si con la restricción de un derecho voy a concretar otro derecho. Y así pasa, las consecuencias de la pandemia, puede ser la contaminación del individuo que, posteriormente, puede causar su muerte, por lo tanto, la restricción busca tomar las medidas necesarias a fin de proteger un derecho fundamental como es el de la vida y derechos relativos a este. También responde a un principio constitucional del interés general sobre el particular. La pandemia ha llevado a una crisis, no individual, sino social, por lo que implica proteger la sociedad en conjunto.

Por otro lado, hay un consentimiento forzado por la realidad misma y por la autoridad, no es un consentimiento voluntario, pero se debe hacer una lectura íntegra con lo prescrito en el párrafo anterior. Lo mismo sucede con la geolocalización: la restricción es excepcional, ya que solo así, al individuo y su familia protegiéndolo, podrán más adelante, cuando se supere la crisis, disfrutar del derecho a la intimidad y de otros derechos relativos a este que le ha sido conferido y en otros casos de los que siempre ha tenido. Así mismo, el derecho a la intimidad, como vemos, es un derecho que se puede disponer, pero cuando otro derecho este radicalmente en peligro.

Ahora, si bien es cierto que hay una prohibición expresa con respecto al tratamiento de datos en menores de edad; empero, el principio del interés superior del niño/ña dicta que, según mandato constitucional, el Estado debe asistir y proteger al niño/ña para garantizar su desarrollo armónico e íntegro y el ejercicio pleno de sus derechos; por lo tanto, la restricción debe hacerse en virtud del principio del interés superior del niño/ña, porque son grupos etarios del que se requiere protección y trato diferenciado.

## Conclusiones

A la conclusión que se ha llegado en el presente trabajo es que la plataforma “Medellín me cuida” si viola el derecho fundamental a la intimidad pero,

dada la situación excepcional en la que no solamente se encuentra Medellín – Colombia, sino el planeta entero, es que ha sido necesario, recurriendo a principios como el de interés social sobre el particular, debido a que afecta a la sociedad en su conjunto, también a través del principio de idoneidad, en el que se establece que restringe un derecho para hacer efectivo otro con el que se permita más adelante volver a gozar del derecho restringido. En el caso de los niños/as, la medida está en virtud del principio del interés superior del niño (a).

Finalmente, el restablecimiento del derecho a la intimidad, estará restringido mientras dure la crisis sanitaria, posteriormente se restablecerá, pero es necesario los que han utilizado la plataforma “Medellín me cuida” ejerciten mecanismos constitucionales con el fin de que los datos que han proporcionados sean borrados de cualquier instrumentos de almacenamientos de datos

## Referencias

- Agencia EFE (2020, abril 28). Tecnología y *Big Data*, la innovadora apuesta de Medellín contra la pandemia. <https://www.efe.com/efe/america/tecnologia/tecnologia-y-big-data-la-innovadora-apuesta-de-medellin-contra-pandemia/20000036-4233550>
- Bautista, M., (2015). *El derecho a la intimidad y su disponibilidad pública*. Universidad Católica de Colombia.
- Becerra, J., et al. (2018). Derecho y *big data*. En Becerra, J., et al. (eds.), *Marco teórico y aproximación jurídica al big data: algoritmos, inteligencia artificial y transformación digital* (pp. 39 – 63). Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia T-413 del 29 de septiembre.
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia T-552 del 30 de octubre.
- Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-414 del 16 de junio.

- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (2020). *Derecho a la privacidad*. <https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-la-privacidad>
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (2020). *Derecho a la vida privada*. <https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-la-vida-privada>
- El Mundo. (2020). Medellín enfrentará el covid-19 con una plataforma inteligente. <https://www.elmundo.com/noticia/Medellin-enfrentara-el-covid-19-con-una-plataforma-inteligente/379339>
- El Tiempo. (2020). Qué diferencia hay entre la plataforma de Medellín y Bogotá Cuidadora. <https://www.eltiempo.com/colombia/medellin/diferencias-entre-plataformas-medellin-me-cuida-y-bogota-cuidadora-502506>
- García, A. (2012). El derecho a estar solo, a la pareja, a la familia y al amor en Colombia y algunos países de Latinoamérica. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 42 (116), 23 – 50. <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v42n116/v42n116a02.pdf>
- Gonzales, G., (1993). El Derecho a la intimidad y la informática. *Themis* 26, 67–77. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/11095/11608>
- Hernández, J. (2019). *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*. Instituto de investigaciones jurídicas.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista M., (2014). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill Education.
- Jurío, M. y Erquiaga, E., (2003). Derecho a la intimidad. *Oficios Terrestres* 13, 57–78. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/48547>
- Megías, J., (2002). Privacidad e internet: intimidad, comunicaciones y datos personales. *Anuario de Derechos Humanos* 3, 515-560. <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0202110515A>



- Nichols, S. (2018). Tu celular te está escuchando y no es paranoia. [https://www.vice.com/es\\_latam/article/wjbzzy/vice-celular-escucha-espionaje-publicidad](https://www.vice.com/es_latam/article/wjbzzy/vice-celular-escucha-espionaje-publicidad)
- Pardo, J. (2016). *Estudios del malestar. Políticas de la autenticidad en las sociedades contemporáneas*. Anagrama.
- Real Academia Española. (2020). Intimidad. *Real Academia Española* del.rae.es/intimidad?m=form
- Yepes, R. (1997). *La persona y su intimidad*. Universidad de Navarra
- Zúñiga, F., (1997). El derecho a la intimidad y sus paradigmas. *Ius et Praxis* 3 (1), 285–314. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19730125>

