

EDUCACIÓN INCLUSIÓN Y DERECHO

EDUCACIÓN INCLUSIÓN Y DERECHO

Compiladores

PhD. Adriana Patricia Arboleda López
PhD. Jaime León Gañan Echavarría
PhD. (c) Carlos Augusto Arboleda Jaramillo

Dirección Editorial

Mg. Jovany Arley Sepúlveda Aguirre
Director Editorial y de Publicaciones

Corporación Universitaria Americana
Sede Medellín - 2020

340.2
C822

Corporación Universitaria Americana. Educación, inclusión y derecho. (Comps.) Adriana Patricia Arboleda López; Jaime León Gañan Echavarría y Carlos Augusto Arboleda Jaramillo.
Medellín: Sello Editorial Coruniamericana

316 Páginas: 16X23 cm.
ISBN: 978-958-5512-79-5

1. Derecho 2. Inclusión 3. Educación 4. Participación ciudadana

Corporación Universitaria Americana©
Sello Editorial Coruniamericana©
ISBN: 978-958-5512-79-5

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
selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

Diagramación y carátula:
EDUARDO A. MURILLO PALACIO

1ª edición: Abril 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 Coruniamericana 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

Inclusión y justicia alternativa para la transformación social	10	Adriana Patricia Arboleda López, Leidy Catalina Acosta Agudelo, Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez, J. Eduardo Murillo Bocanegra
La lesión enorme en Colombia: imperativo de justicia contractual, insuficiente e inefectiva	27	Claudia Patricia García Rivera, Alexandra Patricia Gómez García
Situación de calle en Medellín. Revisión de caso: niños y niñas ante la penumbra del desarraigo, entre el riesgo y la protección	45	José Antonio García Pereáñez, Astrid Elena Lince Echavarría
El derecho civil en un nuevo contexto	64	William Esteban Grisales Cardona
Metodología para una reforma al Código Civil	74	Ana Milena Quintero; Manuela Mosquera Piedrahita; William De Jesús Yepes Zapata; Ximena Artunduaga Alzate; José Ricardo Arango Gállego; Kevin Guzmán Lujan Álvarez; José Fernando Arango Cano; John Alberto Osorio Bedoya
Análisis jurisprudencial sobre la configuración de la responsabilidad del Estado, derivada de la privación injusta de la libertad en eventos de falsas denuncias por abuso sexual en menores de edad, en Colombia	83	Dalila Álzate Areiza, Sabina Garzón Vélez, Diego Alberto Loaiza Ospina
Criterios de valoración para la construcción dogmática de la constitucionalización del derecho penal	107	Elkin Centeno Cardona
Sistema de fuentes del derecho fundamental a la salud de las personas privadas de la libertad en Colombia	124	Jaime León Gañán Echavarría, Carlos Arturo Ruiz
La inequidad de género y sus repercusiones en el desarrollo laboral de la mujer en Colombia	146	Leidy Catalina Acosta Agudelo, Adriana Patricia Arboleda Lopez, Camilo Andres Echeverri Gutierrez, Jose Eduardo Murillo Bocanegra, Manuel Jose Gomez Restrepo

El error médico a la luz de la Corte Suprema de Justicia: análisis a los pronunciamientos emitidos entre los años 2014 y 2018

168

Carolina Fernanda Jordán Mosquera, Carlos Augusto Agudelo Villa, Jaime Alberto Álvarez Cano, Yaneth Viviana Agudelo

El derecho contractual en el contexto internacional y las Pymes. Una mirada desde la filosofía política

191

William Esteban Grisales Cardona, Diego Correa Correa, Walter Mauricio Montaña Arias, Alejandra Álvarez Carmona

La vinculación al proceso penal de personas con discapacidad cognitiva absoluta: problemática actual del derecho penal

204

Geovanna Macías Bedoya; Karina Inés Lopera Graciano; Juan Camilo González Sepúlveda; Manuela Pescador Rendón; Santiago Serna Londoño; Luisa María Ruíz Sánchez; Kevin Mora Rendón; Bryan Ospina Patiño; Oscar Flórez Agudelo; Ingrid Michelle Romero Márquez; Luisa Fernanda Granada Barón; Manuela Sepúlveda Gómez; Yudys Liliana Álzate Ortiz

Los delitos informáticos virtuales en redes sociales y las medidas que ha tomado el Estado colombiano para garantizar la protección integral de los ciudadanos al año 2019

231

Olga Marcela Valencia Gómez, Mónica María Espejo Pérez, Paola Andrea Cano Ramírez

La responsabilidad social del Consultorio Jurídico a la luz de los Objetivos de Desarrollo Sostenible

268

July Gómez Fonnegra, Victoria Isabel Agudelo Jiménez

Elaboración de una metodología participativa e innovadora para la rendición pública de cuentas en la Ciudad de Panamá

283

Carlos Augusto Arboleda Jaramillo; Claudia Milena Arias Arciniegas; Carlos Mario Correa Cadavid; Liliana Patricia Restrepo Medina; Jovany Arley Sepúlveda Aguirre y Jorge Iván Villa Amaya

Definición de los lineamientos y el protocolo, para la elaboración del manual de convivencia ciudadana para la Ciudad de Panamá

303

Carlos Augusto Arboleda Jaramillo; Érika Jaillier Castrillón; Jazmín Andrea Gallego Castaño; María Isabel Maya Mejía; Elkin Olaguer Pérez Sánchez, Jovany Arley Sepúlveda Aguirre

PARES EVALUADORES

PhD. Arley Fabio Ossa Montoya

Doctor y Magíster en Educación. Docente Investigador Asociado COLCIENCIAS. Integrante Grupo Interuniversitario de Historia de la Práctica Pedagógica Categoría A1 Colciencias, Facultad de Educación. Universidad de Antioquia

PhD. Omar Huertas Díaz

Doctor en Derecho. Doctor en Ciencias de la Educación. Profesor Asociado Derecho Penal Investigador Asociado COLCIENCIAS 2017 Líder Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal “Nullum Crimen Sine Lege” Universidad Nacional de Colombia.

PRÓLOGO

“La educación científica de un hombre culto” y la “educación humanística de un científico” han sido de tal modo descuidadas, que se ha llegado a hablar de “dos culturas”, la de los científicos y la de los humanistas, con dificultades enormes para tender un puente entre ellos”.

Pablo González Casanova

Las ciencias sociales y humanidades son importantes para este libro de investigación, siempre y cuando comprendan que los diferentes puntos de vista pueden coexistir en una conversación de saberes, que se reproducen en las prácticas y no todas ellas igualmente conscientes y planificadas que imparten educación política y culminan convirtiendo a quienes deberían ser ciudadanos con derechos en pacientes del Estado, y es allí donde estas investigaciones toman fuerza desde un sentido flexible, dinámico y cercano a las realidades, las cuales puedan marcar la diferencia en el mundo actual.

También es pertinente mencionar a Fischer, el cual presenta al espacio, la identidad y la organización, y como los mecanismos sociales destacan la importancia de la estructura, los fenómenos de poder, la comunicación, y la relación intergrupal dentro de la sociedad. Pero se debe entrelazar, con la estrategia y permeado por la cultura organizacional, y es allí donde el Derecho como área del saber no debe guardar una estricta relación con el progreso material, sino un orden social en busca de garantizar los derechos ciudadanos.

Sin más palabras me despido, no sin antes agradecer a los autores de los 16 capítulos de libros resultado de investigación, quienes con sus reflexiones y posturas, plantean un nuevo conocimiento que permite ver con otros ojos la realidad actual.

Carlos Augusto Arboleda Jaramillo

Corporación Universitaria Americana
Docente Investigador Medellín – Colombia

INTRODUCCIÓN

La tercera versión del Congreso Nacional Retos Profesionales en un Contexto Cambiante, fue el evento marco que propició a la comunidad académica e investigativa, presentar sus textos resultados de investigación para ser compilados en un libro digital, el cual se pone a disposición de los sectores interesados, desde las temáticas abordadas por los diferentes autores, esperando que sea una contribución para continuar estudiando y aplicando procesos de las ciencias sociales y humanidades en la realidad actual y los retos que esta trae.

Estos capítulos de libro resultados de investigación se ponen a disposición en el texto Educación, Inclusión y Derecho, para que tanto la comunidad investigativa, académica, civil, empresarial y el sector público, gracias al desarrollo de los mismos por parte de los autores, los cuales se merecen un reconocimiento especial al divulgar sus investigaciones, y de esta manera seguir formando una comunidad académica que puedan tener referentes cercanos a los temas actuales como lo son los derechos civiles, contractual, penal, delitos informáticos, participación ciudadana, entre otros, que han venido trabajando desde su quehacer profesional y el día de hoy se presentan en esta compilación.

El papel de los profesionales de las ciencias sociales y humanidades son importantes en la generación de nuevo conocimiento a través de la investigación, para que desde allí sea posible contribuir activamente al progreso y configuración de las diferentes disciplinas y de esa manera, se fomente el diálogo entre saberes, para posibilitar el avance de discusiones alrededor de las posturas con sentido crítico hacia el futuro de nuestra sociedad y del conocimiento.

Inclusión y justicia alternativa para la transformación social

Adquirir virtudes sociales significa moderar con el amor propio, en una conjugación inseparable de Sentir y Pensar, “Piensa en todos para que todos piensen en ti” que persiguen simultáneamente el beneficio de toda la sociedad y de cada individuo.

Simón Rodríguez

Adriana Patricia Arboleda López¹, Leidy Catalina Acosta Agudelo²,
Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez³, J. Eduardo Murillo Bocanegra⁴

Resumen

Las instituciones de educación superior se consideran espacios plurales de vital importancia para promover la inclusión y la transformación de la sociedad, resignificando la capacidad de potenciar y valorar la diversidad, promoviendo el respeto por el otro y a ser diferente. Entre las poblaciones de especial protección constitucional se incluye a la población con discapacidad o condición de vida diferente, objeto de estudio para el caso que nos ocupa en la investigación interdisciplinar, donde se sensibilizará frente a esta población, para avanzar en la igualdad de oportunidades, teniendo en cuenta el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022, donde se establece en el capítulo XIII El Pacto por la Inclusión de todas las personas con discapacidad. Además, con la iniciativa de construcción de paz se une a la discapacidad el tema de la justicia

1 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. Teléfono de contacto 3104482946 E-mail: aarboleda@americana.edu.co

2 Administradora de Empresas. Maestra en Administración de Negocios Internacionales. Docente investigadora de la Corporación Universitaria Americana. Teléfono de contacto 3127826431 E-mail: lca-costa@coruniamericana.edu.co

3 Contador Público. Especialista en Gestión Tributaria. Maestro en Administración Empresarial. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Teléfono de contacto 3105452235 E-mail: cecheverri@coruniamericana.edu.co

4 Antropólogo. Doctor en Administración de Negocios de la Universidad de Missouri (Estados Unidos). Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Teléfono de contacto 3128972891 E-mail: jemurillo@americana.edu.co

inclusiva alternativa, desde la educación superior, promoviendo en la práctica jurídica en los consultorios y centros de conciliación, la inclusión a las personas con condición de vida diferente. Por ende se plantea la siguiente **pregunta** ¿Cómo se puede resignificar la población con condición de vida diferente, garantizando su especial protección constitucional?, por lo que en el presente documento se **desarrollará la siguiente temática**: protección a las personas con condición de vida diferente o discapacidad y justicia inclusiva alternativa, encontrando entre otras las siguientes **conclusiones**: el sistema mismo debe transformarse para atender la riqueza implícita en la diversidad, incluyendo en su potencial de desarrollo, la población con condición de vida diferente o discapacidad.

Palabras clave: Educación, inclusiva, justicia, derecho, discapacidad.

Abstract

Higher education institutions are considered plural spaces of vital importance to promote the inclusion and transformation of society, resignifying the ability to enhance and value diversity, promoting respect for the other and to be different. The populations with special constitutional protection include the population with disabilities or different living conditions, object of study for the case at hand in interdisciplinary research, where it will be sensitized to this population, to advance in equal opportunities, taking into account the National Development Plan 2018 - 2022, where the pact for the Inclusion of all persons with disabilities is established in chapter XIII. In addition to the peace-building initiative, the issue of alternative inclusive justice joins disability, from higher education, promoting in legal practice in offices and conciliation centers, the inclusion of people with different living conditions. Therefore, the following question arises: How can the population with a different life condition be redefined, guaranteeing their special constitutional protection? Therefore, the following theme will be developed in this document: protection of people with different living conditions or Disability and alternative inclusive justice, finding among others the following conclusions: the system itself must be transformed to meet the implicit wealth in diversity, including in its development potential, the population with different living conditions or disabilities.

Keywords: education, inclusive, justice, law, disability.

Protección a las personas con discapacidad

En Colombia se han expedido diferentes leyes y decretos que contemplan la especial protección constitucional a las personas con discapacidad, encontrando entre otras: la Ley 1145 de 2007, por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009, la Ley 762 de 2002, en la cual se aprueba la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, la Ley Estatutaria 1618 de 2013, por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar y asegurar ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad. Y recientemente el Decreto 1421 de 2017 por el cual se reglamenta en el marco de la educación inclusiva la atención educativa a la población con discapacidad.

Teniendo en cuenta el marco legal anteriormente enunciado, surge una serie de obligaciones tanto para el Estado colombiano como también para la sociedad en general. Obligaciones orientadas a la adopción de las medidas necesarias para garantizar que las personas con discapacidad gocen de los mismos derechos, servicios y oportunidades que las demás personas, asegurando el acceso a la educación, la salud, el empleo, el deporte, la vivienda, los servicios públicos, el transporte, la cultura, entre otros. Se resalta que las obligaciones no sólo son para el Estado sino en particular para la sociedad en general, quienes en muchas ocasiones agreden esta población con su indiferencia, actitud, intolerancia y falta de respeto.

Por ello ha de entenderse que la persona con discapacidad es aquella que tiene disminución de capacidades o deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, permanentes o temporales, que al interactuar con barreras actitudinales, físicas y de comunicación ve impedida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Uno de los derechos de mayor trascendencia en esta población es la capacidad jurídica, ya que goza de especial protección constitucional, reconocida como la aptitud de una persona para adoptar decisiones jurídicas válidas y entablar relaciones contractuales vinculantes.

Entendiendo que la capacidad jurídica convierte a una persona en sujeto de derecho y titular de derechos y obligaciones. La capacidad jurídica es especialmente importante ya que afecta a todos los ámbitos vitales, desde la elección del domicilio, la decisión de contraer matrimonio o no y con quién, hasta la firma de un contrato de trabajo o la posibilidad de ejercer el derecho a voto. En la Constitución Política, norma de normas en Colombia en diferentes artículos tales como el, 12, 13, 47 entre otros, se deja claro la protección de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Además, desde la Corte Constitucional Colombiana en diferentes sentencias tales como: sentencia T - 850 de 2014, en la que se ratifica el derecho a la educación superior a personas con discapacidad, como un derecho constitucional que va más allá de brindar el acceso a la educación básica en pro de garantizar la inclusión:

Cuando se trata de personas en situación de discapacidad, la educación debe prestarse en condiciones de igualdad, atendiendo las particularidades de cada caso, de tal forma que el proceso de aprendizaje se adapte a sus condiciones y en este sentido pueda acceder al mismo como cualquier persona, es decir, que a estas personas se les debe garantizar una educación inclusiva, que consiste en ampliar el espectro de inclusión de personas con necesidades educativas especiales, más allá del acceso a la escuela regular.

Para ello se han implementado algunos mecanismos como los expuestos en la sentencia T - 933 de 2013, donde se establecen los parámetros de ajustes razonables a Icetex para condonación de créditos, por medio de acciones afirmativas, que se tratan de políticas o medidas que favorecen a personas subrepresentadas para eliminar las condiciones de desigualdad:

Las personas con discapacidad tienen derecho a que las causales de condonación se adapten a su circunstancia para garantizar igualdad frente a quienes no se encuentran en su misma situación. En este respecto, la acción afirmativa consagrada a favor de esta población mediante la línea de crédito para personas con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales debe además realizar la igualdad real y efectiva mediante la implementación de ajustes razonables.

Sentencia T – 518 de 2006 en donde se establece el derecho fundamental a la salud del menor con discapacidad.

La salud de los niños se erige como un derecho fundamental, y que tratándose de menores con discapacidad el Estado se encuentra obligado a ofrecer un tratamiento integral encaminado a lograr la integración social del niño. En este sentido, debe ofrecerse al menor todos los medios que se encuentren al alcance con el fin de obtener su rehabilitación, teniendo en cuenta, además, que este proceso puede tener ingredientes médicos y educativos, como podría presentarse en el caso de los niños autistas.

Sentencia C- 589 de 2012, donde se habla del cincuenta por ciento (50%) o más de pérdida de capacidad laboral para determinar el estado de invalidez, cuyo concepto se centra en la posibilidad o no de laborar. Todas estas sentencias entre otras se profieren debido a la exclusión social que han soportado millones de personas en condición de discapacidad.

Sin embargo, afortunadamente se han creado diferentes grupos organizados de personas en esta condición, exigiendo a la Sociedad y al Estado el reconocimiento de todas las garantías como plenos sujetos de derechos. Pero atendiendo a que no toda persona con discapacidad se registra oficialmente, no tenemos una cifra exacta que determine esta población.

En total 1.404.108 colombianos están en el Registro de Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad RICDD



Tabla 1. Número de personas en el registro de discapacidad por año

Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social (2018) p. 4

Sin embargo, infortunadamente en el observatorio nacional de discapacidad del Ministerio de Salud aún no ha podido actualizar la información referente a la población con discapacidad en Colombia. El Censo del DANE de 2005 captó a 2.624.898 (6,3 %) personas que refirieron tener alguna discapacidad. Entre el año 2002 y abril de 2018, a través del Registro de Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad RLCPD, se han identificado 1.404.108 personas, correspondiente al 52 % del dato de referencia del DANE 2005. La proyección de prevalencia desde los datos del RLCPD, es decir de las personas registradas, hasta la fecha es de un 3,37 %. Esta prevalencia varía de un territorio a otro.

Según información tomada del observatorio de discapacidad nacional, los departamentos con más del 3 % de personas identificadas con discapacidad son: Magdalena, Cesar, Sucre, Santander, Boyacá, Casanare, Huila, Quindío, Bogotá Nariño, Putumayo y Amazonas. Por su parte, los departamentos donde la prevalencia oscila entre más 2 % y 3 % son: Caquetá, Cauca, Valle, Meta, Tolima, Risaralda, Caldas, Antioquia, Córdoba, Arauca, Norte de Santander y Bolívar. Los departamentos con prevalencia entre más del 1 % y el 2 % Guaviare, Cundinamarca, Atlántico, Vaupés, Vichada, y La Guajira. Finalmente los que tienen 1 % o menos son Guainía y Chocó

Se identifica que en Bogotá Distrito Capital es donde más población se ha registrado mientras que Vaupés es el departamento en donde menos población ha surtido dicho proceso, esta situación se relaciona directamente con el número total de habitantes que tiene cada territorio, pero además con la disponibilidad de oferta de la red de prestadores de servicios de salud que permite la implementación del RLCPD con mayor oportunidad.

En Colombia se han realizado grandes avances para garantizar constitucionalmente los derechos de la población con discapacidad. El Ministerio de Justicia y el Derecho viene realizando capacitaciones a operadores de justicia (jueces, consultorios jurídicos, conciliadores, eventos para la comunidad jurídica, comisarios de familia, inspectores de Policía) sobre el reconocimiento de la capacidad legal de las personas con discapacidad, toma de decisiones con apoyo y cómo la interdicción no debe ser en ningún caso la primera alternativa para esta población.

Como parte del compromiso por mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad y proteger su derecho a decidir, el Minjusticia creó

en 2015 RUNDIS, hoy llamada ‘Tejiendo Justicia, Red Universitaria por la Inclusión, Igualdad y Transparencia’, que ha permitido que los consultorios jurídicos del país brinden acceso a la justicia de forma oportuna y eficaz a la población en situación de discapacidad.

De hecho, en Colombia se aprobó el Proyecto de Ley 027 de 2017 que busca garantizar la capacidad legal de las personas mayores de edad con discapacidad, iniciativa en cuya mesa técnica participó el Ministerio de Justicia y del Derecho. Se pretende con este proyecto avanzar en la inclusión de la población con discapacidad para que por ejemplo puedan realizar transacciones bancarias, escoger su lugar de residencia, realizar una compraventa o elegir un tratamiento médico. Entre sus propuestas, el proyecto busca eliminar la figura de la interdicción, toda vez que se considera que atenta contra la autonomía de estas personas y se ha prestado para que se cometan abusos y propone a cambio un sistema de toma de decisión con apoyos. Mucho se ha debatido frente a la figura de la interdicción de las personas mayores por discapacidad, para los investigadores, dicha figura desconoce los derechos relacionados con la autonomía de la voluntad, porque un tercero denominado tutor es quien decide por la persona, se afecta la toma de decisiones personales en la vida de un ser humano, ya que se les limita en decisiones personalísimas como elegir pareja o compañero, procrear, tener actividades financieras entre otras. Excepto en aquellos casos que fuese extremadamente en los que la voluntad de las personas se encuentre enajenada.

En la construcción de dicho Proyecto de Ley 027 de 2017 participaron, a través de la mesa técnica, el Consejo Nacional de Discapacidad, el Plan Presidencial para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad, Ministerio de justicia, el ICBF, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Unidad Administrativa para la Reparación y Atención Integral a las Víctimas, Ministerio del interior, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Asociación Colombiana de Síndrome de Down, el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de los Andes, la Universidad Externado de Colombia y activistas independientes por los derechos de las personas con discapacidad.

Importante resaltar que con la finalidad de fortalecer el acceso a los servicios de justicia para las personas con discapacidad, el Ministerio de Justicia y del Derecho implementa un protocolo, en el cual se definen en un lenguaje

sencillo y de fácil comprensión los términos más utilizados en los consultorios jurídicos de las facultades de derecho y centros de conciliación.

Educación inclusiva y justicia alternativa

Atendiendo los lineamientos del Decreto 1421 de 2017 en la Corporación Universitaria Americana de acuerdo con el programa de educación inclusiva institucional concibe la educación inclusiva atendiendo las necesidades que presentan los estudiantes con discapacidad reconociéndolos en su condición de desventaja, basado en un enfoque de derechos de solidaridad, equidad, participación, con el propósito de facilitar oportunidades considerando estrategias de enseñanzas flexibles que permita reconocer su condición.

Porter (1997) identificó tres factores que permiten construir instituciones educativas, programas y aulas inclusivas: i) realizar un diagnóstico y análisis en el liderazgo de la política de inclusión, administración e implementación del programa inclusivo; ii) realizar una descripción de las necesidades del programa para implementar un plan de formación para maestros inclusivos; iii) implementar los lineamientos de las estrategias que brindan apoyo para el docente de clase que enseña una clase inclusiva, rodeado de estrategias de desarrollo de personal, equipos de pares para resolver problemas, estrategias de instrucción y currículo inclusivos, así como una instrucción a niveles múltiples. De esta forma, la creación de programas educativos inclusivos está ligada a la creación de una educación de calidad para todos los estudiantes.



Figura 1. Características de la educación inclusiva

Fuente: Ministerio de Educación Nacional. Bogotá, Colombia, 2013

Según el Decreto 1421 de 2017 en referencia el acceso al servicio educativo para personas con discapacidad y en concordancia con el artículo 11 de la Ley 1618 de 2013, “las entidades territoriales certificadas garantizarán a las personas con discapacidad el ingreso oportuno a una educación con calidad y con las condiciones básicas y ajustes razonables que se requieran, sin que la discapacidad sea causal de negación del cupo”. Para hacer esto realidad, se deberá adelantar el siguiente proceso:

1. El estudiante con discapacidad que se encuentra en proceso de ingreso al sistema educativo formal deberá contar con diagnóstico, certificación o concepto médico sobre la discapacidad emitido por el sector salud y con el PIAR o el informe pedagógico si viene de una modalidad de educación inicial, que permita identificar el tipo de discapacidad. En caso de que el estudiante no cuente con dicho requisito, se deberá proceder con la matrícula y con el registro de las variables para la identificación de los estudiantes con discapacidad en el Simat, con base en la información de la familia y se efectuará el reporte correspondiente a la respectiva Secretaría de Educación, o entidad que haga sus veces, para que en articulación con el sector salud se establezca el diagnóstico y el proceso de atención más pertinente, en un plazo no mayor a tres meses.
2. Efectuada la matrícula, se inicia el proceso de acogida incluido en la organización institucional con base en el diseño universal y se realiza la valoración pedagógica y la elaboración del PIAR.

Para aquellos establecimientos educativos que no cuenten con el docente de apoyo pedagógico, la Secretaría de Educación o entidad que haga sus veces deberá brindar su asesoría para que, de manera conjunta, realicen el PIAR de cada estudiante con discapacidad.

3. Las secretarías de educación en articulación con el sector salud y otras entidades del gobierno realizarán campañas de identificación y matrícula de niños, niñas, adolescentes y jóvenes con discapacidad que se encuentran por fuera del sistema educativo.

Estos requisitos taxativos tienen como propósito no solo identificar la cantidad de personas discapacitadas que ingresan a los centros educativos, sino que además establece un derrotero de las condiciones en las que se deben en-

contrar las instituciones tanto físicamente como de personal para efectuar un adecuado servicio educativo.

Además en dicho Decreto se estable la permanencia en el servicio educativo para personas con discapacidad. Con el propósito de contrarrestar los factores asociados a la deserción del sistema educativo de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, las entidades territoriales certificadas realizarán acciones afirmativas que eliminen las barreras para el aprendizaje y la participación, y garanticen en términos de pertinencia y eficiencia una educación inclusiva con enfoque diferencial. Para esto, las entidades territoriales deberán gestionar los ajustes a las condiciones de accesibilidad a la infraestructura física y tecnológica en el establecimiento educativo, así como los apoyos y recursos idóneos para su atención; los servicios de alimentación y transporte escolar; los procesos pedagógicos y la dotación de materiales didácticos pertinentes o la canasta establecida para ello, planteada en los PIAR y en los planes de mejoramiento institucional.

En la actualidad en Colombia se evidencia que las personas con discapacidad se inclinan por una formación técnica o tecnológica más que por una profesional, por ser más cortos, prácticos y favorecen la vinculación laboral más rápidamente teniendo en cuenta que los técnicos profesionales son los que más se necesitan en el país y hay menos graduados. Esto debido a que también en la realidad laboral se presentan menos oportunidades a nivel profesional para una persona con condición de vida diferente, afortunadamente esta tendencia ha venido cambiando y tanto el sector público como el privado en sus convocatorias con ofertas laborales se están incluyendo cargos con posibilidad para ser ocupados por personas con discapacidad.

La educación inclusiva por su parte incorpora los derechos constitucionales a las políticas y estrategias promulgadas por el Ministerio de Educación Nacional para delimitar su objeto y reflexionar sobre el proceso de enseñanza-aprendizaje-evaluación para los diferentes grupos poblacionales, identificar barreras de aprendizaje en las Instituciones de Educación Superior y garantizar la atención a la diversidad. La educación inclusiva dista de la inclusión educativa, promueve incluir todos los estudiantes en aulas diversas e inclusivas (Stainback & Stainback, 1999) con el apoyo de la gestión directiva, administrativa, financiera, académica y comunitaria (Arizabaleta, 2016).

Para evolucionar desde la educación inclusiva, siempre que se refiera a la discapacidad ha de entenderse en términos de inclusión, de unidad, y no de diferencial, en donde además se garantice el acceso a la justicia e incluso se facilite su atención de forma virtual mediante la implementación del uso de las tecnologías en el derecho.

A nivel internacional por medio de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Naciones Unidas Derechos Humanos Alto Comisionado (2006) se puede dilucidar un futuro promisorio con la búsqueda de la mejora de las condiciones educativas para las personas con discapacidad, de una manera inclusiva, propuestos en los artículos como el 11 y 24.

1. las personas con discapacidad tiene derecho a asistir a los mismos centros educativos que las personas sin discapacidad.
2. El sistema educativo debe ser inclusivo en el sentido que no es el estudiante quien se debe adecuar a la institución sino por el contrario son las instituciones se deben adaptar a las necesidades de sus estudiantes en pro de ofrecer una educación integral.
3. No se puede excluir a una persona en razón de su discapacidad, así su situación sea delicada

El Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la Observación General núm. 4, sobre la educación inclusiva indica: 1. Es la educación inclusiva la que verdaderamente garantizará la efectividad del derecho a la educación de las personas con discapacidad. 2. El derecho fundamental a la educación es el derecho a una educación inclusiva y no admite modalidades segregadas o integradas. “Solo la educación inclusiva puede ofrecer educación de calidad y desarrollo social a las personas con discapacidad, y una garantía de universalidad y no discriminación en el derecho a la educación”. 3. La obligación de los Estados de garantizar un sistema educativo inclusivo para las personas con discapacidad “no es compatible con el mantenimiento de dos sistemas de enseñanza: un sistema de enseñanza general y un sistema de enseñanza segregada o especial”.

Los instrumentos que fortalecieron esta salvaguarda de las minorías fueron, por un lado la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, con el reconocimiento expreso a la igualdad en dignidad y derechos de todas las personas, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (Carmona, 2011)

4. El reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos como resultado de la educación inclusiva como un derecho fundamental.
5. La educación inclusiva debe ser diseñada en forma universal.
6. Los entornos educativos deben ser accesibles para ellos se requiere transformar la cultura, la política y las practicas pedagógicas, así como los espacios públicas y la forma como se relaciona las personas en el entorno escolar.

En este sentido, el Decreto 1421 de 2017, define como educación inclusiva aquella que reconoce, valora y responde de manera pertinente a la diversidad de características, intereses, posibilidades y expectativas de los niñas, niños, adolescentes, jóvenes y adultos, cuyo objetivo es promover su desarrollo, aprendizaje y participación, con pares de su misma edad, en un ambiente de aprendizaje común, sin discriminación o exclusión alguna, y que garantiza, en el marco de los derechos humanos, los apoyos y los ajustes razonables requeridos en su proceso educativo, a través de prácticas, políticas y culturas que eliminan las barreras existentes en el entorno educativo.

La atención educativa de las personas con discapacidad deben ser orientados a la luz de los principios de

1. Respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, la libertad para la toma de decisiones y la independencia de las personas con discapacidad.
2. El respeto por la igualdad y la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad.

3. La participación en condiciones de igualdad y la inclusión social plena.
4. El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad humana.
5. La igualdad de oportunidades y la igualdad entre hombres y mujeres con discapacidad
6. La accesibilidad y el diseño universal.
7. El respeto por la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad a sus ritmos, contando con los apoyos y las altas expectativas de la comunidad educativa.

También la población con condición de vida diferente o discapacidad debe contar con servicios en los consultorios jurídicos y en los centros de conciliación donde se facilite la comunicación para las diferentes condiciones como por ejemplo la lenguaje de señas o en braille, para garantizar la inclusión tanto a los estudiantes como a la población usuaria que presente condición de vida diferente, para lo cual el Ministerio plantea una reforma a la justicia y propone promover la inclusión a las personas con discapacidad, entre otros temas, dicho proyecto tiene como objetivo fortalecer los consultorios jurídicos, iniciativa que hace parte del paquete de reformas con las que el Gobierno del Presidente Iván Duque busca implementar una reforma integral a la justicia del país.

Este proyecto pretende contribuir al fortalecimiento de los programas de Derecho, acercando a los estudiantes a su entorno social y logrando una adecuada articulación entre los componentes teórico y práctico.

También se establece el replanteamiento de los consultorios jurídicos, que pasarían a ser escenarios de aprendizaje práctico de las instituciones de educación superior con el fin de que los estudiantes de los programas de derecho adquieran conocimientos y desarrollen competencias, habilidades y valores éticos para el ejercicio del Derecho.

La iniciativa plantea, asimismo, el establecimiento de objetivos rectores para el funcionamiento de los consultorios, tales como la formación práctica

con un componente de interdisciplinariedad; el fortalecimiento del acceso a la justicia; la proyección social en el marco de la generación de conciencia sobre la responsabilidad y función social que comporta el ejercicio de la abogacía; la innovación jurídica, propiciando el conocimiento científico, reflexivo e innovador del Derecho; y el impulso de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

El proyecto busca ampliar el catálogo y la cobertura de los servicios cuya prestación está a cargo de los consultorios jurídicos, como la pedagogía en derechos y el litigio estratégico.

A la vez, se amplía el número de semestres en los cuales los estudiantes podrán prestar dichos servicios en los consultorios y se actualizan los conceptos bajo los cuales se determina la población beneficiaria de los mismos.

Tal población aparece dentro de los grupos que integran categorías desarrolladas por la Corte Constitucional, como la de los sujetos de especial protección constitucional. De esta manera se deja atrás el concepto de “abogados de los pobres”, que ha regido durante los últimos 45 años.

Finalmente, la iniciativa busca dar voz a los usuarios de consultorios, haciendo obligatoria la creación de mecanismos mediante los cuales estos puedan formular inquietudes, quejas o reclamos.

Conclusiones

Las instituciones de educación superior podrán realizar convenios con entidades de apoyo que capaciten a docentes, estudiantes, administrativos entre otros, en el tema de inclusión para las personas de condición de vida diferente. En particular capacitando de forma obligatoria a todos los estudiantes de los dos últimos años de derechos adscritos al consultorio jurídico y centros de conciliación para que se capaciten en lenguas, braille y en el tema de educación inclusive.

Se deben promover acciones afirmativas becas, plazas de empleo sólo para personas con discapacidad eliminando barreras físicas y comunicacionales construyendo entornos que incluyan a todas las personas.

Importante reconocer que las personas con discapacidad gozan de plena capacidad jurídica, titulares de derechos y obligaciones.

Referencias bibliográficas

Arizabaleta, S., Domínguez A. (2016). Hacia una educación superior inclusiva en Colombia. *Pedagogía y Saberes* No. 45, julio - diciembre. Bogotá. Págs. 8-18.

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución política de Colombia de 1991. Bogotá: Asamblea.

Cámara de Representantes (2017). Proyecto de Ley 027 de 2017 “Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad” Bogotá: Cámara.

Carmona, J. U. (2001). Panorama y propuestas sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales de los grupos en situación vulnerable. En: D. Valadés y R. Gutiérrez-Rivas (Coord.). *Derechos Humanos: Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma De México.

Congreso de la Republica de Colombia (2002). Ley 762 del 31 de julio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999). Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia (2007). Ley 1145 del 10 de julio de 2007 “por medio de la cual se organiza el sistema nacional de discapacidad y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: Congreso.

Congreso de la Republica de Colombia (2009). Ley 1346 del 31 de julio de 2009 “Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de

las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”. Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia (2013). Ley 1618 del 27 de febrero de 2013 “Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad” Bogotá: Congreso.

Congreso de la Republica de Colombia (2013). Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013 “por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”. Bogotá: Congreso.

Corte Constitucional Colombiana (2006). Sentencia C- 589 del 25 de julio de 2012. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional Colombiana (2006). Sentencia T – 518 del 7 de julio de 2006. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional Colombiana. (2013). Sentencia T - 933 del 9 de diciembre de 2013. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional Colombiana. (2014). Sentencia T - 850 del 12 de noviembre de 2014. Magistrado ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

Ministerio de Educación Nacional. (2013). Lineamientos. Política de educación superior inclusiva. Cartilla de Índice para la Inclusión Superior (INES). Bogotá, Colombia

Ministerio de Salud y Protección Social (2018). Sala Situacional de las personas con Discapacidad (PCD). Disponible en:

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/sala-situacional-discapacidad-junio-2018.pdf>.

Naciones Unidas Derechos Humanos Alto Comisionado (2006). Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos sobre los Derechos de las

Personas con Discapacidad. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRPD/Pages/disabilitiesconvention.aspx>

Porter, G. (1997). Elementos críticos para escuelas inclusivas. Capítulo del libro: Educación inclusiva, una agenda global. Londres.

Presidente de la República de Colombia (2017). Decreto 1421 del 29 de agosto de 2017 “Por el cual se reglamenta en el marco de la educación inclusiva la atención educativa a la población con discapacidad” Bogotá: Congreso.



La lesión enorme en Colombia: imperativo de justicia contractual, insuficiente e inefectiva

Claudia Patricia García Rivera¹, Alexandra Patricia Gómez García²

Resumen

La lesión enorme institución jurídica regulada por el Código Civil, se encuentra amenazada por la ley de financiamiento en su artículo 53, que exige prestar declaración juramentada por las partes en la escritura pública de venta, sobre el valor real del acto, afectando la figura de la lesión enorme, ya que ésta se fundamenta en un vicio objetivo que se origina al quebrantarse el equilibrio contractual que nace de un contrato conmutativo, por el abuso de una de las partes sobre las prestaciones.

Pues, al juramentar que ese es el precio real y no otro, cierran toda posibilidad de acudir posteriormente al órgano jurisdiccional, con el fin de alegar que se ha sido lesionado en sus intereses, sin mencionar las repercusiones penales que pudieran acarrear por la falsedad de juramento.

Lo que lleva a plantear el siguiente problema de investigación ¿Por qué la teoría objetiva de la lesión enorme en Colombia resulta ser insuficiente a la hora de restablecer el equilibrio en el contrato de compraventa de bienes inmuebles?

La ausencia de lesión enorme puede afectar el equilibrio contractual por falta de equidad y de justicia, al romperse gravemente la ecuación económico-financiera que alude al contrato. A raíz de esta amenaza se plantea la necesidad de que el Estado deje a un lado el fundamento objetivo y acoja la teoría subjetiva con el fin de brindarle estabilidad jurídica.

Palabras clave: equidad, enorme, lesión, objetiva, prestaciones.

1 Magister en derecho. Doctorando en derecho económico y de la empresa. Articulista, ponente nacional e internacional. Docente: Corporación Universitaria Americana. Medellín-Colombia cgarcia@americana.edu.co. Perfil Google académico; afiliado. <https://orcid.org/0000-0003-3524-186X>

2 Especialista en gerencia financiera, MBA en administración y negocios internacionales. Docente Corporación Universitaria Americana. Medellín-Colombia. Agomez@coruniamericana.edu.co

Abstract

The huge injury legal institution regulated by the Civil Code, is threatened by the law of financing in its Article 53, which requires a sworn declaration by the parties in the public deed of sale, on the real value of the act, affecting the figure of the enormous injury, since it is based on an objective defect that results from breaking the contractual balance that arises from a commutative contract, by the abuse of one of the parties on benefits.

Well, by swearing that this is the real price and not another, they close any possibility of going to the court later, in order to claim that they have been injured in their interests, without mentioning the criminal repercussions that could result from the falsehood of oath.

Which leads to pose the following research problem Why the objective theory of the huge injury in Colombia turns out to be insufficient at the time of restoring balance in the contract of sale of real estate?

The absence of a huge injury can affect the contractual equilibrium due to lack of equity and justice, when the economic-financial equation that refers to the contract is severely broken. As a result of this threat, the need arises for the State to set aside the objective foundation and accept the subjective theory in order to provide it with legal stability.

Key words: equity, huge, injury, objective, benefits.

Introducción

La lesión enorme institución jurídica regulada por el Código Civil, en el Título XXIII, Capítulo XIII, artículos 1946 a 1954 y por la ley 57 de 1887 en su artículo 32, se encuentra amenazada hoy por la ley 1943 de 2018 de financiamiento, que en su artículo 53 ordena que cuando se trata de la venta de bienes inmuebles...:

“(...) En la escritura pública de enajenación o declaración de construcción las partes deberán declarar, bajo la gravedad de juramento, que el precio incluido en la escritura es real y no ha sido objeto de pactos privados en los que



se señale un ‘ valor diferente; en caso de que tales pactos existan, deberá informarse el precio convenido en ellos. En la misma escritura se debe declarar que no existen sumas que se hayan convenido o facturado por fuera de la misma o, de lo contrario, deberá manifestarse su valor. Sin las referidas declaraciones, tanto el impuesto sobre la renta, como la ganancia ocasional, el impuesto de registro, los derechos de registro’ y los derechos notariales, serán liquidados sobre una base equivalente a cuatro veces el valor incluido en la escritura, sin perjuicio de la obligación del notario de reportar la irregularidad a las autoridades de impuestos para lo de su competencia y sin perjuicio de las facultades de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN para determinar el valor real de la transacción (...)”.

El deber de prestar juramento sobre el valor real de la venta, debe hacerse por el valor comercial del bien y no por el valor catastral, como venía haciéndose desde hace ya largo tiempo, práctica que era aceptada por la comunidad en general, pues los catastros inmobiliarios servían para fijar un precio simulado en los contratos de compraventa, cuyo fin era el de evadir pagos altos de notaria, renta y registro, a los que están obligados todos los títulos traslativos de dominio onerosos de bienes raíces. Este acto, solía apoyarse con instrumentos privados que se suscribían a la par con los instrumentos públicos, en los que se hacía constar el precio real de la compraventa.

Lo que se busca con el juramento que los comparecientes deben prestar en el documento público, es que entre ellos “exista una convicción íntima de manifestar la verdad” en relación con el precio fijado. (García. 2019)¹

Esta declaración juramentada que las partes realizan en la escritura pública por mandato de ley destruye la figura de la lesión enorme en Colombia, ya que ésta se fundamenta en un vicio objetivo que se origina al quebrantarse el equilibrio contractual que nace de un contrato conmutativo, por el abuso de una de las partes.

Pues, al jurar las partes que ese es el precio real y no otro, cierran toda posibilidad de acudir posteriormente al órgano jurisdiccional, con el fin de alegar que se ha sido lesionado en sus intereses, sin mencionar las repercusiones penales que pudieran acarrear por la falsedad de juramento.

1 Manifestación bajo juramento en la escritura pública. Mauricio García Herreros Castañeda. Notario 12 del Circulo de Bogotá. Columnista Online. Abril 4 de 2019. www.ambitojuridico.com

En el hipotético caso, en que un vendedor se vea en la necesidad de enajenar el bien por menos de la mitad del precio del valor real o que sea llevado por su comprador a ejecutar la venta por ignorancia o inexperiencia y en consecuencia a prestar juramento ante legítima autoridad, manifestada en documento público, no podría en consecuencia alegar a su favor la lesión enorme, ya que lo único que puede servirle como prueba y que es contrario a su quebranto, es un documento en el que yace una declaración en la que afirma que recibió conforme a ley. Pues, el Estado colombiano desconoce para la configuración de la lesión la intención de las partes al contratar, lo que lleva a pensar que el fundamento objetivo que consagra la figura jurídica es insuficiente a la hora de restablecer el equilibrio entre contratantes.

Sin embargo, es de aclarar que antes de que se promulgara la ley de financiamiento gran parte de la doctrina colombiana ya consideraba desueta la regulación de la lesión enorme, por considerarse que por su carácter objetivo sólo se pudiera aplicar a ciertos actos y no en aquellos donde mediara la voluntad afectada del lesionado como un vicio en el consentimiento, lo que permitiría que tuviera repercusiones en todos los actos jurídicos. (Mendoza. 2016)

La problemática que se planteó en el proyecto de investigación hizo relación a la siguiente pregunta: ¿Por qué la teoría objetiva de la lesión enorme en Colombia resulta ser insuficiente a la hora de restablecer el equilibrio en el contrato de compraventa de bienes inmuebles?

La ausencia de lesión enorme puede afectar el equilibrio contractual por falta de equidad y de justicia, al romperse gravemente la ecuación económico-financiera que alude al contrato.

A raíz de esta amenaza se plantea la necesidad de que el Estado deje a un lado el fundamento objetivo y acoja la teoría subjetiva, como lo han hecho otros Estados, por ejemplo, Alemania y Paraguay con el fin de darle estabilidad jurídica, ya que dicha figura, se encuentra consagrada por la jurisprudencia, como un instrumento de control y de defensa del principio de equidad. (Sentencia C-222 de 1994).

El presente escrito se ha enmarcado, dentro de los lineamientos propios de la investigación cualitativa, logrando así correspondencia, al abordarse lo que existe de manera general sobre la lesión enorme, extrayendo de allí, cual-



idades, para aplicarlas en el caso particular, específicamente, sobre la insuficiencia de la teoría objetiva en la lesión enorme a la hora de restablecer el equilibrio en el contrato de compraventa de bienes inmuebles.

Atendiendo los lineamientos metodológicos, se empleó el método deductivo, que permite partir de una búsqueda general de la información para aplicarla luego al caso concreto.

Las técnicas de recolección de información utilizadas en este estudio son la revisión documental y jurisprudencial de tipo analítico, especialmente la documentación producida por las instituciones judiciales de origen nacional y de aplicación normativa.

Fundamentándose en el análisis de jurisprudencias, normas jurídicas, libros y publicaciones seriadas. Lo que implica que los instrumentos de recolección de información que se utilizaron fueron las fichas bibliográficas, en tanto que estas permiten consignar los avances del trabajo y facilitan la adecuada sistematización y organización de la información. (Fernández, C & Batista, M & Hernández, R. 2010)

Sus resultados sirvieron para determina la inoperancia de la teoría objetiva como fundamento de la lesión enorme en Colombia.

En la presente investigación se desarrolló, en un primer capítulo un pequeño recuento histórico de la lesión y una descripción normativa de la misma en el ordenamiento jurídico colombiano; en un segundo acápite, se hizo una revisión del derecho comparado sobre la teoría subjetiva, que permitiera superar los vacíos que deja la teoría objetiva en Colombia frente a la protección de la persona que sufre lesión enorme; y en un tercero y último aparte, se identificaron los vacíos que deja la teoría objetiva al proteger la persona que sufre la lesión.

Con la metodología propuesta, se persiguió darle estabilidad jurídica a la lesión enorme, conocida como presupuesto de equidad y de justicia, para garantizar el equilibrio económico en las prestaciones que surgen de los contratos conmutativos, demostrando la necesidad de fundamentar esta figura en la teoría subjetiva, debiéndose concebir como un vicio en el consentimiento y no en la objetiva como se venía haciendo.

Desarrollo

La lesión enorme, imperativo de justicia en el Código Civil colombiano.

Evolución histórica de la lesión enorme.

En la Roma antigua, la lesión enorme fue admitida como remedio pretoriano (Laurent, F. p. 535), hasta que en el siglo III d.C. las constituciones de los emperadores Dioclesiano y Maximiano, excelsos juristas, quienes establecieron que *si una persona vendía un bien en menos de la mitad de su valor estaba autorizada para solicitar la rescisión del contrato*, en virtud del cual se produce una desproporción en la venta, incluyéndose tanto la compraventa de bienes muebles como inmuebles, sin que se hiciese distinción alguna al respecto. La *laesio enormis* se concedió por motivos de humanidad, y fue considerada como un supuesto de rescisión, con el tiempo cayó en desuso.

El consentimiento lo definieron los romanos como la congruencia existente entre las voluntades declaradas por los sujetos (Eugene Petit), teniendo que existir relación lógica entre las voluntades de los sujetos y la declaración expresa de la misma. Y es aquí donde los juristas romanos introdujeron la Lesión, pues consideraban que el consentimiento estaba viciado por el error, el dolo, la intimidación y la lesión; definiendo la última como el hecho de aprovecharse de la ignorancia o la difícil situación económica de la otra parte, y se diferencia con el dolo en que no hay engaño y con la intimidación de que no existe violencia, aunque podría existir una presión indirecta.

Posteriormente, el emperador Justiniano rescata la figura a través del *Codex de Justiniano* que en su *Lex Secunda Título 44, Libro 4*, concedió acción sólo al vendedor para rescindir la venta, si hubiese sufrido lesión en más de la mitad del justo precio que valía la cosa vendida; además en la *Lex Septimus, Título 44 Libro 4*, establece: “*Neque bonam fidem pati, neque ullam rationem concedere, rescindi consensu finitud contractum; nisi minus dimidia justipretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione jam emptori praestita servanda*”, traduciendo a nuestra lengua, “Ni la buena fe permite, ni razón alguna concede, que se rescinda un contrato concluido por el consentimiento; salvo que se haya dado menos de la mitad del justo precio al tiempo de la venta, y deba reservarse al comprador la elección ya otorgada”. Justiniano sigue el mis-



mo criterio del derecho romano antiguo, pero modifica la figura de la lesión enorme en dos aspectos claros, al limitarla para los inmuebles y solo en favor del vendedor. (Mazeaud, Henri, León y Jean. 1974)

El Derecho canónico (Heinecio. J.G), no fue ajeno, al tratar de incorporar al Derecho un sentido moral y de justicia, basados en los principios Aristotélicos del justo precio y en el principio expresado por Santo Tomás de Aquino que afirmó que en los contratos de cambio debe prevalecer la reciprocidad proporcional. Esta figura fue casi extinguida en los siglos XV y XVI, y en el renacimiento vuelve a aparecer, pero limitada a la compraventa no aleatoria de inmuebles.

Durante la discusión del Código Civil Francés, también conocido como Código de Napoleón, aprobado en el año 1804, la figura de la Lesión Enorme, en principio fue defendida por Domat, limitándola a la venta de inmuebles y Pothier, admitiéndola en todos los contratos y en beneficio de cualquiera de los contratantes; Napoleón, se inclinó a favor de la lesión en la compraventa y únicamente a favor del vendedor, y en la partición de inmuebles; Napoleón Bonaparte manifestó lo siguiente: “poco importa cómo un individuo dispone de unos diamantes o cuadros; pero la manera como lo hace respecto de su propiedad territorial no puede ser indiferente a la sociedad y a esta le pertenece marcar límites al derecho de disponer de ella” (Chamie, 2010)

El jurista Andrés Bello, al redactar el Código Civil Chileno, se inspiró en el derecho romano, pero la amplió al comprador y excluyó los bienes muebles y las ventas y compras hechas por ministerio de la justicia. En Colombia, el Código Civil anterior a 1887 permitía la rescisión por lesión enorme y no hacía distinción alguna entre muebles e inmuebles, pero con el Código Civil adoptado por la ley 57 de 1887, artículo 32 vigente hoy, se volvió a la exclusión de los bienes muebles. (Sentencia C-222 de 1994)

Fundamentación Jurídica de la lesión enorme en Colombia.

Para justificar la figura de la lesión enorme y regular su orientación, la doctrina ha invocado tres teorías a saber: una subjetiva, según la cual, la lesión enorme se asimila, en parte, a una suerte de vicio del consentimiento, por cuanto la desproporción en el precio es signo de que una de las partes actuó

movida por situaciones de necesidad o similares, y la otra se aprovechó de esas circunstancias. Sin embargo, según esta concepción, no hay un vicio clásico del consentimiento, ya que no existe fuerza ni dolo de la otra parte y el perjudicado puede saber perfectamente que el precio convenido es muy diferente al precio justo del bien, por lo cual no puede invocar un error. La víctima de la lesión es consiente, pero actúa, al parecer, constreñida por la necesidad, por lo cual amerita una protección legal. Por ende, conforme a esta visión, el juez debe tomar en cuenta la condición subjetiva de las partes, con el fin de determinar si hubo o no lesión. (Ledesma, 2014)

La segunda teoría, denominada objetiva, considera que la lesión surge exclusivamente de la diferencia que existe entre el precio pagado y el precio justo o valor del bien, por lo cual basta que el juez verifique esa desproporción para que pueda concluir que hubo lesión. Por ende, conforme a esa visión, la figura pretende esencialmente que haya una cierta equidad en las contraprestaciones, en un contrato conmutativo como la compraventa, pues si existe una diferencia notable entre el valor justo y el precio pactado, la parte beneficiada se enriquecerá en detrimento de la parte perjudicada, y habría un daño patrimonial debido a esa falta de equivalencia entre las prestaciones. Finalmente, algunos ordenamientos y doctrinantes hablan de una regulación mixta, según la cual, para que pueda invocarse la lesión enorme, debe existir una desproporción considerable en el precio, pero, además debe probarse que la parte beneficiada explotó la necesidad de la parte perjudicada, esto es, debe establecerse tanto el elemento objetivo como el subjetivo. (Sentencia C-491 de 2000).

Así lo anterior, se identifica que la legislación de países con una tradición jurídica más romana que germánica como es el caso de España, Ecuador, Chile, Venezuela y Colombia presentan una preferencia por la teoría objetiva. En tanto que los países más germanizados lo hacen por la teoría subjetiva tal como es el caso de del *BGB Alemán* de 1900, el *Código Suizo de Obligaciones*, el Código Civil de Portugal y el Código Civil de Brasil.

Con la teoría mixta, encontramos casos como el de Argentina, y lo desarrollado en el Código Civil Peruano que exige una proporción determinada en el perjuicio (un 40%) y de surgir el aprovechamiento de la necesidad de la contraparte, si el desequilibrio supera los dos tercios.



Se observa igualmente, como en la legislación colombiana se ha incorporado la lesión basándose exclusivamente en el elemento objetivo sin considerar ningún criterio subjetivo, como si acontece es el caso de Perú y Argentina, situación que de una u otra forma impiden que el Estado colombiano, responda a las necesidades del tráfico jurídico al no permitir que el elemento subjetivo se manifieste en la vulnerabilidad de uno de los contratantes que debe estar sustentada en su estado de “necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia” Esta tesis defendida por el profesor Valencia Zea (1961), para quien la lesión se origina también en un vicio del consentimiento, ya que él no ve únicamente como vicios el error, el dolo y la violencia, *‘pues, quien vende por un estado de necesidad no es libre, todo lo contrario, está coaccionado por su difícil situación’*.

No obstante, se considera por la doctrina, que, si se regula la lesión enorme de manera que se tenga en cuenta los dos elementos (subjetivo y objetivo) se protegería adecuadamente al contratante débil, respetando el principio de la autonomía privada. La observancia de aspectos tanto objetivos como subjetivos permite una consagración general de la figura sin caer en una sobreprotección e injerencia indebida en los negocios entre particulares. Sin embargo, como lo manifiestan Stiglitz & Bernal (2007), para no restarle eficacia a la sanción, el elemento subjetivo debe presumirse cuando exista excesiva desproporción en las prestaciones, debiendo la parte beneficiada con el exceso probar que no existe estado de necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia por parte del afectado.

El artículo 1949 de nuestro Código Civil colombiano, define la lesión enorme de la siguiente manera: “El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella”.

La cual tiene como fundamento el criterio objetivo (art,1947), que requiere de elementos tales como, la exista de una desproporción entre lo recibido o lo dado y el justo precio de la cosa; y que se trate de bienes inmuebles. Lo que hace que ella no se aplique a todos los actos o negocios jurídicos, es por ello, que su aplicación sólo tiene trascendencia en los siguientes contratos: la Compraventa de inmuebles, Permuta inmuebles (Art. 1958 C.C.), Aceptación de herencia (Art. 1291 C.C.), Partición de herencia (1401 a 1410 C.C.), Partición de bienes (Art. 1405 C.C.), Cláusula penal (Art. 1601 C.C.). Mutuo con interés

(Art. 2231 C.C.), Hipoteca (Art. 2455 C.C.) y la Anticresis (Art. 2466 C.C.)

Hay lesión enorme según artículo 1947 C.C, cuando en la venta de un bien inmueble , “el precio que recibe el vendedor es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y para el comprador, cuando el precio justo de la cosa que adquiere es inferior a la mitad del precio que paga por ella” Dice la Corte en sentencia C-491 de 2000, que el criterio objetivo sobre el cual se fundamenta la lesión enorme, parte exclusivamente de la diferencia que se presenta entre el precio pagado y el precio justo de la cosa adquirida, por lo que basta que el juez verifique esa desproporción para que pueda concluir que hubo lesión.

El artículo 1948 del Código Civil establece que, el comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en la rescisión o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte.

Igualmente, la norma mencionada en su segundo inciso indica, que no se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato.

Esta norma fue demandada constitucionalmente y declarada exequible, y al respecto dijo la Corte Constitucional:

Si la naturaleza que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido a esta figura después de su evolución legislativa, evolución que no es del caso comentar, es la de constituir un vicio objetivo, la indagación sobre la buena o mala fe de los contratantes resulta irrelevante. Nada interesa si las partes estaban en caso de error, o si fueron objeto de fuerza o de dolo; y por lo mismo tampoco interesa saber si procedieron de buena o de mala fe en la determinación del precio. El que la lesión enorme se configure como un vicio objetivo, significa que tan solo se establece su presencia en un contrato a través de la confrontación matemática entre el precio convenido y el justo precio de la cosa en el momento del negocio. (Sentencia C-153 de 1997).

El principal efecto de la acción rescisoria es que deja sin efecto alguno al contrato, y las cosas deben regresar a su estado anterior. El demandante lesio-



nado no puede pedir que se complete el precio justo, pues según lo establecido en el artículo 1948 del Código Civil esta opción solo la tiene el demandado. El demandante solamente puede exigir la declaratoria de lesión enorme y la rescisión del contrato o negocio.

Cuando la acción rescisoria prospera emitiéndose la respectiva sentencia, se presentan dos situaciones a saber, dependiendo de a quien pudiera afectar la decisión judicial, vendedor o comprador según sea:

La primera y en ocasión del vendedor al convenir en la rescisión del contrato y por lo tanto recibir de vuelta la cosa, eso sí restituyéndose el mayor valor recibido por parte del comprador y entregándole a éste los intereses debidos desde la fecha de la demanda; y dos, persistir en el contrato, devolviendo el mayor valor recibido más un 10% del precio justo de la cosa. (art, 1948 C.C)

Así mismo frente al Comprador; en primer lugar devolver la cosa, sin pagar los deterioros (art, 1952 C.C), salvo que el comprador se haya aprovechado de estos; y dos, si se han constituido gravámenes reales sobre el inmueble como por ejemplo hipotecas, estos deben ser saneados antes de devolver la cosa (art, 1953 C.C), claro está que de no hacerlo voluntariamente, en la sentencia se ordenará el respectivo saneamiento; y por último, persistir en el contrato, claro está que completando el justo precio restándole un 10 %. (art, 1948 C.C)

Una mirada a la lesión enorme, en el derecho comparado.

La lesión enorme, es una figura que ha sido adoptada por distintos Estados a saber, los cuales buscan con su aplicación un mismo fin, restablecer el equilibrio contractual roto por el abuso ejercido por una de las partes en el acto o negocio jurídico, sin embargo, en no todos los países la lesión enorme tiene igual fundamento, es decir, la lesión enorme en Colombia, se fundamenta en un vicio objetivo, en Argentina el criterio que se tiene es objetivo- subjetivo, no obstante, lo que todos pretenden con su aplicación, es precisamente proteger los intereses de las partes en el contrato.

De esta manera, el Código Civil de Alemania, incorporó el elemento subjetivo al establecer que hay lesión cuando existe una manifiesta desproporción en las prestaciones, a causa de la explotación que hace el lesionante por el

aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la parte lesionada. El artículo 138 del cuerpo legal mencionado dispone:

Un acto jurídico que ataca las buenas costumbres es nulo. Es nulo, en particular, un acto jurídico por el cual alguno, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, obtiene para él o para un tercero, que en cambio de una prestación se prometan o se suministren ventajas patrimoniales que excedan del valor de la prestación de tal suerte que, teniendo en cuenta las circunstancias, estas ventajas estén en desproporción chocante con relación a la prestación”.

Este Código se inspiraba, según ley 18.08 del 17 de agosto de 1896, inicialmente en el Código de Napoleón, el cual adoptó el sistema que consagra la teoría objetiva que atendía exclusivamente la desproporción en las prestaciones.

El Código Civil de Paraguay, en su artículo 671, establece lo siguiente:

Si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de este, podrá el lesionado, dentro de dos años demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario.

El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación, que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación.

Este Código acoge la teoría subjetiva para fundamentar de la lesión, como un vicio en el consentimiento, que se extiende a todos los actos jurídicos, sin necesidad de acreditar la desproporción de las prestaciones, como vicio que es, basta probar la existencia de este.

En el derecho argentino, la lesión se halla prevista en el artículo 332 del Código Civil y Comercial en el que se incorpora no solamente el elemento objetivo, sino también el subjetivo, así:



Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, debilidad jurídica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto¹⁶ y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción.

Se puede observar que predomina tanto factor objetivo como el subjetivo, pues no basta con demostrar el quebranto de las prestaciones o su asimetría, sino también, el vicio que afecta el consentimiento.

Ahora bien, hay legislaciones dice Manrique (2015), que solo tienen en cuenta la condición de inferioridad de la víctima, entre las cuales se encuentra: “El código italiano en el artículo 1448 establece: “...necesidad”; el código de Polonia (artículo 388) expresa: “... la penuria, impotencia o inexperiencia de la otra...”; el artículo 21 del Código de las Obligaciones de Suiza expone: “... penuria, ligereza e inexperiencia...”

México, desde que implantó la legislación enorme en su sistema lo hizo a partir de una base objetiva, posteriormente y atendiendo a la realidad socio-económica del momento adopta la teoría subjetiva, aplicando de forma mixta tanto la objetiva en cuanto al desequilibrio prestacional contractual y la subjetiva en donde se castiga el aprovechamiento que una persona haga de la necesidad o inexperiencia de la otra. (Salamanca. 2015).

Es importante destacar, que Estados como Alemania y México que en sus inicios habían amparado en sus legislaciones el criterio objetivo en la lesión enorme, vieron con posterioridad la necesidad de acoger un cambio en cuanto al fundamento de dicha figura tan importante y representativa en el ámbito del derecho, pues ella se considera como el principio de justicia y equidad en los contratos, de allí que deciden darle prioridad también, al factor subjetivo.

Colombia y Chile, son Estados que se fundamentan en la teoría objetiva, lo que excluye cualquier vicio en el consentimiento, tomando en consideración sólo la desproporción que se presenta en la ecuación económica-financiera, lo que ya empieza a traer algunos desacuerdos en la doctrina; comentan Stiglitz y Bernal (2017) en su estudio de derecho comparado entre Colombia y Argentina sobre la figura de la lesión enorme, que ésta tal y como está concebida en el derecho colombiano no responde a las necesidades del tráfico jurídico actual, por cuanto es una figura ‘desueta’ u obsoleta que no resguardaría en un momento dado, al restablecimiento del equilibrio contractual consagrado como un principio general del derecho.

En Chile, por ejemplo, Schmidt (1998) manifiesta que el Código Civil chileno consagró la aplicación de la lesión enorme en casos muy limitados adoptando el vicio objetivo, lo que considera insuficiente, recomendando que para una posterior reforma debe de tenerse en cuenta el criterio mixto, en el que se tenga en cuenta el factor subjetivo, esto es, con relación a la explotación de *‘la inferioridad económica, social y cultural, ligereza e inexperiencia del lesionado’*.

En cuanto a la doctrina colombiana, se ha dicho en párrafos anteriores que la lesión enorme allí consagrada no responde a las necesidades económicas del mercado contractual, pues ésta limita su aplicación a sólo unos casos específicos. La Corte en sentencia C-491 de 2000, expuso porque la lesión enorme sólo es aplicable en bienes inmuebles, desde el punto de vista económico, explica el órgano “...los bienes inmuebles por estar vinculados permanentemente a un sitio tienden a tener precios más estables que los bienes muebles, que son por esencia móviles, fungibles y tienen entonces precios más variables debido a diversas regiones de mercado, a las condiciones productivas o de las dinámicas de demanda resulta más difícil determinar su justo precio...”, en este último caso sería más nugatorio demostrar el vicio objetivo que demanda la norma.

Por otro lado, Valencia Zea (1961) considera que la naturaleza de la lesión enorme la fundamenta un vicio en el consentimiento, pues el estado de necesidad, la inexperiencia o la ignorancia, son según él vicios de la voluntad, a lo que Bonivento (2015) responde “... sí la lesión enorme es reputada como vicio del consentimiento tendría que extenderse a todos los actos jurídicos” teniéndose que probar la existencia del vicio. Lo que lleva a concluir que la teoría subjetiva conforme a lo anteriormente planteado permite que la lesión



enorme tenga aplicación más amplia y que las prestaciones cuantitativamente equivalentes puedan ser garantizadas por la observancia de nuevos mecanismos que cumplan con el fin perseguido, cual es el de restablecer el equilibrio prestacional en todos los negocios legales.

Resultados obtenidos

Conforme al análisis doctrinal y jurisprudencial, se pudo establecer que la teoría objetiva sobre la cual se apoya la lesión enorme en Colombia no responde a las necesidades económico-financieras que se plantean hoy por hoy en las relaciones contractuales, pues, ésta por su carácter objetivo solo se aplica en determinados actos como son la compraventa de inmuebles, la permuta con inmuebles, la aceptación de la herencia, la partición de la herencia, cláusula penal, mutuo con interés, hipoteca y la anticresis, exigiéndose también que esta deba tener aplicación en todo tipo de negocios jurídicos.

Se constató también, que, al concebirse la lesión enorme como un vicio en el consentimiento, como lo plantea Valencia Zea y Bonivento, asegura la observancia del restablecimiento de las prestaciones rotas por el abuso desmedido por una de las partes en la celebración del acto jurídico, como un imperativo de justicia contractual.

Así mismo, se pudo observar que la lesión enorme, basada en la teoría subjetiva como vicio en el consentimiento de la parte lesionada, afectaría cualquier acto jurídico, sin importar su naturaleza, lo que conllevaría a la modificación del artículo 32 de la ley 57 de 1887, que estipula: “No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, (...)”

Conclusiones

Se pudo determinar que en los diferentes ordenamientos jurídicos, tienen a disposición tres formas de aplicar la lesión enorme, en algunos como el colombiano, simplemente se tiene en cuenta un cálculo matemático en relación a las prestaciones recibidas por las partes contratantes; en otros como el alemán y el suizo, se tuvo en cuenta no solamente el criterio objetivo, sino también el subjetivo, es decir, que la parte perjudicada estuviera en un caso de

inferioridad frente a la otra parte; por último hay una teoría mixta que además de exigir la desproporción, debe existir un aprovechamiento real en contra del perjudicado.

En el caso colombiano, se observa como el factor objetivo de la lesión enorme, plantea un problema que según la Corte (S C-236 de 2014), se reduce a una cuestión de cifras, confrontando el valor recibido o dado con el precio justo. Cuya legislación, no le reconoce importancia a las condiciones subjetivas que pudieran mover la voluntad de las partes, no requiriéndose la existencia de un vicio en el consentimiento de la parte afectada. Lo que hace que la protección que se le brinde al lesionado sea más limitada por ser esta de aplicación restrictiva.

En consecuencia, resulta imperiosa una revisión de la normativa regulante de la lesión con el fin de integrarle elementos subjetivos que permitan una efectiva y real protección de la parte más débil en el acto o negocio jurídico, con lo cual se puedan en verdad materializar los valores de justicia y equidad propios de un Estado Social de Derecho; pero sin coactar la autonomía de la libertad de los contratantes e imponer límites draconianos al mercado.

Referencias bibliográficas

Bonivento, J (2015). Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Decimanovena Edición. Bogotá. Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1887). Ley 57 de 1887. Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (2018). Ley 1943 de 2018. Por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones. Bogotá.

Código Civil de Colombia.

Código Civil Peruano.

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.



Código Civil de Alemania.

Código Civil del Paraguay.

Código Civil de la República de Chile.

Código Civil Federal de México.

Código Civil Italiano.

Corte Constitucional Colombiana. (1994). Sentencia C-222 de 1994. Bogotá.

Corte Constitucional Colombiana. (1997). Sentencia C-153 de 1997. Bogotá.

Corte Constitucional Colombiana. (2014). Sentencia C-236 de 2014. Bogotá.

Corte Constitucional Colombiana. (2000). Sentencia C-491 de 2000. Bogotá.

Chamie, José F. Rescisión por lesión enorme: el problema del origen. *Revista de Derecho Privado* n.º 19, 2010, pp. 5 a 40.

Eugene Petit. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Abogados Asociados Ediciones. Novena Edición.

Fernández, C & Batista, M & Hernández, R. (2010). *Metodología de la Investigación*. 5ta Ed. MC. Graw Hil. Educación. Chile.

Heinecio. J.G: *Tratado de las antigüedades romanas*.

Laurent, F, *Principes de Droit civil francais*, 5ta. Ed., t. XVIII, p. 535

Ledesma, I (2014). *Teoría general de las obligaciones*. Ed. Diké. Medellín. Colombia.

Mazeud, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho civil, Parte tercera, v. III, Los principales contratos*, trad. de Luís Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1974

Mendoza, A., Conferencia Congreso Internacional de abogados comercialistas, Ley garantías mobiliarias, Bogotá, Colombia, noviembre 22 de 2016.

Manrique, Elsa. Algunos comentarios a la figura de la lesión en el nuevo código unificado. Revista: IN IURE. La Rioja. Argentina. Vol. 2. 2015, pp. 29-45.

Schmidt, C. Los débiles frente al derecho: Los desequilibrios del poder negocial. Revista Gaceta Jurídica, N°218, Santiago. 1998, pp.21-22.

Salamanca, O. Lesión en el derecho civil mexicano. Tesina. (2015). Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C. (CIDE). México.

Stiglitz, R. & Bernal, M. La lesión enorme en Argentina y Colombia: un estudio Comparado. Revista de Derecho Privado, n.º 33, julio - diciembre de 2017, pp. 137 a 159.

Valencia Z., Arturo. (1961). Derecho Civil. Tomo IV, Contratos. Editorial Temis. Bogotá. Colombia.



Situación de calle en Medellín. Revisión de caso: niños y niñas ante la penumbra del desarraigo, entre el riesgo y la protección

José Antonio García Pereáñez, ¹Astrid Elena Lince Echavarría²

Resumen

De tiempo atrás, la situación de calle de la niñez ha sido considerada un problema social con impacto en la Salud Pública. Se presenta con mayor incidencia en países de América Latina, como es el caso de Colombia, donde esta situación va en aumento, especialmente en las grandes ciudades del país. Medellín hace parte de esta problemática, que despertó el interés de académicos e investigadores de la Corporación Universitaria Americana, que tiene su sede en el centro de esta ciudad. Comprometidos con conocer la situación de niños y niñas de la calle y con el propósito de ofrecer a las autoridades competentes una alternativa para mejorar su calidad de vida y bienestar, el presente informe de investigación recoge los aspectos más importantes de este estudio y propone a la Comunidad Académica la presente discusión, para superar el estado de opinión por el Estado de Derecho, en la problemática de los niños habitantes de la calle. Metodología: Se realizó un estudio cualitativo, etnográfico con niños en situación de calle en la ciudad de Medellín en el año 2016 y 2017. Objetivo: Comprender las experiencias y significados de las situaciones de riesgo y condiciones protectoras de los niños en situación de calle de la ciudad de Medellín. Resultados: Tanto las situaciones de riesgo como las condiciones protectoras para los niños en situación de calle, están condicionadas por los lugares en los que se encuentren, las instituciones a las que tienen acceso, las personas con que interactúen, las ocupaciones que realizan y el

1 Postdoctorado y Doctor en Bioética, Universidad El Bosque, Bogotá. Magíster en Derecho, Magíster en Comunicaciones, Magíster en Filosofía, Magíster en Educación, Magíster en Estudios Bíblicos y Especialista en Psicología de la Universidad de Antioquia. Magíster en Bioética, Filósofo, Teólogo y Licenciado en Letras de la Universidad Pontificia Bolivariana. Con estudios en Derecho, de la Universidad Santo Tomás, Medellín. Investigador Corporación Universitaria Americana, Medellín. jgarcia@coruniamericana.edu.co

2 Abogada y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia. Magíster en Derecho Penal y Directora del Consultorio Jurídico de la Corporación Universitaria Americana, Medellín. alince@coruniamericana.edu.co

consumo de drogas. El estar en medio de situaciones de riesgo, lleva a los niños a sufrir consecuencias físicas y psicológicas. Aprenden a utilizar medios y estrategias para salir de los problemas y aminorar los riesgos. Personas y situaciones como los amigos, la policía, las convivir, la familia, las instituciones y el consumo de drogas, son riesgo y protección al mismo tiempo.

Palabras clave: niño, desarraigo, protección jurídica

Abstract

Long ago, the street situation of children has been considered a social problem with impact on Public Health. It occurs with greater incidence in Latin American countries, as is the case of Colombia, where this situation is increasing, especially in the large cities of the country. Medellín is part of this problem, which aroused the interest of academics and researchers of the American University Corporation, which has its headquarters in the center of this city. Committed to knowing the situation of street children and in order to offer competent authorities an alternative to improve their quality of life and well-being, this research report includes the most important aspects of this study and proposes to the Academic Community the present discussion, to overcome the state of opinion by the Rule of Law, in the problem of children living in the street. Methodology: A qualitative, ethnographic study was conducted with street children in the city of Medellin in 2016 and 2017. Objective: To understand the experiences and meanings of risk situations and protective conditions of street children the city of Medellín. Results: Both the risk situations and the protective conditions for street children are conditioned by the places where they are located, the institutions they have access to, the people they interact with, the occupations they perform and the consumption of drugs. Being in the midst of situations of risk, leads children to suffer physical and psychological consequences. They learn to use means and strategies to get out of trouble and reduce risks. People and situations such as friends, the police, cohabiting, family, institutions and drug use, are risk and protection while reducing risks. People and situations such as friends, the police, cohabiting, family, institutions and drug use are risk and protection at the same time.

Keywords: Child, uprooting, legal protection



Introducción

El presente texto recoge los resultados de un estudio realizado entre los años de 2016 y 2017, con un grupo de niños, niñas y adolescentes en “situación de calle”, ante la vivencia de su cotidianidad deambulante, en el Centro de la ciudad de Medellín. Esta investigación constató, que estos niños al estar en “la calle”, se enfrentan a riesgos como la desnutrición, el uso de psicoactivos, el maltrato físico y el abuso sexual, entre otros. Uno de los propósitos de este estudio, es percibir, desde la situación de los niños en situación de calle, el significado que tienen los ambientes que ellos frecuentan y cómo se mantiene en ellos, su condición de riesgo en la posible protección que se les brinda. Para llevar esto a efecto, se partió desde la perspectiva de la investigación cualitativa, la cual busca la comprensión de fenómenos, que como en este caso, perciben la vivencia en la calle y el ambiente para los niños, predominado por la interpretación de sus propios participantes.

Se empleó en esta investigación el enfoque etnográfico, que permitió comprender y describir procesos culturales dentro de un contexto determinado. Por lo anterior, fue necesario familiarizarse con los diferentes lugares en los que se desenvuelven los niños en situación de calle, escucharlos y compartir sus escenarios y sus ambientes, para percibir su realidad. El resultado es desconcertante, las instituciones que aparecen como su única protección, en la mayoría de los casos consultados, se convierten en su mayor riesgo.

El objetivo principal de este estudio se concibió, en percibir las experiencias y significados de las situaciones de riesgo y protección, en las condiciones de los niños en situación de calle en la ciudad de Medellín. El estudio arrojó como resultado: que los niños y niñas en situación de calle en Medellín, están ante la penumbra de su propio desarraigo. La calle tiene la zozobra del continuo riesgo, muy especialmente en la noche, pues mediante a una dialéctica cómplice, entre el riesgo y la protección, ésta se camufla en lugares e instituciones de acogida a las que tienen acceso los niños y las niñas, en las personas con quienes interactúan, en las ocupaciones que realizan y en el consumo de drogas psicotrópicas. Estar en medio de situaciones de riesgo, lleva a los niños a sufrir consecuencias físicas y psicológicas.

Las siguientes líneas de este escrito, presentan la situación de los niños de la calle en Medellín, protegidos y al mismo tiempo vulnerados. Así también el estudio de casos objeto de análisis y su consecuente discusión.

Un primer acercamiento a los “niños de la calle”

Se realizó un estudio cualitativo, etnográfico con niños y niñas en situación de calle en la ciudad de Medellín; en centros de acogida, públicos y privados, así también en la calle misma. Se lograron 52 entrevistas y 5 grupos focales, previo asentimiento informado y consentimiento, según se presentaron las condiciones. Así también, con la metodología de Robert Stake (2005) se revisaron tres casos, sobre niños en situación de calle en Medellín, en altísimo estado de vulnerabilidad y para quien la pretendida protección se convirtió en su mayor riesgo.

Sobre esto, Forsellado (2001) hace referencia a la niñez en situación de calle, teniendo en cuenta que ésta recoge el concepto “de” y “en” la calle. El concepto abarca al niño que vive y duerme en la calle, en ruptura con la familia, donde no puede o no quiere volver. También recoge al niño y a la niña que pasa todo su tiempo despierto en la calle y que vuelve sólo para dormir en la casa de sus padres, quienes no se ocupan de él. Los niños y niñas en situación de calle son aquellos menores de 12 años que tienen vínculos familiares débiles o inexistentes, que hacen de la calle su hábitat principal y desarrollan en ella estrategias de supervivencia, hecho que los expone a distintos tipos de riesgos.

Generalmente un niño busca vivir en la calle como manera de salir de una situación que solo le brinda maltrato, en la mayoría de los casos consultados, esto responde a que en su hogar existe pobreza, hambre, falta de afecto, exclusión o abandono. Los niños al encontrarse solos y sin protección, se ven obligados a valerse por sí mismos antes de tiempo, condición que los deja en grave peligro de caer en la prostitución y en el consumo de drogas.

El Fiscal Eduardo Montealegre (2012) se refirió a los niños de la calle, como parte de un proceso histórico, social y cultural, que se desarrolla según el contexto de niños no deseados, padres irresponsables que no preparan el espacio vital y social para sus hijos. Por su parte, Robert Stake (2005), propone que el estudio de caso sobre niños en condición de calle, puede demostrar variables de análisis, no para generalizar, pero sí para demostrar alternativas de manejo en casos particulares.

De otro lado y según Suany Irslandy Vergara Ocampo (2017), las calles de la ciudad no se ven pobladas por niños jugando. Pese a las transformaciones



de orden urbanístico que configuran la ciudad para la expansión y recreación de sus pobladores, los espacios escogidos por los padres -con fines protectores y pedagogizadores- para el disfrute infantil, se encuentran cada vez más reducidos a lugares privados, aislados e institucionalizados, que restringen las prácticas de los niños a determinadas acciones y en muchas de ellas a su vulneración y agravio.

Por lo anterior se configura así, una concepción del espacio público (Calle) en un lugar para determinada población (Habitantes de calle) y peligroso en su haber, en el cual los niños no deben estar. Sin embargo, y como obra de una pérfida paradoja, los niños y niñas en la calle están allí más protegidos que en los centros de acogida, gubernamentales o privados. Se trata de niños y niñas que por su condición familiar o de extrema pobreza no tienen hogar.

Así, la pregunta sobre los niños con relación a la calle y la revisión de antecedentes sobre otros estudios al respecto, responde al concepto de una “infancia minorizada”, tal y como lo propone (Frones, 1994). Se trata de niños que viven en la calle, sin conexión alguna con familiares (Forcelledo, 2001; Roggenbuck (s.f); Gutiérrez, 1972), por tanto, necesitan de protección (Gaitán, 2006; Bardy, 1993; UNICEF), pues están expuestos a riesgos en su integridad y en su salud, tanto física como mental (Valencia, 2014). Derivado de esto, de su interacción con el espacio social de la calle, donde se es más vulnerable a situaciones de consumo de sustancias psicoactivas y de alcohol, enfermedades de transmisión sexual y condiciones de violencia (Forselledo, 2001), los niños se configuran como “Habitantes en condición de Calle”.

De este modo, el presente texto “Situación de calle en Medellín. Estudio de caso: niños y niñas ante la penumbra del desarraigo, entre el riesgo y la protección” muestra los modos de acercamiento a la calle de algunos niños y niñas en la ciudad de Medellín, sin distancia de la idea de niño en situación de calle, pero atendiendo a su función de actor en la configuración de la calle misma. El propósito está sugerido sobre los diferentes sentidos que los niños y niñas de Medellín le dan a la calle, por medio de un ejercicio narrativo. Con esto, se realiza una caracterización de la “calle” en la que viven los niños, además de distinguir procesos de domesticación, pedagogización, institucionalización, abuso y protección de la infancia en las instituciones que acogen a los niños.

Las referencias teóricas de este trabajo de análisis empírico, están sugeridas en el diseño cualitativo (Galeano, 2004 – Martínez, 2006), porque “su obje-

tivo es la captación y construcción de significados. Capta la información de manera flexible y desestructurada, y su procedimiento es más inductivo que deductivo”. Está inscrito dentro del paradigma hermenéutico-interpretativo, bajo un enfoque etnográfico, haciendo referencia a una etnografía focalizada.

Así, la calle entonces se ve comentada como el espacio de interacción y socialización en el cual los niños y las niñas conocen, discriminan, se apropian de lo presente, para reconfigurar las construcciones urbanísticas y significarlas de acuerdo a sus propios intereses. Prevalece la necesidad de afecto, de abrigo y de protección. También se convierte la calle en lugar de protección ante la desprotección. Pese a los intereses de los padres por mantener a sus hijos recluidos en instituciones o centros dispuestos para la protección, el disfrute, el deporte, la recreación y el aprendizaje; estos lugares se convierten en espacios cómplices para desfigurar en los niños y en las niñas su imagen inocente y tierna.

Cuando los niños están en la calle, libremente realizan actividades que los vinculan con otras formas de experimentar el espacio, no solo por medio del juego como única actividad posible, sino también con prácticas de consumo y venta de estupefacientes. Así, la calle se prefigura como protección ante la barbarie del oprobio en algunas instituciones de acogida. Se convierte en el único sitio para “vivir”.

La calle contiene la zozobra del continuo riesgo, muy especialmente en la noche, pues mediante a una dialéctica encubridora, entre la inseguridad y la protección, ésta se camufla en lugares e instituciones de acogida a las que tienen acceso los niños y las niñas, en las personas con que interactúan, en las ocupaciones que realizan y en el consumo de drogas, dentro y fuera de las instituciones de protección. Estar en medio de situaciones de riesgo, lleva a los niños a sufrir consecuencias físicas y psicológicas.

Metodología

El presente estudio es desarrollado desde la investigación cualitativa. Según Strauss A, Corbin (2002), el cual tiene como punto central comprender la intención del acto social, es decir, la estructura de motivaciones que tienen los sujetos, la meta que persiguen, el propósito que orienta su conducta, los



valores, sentimientos y creencias que lo dirigen hacia un fin determinado y que son difíciles de extraer o de aprehender por métodos de investigación más convencionales. Mejía Navarrete (2017) se refiere, a que el objetivo de la investigación cualitativa es el conocimiento del significado que tiene una acción para el sujeto. La investigación cualitativa es inductiva, interpretativa y no pretende dar explicaciones, sino comprender los fenómenos, teniendo una visión holística de ellos.

El enfoque de esta investigación es etnográfico, el cual según Werner y Schoepfle (1988) es cualquier descripción parcial o total de un grupo *ethno* (gentes) y *graphy* (descripción), una descripción de las gentes. Para Alvarez-Gayou (2018) el propósito de la investigación etnográfica es describir y analizar lo que las personas de un sitio, estrato o contexto determinado hacen usualmente, así como los significados que le dan a ese comportamiento realizado bajo circunstancias comunes o especiales, para finalmente presentar los resultados de manera que resalten las regularidades que implica un proceso cultural. Para la etnografía el elemento fundamental es la cultura, entendida por Clifford Geertz (1988), como aquella que “denota un esquema históricamente transmitido de significaciones representadas en símbolos, un sistema de concepciones heredadas y expresadas en formas simbólicas por medios con los cuales los hombres comunican, perpetúan y desarrollan su conocimiento, y sus actitudes frente a la vida”.

Geertz (2003) se refiere, a que el etnógrafo, en su condición de investigador, no parte de conocimientos previos, por lo tanto, debe iniciar un proceso de conocimiento, por medio del trabajo de campo, es decir, construye el conocimiento con base en la interacción que establece con el grupo observado. “Utiliza diversas herramientas para recolectar sus datos culturales: observación, entrevistas, grupos de enfoque, historias de vida, obtención de documentos”. Ofrece también, “descripciones detalladas del sitio, los miembros del grupo o comunidad, sus estructuras y procesos, las categorías y temas culturales”.

Los niños en situación de calle con quienes se realizaron las entrevistas de este estudio, viven en la ciudad de Medellín, sus edades oscilan entre los 6 y 12 años. Se contó con la participación de 26 niños y 26 niñas, para un total de 52 participantes. La mayoría son consumidores de inhalante o pegamento, son expulsados de barrios como: San Javier, Santa Cruz, La Sierra y algunos municipios, especialmente del Urabá. Las ocupaciones a las que se dedican y la más

mencionada entre ellos son: la explotación sexual, las ventas ambulantes, el robo, entre otras. La investigación se desarrolló bajo el muestreo teórico planteado Taylor y Bogdan (1994), quienes se expresan sobre la selección intencional de los participantes, según criterios de conveniencia a la investigación.

Las técnicas que se utilizaron para este trabajo son: la entrevista, la observación y el diario de campo, sugeridas y planteadas por el enfoque etnográfico. Así también, el estudio de caso.

La observación, como lo mencionan Sampieri R, Fernández C y Baptista (2010), no es sólo la contemplación, sino que implica adentrarse a situaciones y mantener un papel activo, así como una reflexión permanente a los detalles, sucesos e interacciones.

En la presente investigación se llevó a efecto un proceso de observación durante 300 horas en escenarios frecuentados por los niños en situación de calle en algunas zonas de la comuna 10 y 4, de la ciudad de Medellín, lo que favoreció al momento de realizar las entrevistas, puesto que se hizo reconocimiento de ambientes y actividades de interacción con los niños.

Enunciado por Sampieri R, Fernández C y Baptista (2010), la entrevista es una reunión para intercambiar información entre personas, a través de preguntas y respuestas, logrando una comunicación y una construcción conjunta de significados respecto a un tema. Es íntima, flexible y abierta. Para esta investigación se utilizó la entrevista no estructurada o abierta, fundamentada en una guía general de contenido, donde el entrevistador es el que maneja el ritmo, la estructura y el contenido, según la información que requiera el desarrollo de la investigación.

Las entrevistas estuvieron basadas en las experiencias vividas por los niños en la calle, fueron grabadas con previo consentimiento de los entrevistados. Se buscó que las preguntas comenzaran de lo general hacia lo particular, dejando los temas que puedan generar dificultades, para cuando el participante lograra la confianza con el entrevistador.

El número de entrevistas se cifró en 52 y esto estuvo condicionado a la saturación de la información, lo que significa según Sampieri R, Fernández C y Baptista (2010), que los datos se convierten en algo repetitivo o redundante y



las observaciones y entrevistas no arrojan nuevos elementos a la comprensión del tema.

El diario de campo estuvo compuesto por lo que el investigador consideró, necesario e importante para la comprensión del fenómeno. En éste se registraron las observaciones, las descripciones del ambiente o contexto, las entrevistas, las reuniones grupales, los hechos importantes, incluyendo los sentimientos de los entrevistados y del entrevistador.

Los criterios de rigor aplicados en este estudio, fueron, la credibilidad: que se logró por la comunicación directa y el logro de la empatía y buena relación con los niños. La confirmabilidad: que se refiere a la interpretación o análisis de la información, realizada con el apoyo de algunos niños.

Una vez realizadas las entrevistas se procedió a transcribirlas, realizando también la digitalización del diario de campo. Después de la transcripción se identificaron códigos, tanto en las entrevistas como en el diario de campo. Después de esto, los códigos se agruparon en categorías y sub categorías, al tiempo que se hacía una revisión bibliográfica que ayudara a la comprensión del fenómeno estudiado. Se elaboró un mapa conceptual para agrupar las categorías y subcategorías y posteriormente se empezó a elaborar el informe. Durante la transcripción y digitalización, se pudieron ir observando algunas categorías principales como las circunstancias que hacía que los niños llegaran a la calle; los riesgos y condiciones protectoras relacionadas con las instituciones, las interacciones, los lugares, los amigos, la ocupación y el consumo de drogas; las consecuencias de los riesgos y los medios y estrategias utilizadas para generar protección.

Las consideraciones éticas de este estudio fueron de acuerdo con la resolución 8430 de 1993, del Ministerio de Protección Social de Colombia. El riesgo de los participantes de la investigación fue estimado como Riesgo Mínimo, puesto que no se realizó ninguna intervención fisiológica. Se tuvieron en cuenta los posibles riesgos psicosociales que provenían de lo que afirmaban los participantes en las entrevistas. Se garantizó la confidencialidad de la información obtenida. Los datos fueron analizados de manera global y la información que necesitó precisarse, se hizo de manera impersonal. Se mantuvo el Consentimiento Informado, se obtuvo de forma verbal según lo establece el artículo 16, de la citada resolución 8430, respetando la decisión de los parti-

cipantes que se negaran a responder total o parcialmente las preguntas de las entrevistas.

Resultados

Los niños optan por salir de sus hogares y habitar la calle, tanto para alejarse de conflictos familiares, evitando maltrato físico, verbal y abuso sexual; como para buscar mejores condiciones económicas, donde no logran satisfacer sus necesidades, saliendo en busca de trabajo para sobrevivir. Las situaciones de riesgo para los niños, están condicionadas por los lugares en los que se encuentran, las instituciones a las que tienen acceso, las personas con quienes interactúan, las ocupaciones que realizan y el consumo de drogas, afectando sus vidas en la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades básicas.

La mayoría de los niños en situación de calle, ven a los policías como un riesgo y no encuentran el apoyo necesario, debido a que los maltratan física y verbalmente y los desprecian. Son pocos los niños que expresan que la policía les brinda protección, en ocasiones algunos policías llevan los niños a centros de rehabilitación y acuden a los CAI (Comandos de Atención Inmediata), porque dicen que ellos los deben cuidar.

Los niños en situación de calle, al encontrarse en una condición de riesgo ven en el trabajo y el comercio sexual una forma de pago y la solución a sus problemas. La pobreza en la que se encuentran estos niños, muchas veces los lleva a ser víctimas de la explotación sexual, donde son conscientes, de que lo que hacen es duro y difícil para ellos, pero creen que es su única forma de conseguir dinero con facilidad.

Cuando los niños van experimentando el medio callejero, lo más importante para ellos es la libertad que obtienen y el poder conseguir dinero para suplir sus necesidades, como tener sustancias psicoactivas para mantenerse relajados o dopados como así lo mencionan. El estar en medio de situaciones de riesgo, lleva a los niños a sufrir consecuencias físicas como heridas, golpes, enfermedades, entre otras y psicológicas, como humillaciones, falta de libertad, derivadas de los mismos riesgos.

Los niños en situación de calle ven en el consumo de sustancias alucinógenas, un mecanismo que les permite cumplir diferentes funciones. Los ayuda a



relajarse, a no sentir hambre, dolor, frío, soledad, a socializar con el “parche”; en el caso de las niñas lo hacen para no estar conscientes en el momento de hacer los “ratos”, considerando el consumo no como un problema, sino una solución.

Estudio de caso

De todos los casos consultados se eligieron tres que presentan características de altísima vulnerabilidad y su análisis, deja sin peso jurídico principios de la ética general como lo son, la autonomía y la no maleficencia. A continuación una breve reseña de los casos, tal y como fueron narrados por los menores.

Caso 1

Adolescente mujer, de 11 años de edad. Consulta en urgencias médicas por náuseas y vómitos matutinos y descarga vaginal desde hace un mes. Se le interroga por su madre, se refiere a ella con malos términos, asegura que la maltrataba sin razón desde que era muy niña. Por esto huyó de su casa, pues no soportaba el maltrato. Está niña está en la calle desde hace cinco años, su mamá se ocupa en oficios varios. No ofreció la niña ninguna información sobre su padre y sus hermanos. Ha estado por temporadas en los “Hogares de Acogida Belén”, pero asegura que se aburre de ese ambiente, prefiere estar en la calle y ha huido en repetidas ocasiones de ese sitio. Hace 1 año consultó en Metro-Salud, su historia clínica relata la descripción de un flujo vaginal y diagnosticó ITS (Enfermedad de Transmisión Sexual), con tratamiento apropiado con antibiótico. En ese momento le ordenaron prueba de VIH por método de E.L.I.S.A, pero se desconoce si se realizó el procedimiento. En el mismo centro de salud le recomendaron el uso del condón y le hablaron de métodos de planificación familiar, enfatizando que lo mejor era la abstinencia sexual. Allí también le preguntaron, si quería que la remitieran a los centros de acogida del ICBF pero contestó que no, y decidieron respetar su derecho. Ha tenido múltiples compañeros sexuales. En enero de 2017 ingresó a un hospital de mediana complejidad con dolor abdominal severo (8/10) y fiebre. Refirió en ese momento, que no ha tomado ningún medicamento por falta de dinero. Comentó que esa era la segunda hospitalización por un cuadro clínico similar

en un año. En la hospitalización previa, el diagnóstico fue enfermedad inflamatoria pélvica. En los dos primeros días de hospitalización continúa con dolor intenso (de 7/10), a pesar del esquema apropiado de analgesia y antibióticos endovenosos. Al tercer día, siguió quejándose y comportándose hostil con el personal que la atiende. Confrontó al médico y a la enfermera de la sala, porque “no la estaban curando, como lo habían hecho los otros doctores, la otra vez”. Ante esto, el médico tratante verifica las prescripciones y se percata que el tratamiento pasado fue insuficiente, porque no se habían seguido las instrucciones, de agregar otro antibiótico en el esquema de ingreso. Se procede a la corrección inmediata del error.

Caso 2

Gleidy de 11 años y medio, soltera, desescolarizada, nacida y residente en Carpinelo - Medellín, régimen subsidiado nivel I. Hace parte del colectivo, porque su madre le insistió al personal de la Unidad Intermedia de Santacruz que la ingresara a este nuevo programa porque está en embarazo.

Su madre dice que tiene como tres (3) meses de embarazo, que es de un Señor que vivió en el mismo inquilinato donde ellas viven y “no respondió”, solicita que la ingresen al control prenatal.

La adolescente refiere náuseas matutinas, ocasional dolor en hipogástrico y tristeza. Con respecto a la gestación dice, que preferiría no tenerlo, pero que “si Dios me lo mandó, por algo será”. El médico que la trató en Metrosalud – Medellín, le sugirió que abortara y le explicó el procedimiento jurídico de la “emancipación”. A la sugerencia del médico, la adolescente respondió “eso es pecado”.

Está desescolarizada desde hace 1 año porque no le gusta estudiar, llegó hasta el 5° grado con mucha dificultad. En la actualidad ayuda en los oficios domésticos y el cuidado de sus tres hermanos menores, el tiempo libre lo pasa en la calle con sus amistades. Su madre es soltera, trabaja como vendedora ambulante en la plaza minorista y sus hermanitos estudian en la escuela.

Como información importante refiere que consume licor (nunca hasta la embriaguez) cada fin de semana desde los 10 años, ha probado cigarrillo, marihuana y cocaína.



Su primera regla fue a los 10 años, menstrua de forma regular: cada 30 días y le dura 5 días. Asegura que solo tuvo una relación sexual (es la única relación sexual que ha tenido en su vida) con el Señor que le prometió que se casaría con ella y no se protegió con nada (porque no sabe casi nada sobre métodos anticonceptivos y además no tenía dinero para comprarlos).

Los antecedentes patológicos de su familia: su madre fue madre adolescente a los 12 años y es hipertensa, un hermano es epiléptico.

Gleidy en el momento no tiene ningún proyecto para su futuro.

Caso 3

Brayan de 12 años, dice que tiene una compañera de 19 años. Estudió hasta primero de primaria, actualmente desescolarizado, nacido y residente en Copacabana (Antioquia), sin carnet de salud. Es traído al grupo de trabajo que hacen estudiantes de medicina de la Universidad de Antioquia, por el educador de una Fundación Pastoral sin ánimo de lucro que ayuda a jóvenes del barrio a que los atiendan y ayuden en el Hospital de Copacabana. El educador comentó que Brayan ha estado perdiendo mucho peso y se ha metido en muchos “líos” con la ley.

El educador cuenta que el adolescente, ha estado yendo y viniendo a las actividades pedagógicas y recreativas de la Fundación desde que lo inscribió su madre hace dos años, desesperada porque está cogiendo muy malos pasos con muy malas compañías del barrio. La fundación le consiguió cupo en otra institución para comenzar su tratamiento de rehabilitación, pero se escapó dos veces y ya no lo quieren recibir sino con un certificado médico y la garantía de que siga asistiendo a las actividades formativas de esta Fundación Pastoral.

El adolescente refiere que consume marihuana, cocaína y bazuco, dependiendo de la plata que tenga y con quien esté en el momento de consumir. También se bebe sus “birs” (mezclas con alcohol etílico) cuando se parcha (agrupa) en la tienda de la esquina y hay “moni” (dinero). Ha estado dos veces en un centro de diagnóstico y derivación, de la Secretaría de Bienestar Social, manifiesta que le gusta la experiencia, pero al mes de estar en ese “internado” le dicen que tiene que salir ya para su casa. En su casa no le gusta estar porque

su cucha (madre) bebe mucho y mete muchos “manes” (hombres) a beber con ella y estar con ella. Nunca conoció a su papá. Le cuenta su cucha, que a su papá lo mataron por “pirobo” (que consiente sexo con otro hombre por dinero) y por eso salieron del barrio para donde la casa de su abuela.

Dice que hace “vueltas”, vende cosas para vivir y tiene relaciones sexuales con “cuchos” (hombres mayores) por dinero. Depende del trabajo que le diga su parcerero (amigo) Johnny o “batman” lo que tiene que hacer, que sabe cuánta plata le entrará para comer y vestirse o no. Lo que pasa es que por ahora el barrio está “caliente” y está en la Fundación por estos días.

Quiere salir de la “mala vida” porque tiene ya una hija de 9 meses “Leidi” y quiere darle una buena vida. Con la madre de la niña (Tania) no se la va, porque anda con muchos manes (hombres) y es muy “alegrona”, y no es la misma mujer (Angi) con quien vive ahora y con la que sí quisiera tener hijos. Actualmente tiene varias compañeras sexuales y también con manes (hombres) si pagan. No se protege.

Al examen físico, se observa demacrado, con varios tatuajes y piercings, peso: 69 Kgs, talla: 154 cmts, TA: 140/89, FC: 96 y FR. 14.

Como antecedentes: Ha estado en policlínica por heridas con arma blanca por riñas de pandillas. En el centro de diagnóstico hace 1 año le hicieron exámenes y dice que estaban “bien”, “salió limpio”.

Discusión

En los tres casos nombrados existe un referente conceptual mediante el cual, se podría hacer el ejercicio del análisis: “La Autonomía”. La Corte Constitucional de Colombia declara en el artículo 16 de la Carta Política, el Derecho al “Libre desarrollo de la Personalidad”. “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”. El contexto de los casos nombrados, es una nueva racionalización jurídica que trae consigo, un nuevo sistema de garantías. Este es también el contexto de la Ley de Infancia y Adolescencia y de la “emancipación” de menores, cuando sienten vulnerado su espacio del libre desarrollo de su persona.



La Autonomía puede ser considerada como una facultad sustantiva de la realidad humana (la libertad) o como la característica de los actos de elección y/o acción libres. Por tanto, todos los seres humanos tienen, en principio, la capacidad de realizar actos con conocimiento de causa y sin coacción. El desarrollo de la idea propia de perfección y felicidad, se concreta a través de estos actos. Se considera entonces, que un acto autónomo, requiere de las siguientes características: intencionalidad, conocimiento, ausencia de control externo y autenticidad (coherencia con uno mismo, con el propio sistema de valores).

Los criterios arriba anotados, muy forzosamente podrían ser referencia de los tres casos nombrados. Los tres preadolescentes fueron abocados por la irresponsabilidad de sus padres, a tomar acciones forzosas en sus vidas. En cada uno de ellos no existe familia, no conocieron a su padre. Y la madre ha estado ausente, haciendo su vida particular, dejando los hijos a la deriva. En los tres casos, la sociedad ha sido indolente. Prevalce el deseo del menor, de estar o no estar en los lugares de acogida. Ellos prefieren la calle, donde hay mayor libertad y a la vez, mayor protección. Son tan vulnerables, que iniciaron su actividad sexual sin terminar su infancia. Conocen la peor pobreza, ser considerados “cosas”, “objetos”, en una ciudad escabrosa con ciudadanos de “doble moral”, que todavía creen, que con lo que pagan de impuestos, el Estado se ocupa de niños y niñas, que tienen la peor de la suerte, no tienen familia, no le duelen a nadie, no son amados.

En el primer caso, el médico decide priorizar la “No maleficencia”. No tuvo en cuenta que estaba en el ejercicio del “Acto Médico”, y que debió tener cuidado, pues estaba atendiendo a una menor con once años de edad, con diagnóstico de ITS (Infecciones de Transmisión Sexual) y con una vida sexual activa, lo cual es necesario concebir como una violación, un abuso. Ninguno de los dos médicos tratantes activó la Red de Apoyo (Código Fucsia), tampoco notificaron el caso al ICBF, aumentado así su negligencia y mala práctica.

La Constitución Política de Colombia establece en el Artículo 44, el carácter fundamental de los derechos de niños, niñas y adolescentes, ubicándoles como sujetos de especial protección constitucional, por lo que sus derechos son prevalentes y por esto, deben ser protegidos de manera integral y prioritaria. Es así como el Estado, la familia y la sociedad, están en la obligación de garantizar la satisfacción integral de todos sus derechos humanos. Este principio de corresponsabilidad instituye al Estado como garante de los derechos

de los niños, las niñas y adolescentes, y le impone habilitar a la familia y a la comunidad, para que cumplan las responsabilidades que les atribuyen.

En el segundo caso aparece latente un problema de ética médica, de negligencia y mala práctica. A una adolescente de 11 años embarazada, desamparada de su madre y sin padre conocido, un médico en consulta le sugiere que aborte su hijo, que se puede “emancipar”. Según el médico, la ley la protege sobre tres condiciones en Colombia, la despenalización del aborto, según la Sentencia de la Corte C-355 de 2006. Desconoce el médico que su sugerencia controvierte el imaginario de la menor. La hace más vulnerable, pues no activa ningún dispositivo por su violación, tampoco notifica el caso al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). La propone a que no salga de la calle y la confunde. En los dos casos nombrados, dos profesionales de la salud “encubren” a violadores, cosifican las “víctimas” y a las precipitan a la calle. Estos profesionales tenían la obligación de proteger a las menores y sin embargo incrementan su vulneración.

El tercer caso, sobre un menor de 12 años, consumidor de droga psicotrópica, con una vida marital de hecho con una mujer que le lleva 7 años y padre de una hija desde los 11 años. Sostiene relaciones sexuales indiscriminadas, incluso con hombres mayores, por dinero. Con muy baja escolaridad, asiste a una entidad benemérita que lo ayuda, pero le resulta todo ello muy “aburrido”. No existe ningún dispositivo de ayuda, de seguimiento. Su caso no ha sido denunciado ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Esa Institución que esporádicamente lo ayuda, permite su mayor vulneración, lo lanza a la calle para que él mismo busque indignificar su condición.

Conclusiones

El enfoque de este estudio fue cualitativo, que se caracterizó por ser inductivo, es decir, partió de lo particular a lo general, se centró en la comprensión de significados, puntos de vista o perspectivas de los actores de la forma más amplia posible. Buscó identificar e interpretar los significados, acciones y actividades cotidianas, para construir un sentido alrededor de la problemática o fenómeno estudiado.

En los tres casos presentados es muy notorio, cómo la protección se convierte en el mayor riesgo: hubo negligencia en el servicio, no se denunció su



situación de abuso ante las autoridades competentes, como era la obligación. Se vulneraron los derechos fundamentales de los menores. Sugiriendo su protección, atentaron en contra de su integridad y dignidad humana. Con esto, se perpetuó su situación de abandono y de maltrato.

En el primer caso nombrado, la niña al ingresar al servicio de urgencias es sujeto de derechos, sin importar su edad, etapa de desarrollo, condiciones de género, raza, situación socioeconómica, cultural y política; por lo tanto, debe tener una atención integral. Se debió garantizar el acompañamiento por parte de los adultos que le generan confianza y protección.

En todos los casos se pudo constar, cómo la protección se convierte en riesgo. En esto, median los afectos y las compensaciones. La mayoría de los niños y niñas consultados aseguraron, que en las instituciones que los acogen para brindarles protección, se les atropella en su dignidad y en su integridad humana. El investigador principal de este estudio sugiere, incrementar los dispositivos de investigación y control en las instituciones públicas y privadas que acogen niños y niñas, con el propósito, que la protección no se convierta en el mayor riesgo para ellos, y que la penumbra de su desarraigo no se haga más notoria, en quienes los acogen, que en la calle misma.

Las políticas dirigidas hacia los niños y niñas en situación de calle, van enfocadas a los lugares de acogida, pues se preocupan por sacarlos, de cambiarlos a otros, de limitarles el acceso. La sugerencia de este estudio para su manejo, es que se debe trabajar el ambiente, ya que éste es el centro de su vida y es ahí donde se desarrollan unos espacios, y no se necesita de un lugar específico para poderlo hacer, se puede cambiar de lugar, pero el ambiente nuevamente será construido y reconstruido por los niños y niñas en otro “espacio” vital.

Referencias bibliográficas

Álvarez – Gayou. ¿Cómo hacer investigación cualitativa? Fundamentos y Metodología. Paidós – Quito. En:

<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/como-hacer-investigacion-cualitativa.pdf> (Consultado el 13 de diciembre de 2018)

Brady, Wayne. (1993) A Long Time Coming iTunes Booklet concordmusic-group.com. p. Archived from the original. New York

Constitución Política de Colombia. (1991), Ed. Temis. Bogotá.

Forselledo A G. Niñez en situación de calle, un modelo de prevención del fármaco-dependencia basado en los derechos humano. En: Boletín del Instituto Interamericano del Niño. 236 enero 2001.

Frønes, I. (1994) Den norske barndommen. Spydebjerg, Cappelen Akademisk Forlag.

Galeano E, Vélez R, la calle como forma de sobrevivencia, gaminismo prostitución y menor trabajador en el centro de Medellín, estudio realizado por la cámara de comercio de Medellín, el instituto colombiano de bienestar familiar y la consejería presidencial para Antioquia 1996, P 18 – 20.

Gaitán, L. (2006). Sociología de la Infancia: nuevas perspectivas. Editorial Síntesis: Madrid

Geertz, Clifford (1984). *Culture and Social Change: The Indonesian Case*, en «Man» 19, pp. 511-532.

Geertz, Clifford (2003). La Interpretación de las Culturas. Barcelona: Gedisa S.A

Giraldo A, Forero C, Hurtado M, Ochoa J, Suárez M, Valencia A. Un viaje que puede controlarse. Consumo de drogas en niños en situación de calle. Revista Facultad Nacional de Salud Pública 2008; 26 (1) Enero – Junio: 11-17

Gutiérrez, J. (1998). Gamín: mi vida con los niños de la calle. Bogotá: Spiridon.

Congreso de República de Colombia, Ley de Infancia y Adolescencia. (2006) Ed. Temis.

Martínez, G. (2006). Medellín tragedia y resurrección. Mafia, ciudad y Estado (1975-2012). Planeta.



- Mejía Navarrete J. Sobre la Investigación Cualitativa. Nuevos Conceptos y Campos de Desarrollo. [Internet][Consultado 2017 Marzo 7] Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/2388276/investigacion-cualitativa>
- Montealegre R. La comprensión del texto: sentido y significado. Revista latinoamericana de psicología. 2004; 36 (2) 245-246.
- Velasco H, Díaz de Rada Á. La lógica de la investigación etnográfica. Un modelo de trabajo para etnógrafos de escuela. 4a. Madrid: Trotta; 2004.
- Wolcott, Harry. Making a Study More Ethnographic in Journal of contemporary ethnography 19 (1): 44-72, 1995
- Geertz C. La interpretación de las Culturas. Barcelona
- Sampieri R, Fernández C, Baptista P. (2010) Metodología de la investigación. 5ª ed. McGraw Hill
- Stake, Robert. Estudio de caso. Barcelona, Herder. 2005, pág. 57
- Strauss A, Corbin J. (2002) Bases de la Investigación Cualitativa: Técnicas y Procedimientos para Desarrollar la Teoría Fundamentada. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.
- Taylor S. J. Y Bogdan R. (1994) Introducción a los métodos cualitativos de investigación. Barcelona: Paidós
- Valencia, T. (2014) Los niños de la calle. Universidad Pedagógica Nacional, Bogotá.D.C
- Vergara, Suany. (2017) Los sentidos de la calle: narraciones de la calle de un grupo de niños y niñas de Medellín en su cotidianidad. Universidad de Antioquia, Facultad de Educación.
- Werner, G. Mark Schoepfle. (1988) Systematic Fieldwork by Oswald. Oxford. Review by: Ingrid Rudie . European Sociological Review. Vol. 4, No., pp. 278-280

El derecho civil en un nuevo contexto

William Esteban Grisales Cardona¹

Resumen

En el año de 1991 se presentó una ruptura en la forma de ver el derecho civil, el conjunto de artículos que lo integran son leídos por la Corte Constitucional de una manera diferente, y esa diferencia radica en la aplicación de la Constitución al ordenamiento jurídico. También, el ejercicio realizado por la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación y de unificador de la jurisprudencia nacional, le otorga a varios de esos artículos un alcance distinto.

Es importante, adicionalmente, señalar como los cambios en el mundo (Globalización), implica que el ordenamiento interno se vaya adecuando a esas exigencias, de ahí la necesaria inclusión de las normas ratificadas por Colombia o de las normas suscritas en los diferentes tratados internacionales a la legislación colombiana.

Todo lo anterior, muestra la necesidad de realizar una codificación que recoja cada uno de esos cambios culturales, políticos, sociales, internacionales, mirados todos ellos desde el respeto por los derechos humanos, reconociendo en forma real la diversidad que se encuentra plasmada en la Constitución política de 1991. Normas que integran el actual código civil colombiano tienen una inconstitucionalidad sobreviviente, por tal motivo debe encontrarse una lectura constitucional de ellas o determinar si deben salir del ordenamiento jurídico.

Es así como se plantea un cambio en el código civil colombiano que se acople a las necesidades actuales, partiendo para ello de lo establecido en la jurisprudencia constitucional y los derechos humanos. ¿Desde las necesidades generadas por la jurisprudencia constitucional y el desarrollo de los derechos fundamentales por qué es necesario proponer un código civil nuevo?

¹ 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. Cédula de Ciudadanía 71.733.166

Palabras clave: Corte Constitucional, Derecho civil, derecho constitucional, jurisprudencia, precedente.

Abstract

In the year 1991 there was a break in the way civil law is viewed, the set of articles that comprise it are read by the Constitutional Court in a different way, and that difference lies in the application of the Constitution to the legal system. Also, the exercise carried out by the Supreme Court of Justice as a court of cassation and a unifier of national jurisprudence, granted several of these articles a different scope.

It is important, in addition, to point out how the changes in the world (Globalization), implies that the internal order is adapted to these requirements, hence the necessary inclusion of the norms ratified by Colombia or the norms subscribed in the different international treaties to Colombian legislation.

All the above, shows the need to carry out an encoding that includes each of those cultural, political, social, and international changes, all of them from the respect for human rights, recognizing in a real way the diversity that is found in the Constitution 1991 policy. Norms that make up the current Colombian civil code have a supervening unconstitutionality, for that reason a constitutional reading of them must be found or determined if they should leave the legal system.

This is how a change is proposed in the Colombian civil code that is adapted to current needs, based on what is established in constitutional jurisprudence and human rights. From the needs generated by the constitutional jurisprudence and the development of fundamental rights, why is it necessary to propose a new civil code?

Key words: Constitutional Court, Civil law, constitutional law, jurisprudence, precedent

Introducción

La presente investigación parte de un objetivo general propositiva, el cual consiste en formular una reforma al código civil colombiano, tomando para ello la jurisprudencia constitucional sobre la materia y los derechos constitucionales consagrados a nivel nacional e internacional, es decir, los denominados derechos fundamentales y derechos humanos.

A partir de estos, puede apreciarse de una forma muchos más clara la necesidad de plantear la reforma, dada las dificultades que muchas de las normas existentes tiene al momento de su aplicación, situación que ha exigido a la Corte Constitucional pronunciamientos constitucionales condicionados a una determinada lectura de la norma para conservar su constitucionalidad. Igualmente, desde el contexto internacional se ha realizado el reconocimiento a diversas situaciones fácticas que en nuestra legislación no han tenido regulación, como, por ejemplo, el alquiler de vientre, nuevos aspectos en la responsabilidad contractual desde la negociación electrónica, etc.

Lo anterior motiva a realizar una lectura de la normativa existente y plantearse sobre ella las nuevas exigencias del contexto nacional e internacional. Diagnosticar su problemática y generar norma que solucionen los actuales y futuros conflictos o vacíos normativos.

En este escrito, se dejará ver las herramientas o instrumentos jurídicos necesarios para observar el derecho civil desde un nuevo contexto jurídico constitucional acorde con las exigencia nacionales e internacionales.

Desarrollo

El derecho es una herramienta indispensable cuando se piensa en la vida en comunidad, no cabe duda, que en esa situación es indispensable que se generen reglas que traten de regular los distintos comportamientos que se pueden suscitar dentro del conglomerado social. Tanto normas para las relaciones Estado – Particulares, como también normas para la relación entre los particulares. Dichas normas deben recoger los problemas actuales que se dan entre los miembros de la comunidad, y sobre esto no cabe observación, son totalmente distintas a las situaciones del pasado.

La construcción del código civil existente en Colombia recogió una serie de conductas existentes para mediados y finales del siglo XIX, pero ¿será que un poco más de un siglo esa normativa sigue cubriendo las necesidades que un país como Colombia tiene hoy día? Una primera respuesta a este interrogante es no. Cada época trae una serie de exigencias que requieren de una serie de normas que cubran esos requisitos manteniendo a través de ello una convivencia pacífica.

Además, dentro de la legislación civil se retoman una serie de costumbres y principios, necesarios para la comunidad, que en muchos de los casos se da temor afectar o reformar a pesar de su poca aplicabilidad en la actualidad. Costumbres éticas y morales que hoy no son reconocidas por parte de una comunidad, lo anterior gracias al reconocimiento de la libertad de credos en la constitución de 1991. La globalización de la cultura generó una nueva serie de comportamiento que son contrarios a las anteriores reglas éticas.

En el Derecho Civil están consagrados muchos de los principios que con más severidad han sido juzgados por los que pretenden un cambio fundamental en la vida de los pueblos. Los credos e ideologías más discordes ven en el derecho privado la concreción de un sistema individualista caduco, cuya supresión y modificación fundamental sugieren de un modo inaplazable. La libertad contractual, la propiedad y su función, el régimen de sucesión por causa de muerte, la organización de la familia, son preceptos o instituciones que han sido objeto del más feroz de los ataques por parte de los autores marxistas. Duguit, en su famosa obra sobre las transformaciones del derecho, ve en las instituciones de derecho privado un conjunto de principios expuestos a cambios trascendentales, innovaciones sin las cuales la vida futura sería imposible. (E G, 1993)

Es necesario recordar, que para la época en que inicia su vigencia el actual código civil, Colombia se encontraba bajo un gobierno conservador, lo cual implica una fuerza mayor de la iglesia y el reafirmamiento de la moral católica y todo lo que ello implicaba sobre la educación y la familia. Por ejemplo, de Bogotá se decía:

Durante la mayor parte del siglo XIX, Bogotá no es más que un pueblo pequeño y tradicional; la vida en su interior no se diferenciaba en mucho de los demás pueblos del país. Siendo el centro político de la nación, la vida se

detenía de tramo en tramo, de acuerdo con las costumbres alimenticias, es decir, el desayuno, las medias nuevas, el almuerzo, la onces y la cena detenían las actividades cotidianas. Durante el almuerzo, la vida parecía desaparecer de las calles y en estas no podía verse casi a nadie. El ciclo de actividades estaba determinado por la naturaleza y por la digestión. Lejos estaba la ciudad, más bien pueblo, de ser lo que es hoy en día. Sólo al final del siglo XIX, no obstante, las dificultades económicas de la ciudad (...), comenzaron a aparecer en Bogotá las primeras industrias; su población ya sobrepasaba los ochenta mil habitantes y el movimiento, la velocidad, empezó a aumentarse. Pero este primer arranque, no duró mucho: primero tenía que acabarse en el país, y de la manera más violenta, la “costumbre” de las guerras civiles. (Blanco Suarez, 2012)

Siguiendo el argumento anterior, cabe señalar que la constitución de 1886 “devolvió a la iglesia el poder perdido, siguiendo la nueva convicción de Núñez sobre la importancia de la religión para el orden público, y puso la educación bajo la tutela de la iglesia.” (Melo, 2017, pág. 167) situación que en muchas de las normas del Código Civil se ven reflejadas. El papel de la ciudadanía estaba restringida al cumplimiento de una serie de mandatos morales y éticos todos enderezados al mantenimiento del orden público, pero debe agregarse a ello el principio moral.

La moral fue reconocida en el artículo 13 de la Constitución, sobre este aspecto la Corte Constitucional, en sentencia C-224 de 1994 estableció:

La referencia hecha en el artículo 13, a la moral cristiana, no implica, como pudiera pensarse, una exigencia de carácter dogmático que suponga un privilegio para esa moral frente a otras. Significa, más bien, la referencia a uno de los elementos constitutivos de la costumbre, la “opinión juris”, según la cual la costumbre, para que sea jurídica, debe generar en la comunidad que la observa, la convicción de obligatoriedad. Porque si se acepta que el legislador se dirige a una comunidad cristiana, tiene que tener presente que en ella no puede darse la convicción de obligatoriedad con respecto a un uso que contraría los postulados de esa moral. Sería una contradicción lógica afirmar que alguien está convencido de que es obligatorio algo que juzga perverso o inmoral. Sería como afirmar que tengo por obligatorio algo que considero, no sólo no obligatorio, sino reprochable. Entendida la expresión “moral cristiana” como la moral social o moral general, es evidente que en casos excepcionales tendría

validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular.

La anterior interpretación se hace bajo la actual constitución, pero para finales del siglo XIX y mayoría del siglo XX, la moral era la cristiana con todo lo que esto implica, un país construido en torno a dicha religión y sus normas desarrollo de las exigencias de ella misma.

Fuera de este aspecto, la cultura de esa época permitía diferencias entre los distintos grupos sociales; la mujer no tenía una aceptación en el campo laboral y en el campo familiar no poseía el reconocimiento que se le daba al hombre, rezagos que se observan en normas y cultural mucho más antiguas, como por ejemplo la romana.

También, el analfabetismo y la poca participación electoral llevo a que solo un pequeño grupo social impusiera la norma que más le beneficiaba, tanto para las relaciones con el Estado como entre los ciudadanos, los particulares. La relación entre los particulares era más con la tierra, era sobre el producto de esta que la mayoría de contratos de celebraban.

Las tres primeras décadas del siglo XX fueron de gran progreso económico, impulsado por las exportaciones de café. En Santander las haciendas se explotaban en aparcería: el dueño de la tierra cedía al cultivador un lote en el que éste sembraba café y entregaba parte de la cosecha. En Cundinamarca, donde las siembras crecieron mucho entre 1800 y 1900, los propietarios quisieron explotar directamente el cultivo. Como faltaba mano de obra, trataron de atar a los trabajadores a la tierra entregándoles parcelas en las que podían tener cultivos de pancoger, pero no café, a cambio de trabajar en los cafetales del dueño. (Melo, 2017, pág. 179)

Las normas vigentes solucionaban de manera fácil esa necesidad, los pocos desacuerdos eran llevados ante os jueces quienes mediante una interpretación gramatical de la norma daban solución a la controversia. El mismo código entre los artículos 25 a 32 señala las reglas de interpretación de la ley. Reglas estas, que durante todo el siglo XX se impusieron y fueron aplicadas por los jueces y los altos tribunales. Sin embargo, a partir del 1991, con la actual Constitución, la Corte Constitucional ha manifestado:

La Corte advierte, que los métodos tradicionales de interpretación son, al menos en su versión original del siglo XIX, funcionales a la mencionada concepción de la actividad legislativa. Esto es así si se tiene en cuenta que los mismos están basados en la supremacía de la actividad del legislador y la mencionada inexistencia de parámetros superiores a la legislación. En efecto, el método sistemático apela a encontrar el sentido de las disposiciones a partir de la comparación con otras normas que pertenecen al orden jurídico legal y que guardan relación con aquella. Lo mismo sucede con el método histórico, pues este intenta buscar el significado de la legislación a través de sus antecedentes y trabajos preparatorios. De igual manera, el método teológico o finalista se basa en la identificación de los objetivos de la legislación, de manera que resulta justificada una interpretación del precepto legal, cuando ese entendimiento concuerda con tales propósitos. Por último, el método gramatical es el que está más profundamente vinculado con la hipótesis de infalibilidad de ese legislador soberano, pues supone que en ciertas ocasiones las normas tienen un sentido único, que no requiere ser interpretado. Sin embargo, al tratarse de la norma objeto de control de constitucionalidad, un estudio más detallado sobre esta fórmula de interpretación será propuesta por la Sala al momento de analizar el caso concreto. En suma, los métodos tradicionales de interpretación están basados en el reconocimiento del carácter incuestionado de la actividad de producción normativa a cargo del legislador, fundada a su vez en la titularidad de soberanía que el adscribe el modelo contractualista clásico de justificación del poder político. Esta justificación, como es sencillo observar, contrasta con los fundamentos del constitucionalismo contemporáneo, que impone a la Carta Política y en particular a los derechos fundamentales, como límite y parámetro obligatorio de la función legislativa. No obstante, advierte la Corte que el vínculo entre el origen de los métodos de interpretación y el contractualismo liberal no resta utilidad a aquellos en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. Esto debido a que, de acuerdo con el principio de interpretación conforme, explicado en el fundamento jurídico 6.2 de esta sentencia, las normas legales, entre ellas las previstas en el Código Civil y que definen dichos métodos hermenéuticos, deben ser armonizadas con los derechos, principios y valores constitucionales. Esto significa que las referidas fórmulas de interpretación serán conformes con la Carta Política en cuanto garanticen la eficacia de las facetas jerárquica, directiva e integradora del principio de supremacía constitucional. En otras palabras, la utilización de los métodos tradicionales de interpretación en casos concretos será admisible a condición que los resultados hermenéuticos sean compatibles con las

restricciones formales y materiales de validez que impone la Constitución. En consecuencia, el intérprete deberá desechar aquellas opciones interpretativas que contradigan la Carta, incluso cuando las mismas sean un ejercicio razonable de las fórmulas de interpretación mencionadas. En contrario, cuando el uso de dichos mecanismos tradicionales no implique dicha incompatibilidad, sus resultados serán compatibles con el orden constitucional. (Metodos de interpretación, 2016)

Es importante señalar, que durante el siglo XX los métodos de interpretación utilizados no privilegiaban la norma de rango superior, la Constitución, al contrario, la constitución podía ser afectada por medio de una ley. Es por ello que durante muchos años la jurisprudencia de las altas cortes eran un simple desarrollo de la ley civil, pero no una garantía real de los derechos y principios de la persona y del ordenamiento jurídico.

La interpretación de cada una de estas normas, puede decirse, presenta el grado de madurez de nuestros jueces en la aplicación y desarrollo mismo del derecho positivo, el reconocimiento vía interpretación de múltiples derechos de los ciudadanos lleva a pensar en esta reforma, son las decisiones judiciales las que han reconocido los cambios sociales y culturales, lo que implica que el legislador reconozca también esta evolución. Sin embargo, el profesor Fernando Hinestrosa señaló:

No creo que nuestros países estén maduros para una nueva codificación iusprivatista. Y no lo digo solamente observando el resultado del cotejo entre la claridad, precisión, concisión y nobleza del lenguaje del señor BELLO, que otro tanto se ha dicho del idioma del Code civil, con la ampulosidad, ambigüedad y dispersión de la legislación actual, proclive a atentar contra el derecho fundamental a la claridad e inteligibilidad de la norma. Simplemente la reforma del Código Civil, y más la redacción de uno nuevo, no es la prioridad nacional de hoy. Hace un par de años, el presidente de la comisión primera constitucional de la Cámara de Representantes resolvió encargar intonsamente a un grupo de personas la elaboración de un nuevo Código Civil, invocando como razón definitiva la de que el actual tiene más de cien años; esto es, porque se encuentra en edad de “retiro forzoso”. En 1971 fue promulgado el nuevo Código de Comercio, con espíritu de relevo del Código Civil, cuyo libro 4.º, relativo a las obligaciones y los contratos, siguió a pie juntillas la pauta del Código Civil italiano, especialmente aquellas “Dei contratti in generale”. En

tales condiciones, cualquiera reforma en la materia habría de tener en cuenta esa doble dualidad de los ordenamientos: la duplicidad de la disciplina y la diversidad de las normas, que incluso ha llegado a suscitar problemas de monta, dado el espíritu de absorción del Código mercantil y la dificultad en muchos casos de establecer el carácter comercial o civil de la operación, y habría de proceder haciendo pie en los principios generales del derecho. (Hinestrosa, 2006)

La metodología interpretativa constitucional actual requiere una nueva lectura, y es el contexto constitucional nacional e internacional el que impone la obligación de esta reforma.

Conclusiones

En este recorrido realizado no queda duda la urgencia por presentar una reforma al código civil colombiano que desarrolle dentro de su normativa las principales garantías jurídicas de los ciudadanos, tanto a nivel personal como negocial, pero esa regulación no debe comprender solo las relaciones internas de las particulares sino también las relaciones que se realizan con nacionales de otros Estados.

Se debe configurar un ordenamiento donde no se excluya a ningún nacional o extranjero, debe ser un código que tome como punto de partida las decisiones hechas por las altas cortes (Constitucional y Suprema de justicia), que son el producto del derecho vivo en una sociedad, son el reconocimiento de la vida cotidiana actual de Colombia.

Referencias bibliográficas

Blanco Suarez, J. O. (2012). Entre lo tradicional y lo moderno Bogotá a comienzos del siglo XX. *Investigación y Desarrollo*, 20. Obtenido de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/investigacion/article/viewArticle/3104/3680>

E G, Z. (1993). *Dialnet*. Obtenido de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5568218.pdf>

Hinestrosa, F. (2006). El código civil de Bello en Colombia. *Revista de derecho privado*, 22. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/4175/417537586001.pdf>

Melo, J. O. (2017). *Historia mínima de Colombia*. Bogotá: Colegio de México.

Metodos de interpretación, C-054 de 2016 (Corte Constitucional 10 de Febrero de 2016).

Metodología para una reforma al Código Civil

Ana Milena Quintero; Manuela Mosquera Piedrahita; William De Jesús Yepes Zapata; Ximena Artunduaga Álzate; José Ricardo Arango Gallego; Kevin Guzmán Lujan Álvarez; José Fernando Arango Cano; John Alberto Osorio Bedoya¹

Resumen

Proponer un cambio en la legislación requiere de todo un trabajo de orden investigativo, en el cual debe el investigador en un primer momento fijarse una serie de pasos ordenados para lograr el fin propuesto. Esa serie de pasos está enmarcada por el tipo de investigación propuesta, en otras palabras, por el método a desarrollar para obtener el desarrollo de los distintos objetivos propuestos.

En este caso, el objetivo propuesto es hacer una propuesta de reforma al código civil colombiano, teniendo en cuenta las reglas señaladas por la metodología holística, el método hermenéutico y el método argumentativo, y en algunas ocasiones pasando por planteamiento fenomenológicos sobre el objeto general de la investigación.

Desde los anteriores elementos se buscará un acercamiento con la realidad de la vida privada en Colombia, entendida esta, como esa manifestación de voluntad que realizan los particulares en su diario convivir con otras personas. La necesidad de relacionarnos y celebrar contratos genera la necesidad de tener un nuevo marco normativo muchos más acorde con dichas necesidades.

La propuesta debe ser coherente, viable y ser desarrollo de los fines del Estado, pero también garante de los derechos fundamentales de las personas, no puede construirse un nuevo código que no posea como núcleo esencial en cada una de sus normas la presencia de los derechos humanos, como criterios morales de las relaciones interpersonales.

Palabras clave: argumentación, derechos humanos, fenomenología, hermenéutica, holística.

¹ Los anteriores son integrantes del semillero de Derecho privado, Reforma al Código Civil. Coordinador del Semillero Mag. William Esteban Grisales Cardona y Mag. Diego Correa Correa, docentes de tiempo completo Corporación Universitaria Americana.

Abstract

Propose a change in the legislation requires all a work of investigative order, in which the researcher must at first set a series of steps ordered to achieve the proposed purpose. This series of steps is framed by the type of research proposed, in other words, by the method to be developed to obtain the development of the different objectives proposed.

In this case, the proposed objective is to make a proposal of reform to the Colombian civil code, taking into account the rules indicated by the holistic methodology, the hermeneutic method and the argumentative method, and sometimes passing through a phenomenological approach on the general object of the investigation.

From the previous elements we will look for an approach with the reality of the private life in Colombia, understood this, as that manifestation of will that the individuals make in their newspaper to coexist with other people. The need to relate and enter into contracts generates the need to have a new regulatory framework that is more in line with those needs.

The proposal must be coherent, viable and be development of the purposes of the State, but also guarantor of the fundamental rights of people, can not be built a new code that does not have as an essential core in each of its rules the presence of rights human, as moral criteria of interpersonal relationships.

Key words: argumentation, human rights, phenomenology, hermeneutics, holistic.

Introducción

El ejercicio académico no debe quedarse solo en enseñar a los estudiantes el contenido de una norma o de una regulación normativa, es decir, ser profesas de una exegesis, en la tarea de enseñar debe plantearse aspectos críticos del ordenamiento jurídico para que el estudiante comience por hacer una *epojé* sobre lo estudiado y lo existente en el ordenamiento jurídico.

El espacio de la investigación debe ser compartido con los dicentes, proyectándolos hacia un futuro donde cada palabra antes de ser escrita o pronunciada, sea escrutada de tal forma que siempre la usen desde su esencia, por ello plantearse una reforma al código civil debe ser usando métodos que permitan siempre entender cada una de las normas que lo conformaran desde su esencia, desde su núcleo esencial.

El método holístico permite la interacción de otros métodos con el hermenéutico y el argumentativo, sin dejar de lado la fenomenología, todos ellos con una visión crítica en la construcción del conocimiento.

En otras palabras, la comprensión de la ciencia, vista como una totalidad, es tratada en, por lo menos, tres niveles bien definidos. En primer lugar, desde el punto de vista epistemológico, es decir, el desarrollo de la teoría de la ciencia, filosofía de la ciencia o ciencia de la ciencia. En segundo lugar, el tratamiento metodológico y aplicación de las técnicas e instrumentos de investigación para la obtención de las fuentes y análisis de los datos empíricos. En tercer lugar, la redacción del texto, que equivale a escribir con propiedad, la exposición o difusión del conocimiento científico... (Aranzamendi, 2013, pág. 28)

En esta propuesta se está abordando el estudio del derecho civil (privado), de una forma tal que lo aprendido se desaprenda para poder construir desde la cientificidad del Derecho.

Desarrollo

1. Lo Holístico.

En la investigación holística, aparecen diferentes dimensiones que ayudan a la forma de cómo se va investigar, ejemplo de esto (Hurtado Barrera, 1998), explica que existe un proceso investigativo *Holopraxis*, de la investigación que son: Dimensión histórica, metodológica, trascendental y cuántica. Con estas acciones se puede entender la forma como se va a utilizar dentro del proyecto el método holístico, que ayudará a pensar la reforma desde una perspectiva hermenéutica e interpretativa.

En otra condición se tiene que este proyecto se basa desde la dimensión histórica como lo trabaja Hartado Barrera, que hace un recorrido por los diferentes pasos, donde cada estadio hace un reconocimiento de cada grado de conocimiento en diferentes contextos. Esto se enmarca los logros, hallazgos, que depende en ocasiones al objetivo específico o al general de la investigación.

En la parte de la dimensión metodológica de la investigación, representan una constante a lo largo del proyecto, independiente del tipo de investigación que se desarrolla, las fases constituyen. Una experiencia de experiencia de vida que el código civil, que ayuda a la experiencia que se ha vivido dentro de este contexto. Se describe los hechos que se puede intentar proponer para la reforma. El análisis que se tiene de este hace que todas las fases que se generan son desde diferentes perspectiva y visiones que se tiene del código civil a nivel nacional e internacional.

En la dimensión trascendental de la *Holopraxis* de la investigación, se quiere impactar con el proyecto que ayudara a estructurar una nueva visión de la parte del código civil, aunque no se pretende hacer toda la reforma debido a las condiciones que se pueden generar dentro de ellas y más por las circunstancias que se tiene dentro del país. Se busca hacer todo un recorrido gnoseológico del código.

Todo el estudio del proyecto sobre la reforma del código civil se hace desde un alcance descriptivo y que lo que busca es una comparación de esos mismos eventos, en cuanto a diferencias y semejanzas con respecto a otros contextos; posteriormente se puede modificar variables que aparezcan dentro del proyecto y su desarrollo, estas variables son dependientes, según lo que arroje cada uno de los objetivos propuestos.

La investigación holística es una metodología fundamental para satisfacer las necesidades de la inteligencia humana en la búsqueda del conocimiento real o a un nivel global, de las interconexiones en los procesos o fenómenos físicos, biológicos, psicológicos, sociales y ambientales del mundo, en la búsqueda de soluciones de las dificultades que interfieren con el fomento del bienestar humano (Henry Cisnero, 2004).

Con todo esto se aplica la condición que se quiere con el proyecto sobre poder satisfacer las necesidades que desde aquí surgen, esto hace que la proyección que se tiene sobre cómo se debe de hacer la idea de trabajo de la reforma es sobre la persona y sus acciones. “La Investigación holística como metodología para la búsqueda global y sistemática de la verdad de una manera metódica y ordenada” (Henry Cisnero, 2004).

En sentido amplio, estos son los métodos que usa, consciente o inconscientemente, todo investigador y en todo momento, ya que la mente humana es, por su propia naturaleza, interpretativa, es decir, hermenéutica: trata de observar algo y buscarle significado. En este trabajo considero métodos o tipos de investigación hermenéutica a la investigación fenomenológica, la etnometodología, la evaluativa comprensiva, la narrativa, la configuracional, el interaccionismo simbólico y la teoría fundamentada (Ortiz, 2013). Citado en (Ortiz Ocaña, 2016).

Este proyecto hace una referencia a lo que dice Hurtado Barrera, que el proceso holístico tiene una función psicosocial que se enraíza en las distintas ramas humanas y orientado hacia la búsqueda de una cosmovisión basadas en preceptos comunes al género humano. (Hurtado Barrera 1998). Todo esto hace que las fases de desarrollo de la metodología que se implementaran pasan por el lado de lo social y también de los estamentos psicológicos que hoy en día se tiene, al igual, que todos aquellos momentos de la reforma no se puede dejar de lado estos dos momentos que propone Hurtado. Luego de esto el paradigma que ayuda a esta investigación de la cual se tiene que definir esta palabra que ayuda a mejorar estas condiciones será de la siguiente manera.

Si se revisa la etimología de la palabra paradigma, la palabra se deriva de las raíces para, que significa del lado de, y *deiknynai*, o mostrar, es decir, mostrar del lado de, lo cual corresponde a una posición que en filosofía se denomina perspectivismo. (Hurtado Barrera 1998)

Ahora esta investigación que se quiere realizar con el método holístico posee unos principios que ayudan a entender cada uno de los pasos que se realizarán dentro de la investigación, de pronto no serán todos de corte fiel a lo que la exponente del tema Hurtado Barrera, expone en su libro de método holístico. Ejemplo de esto se maneja ocho principios que serán de gran utilidad en esta investigación. el principio de complementariedad: es el que hace posible

el concepto del sintagma, el que representa la relación de incertidumbre, y con esto las diferentes disciplinas ayudarán a dar pie al proyecto del código civil.

El segundo es el principio de continuidad: plantea que la realidad, mas que estar constituida por cosas con límites propios, es una totalidad única de campos de acción que se infieren. Esto ayuda a que la reforma tenga un campo de acción dentro del campo del derecho y la misma sociedad. El tercero es el principio de continuidad en el proceso metodológico: se debe hacer un proceso continuo y simultáneo, de los procesos de la investigación que se adelanta en la reforma de código civil.

Estos tres son los más importantes que se quieren trabajar en el proyecto de investigación sobre la reforma al código civil colombiano, de lo cual ayudara, a dar respuesta de lo que se quiere hacer dentro de la reforma y lo que buscamos es impactar los principales problemas que aquejan al código civil colombiano. Esto es parte de un proceso holístico que nos atrevemos a pensar dentro de la institucionalidad y la sociedad colombiana, teniendo en cuenta las acciones de impacto que puede generar dicha reforma o la indicación de donde estén las fallas al rudimentario código vigente de nuestro país.

2. Lo hermenéutico y argumentativo.

Otro de los métodos que se utiliza dentro de esta propuesta de reforma al Código Civil corresponde al hermenéutico argumentativo. Los investigadores parten para este trabajo de una base hermenéutica, en la cual se pretende descubrir el sentido de las diferentes palabras que integran ese ordenamiento jurídico. El poder comprender e interpretar de una forma adecuada cada uno de los elementos, palabras, signos, significantes, etc., es indispensable para un nuevo orden acorde con los propósitos expuestos dentro del objetivo general: Proponer una reforma al código civil desde los derechos fundamentales y la jurisprudencia constitucional.

Jean Grondin, frente a este tema expone: “(...) sólo podemos querer interpretar una expresión para comprender su sentido partiendo del supuesto de que quiere decir algo, que ella es la expresión de un discurso exterior” (Grondin, 2017, pág. 23). De lo anterior, la investigación propositiva que se realiza busca, como se anotó, descubrir el sentido de las palabras, pero más aún es

poder encontrar el discurso de la comunidad, el discurso que se maneja en la vida privada en Colombia en su relación con el derecho civil.

En otras palabras, a través de la hermenéutica se busca hacer una reconstrucción de una parte del mundo de la vida privada en un nuevo conjunto normativo. “comprender quiere decir en adelante ‘reconstruir la génesis de...’” “Se comprende algo cuando se capta su génesis, a partir de un primer principio” (Grondin, 2017, pág. 33)

Cabe en este momento anotar que:

La disparidad de criterios para juzgar la existencia del método del derecho y la multiplicidad de enfoques que confrontamos, nos lleva a plantear, como señala Fix Zamudio, una concepción filosófica del método jurídico que subdividirse en lógica y epistemología, que tratan respectivamente, de los caminos por lo que se alcanza el conocimiento y por los que se le interpreta acertadamente.” (Aranzamedi, 2013, pág. 88)

De acuerdo a lo anterior, el método utilizado en lo jurídico puede ser múltiple por la exigencia misma del estudio que se debe realizar. De ahí que todo ejercicio hermenéutico deba ser justificado argumentado, es decir, exponer las razones suficientes para que el discurso actual pueda ser considerado válido.

La teoría de la argumentación, también conocida como teoría del debate o la confrontación argumentativa, se nutre del arte y la metodología del debate político y parlamentario, así como de la dialéctica y la retórica, en su tarea de desentrañar e identificarla validez lógica de los argumentos jurídicos que sostienen una postura teórica o doctrinal, una decisión jurisdiccional o un trabajo de investigación jurídica. (Aranzamedi, 2013, pág. 105)

El objetivo implícito y propio de la argumentación es llegar a un resultado razonable. En los argumentos científicos una teoría no se sostiene por la belleza o sutileza de sus palabras, ni porque las conclusiones armonicen con los conceptos aceptados, como tampoco por la autoridad del autor, los argumentos científicos se sostienen por la solidez de los razonamientos y por la fuerza de sí mismo.

Los argumentos están en permanente cambio, y el poder determinar su interconexión y su condicionamiento a una exigencia actual de mirar el dere-

cho privado desde una perspectiva constitucional, permite la construcción de un nuevo modelo argumentativo con la ayuda de principios, reglas principio y reglas de interpretación reconocidos, que harán del nuevo código muchos más justo de acuerdo a la realidad actual colombiana.

Finalmente, se acude a la fenomenología, con el fin de observa la realidad, la vida cotidiana, la percepción del mundo de la vida como primer elemento en la construcción de este ordenamiento jurídico privado.

Conclusiones

El derecho para ser abordado como objeto de estudio, no puede hacerse desde un solo método, se requiere la unión de varios de ellos para lograr una cabal comprensión y desarrollo del objeto problematizado. En el presente proyecto, como se observó, se requiere el uso de varios métodos científicos que ayuden a la consecución y efectivizarían del objetivo general propuesto y de los específicos, para de esta forma acceder al resultado propuesto, el proyecto de reforma al código civil colombiano.

Referencias bibliográficas

- Aranzamedi, L. (2013). Instructivo teorico práctico del diseño y redacción de la tesis en derecho. Lima: Grijley.
- Aranzamendi, L. (2013). Guía de redacción científica. Lima: Grijley.
- Grondin, J. (2017). ¿Qué es la hermeneutica? Barcelona: Herder.
- Alzate, M. (2016). Contribución de las acciones colectivas identitarias a las nuevas configuraciones de familia en América Latina. En G. Romo Morales (Ed.), La familia como institución. Cambios y permanencias Vol (Núm), pp.241-260. Tonalá, Jalisco, México: Universidad de Guadalajara.
- Platón. (1986). Fedón. Madrid: Gredos.

García, C. (1998). Mito, historia y razón en Grecia: del mito al logos. Recuperado de <http://www.march.es/publicaciones/pasadas/cuadernos/pdf/Nuevo%20romanticismo.pdf>

LEY

Congreso de la República de Colombia. (1990). Ley 54 de 1990, Por medio de la cual se definen las Uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Bogotá.

SENTENCIA: Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-494 de 1992. Bogotá.

Ubeñak, F. (1987). La revolución del 404 en Atenas en el contexto de la crisis de la decadencia de la polis. En Memorias de historia antigua VII. Universidad de Oviedo. Servicio de publicaciones. Recuperado de: http://books.google.es/books?id=MhMj_Na9QaIC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false, pag 102.

ARTÍCULO DE MEDIOS DE PUBLICACIÓN PERIÓDICA (físico - virtual)

Morales, A. (Junio 14 de 2013). Precio del oro subió a precio histórico en 2013. El Colombiano. Recuperado de: www.elcolombiano.com/economia/precio-del-oro-historico

Redacción El Colombiano. (Junio 14 de 2013). Precio del oro subió a precio histórico en 2013. El Colombiano. p. 6A.

Henry Cisnero. 2004. "Investigacion Holistica."

HURTADO BARRERA, Jacqueline. 1998. "Metodología de La Investigación Holística." Fundación Sypal 459.

Ortiz Ocaña, Alexander Luis. 2016. "Introducción a La Investigación Contable (CW)." (April).

Análisis jurisprudencial sobre la configuración de la responsabilidad del Estado, derivada de la privación injusta de la libertad en eventos de falsas denuncias por abuso sexual en menores de edad, en Colombia

Dalila Álzate Areiza¹ Sabina Garzón Vélez² Diego Alberto Loaiza Ospina³

Resumen

Pueden ser varios los calificativos, pero el de “injusto” tiene un notorio interés en esta investigación. Aunque Colombia es un Estado Social de Derecho, en ocasiones los procedimientos judiciales, han llevado al implicado a soportar investigaciones penales, terminando en muchos casos en la privación de su libertad, bajo el argumento de conservar el interés y la seguridad general de la comunidad.

El derecho a la libertad, obliga al Estado a proteger y defender a los ciudadanos, sin embargo, ante providencias motivadas bajo el principio pro infans en ocasión a delitos sexuales con menores de edad; y pese a lo anterior los delitos no son probados, concluyéndose que la culpa no existió, se configura un daño antijurídico que debe ser resarcido por el Estado.

Con relación a la privación injusta de la libertad y daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado y lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, se sustentan en el precitado artículo 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, conservando armonía con el artículo 90 de la

1 Estudiante programa de Derecho. Semillero Innovación Jurídica- Línea de investigación en Derecho Público Contemporáneo. Corporación Universitaria Americana. Correo electrónico e-mail: alzatelila@hotmail.com. Documento de identidad 42.901.431

2 Estudiante programa de Derecho. Semillero Innovación Jurídica- Línea de investigación en Derecho Público Contemporáneo. Corporación Universitaria Americana. Correo electrónico e-mail: sabinagarzonvelez@gmail.com. Documento de identidad 20.830.561

3 Magíster en Gerencia del Talento Humano, Especialista en Gerencia Financiera, Administrador de Empresas. Estudiante programa de Derecho. Semillero Innovación Jurídica -Línea de investigación en Derecho Público Contemporáneo. Corporación Universitaria Americana. Correo electrónico e-mail: dloaiza9@yahoo.com. Documento de identidad 71.722.589

Constitución Política. Cuando se demostrare que un ciudadano fue privado injustamente de su libertad siendo inocente, el Estado deberá responder por el daño antijurídico causado.

Surge un interés especial en quienes lideran esta investigación y es justamente llevar a cabo un análisis jurisprudencial de los fallos proferidos por el Consejo de Estado en ocasión a delitos sexuales con menores de edad y la responsabilidad del Estado frente a la privación injusta de la libertad. Esta investigación es de carácter dogmático jurídico, con metodología de tipo histórico descriptivo, su enfoque cualitativo, por medio del método sistemático y hermenéutico. La técnica empleada para la recopilación de la información fue documental.

Se determinó abordar el concepto, alcance y configuración de la responsabilidad del Estado en Colombia. Luego se determinaron los delitos sexuales en menores de edad, a la luz de la legislación colombiana. Finalmente, el análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, para determinar su postura frente a la privación injusta de la libertad en eventos de falsas denuncias en abuso sexual en menores de edad en Colombia durante el período 2010-2018.

Palabras clave: daño antijurídico, delitos sexuales contra menores de edad, indubio pro reo, privación injusta, responsabilidad del Estado.

Abstract

There can be several qualifiers, but the “unfair” has a notorious interest in this investigation. Although Colombia is a Social State of Law, sometimes judicial procedures have led to the implicated to support criminal investigations, ending in many cases in the deprivation of their freedom, on the grounds of maintaining the interest and general security of the community.

The right to freedom obliges the State to protect and defend citizens, however, in the case of orders motivated by the pro-infans principle on the occasion of sexual offenses with minors; and in spite of the above, the crimes are not proven, concluding that the fault did not exist, it is an unlawful damage that must be compensated by the State.

With regard to unjust deprivation of liberty and unlawful damage, the jurisprudence of the Council of State and the provisions of the Code of Criminal Procedure, are based on the aforementioned Article 68 of the Statutory Law on Administration of Justice, keeping harmony with the Article 90 of the Political Constitution. When it is shown that a citizen was unjustly deprived of his liberty while being innocent, the State must answer for the unlawful damage caused.

A special interest arises in those who lead this investigation and it is precisely to carry out a jurisprudential analysis of the rulings uttered by the Council of State in occasion of sexual crimes with minors and the responsibility of the State against the unjust deprivation of liberty. This research is of legal dogmatic character, with descriptive historical type methodology, its qualitative approach, by means of the systematic and hermeneutical method. The technique used to compile the information was documentary.

It was determined to address the concept, scope and configuration of the State's responsibility in Colombia. Then sexual crimes were determined in minors, in light of Colombian legislation. Finally, the analysis of the jurisprudence of the Council of State, to determine its position in front of the unjust deprivation of the freedom in events of false denunciations in sexual abuse in minors in Colombia during the period 2010-2018.

Keywords: unlawful damage, sexual crimes against minors, *indubio pro reo*, unjust deprivation, responsibility of the State.

Introducción

En Colombia la responsabilidad patrimonial del Estado alcanzó su fundamento normativo a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991. Bajo esta premisa, toda acción u omisión emprendida por las diferentes ramas del poder político y órganos del Estado, crean responsabilidad a su cargo, por cuanto los funcionarios públicos con su gestión, pueden ocasionar un menoscabo a los administrados y estos deben ser objeto de reparación. En ese mismo sentido, López y Martínez (2011) sostienen que la actividad u omisión del Estado en sus ámbitos contractual o extracontractual, luego de generar daños, bajo una elemental noción de justicia, tiene el Estado la obligación de reparar.

Los fallos proferidos por la Justicia de lo Contencioso Administrativo en asuntos de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, tienen sustento jurídico en el Art. 90 de la Constitución Política de Colombia. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños anti-jurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas” dice el precitado artículo. Además, “...en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

De acuerdo con cifras de la ADJE (Agencia de Defensa Jurídica del Estado), entre los años 2011 al 2018, el monto total de las condenas al Estado ascendió a \$1.021.921.723,001. Hecha esta consideración, la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad por delitos sexuales con menores de edad, son relevantes los siguientes escenarios:

- **Subjetivo.** Cuando la responsabilidad surge del error judicial. Es el fallo de la responsabilidad de la justicia, generando una decisión judicial contraria en derecho, para que surja la responsabilidad del Estado.
- **Objetivo.** Cuando la conducta imputada, a quien se le ha privado injustamente de su libertad en forma arbitraria e ilegal y posteriormente es dejado en libertad, probándose que no se constituyó una conducta punible, el hecho atribuido no existió.
- **Posición del Consejo de Estado.** Responsabilidad del Estado en atención a lo dispuesto en el artículo 90 de la Carta superior. Daños antijurídicos imputables al Estado, por el sometimiento a una persona de un dolor que no estaba en condición de soportar.

La investigación llevada a cabo trae consigo grandes aportes. El Abogado cumple un rol fundamental en la sociedad. Su intervención debe contribuir a que la justicia y el bien común sean principios inquebrantables, y expresiones como justicia, injusticia, equidad, demandas, defensas, juicios, denuncias y entre muchos otros los derechos fundamentales, definen su quehacer profesional. Para la Academia, es la retribución por la formación integral recibida, enalteciendo la misión de la Corporación Universitaria Americana, de formar Abogados con compromiso social, humano, ético y moral.

Para la investigación, este proyecto aporta desde una óptica integral, el quehacer de la responsabilidad del Estado y su trascendencia bajo los principios de igualdad y libertad para todos, proveyendo nuevos conocimientos como producto de un ejercicio de investigación como requisito de grado para ostentar el título de Abogado.

Se espera que la presente investigación propicie futuras investigaciones en la línea del derecho administrativo, generando visiones con sentido sobre la responsabilidad del Estado.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, el acápite central de la investigación se constituyó en establecer el alcance de las posturas del Consejo de Estado, frente a la configuración de la responsabilidad del Estado, respecto a la privación injusta de la libertad, con ocasión a los delitos sexuales con menores de edad en Colombia, durante el período 2010-2018.

Para el desarrollo de los capítulos derivados del acápite central, la investigación llevada a cabo fue de carácter dogmático jurídico con metodología de tipo histórico descriptivo, de enfoque cualitativo, por medio del método sistemático y hermenéutico. La técnica empleada para la recopilación de la información fue documental.

Capítulo 1. Concepto, alcance y configuración de la responsabilidad del Estado en Colombia

Por tratarse de un vocablo abstracto y ambiguo, se ha estimado conveniente proceder con una revisión general del término responsabilidad, para luego llegar a un escenario particular y concreto como lo sugiere el título de este capítulo. En tal sentido, resultó oportuno encontrar que la Real Academia Española (2017), define el término “responsabilidad” como un atributo, una cualidad de responsable; es también una deuda, una obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, culpa o causa legal y entre otras muchas acepciones, la responsabilidad es incluso una obligación moral de reparar por un yerro cuando este surja.

En el ámbito jurídico, el concepto de responsabilidad proviene del latín *Responsum*, que refiere la obligación de responder por un hecho propio o

de alguien más y los verbos *Respondere* y *Spondere*. El primero sugiere proteger o probar un hecho representado en un juicio y el segundo significa apalabrar, prometer o asumir una obligación. En este mismo sentido, (Vélez, 2015) arguye que el comportamiento humano desde el ordenamiento jurídico, debe analizarse a partir de tres categorías deónticas, siendo estas La prohibición, la orden y la permisión.

Es evidente entonces que el paradigma jurídico de la responsabilidad ha sido considerado en palabras de Encinar (1998) como uno de los conceptos más utilizados por los seres humanos. Ahora bien, según la doctrina, Ballesteros (2007) sustenta que la responsabilidad es la analogía entre un acto que provoca una consecuencia dañina y un sujeto por virtud de cuya relación se imputan a este los efectos que el acto genera, es decir, es un concepto que requiere para su configuración la presencia del llamado nexo causal.

Ahora bien, luego de sustentar el concepto de responsabilidad, es necesario ahondar en el concepto de Estado. Desde el punto de vista etimológico el vocablo Estado deriva de la palabra status de la lengua de la rama itálica denominada latín, considerado como:

País soberano, reconocido como tal en el orden internacional, asentado en un territorio determinado y dotado de órganos de gobierno propios (...) Forma de organización política, dotada de poder soberano e independiente, que integra la población de un territorio (...) Conjunto de los poderes y órganos de gobierno de un país soberano (Real Academia Española, 2014).

En palabras de Bajardí (2009) el Estado es una organización social, política, coercitiva y económica, compuesta por un conjunto de instituciones, con la facultad de regular la vida en sociedad. Lo anterior pone de manifiesto la existencia de una obligación de sobrellevar las consecuencias de los propios actos realizados, y esto porque desde una época clásica se ha considerado que si una persona causa un daño a otra tiene el deber de repararlo, es decir, la responsabilidad en términos jurídicos obliga a responder por los propios actos. A renglón seguido, Bajardí (2009) sostiene:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las

autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Resulta oportuno estimar que la responsabilidad extracontractual surge cuando entre la víctima y el autor del daño no existe vínculo anterior alguno, o que aun así exista tal vínculo, el daño que sufre la víctima no procede de dicha relación anterior sino de otro acontecimiento. El autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes. Al respecto, Martínez (1988), estima que la responsabilidad extracontractual es “la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso”. En esta apreciación, el autor no hace reseña alguna al hecho de que, entre la víctima y el autor del daño tengan o no relación o vínculo jurídico anterior, esto es, nace una responsabilidad para quien sencillamente ocasione un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior.

Con relación a la Responsabilidad Subjetiva, vale la pena argumentar que su sustento está probado en la conducta del autor del daño, es decir que, para comprobar si se está en presencia de responsabilidad no basta con que se presente un daño, sino que es necesario que ese daño haya acontecido del actuar doloso o culposo del autor del daño. Así las cosas, autores como Irisarri (2000) estima que, para establecer la responsabilidad extracontractual apoyada en la teoría subjetiva, es preciso que se demuestren tres elementos, a saber: el daño, el actuar doloso o culposo del actor y la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto generador del daño. Así, una vez comprobada la presencia de estos tres elementos, se está en presencia de una responsabilidad la cual genera el deber de indemnizar los perjuicios por parte del agente generador del daño (quien fue el que actuó con culpa o dolo) a la víctima del mismo.

La Responsabilidad Objetiva al contrario de la mencionada en el párrafo anterior, varios de los autores analizados, sostienen que el fundamento de esta responsabilidad se halla en el hecho que produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo. Lo relevante para constituir una responsabilidad es la presencia del daño y la relación de causalidad entre el

hecho o acción ejercida y el daño. No es preciso analizar si quien realizó la acción lo hizo de una forma dolosa o negligente. De su análisis no depende que se indemnice o no el perjuicio. Para indemnizar el perjuicio solo basta con demostrar la realización de una acción o la omisión y el nexo de causalidad entre ese actuar o esa omisión y el daño.

Capítulo 2. Delitos sexuales en menores de edad, a la luz de la legislación colombiana

Los tipos de delitos de abuso sexual con menores de edad que están tipificados en la legislación colombiana son a continuación:

Artículo 4 Ley 1236 de 2008 de la Reforma Penal y el artículo 208 de la Ley 599 de 2000, quedará así:

Acceso Carnal Abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Artículo 5 Ley 1236 2008 de la Reforma Penal y el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, quedará así:

Actos Sexuales con Menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13 años).

Artículo 6 Ley 1236 2008 de la Reforma Penal y el artículo 210 de la Ley 599 de 2000, quedará así:

Acceso Carnal o Acto Sexual Abusivos con Incapaz de Resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.



Lo anteriormente expuesto, corresponde a casos que generan el mayor número de denuncias en Colombia, pero también a su vez son los que mayor número de demandas por reparación directa se presentan contra Colombia por privación injusta de la libertad. Respecto a esta situación, la Corte Constitucional en su Sentencia C- 876/11 considera:

La medida diferenciada sin duda persigue un fin constitucional por cuanto el artículo 44 constitucional señala a los menores no solo como sujetos de especial protección sino además sujetos de una protección reforzada. Así pues, evitar que sobre menores de 14 años se ejerzan actos abusivos de tipo sexual cumple fielmente con los propósitos señalados por la Constitución para los niños, en este caso los menores de 14 años.

El Consejo de Estado en reiteradas ocasiones se ha pronunciado respecto a situaciones asociadas con esta clase de delitos. En sus fallos proferidos, esta alta Corte ha ordenado la reparación directa por privación injusta de la libertad. Si bien es cierto que dichos actos ilícitos hacen parte de la vida cotidiana de los colombianos, no genera sorpresa alguna que se procese a un individuo por este tipo de acciones con menores de edad; por el contrario, lo inusual es que el Estado registre un alto porcentaje de demandas por reparación directa, derivados de fallos emitidos por denuncias de abuso sexual a menores, de los que se ha evidenciado en muchas ocasiones que resultan no ser ciertas. Estas denuncias se analizan a la luz de la jurisprudencia colombiana, desarrolladas en las Sentencias del Consejo de Estado, relacionadas a continuación:

1. FACTORES RELEVANTES QUE CONCENTRAN LA ATENCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO	2. HECHOS O CONDICIONES MÁS RELEVANTES QUE CONCENTRAN LA ATENCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO
<ul style="list-style-type: none">• Configuración y alcance de la responsabilidad del Estado.• Responsabilidad patrimonial, daño antijurídico, en el marco del art. 90 de la Constitución Política.• Elementos de la responsabilidad del Estado.• Responsabilidad objetiva.• Principio pro infans.• Principio In dubio pro reo.	<ul style="list-style-type: none">• El hecho no existió.• El sindicado no lo cometió.• La conducta no constituía un hecho punible.• Exoneración de responsabilidad penal por aplicación del in dubio pro reo.• Fallos proferidos alejados de la Constitución Política.• Títulos de imputación.• Rompimiento de cargas públicas.

	<ul style="list-style-type: none"> • Eximentes de responsabilidad: <ul style="list-style-type: none"> • Fuerza mayor y caso fortuito. • Culpa excesiva de la víctima. • Culpa exclusiva de un tercero.
--	---

Consejo de Estado. Sentencia 14 de diciembre de 2016. Radicación número: 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615):

Hechos relevantes:

Demanda interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Caldas en contra de La Nación Colombiana – Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial, administrativa y solidariamente responsables de los perjuicios morales causados a la víctima por privación injusta de la libertad, por delito sexual con menor de 14 años. Posteriormente el demandado fue exonerado de responsabilidad con fundamento en el indubio pro reo, dicha decisión no fue objeto de recurso y, por tanto, cobró ejecutoria.

3. PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL QUE ANALIZA Y RESUELVE EL CONSEJO DE ESTADO:

¿Debe el Estado asumir la responsabilidad administrativa y patrimonial y en consecuencia indemnizar a la víctima, al ser privado injustamente de su libertad, en el marco de la responsabilidad por privación injusta y el derrotero normativo que impone el art. 90 constitucional, dentro de la investigación penal por acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con acto sexual agravado, que culminó con sentencia absolutoria en su favor por aplicación del principio indubio pro reo?

4. RATIO DECIDENDI:

- El acervo probatorio permite identificar los elementos para establecer la vulneración llevada a cabo sobre el menor, quien teniendo un papel activo en la etapa inicial, identificó y señaló con pleno convencimiento al inicialmente demandado, quien en adelante asume el papel de víctima.
- Quien ha sido privado de su libertad y pretenda ser objeto de reparación por el Estado, debe probar que su absolución en el proceso penal se originó por alguna de estas realidades: 1) se pruebe que el hecho no existió, 2) se prueba que aun existiendo, el sindicado no lo cometió, 3) se pruebe que la conducta investigada no se tipificó como delito y 4) se pruebe que no es posible falsear la presunción de inocencia.
- El dolo civil entendido como: 1) acto intencional; 2) censurable al orden social, a las sanas costumbres; 3) acto determinante; 4) probado por quien lo alega.
- Todo acto tachado de inmoral y causante de daño a otro, por sí solo constituye un delito civil. El dolo civil va en contra de la moral y los intereses prevalentes en sujetos de especial protección, como son los menores de edad.

5. REGLA QUE APLICA EL CONSEJO DE ESTADO AL RESOLVER EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

- Posterior a la etapa investigativa y tras conocer la versión del menor, se infiere que los menores no dicen lo que no conocen; si el menor replicó los actos sexuales fue porque los vivió con el adulto.
- Frente a la absolución del sindicado, no implica que la privación de la libertad hubiese sido injusta y que en consecuencia el Estado sea condenado a reparar. En aras del esclarecimiento de la verdad y los avances investigativos, la ley permite que una persona sea detenida, mientras surte efecto lo anterior.
- Para determinar si la privación de la libertad es un acto justo o injusto, requiere de un análisis circunstancial alrededor de las medidas de detención de que fue objeto el sindicado. En esta situación, debe tenerse de presente que sobre el menor de edad se cometieron actos sexuales abusivos, comprometiendo su integridad física y mental, así como su estabilidad emocional, y la de su familia.
- Las actuaciones en contra de los sujetos de especial protección son denotativamente dolosas e implican el desconocimiento de un interés superior y prevalente resguardado por el ordenamiento constitucional, cuya protección supone un juicio de ponderación transpuesto al que se hace en materia penal.
- El art 44 de la Constitución política, consagra los derechos de los niños y niñas y prevalecen frente a cualquier otro derecho. El postulado de protección se entiende a partir de la siguiente relación de inferencia básica: 1) los niños y niñas en atención a su condición psicofísica son sujetos vulnerables; 2) al ser vulnerables, son sujetos de especial protección, y 3) en tanto sujetos de especial protección, sus derechos gozan de primacía.

6. ANTECEDENTES:

- Corte Constitucional. Sentencia T-078 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Consejo de Estado. Sentencia 1 de agosto de 2016, Exp. 42376, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 23 de octubre de 1975, Exp. 1405, C.P. Portocarrero Mutis.
- Consejo de Estado. Sentencia 25 de julio de 1994, Exp. 9666, C.P. Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 28 de abril de 2005, Exp. 15138, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996, situándose de manera específica en la ratio de la Sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp. 15989, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. Sentencia 05 de diciembre de 2017. Radicación número: 23001-23-31-000-2010-00025-01(42243).

Hechos relevantes:

Demanda interpuesta ante el Juzgado Diecinueve Administrativo Oral de Medellín, en contra de La Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Nación – Fiscalía General

de la Nación, por privación injusta de la libertad, por delitos sexuales en menor de edad - Culpa exclusiva de la víctima.

3. PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL QUE ANALIZA Y RESUELVE EL CONSEJO DE ESTADO:

¿Debe el Estado asumir la responsabilidad administrativa y patrimonial, por presunto daño antijurídico causado a las víctimas por la privación injusta de su libertad y desvirtuar la eventual configuración de una causal eximente de responsabilidad, acaecidos por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años?

4. RATIO DECIDENDI:

- No existen presupuestos para que se configure responsabilidad a cargo del Estado, queda también sin fundamento la declaración de responsabilidad objetiva y subjetiva, por cuanto la actuación llevada a cabo por los agentes judiciales, se hizo en cumplimiento de la Constitución Política, por lo cual se no encuentra acreditada una falla en el servicio.
- No se puede atribuir responsabilidad administrativa del Estado, toda vez que la actuación fue prudente, diligente y cuidadosa, en atención a lo dispuesto en los protocolos de ley. Sugiere lo anterior desechar de plano toda pretensión de endilgar al Estado por un presunto daño antijurídico. La actuación llevada a cabo en el proceso, se ajusta a los presupuestos de derecho.
- Se configura culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad del Estado, impidiéndose que prospere toda pretensión indemnizatoria.
- Para determinar la responsabilidad del Estado, se aplica el fundamento de la responsabilidad objetiva, ante la existencia de las causales previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, porque: a) el hecho no existió, b) el sindicado no cometió la conducta punible y/o c) porque la conducta es atípica; aplica igualmente en aquellos eventos en los cuales se produjo la absolución en aplicación al principio del in dubio pro reo.

5. REGLA QUE APLICA EL CONSEJO DE ESTADO AL RESOLVER EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

- Cuando existe duda sobre la responsabilidad penal, esta no es suficiente para concluir que se está ante una duda razonable. Se genera un contraste entre la duda nominal como estado psicológico invocado por el operador judicial y la duda razonable que surge del contraste de medios probatorios valorados, conduciendo a que la balanza de la certeza se incline a favor del acusado.
- Las víctimas quebrantaron no solo deberes inexcusables de conducta moral, sino también actuaron contrario al ordenamiento legal, desconociendo sus deberes legales y constitucionales frente a los derechos de una menor de edad, pasando por alto su derecho a la libertad sexual y demás derechos prevalentes; hechos estos que conducen a configurar el dolo civil, que ciertamente exonera la obligación de reparar, el cual, para el caso de marras fue declarado de oficio.

6. ANTECEDENTES:

- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 01 de agosto de 2016. C.P.P Ramiro Pazos Guerrero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. CP: Carlos Alberto Zambrano. Sentencia 25 de marzo de 2015. Radicación No. 76001-23-31-000-2003-00891-01(34276).
- Consejo de Estado. Sentencia 26 de marzo de 2008, Exp; 16.061.
- Consejo de Estado. Sentencia 21 de febrero de 2002. Exp; 11.335. M.P Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicado No. 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354) con ponencia del Consejero Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sentencia 16 de febrero de 2017. Rad. No. 73001-23-31-000-2008-00643-01(37952), y Sentencia 27 de noviembre de 2017, Rad: 54001-23-31-000-1999-00247-01(46068), ambas con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. Sentencia 08 de agosto de 2017, Radicado: 08001-23-31-000-2001-01992-01(36561), con ponencia del Dr. Guillermo Sánchez Luque.
- Corte Constitucional. SU- 072 de 2018. Expedientes T- 6304188 y 6390556 A.C., M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en Comunicado No. 025 de 05 de julio de 2018.
- Cita original en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia 11 de diciembre de 2015, Exp. 41.208, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.
- Consejo de Estado, Subsección “B” - Sección Tercera, Providencia 02 de mayo de 2016- C.P. Ramiro Pazos Guerrero.
- Consejo de Estado. Sala. Tercera - Subsección B. Sentencia 01 de agosto de 2016. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Apoyo en Sentencia de Unificación 17 de octubre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sentencia 04 de abril de 2018. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad 540°1 -23-31-000-2010 00466 -(42222).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia 05 de diciembre de 2017. CP: Enrique Rodríguez Navas. Rad: 23001-23-31-000-2010-00025-01(42243).

Corte Constitucional. Sentencia T-448/18:

Hechos relevantes:

El asunto en mención, a juicio de la Corte Constitucional compromete los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y al principio del interés superior del menor, en calidad de especial protección constitucional.

El preacuerdo celebrado a juicio del operador judicial, afecta desde luego al procesado y generó consecuencias definitivas en la Sentencia anticipada proferida, trayendo consigo repercusiones directas en los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición de la víctima menor de edad.

3. PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL QUE ANALIZA Y RESUELVE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

¿Se incurrió o no en la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la menor de edad agenciada, con la aprobación del preacuerdo, en el cual se cambió la denominación del delito de acto sexual agravado en menor de 14 años por el de acoso sexual agravado, por parte del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá)?

4. RATIO DECIDENDI:

- Violación al debido proceso, con ello desconociendo y quebrantando las garantías fundamentales y derechos procesales de las partes involucradas en el proceso.
- De acuerdo con la ley, prohibición en la celebración de preacuerdos cuando las víctimas sean menores de edad, así como la obtención de beneficios o subrogados penales.
- El preacuerdo es un instrumento jurídico mediante el cual se accede a la administración de justicia, verdad, reparación y no repetición de manera expedita; pero con especial cuidado del derecho fundamental del debido proceso respecto a todos los sujetos procesales.
- La Fiscalía no goza de facultades para celebrar preacuerdos y el operador judicial de aprobarlos, por cuanto en aquellos casos que afecten la integridad sexual de menores, el legislador inhibió explícitamente la negociación que pudiera realizarse, so pena de lograr rebajas en la pena.

5. REGLA QUE APLICA LA CORTE CONSTITUCIONAL AL RESOLVER EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

- El interés superior del menor de edad como eje central del análisis constitucional, orientado a la resolución de conflictos en los que está involucrado este sensible sector de la población, al que se le debe garantizar una protección constitucional especial debido a su ausencia de madurez física y mental.
- Prohibición del acto mediante el cual se celebran preacuerdos, cuando la víctima sea un menor de edad.
- Violación al debido proceso.

6. ANTECEDENTES:

- Corte Constitucional. Sentencia T-843 de 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia T-735 de 2017.
- Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007.
- Corte Constitucional. Sentencias T-309 de 2013, T-654 de 1998 y T-544 de 2015.
- Corte Constitucional. Sentencias T-091, T-966 de 2006 y C-372 de 2016.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1260 de 2005.
- Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007, reiterada en las Sentencias T-794 de 2007 y C-372 de 2016.

Consejo de Estado. Sentencia No. 15238 3333 002 2016 00057 01 Medio de control: Reparación Directa.

Hechos relevantes:

Menor de edad víctima de abuso sexual. Mediante valoración psicológica se pudo establecer que el menor de edad presentó un relato coherente, sostenido en el tiempo, sin variación de los hechos, presumiéndose que estos fueron reales y no ficticios como consecuencia de la imaginación, sino por el contrario una vivencia real que le generó afectaciones a su vida diaria y desarrollo integral.

3. PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL QUE ANALIZA Y RESUELVE EL CONSEJO DE ESTADO:

¿Es posible demostrar que la duda imperó y favoreció al sindicado por las declaraciones del menor afectado, en especial por la variación de su declaración en condiciones de tiempo y lugar?

4. RATIO DECIDENDI:

- En el marco de la responsabilidad penal la duda imperó y favoreció al acusado, con alcance de cosa juzgada. En tal sentido, la credibilidad se fundamenta desde las razones tenidas en cuenta por la Alta Corte, en determinar la consistencia de la versión del menor.
- A vista contenciosa, se tipifica un dolo civil, que ciertamente redime la obligación del Estado de reparar.
- Queda sin fundamento toda acción dogmática probatoria, mediante la cual se pretenda imponer una desigualdad. Debe en consecuencia acudir a una ponderación de los medios probatorios aportados, sin llegar a extremos en los que se pretenda el aporte de pruebas directas e Incontrovertibles, de lo contrario el Estado estaría imposibilitado para llevar a cabo investigaciones tendientes a sancionar conductas sexuales con menores de edad.

5. POSTULADO QUE APLICA EL CONSEJO DE ESTADO AL RESOLVER EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Menor de edad víctima de agresión sexual pero no accedido carnalmente, sin embargo en la normatividad colombiana se tiene previsto que el tocamiento es un delito sexual, por cuanto interfiere con el libre desarrollo de su personalidad.

Aun cuando en el punto de la responsabilidad penal la duda imperó y favoreció al sindicado con alcance de cosa juzgada, en este estadio la credibilidad arroja el conjunto de razones que llevan a la Alta Corte, a estimar la importancia del respeto irrestricto que merecen los menores de edad.

Por las pruebas aportadas y en observancia a lo contencioso, se constituye un dolo civil, que ciertamente exonera al Estado de reparar.

6. ANTECEDENTES:

- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 13 de agosto de 2008.
- Consejo de Estado. Sentencia 3 de mayo de 2013.
- Corte Constitucional. Sentencia T-078 de 2010. Expediente: 15238333300220160005701.

Consejo de Estado. Sentencia No. Expediente: 42376 Radicación: 200012331000200800263-01

Hechos relevantes:

Menor de edad víctima de delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, el imputado fue cobijado con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad provisional.

Por la forma en que sucedieron los hechos, existió dolo del imputado hacia la menor de edad.

3. PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL QUE ANALIZA Y RESUELVE EL CONSEJO DE ESTADO:

¿Se puede al amparo del principio de dubio pro reo, demostrar que el daño padecido por la víctima no fue antijurídico, toda vez que la medida que le fue impuesta de detención preventiva cumplió con la gradualidad propia del proceso penal y, por ende, el imputado estaba en la obligación de soportarla?

4. RATIO DECIDENDI:

- La medida de aseguramiento de detención preventiva y la resolución de acusación contra la víctima, fueron decisiones proferidas dentro del marco de la ley represora con fundamento en las pruebas allegadas a la investigación penal.

5. POSTULADO QUE APLICA EL CONSEJO DE ESTADO AL RESOLVER EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Se logró constatar que el imputado accedió a la menor de edad y su posterior intención de obtener un beneficio por su condición de estar privado de su libertad. Se probó dolo intencional, situación que eximió al Estado de una eventual reparación.

6. ANTECEDENTES:

- Corte Constitucional. Sentencia C-1287 de 2001.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencias 26 de noviembre de 2015, Radicado 36170 y Sentencia 25 de julio de 2016, Radicado 37125, M.P. Danilo Rojas Betancourth.
- Corte Constitucional. Sentencia C-422 de 2002, MP, Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1287 de 2001, MP, Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, auto 9 de septiembre de 2008, rad. 11001-03-26-000-2008-00009-00, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.



Consejo de Estado. Sentencia No. 15001-23-31-000-1999-00257-01(37671) (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Hechos relevantes:

Se evidenció un daño antijurídico que comprometió la responsabilidad patrimonial del Estado.

3. PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL QUE ANALIZA Y RESUELVE EL CONSEJO DE ESTADO:

¿Es el Estado responsable administrativa y patrimonialmente del daño antijurídico causado a la víctima, toda vez que este fue privado libertad en un primer momento en las instalaciones de la Seccional Boyacá y luego en la cárcel de Chiquinquirá, desde el 9 de septiembre de 1994 al 30 de agosto de 1995?

4. RATIO DECIDENDI:

- La víctima al ser privada de su libertad, sufrió un perjuicio que no estaba en el deber legal de soportar, ya que la conducta no merecía ningún reproche penal.
- Por lo anteriormente señalado, hay lugar a aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, toda vez que la privación de la libertad de que fue objeto el sindicado devino injusta y ello constituye un daño antijurídico, sin que sea necesario analizar la legalidad de la medida de aseguramiento impuesta.
- El Consejo de Estado arguye que no es necesaria la demostración de que la autoridad judicial incurrió en algún tipo de error. A la víctima le basta con probar que contra él se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso judicial, que dicho proceso culminó con una decisión favorable a su inocencia y que se le causó un perjuicio con ocasión de la detención. Se evidencia un daño antijurídico que comprometió la responsabilidad patrimonial del Estado.

5. POSTULADO QUE APLICA EL CONSEJO DE ESTADO AL RESOLVER EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

El Estado es patrimonialmente por la privación injusta de la libertad de que fue víctima el imputado.

En consecuencia la Fiscalía General de la Nación ha de asumir la compensación económica por los daños morales sufridos por la víctima y su grupo familiar. La Fiscalía General de la Nación ha de asumir la compensación económica por concepto de daño emergente a favor de la víctima.

6. ANTECEDENTES:

- Consejo de Estado. Sentencia 6 de abril de 2011, Exp. 21653.
- Consejo de Estado. Sentencia 12 de mayo de 2012, Exp. 20569.
- Consejo de Estado. Sentencia 6 de abril de 2011, Exp. 21653.
- Corte Constitucional. Sentencia C-254 de 2003.

Capítulo 3. Posturas del Consejo de Estado, frente a la privación injusta de la libertad en eventos de falsas denuncias en abuso sexual en menores de edad en Colombia durante el período 2010-2018

En la Sentencia del 15 de septiembre de 1994 (Exp. 9391; Actor: Alberto Uribe Oñate; MP.: Uribe Acosta), manifiesta dicha corporación:

“La responsabilidad que se deduce del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal es objetiva, por lo cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa”.

“En la legislación colombiana, el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal es uno de los pocos casos en que el legislador ha resuelto, por ley, la situación fáctica, no dejándole al juez ninguna alternativa distinta de valoración jurídica, es decir que no le está permitido manejar la faceta relativa que ostenta la falla del servicio”

Adicional a lo anterior, en la Sentencia del 12 de Diciembre de 1996 (Exp. 10.229; Actor: José Ángel Zabala Méndez, MP.: Betancur Jaramillo), el Consejo de Estado expresa:

De acuerdo con dicha norma (art. 414 del C. de P.P) en los casos en que una persona sea privada de su libertad por ser sindicada de la comisión de un delito y posteriormente exonerada por una providencia definitiva en la cual se establezca que no cometió el hecho que se le imputó, nace la responsabilidad para el Estado, sin que pueda el juzgador exigir ningún requisito adicional para configurarla.

En suma, la responsabilidad extracontractual del Estado se establece cuando entre una víctima y el autor del daño, no existe en principio un vínculo alguno, o que aún si llegará a existir tal vínculo, se probare que el daño sufrido por la víctima no deriva de dicha relación anterior sino de otra circunstancia. El Estado en su condición de autor del daño ocasionado, está en la obligación de indemnizar a la víctima del perjuicio, toda vez que no procede de una sujeción jurídica previa entre las partes.

El Consejo de Estado y la Corte Constitucional, comparten criterios y se compaginan enteramente con el cumplimiento de la Carta política; nótese que el espíritu normativo busca a toda costa proteger el derecho fundamental del cual puede decirse que es el más elemental después de la vida, el derecho a la libertad; es en ese entendido que siendo conscientes de lo atroz que puede llegar a ser un delito de abuso sexual en menor de edad, esto no avala, que las entidades del Estado colombiano y en especial la Fiscalía General de la Nación, ante paupérrimas investigaciones soliciten privaciones de la libertad, incluso exagerando en argumentos que por lo general son producto de la especulación y la subjetividad.

La responsabilidad objetiva es, entonces, una forma eficiente y efectiva de salvaguardar los derechos de los asociados y es una muestra de las diferencias y tensiones constitucionales insertas en el texto de la Constitución, que luchan entre la primacía de las formalidades penales y la capacidad de ejercer la autoridad en materia de política penal del Estado, en contra de la libertad y las garantías de los derechos fundamentales de los asociados, entre ellos el de la libertad, que tal y como ya se mencionó, es quizá el más importante en una sociedad que presume de ser auténticamente democrática (Estado, 2013).

El estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal, Las cargas argumentativas que suponen la inmediata ruptura del deber de indemnizar por la constatación del dolo civil de la víctima, vienen dadas por el interés superior y prevalente de los niños/as, y en virtud de éste, por la fuerza suasoria que merecen sus declaraciones.

Estas dos consideraciones toman valía a partir del denominado principio pro infans y se respaldan en las siguientes premisas normo-fácticas. El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo.

Conclusiones

Con el análisis de las Sentencias del Consejo de Estado referidas a la privación injusta de la libertad por eventos de falsas denuncias por abuso sexual en menores de edad en Colombia, se considera que no existe un planteamiento unificado respecto de precisar si el Estado es responsable, toda vez que el sis-

tema de imputación en materia de responsabilidad, continua siendo desarrollado por la jurisprudencia, pese a la cláusula de responsabilidad del Estado contenida en el artículo 90 de la Constitución Política. Posición esta que surge del análisis interpretativo de los fallos emitidos por esta Corte de cierre.

Aun derogado el Decreto Ley 2700 de 1991 por la Ley 600 de 2000 y esta a su vez por la Ley 906 de 2004, el Consejo de Estado en sus sentencias aplica el criterio objetivo de responsabilidad según el precitado artículo 414 del Decreto Ley 2800 de 1991, pero se fundamenta en la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991.

En el marco de la Carta superior y los tratados internacionales suscritos, el Estado colombiano promulga por la defensa y protección de los derechos de los niños; sin embargo es importante que exista un equilibrio entre los derechos, no se puede pretender al amparo de lo primero, vulnerar los derechos que tiene un sujeto implicado en un proceso judicial. Reviste gran importancia para el acontecer jurídico los principios de presunción de inocencia y el de indubio pro reo. No es suficiente presumir la culpabilidad, debe demostrarse con hechos probados hasta el final del proceso, a fin de evitar indemnizaciones costosas para el Estado colombiano.

La responsabilidad del Estado tal como ha sido concebida en la jurisprudencia del Consejo de Estado, es una responsabilidad civil, es decir, de contenido económico o patrimonial. Esta característica, es reflejo de la función que cumple esta rama de la responsabilidad jurídica: mientras que la responsabilidad penal sanciona a un culpable mediante la aplicación de una pena, la responsabilidad administrativa lo mismo que la responsabilidad civil tiene por objeto restablecer un desequilibrio, una pérdida apreciable en dinero, mediante el otorgamiento de una reparación pecuniaria.

No se discute la importancia que merece la protección de los menores de edad como sujetos de condición especial, indefensos y vulnerables. Es necesario tener en cuenta esta condición, por cuanto puede ser aprovechada por adultos, quienes por su cercanía, influyen sobre los menores sometiéndolos a vejámenes sexuales.

La mayor incidencia causal del dolo en comparación a la de la culpa permite asimismo sugerir que en situaciones en que los daños alegados provengan

en parte del delito civil cometido por el demandado y en parte de la culpa (no grave) de la víctima, el peso de la responsabilidad debería ser soportado exclusivamente por el autor del ilícito intencional.

Referencias bibliográficas

Asamblea Nacional Constituyente. (1991) Constitución Política de Colombia de 1991.

Bajardí, J. (2009). Manual sobre Responsabilidad Sanitaria. Pamplona: Thomson Reuters.

Ballesteros, A. (2007). Manual de Responsabilidad Patrimonial de los Entes Locales, España. Wolters kluwer España, S.A.

Ballesteros, A. (2009). Manual de Responsabilidad Patrimonial de los Entes Locales. Madrid. La Ley.

Bascuñán, A. (1997). Tratado de Derecho Constitucional Vol. IV (2° ed.). Santiago de Chile. Ediciones Jurídicas.

Bermúdez, C.E. (2000). *Incidencias de la privación injusta de la libertad conforme a la nueva normativa penal en Colombia*. Tesis de posgrado. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas. UN. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/13768/EscobarSalazarCarlos2015.pdf;jsessionid=2FF4EC11FE09FA979EBE8DB2017D1FE7?sequence=2>

Córdoba, J. I. (2004). *Las Generaciones de Derechos Fundamentales y la Acción de la Administración Pública*. Recuperado de <https://publicaciones.uextornado.edu.co/las-generaciones-de-derechos-fundamentales-y-la-accion-de-la-administracion-publica-derecho-administrativo.html>

CFR. De Torres Flórez. (1999). *Disertación sobre la libertad natural jurídica del hombre*. Estudio preliminar, Universidad de León. Recuperado de <https://www.agapea.com/libros/Disertacion-sobre-la-libertad-natural-y-juridica-del-hombre-9788477195290-i.htm>

Congreso de la República. (2000). Ley 599 de 2000 Por medio de la cual se expide el Código Penal Colombiano. Bogotá.

Congreso de la Republica de Colombia. (2011). Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá.

Consejo de Estado. (2013). Sentencia 25000-23-26-000-2001-01658-01(27868). Bogotá.

Consejo de Estado. (2015). Sentencia 47001-23-31-000-2009-00369-01(41208). Bogotá.

Consejo de Estado. (2016). Sentencia 15001-23-31-000-1999-00257-01(37671). Bogotá.

Consejo de Estado. (2016). Sentencia 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615). Bogotá.

Consejo de Estado. (2017). Sentencia 25000232600020090080201(43699). Bogotá.

Consejo de Estado. (2017). Sentencia 23001-23-31-000-2010-00025-01(42243). Bogotá.

Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-876/11. Bogotá.

Consejo de Estado. (2018). Sentencia 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947). Bogotá.

Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-448/18. Bogotá.

Encizar, A. (1998). *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*. En F. Pantaleón. *La Responsabilidad en el Derecho*: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. México: Boletín Oficial del Estado. Recuperado de <https://www.uam.es/Derecho/Numeros-publicados-AFDUAM/1242675463464.htm?language=es>

- Estado, A. N. (2013). *Guía para la Generación de Política de Prevención del Daño Antijurídico: En Privación Injusta de la Libertad: entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*. Recuperado de <https://www.defensa-juridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Guia-generacion-politica-prevencion/Paginas/default.aspx>
- Flórez, J. I. (1788). *Disertación sobre la libertad natural jurídica del hombre*. En S. R. Rufino (Ed.). Colombia. Recuperado de <https://www.casadellibro.com/libro-disertacion-sobre-la-libertad-natural-y-juridica-del-hombre/9788477195290/504968>
- González, Noriega Olga Cecilia. (2010). *Responsabilidad del Estado en Colombia. Responsabilidad por el Hecho de las Leyes*. Págs. 77-86. Recuperado de <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/104>
- Henao, Juan Carlos. *Presentación general de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia, en Jornadas Colombo venezolanas de Derecho Público*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1392/12.pdf>
- Henao, Juan Carlos. (1998). *El daño* (1° ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Irisarri, Boada Catalina. (2000). *El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano*. Tesis de pregrado. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Público. Santafé de Bogotá, D.C. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>
- Martínez, Rave, Gilberto. (1988). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. 4ª. ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1988.
- Mendoza, V. J. (2011). Títulos Jurídicos de Imputación en la Responsabilidad Extracontractual del Estado. *Pensamiento Americano*, Vol. 1 No. 7, págs. 47-51. Medellín, Colombia, Corporación Universitaria Americana.
- Orjuela, W. R. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes* (3ed.). Bogotá: ECOE ediciones.

- Posada Segura, J., & Acevedo Jaramillo, L. (2012). Privación de libertad en los establecimientos de Medellín. *El Ágora USB*, 12(1), 103-125. Recuperado de <https://doi.org/10.21500/16578031.227>.
- Puigpelat, O. (2001). *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema* (1ª ed.). Madrid: Civitas. Recuperado de <https://libreriasiglo.com/ciencias-juridicas/1219-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-hacia-un-nuevo-sistema-la.html#.XLwD-zokzZ0w>
- Real Academia Española. (2017). *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Madrid, España.
- Rincón, Córdoba, J. I. (2004). *Las Generaciones de Derechos Fundamentales y la Acción de la Administración Pública*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://publicaciones.uexternado.edu.co/las-generaciones-de-derechos-fundamentales-y-la-accion-de-la-administracion-publica-derecho-administrativo.html>
- Rodríguez, Libardo. (2002). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Temis, Pág. 391.
- Tamayo, Jaramillo Javier. (2007). *La Responsabilidad del Estado*. El daño Antijurídico. Bogotá: Temis.
- Tribunal Administrativo de Boyacá. (2016). Sentencia 15238 3333 002 2016 00057 01. Bogotá.
- Vélez, V. H. (2015). La Responsabilidad Jurídica: Aproximación al Concepto, Relación con Otros Conceptos Jurídicos Fundamentales y su Funcionamiento. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB*. Vol. 45 / No. 122 / PP. 127- 151 / enero - junio 2015 / Medellín, Colombia.



Criterios de valoración para la construcción dogmática de la constitucionalización del derecho penal

Elkin Centeno Cardona¹

Resumen

Con relación al Estado de Cosas inconstitucionales en materia penitenciaria y carcelaria de Colombia, se observa la incoherencia entre los fines de la pena en nuestro Estado Social de Derecho y las políticas criminales. Se concluye que la política criminal debe ser conforme al Estado de Derecho y derecho del Estado. Con base en lo anterior, se profundiza sobre la necesidad de la neoconstitucionalización del derecho penal desde las decisiones judiciales en nuestro Estado Social de limitado jurídicamente por la Constitución Política de 1991 en el derecho de castigar. Un análisis jurisprudencial de las decisiones de la Corte Constitucional desarrollará la necesidad de encontrar garantías mínimas para las personas privadas de la libertad que permitan los fines de la pena en congruencia con los fines del Estado.

Palabras clave: neoconstitucionalización, derecho penal, estado social de derecho, principios, valores, derechos fundamentales.

Abstract

Regarding the state of unconstitutional things in penitentiary and jail of Colombia, we observe the incoherence between the purposes of punishment in our Social Rule of Law and criminal policies. It is concluded that the criminal policy must be in accordance with the Rule of Law and State Law. Based on the above, the need for the neoconstitutionalization of criminal law from judicial decisions in our Social State is legally limited by the Political Constitution of 1991 in the right to punish. A jurisprudential analysis of the decisions

¹ Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Derecho Penal y Derecho Probatorio, Magister en Derecho Penal, Diplomado en Balística, y diplomado en Sistema Penal Acusatorio. Docente tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana sede Medellín. E-mail: ecenteno@americana.edu.co

of the Constitutional Court will develop the need to find minimum guarantees for persons deprived of liberty that allow the purposes of punishment in accordance with the purposes of the State.

Keywords: neoconstitutionalization, criminal law, social rule of law, principles, values, fundamental rights.

Introducción

La maldad en la humanidad es un hecho innegable y la humanidad siempre ha pretendido reaccionar haciendo justicia con sus propias manos en forma tal, que al final, resulta difícil distinguir si la maldad se encuentra en el castigado o el castigador que no proporciona el daño con el castigo. En vista de esa problemática el derecho de castigar quedo a cargo del Estado. El Estado no ha sido ajeno al tratar con maldad los seres humanos señalados de actuar con maldad.

De forma genérica se describe la maldad como “el daño intencional, planeado y moralmente injustificado que se causa a otras personas, de tal modo que denigra, deshumaniza, daña, destruye o mata a personas inocentes” (Baumesteir, 2000; Darley, 1992; Miiller, 2004; Staub, 1989, Zimbardo, 2004).

Ahora bien, para que la maldad pueda ser castigada, debe materializarse por medio de una conducta humana por acción o, omisión, que modifique el mundo exterior y reúna los requisitos exigidos en las categorías de tipicidad, antijuricidad, y culpabilidad legalmente establecidos en el artículo 9, 10, 11, y 12 de la Ley 599 de 2000, así mismo, debe garantizarse por medio del debido proceso penal consagrado en la Ley 906 de 2004, una defensa y contradicción fáctica, probatoria, y jurídica.

Cumplidas las anteriores garantías ciudadanas para declarar una persona responsable penalmente, la ejecución de la pena sigue los parámetros del código penitenciario y carcelario creado por la Ley 65 de 1993, reformada por la Ley 1709 de 2014, pero ese análisis sobre la punibilidad se encuentra por fuera de las categorías exigidas para que la conducta sea punible. Al respecto, el profesor alemán, Clauss Roxin, propone que la política criminal cumpla



una función de límite interno de la dogmática, con un sistema de derecho penal abierto a las valoraciones político-criminales.

Ahora bien, en cuanto a la ejecución de la pena en Colombia, se han registrado innumerables casos contra el respeto a los derechos humanos. Es válido jurídicamente que la libertad de un sujeto sea suspendida hasta el cumplimiento de la pena, y también es permitido restringir otros derechos de la persona privada de la libertad. Lo que no puede aceptarse es la violación de derechos fundamentales que la condena penal no ha suspendido o restringido de ninguna manera en la sentencia.

Es sano advertir que la justicia penal depende siempre del Estado de derecho, y derecho de Estado. Lo que se refleja hoy en día es que los jueces penales se preocupan por cumplir las garantías sustanciales, y procesales penales sin analizar a fondo la necesidad del deber de castigar, y la ejecución del castigo en búsqueda de la resocialización del sujeto de derechos. En conclusión, es sencillo recordar la forma de juzgar por las Monarquías absolutas sin división de los poderes, los Estados Socialista penalizando pensamientos, o ideas políticas y económicas, y nuestro actual Estado Social de Derecho en medio de un estado de cosas inconstitucionales en materia penitenciaria y carcelaria.

Las personas privadas de la libertad en forma generalizada de los centros penitenciarios y carcelarios a lo largo y ancho del territorio nacional, no gozan de derechos fundamentales individuales, y sociales de la Constitución Política de 1991. Dicho de otra manera, la Carta Política únicamente queda en el papel, y en vista de que el problema amenazaba con empeorar y perdurar en el tiempo futuro, la Corte Constitucional en la Sentencia T-153 de 1998 cumpliendo su función de guardiana de la Constitución, resolvió que debía existir una estrategia para materializar todos los derechos constitucionales en estas personas vulnerables por su limitada libertad a cargo del Estado. Posteriormente, se declaró superado el estado de cosas inconstitucionales mediante la Sentencia T-388 de 2013, pero al identificar otros problemas diferentes al hacinamiento que también afectaban los derechos fundamentales, la Sala Primera de Revisión, a través de esa misma providencia, declaró un nuevo ECI en materia penitenciaria y carcelaria, reiterado por la Sala Quinta de Revisión en la Sentencia T-762 de 2015, considerando que debía aplicarse una regla de equilibrio decreciente para evitar el hacinamiento carcelario con la finalidad

de ingresar personas en la medida que los otros fueran saliendo, por la razón que sea, sin superar el número de los que ingresan al número de los que salen.

De esta forma, y en aras de unificar los criterios orientadores de la regla decreciente de la Sentencia T-388 de 2013 y los criterios orientadores para superar el ECI ordenado en la Sentencia T-762 de 2015, fue creada la Sala Especial de Seguimiento de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Carlos Bernal Pulido y presidida por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien mediante Auto 121 de 2018 reorientó la estrategia de seguimiento al ECI en materia penitenciaria y carcelaria, a partir de (i) los roles de las entidades en el seguimiento; y (ii) los mínimos constitucionalmente asegurables que fueron definidos en esa providencia respecto de los siguientes aspectos: infraestructura, resocialización, alimentación, salud, servicios públicos domiciliarios y acceso a la administración pública y de justicia. Sumado a ello, se crearon los cuatro ejes de avance principales del seguimiento al estado de cosas inconstitucionales en materia penitenciaria y carcelaria: (i) la base de datos y el sistema de información sobre política criminal; (ii) las normas técnicas sobre privación de la libertad; (iii) la línea base; y (iv) la definición de los indicadores de goce efectivo de derechos, mismos que deben dar cuenta de los mínimos constitucionalmente asegurables en un escenario carcelario. (Corte Constitucional. Autos 121 de 2018 y 613 de 2018).

Por tanto, la regla de equilibrio decreciente en vista de que era mayor el número de personas por ingresar que en salir de los centros penitenciarios y carcelarios, con ausencia de cupos para los que pretendían ingresar, obligo a que las personas privadas de la libertad esperaran en peores condiciones de hacinamiento en los calabozos de las estaciones de la Policía Nacional.

En efecto, la Sala Plena de este Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, profirió el Auto 613 de 2018, por medio del cual convocó la celebración de una audiencia pública el 25 de octubre de 2018 alrededor de cuatro ejes temáticos: (i) estado actual de la vida en reclusión en Colombia; (ii) medidas contingentes o de choque para la garantía de los derechos fundamentales de la población privada de la libertad; (iii) estado de los cuatro bastiones del seguimiento; y (iv) coherencia en la política criminal.



El Auto 613 de 2018 manifiesta que *la gravedad de la vulneración de los derechos fundamentales de la población reclusa en algunos establecimientos del país, exige medidas de choque que atiendan la urgencia de la situación* con otras alternativas que concedan prioridad a los casos más graves y *desbloquear* las inercias administrativas existentes, a través de una política pública, de un programa, o de la ejecución de una función legal o constitucional, con el fin de garantizar, de forma inmediata, reglas claras y transparentes acerca de las condiciones de modo y tiempo, bajo las cuales se va a priorizar la población carcelaria en mayor grado de vulnerabilidad o que se encuentran en situación más gravosa que el resto de los establecimientos del país.

No sobra aclarar que todas las personas privadas de la libertad son vulnerables de los problemas de sostenibilidad económica, bloqueos institucionales, y ausencia políticas públicas para la resocialización. Basta con saber que las personas privadas de la libertad no pueden valerse por sí mismas para la compra y preparación de alimentos balanceados conforme a los cuidados de salud que debe tener todo ser humano y deben comer lo suministrado por el Estado, así mismo, tienen limitación en los servicios públicos domiciliarios, en especial, contar con el agua suficiente para el aseo personal, y el consumo de agua potable. Los internos no tienen libertad de ir al médico especialista cuando lo requieran necesario porque dependen de la disposición logística del Estado para la atención en salud, y los medicamentos disponibles, y por último, no pueden hacer nada respecto a su problema de hacinamiento carcelario.

En vista de la problemática, la Sala Especial de Seguimiento a las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, por medio del Auto 110 de 2019 resolvió varios aspectos para detener el estado de cosas inconstitucionales, sin embargo, resulta de gran interés para la neoconstitucionalización del derecho penal que la Corte Constitucional se permita recabar la necesidad de ejercer la proporcionalidad, sana crítica, autonomía e independencia de los jueces y ordene al Ministerio de Justicia y del Derecho que informe acerca de los avances, estancamientos o retrocesos en el desarrollo de la política pública de concientización ciudadana sobre los fines del derecho penal y de la pena privativa de la libertad, orientada al reconocimiento de alternativas sancionatorias, a la sensibilización sobre la importancia del derecho a la libertad y al reconocimiento de las limitaciones de la prisión para la resocialización, en las condiciones actuales de desconocimiento de derechos de los reclusos, tal como fue ordenada en la Sentencia T-762 de 2015.

Ahora bien, para entender ese juicio de proporcionalidad, se hace necesario citar la Sentencia de la Corte Constitucional T-230 de 1994 que define la proporcionalidad de la siguiente manera:

El término “proporcionalidad” es propio de las relaciones entre objetos, o partes de los mismos, susceptibles de cuantificación, por razones de grado, intensidad, magnitud u otro motivo. La idea de adecuación, en cambio, es más amplia e introduce una connotación estimativa y circunstancial que es más propia del análisis constitucional de valores. En efecto, cuando el intérprete sopesa el todo, compuesto por los hechos, la norma que introduce la distinción y el patrón de igualdad (constitución) realiza un acto único e irrepetible, como son las circunstancias que se presentan a su juicio. Su labor no consiste en subsumir los hechos en la norma legal y ésta, a su vez, en la norma constitucional con el objeto de constatar una adecuación lógica de lo particular a lo general. El juez constitucional está llamado, más bien, a comprender - con toda la fuerza semántica de esta palabra - la relación de adecuación entre los elementos indicados. Es una labor hermenéutica en la que los elementos configuran un todo dotado de sentido y no simplemente una sumatoria de partes separables. (Corte Constitucional, 1994)

Esa definición de proporcionalidad es realizada por la Corte Constitucional en el contexto de un juicio hermenéutico para lograr una interpretación razonable por medio del test de razonabilidad que identifica siempre la diferencia de los supuestos de hecho que justifica racionalmente un trato diferente, buscando la proporcionalidad de la relación de eficacia entre hechos, norma constitucional, y fin o valor propuesto en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en la Sentencia T-640 de 2017, la Corte Constitucional con ponencia del magistrado Antonio José Lizarazo, recordó que en cuanto a la ejecución de las penas como fase que cumple fines encaminados a la resocialización del condenado y a la prevención especial positiva, fue abordado como discusión en la Sentencia C-261 de 1996, en la cual la Corte concluyó que:

(i) durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de la resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia



natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana; (ii) el objeto del derecho penal en un Estado como el colombiano, no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo; y, (iii) diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos establecen la función resocializadora del tratamiento penitenciario, de tal forma que la pena de prisión o intramural no puede ser considerada como la única forma de ejecutar la sanción impuesta al condenado. (Corte Constitucional, 1996)

En pocas palabras, hacer justicia no es aplicar exegéticamente las leyes del Congreso de la República en forma generalizada sin tener en cuenta las particularidades de cada caso concreto, y mucho menos desconocer la eficacia de la resocialización como finalidades de la pena, y consecuente con los fines del Estado. Los jueces, ante todo, deben materializar los derechos fundamentales penales constitucionales conforme al Estado Social de Derecho en el que administran justicia.

Las decisiones relacionadas con la privación de la libertad actualmente obedecen a criterios de validez, y legalidad para evitar inconvenientes penales por prevaricato o faltas disciplinarias, resolviendo negar solicitudes de beneficios y subrogados penales exegéticamente con base en el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, sin esforzarse en analizar penas alternativas menos lesivas que cumplan con la misma finalidad de la pena, existiendo en la mayoría de los casos cumplimiento de las tres quintas partes de la pena cumplida con motivación del condenado a resocializarse trabajando, estudiando y siguiendo todos los programas estatales de resocialización establecidos en los centros penitenciarios y carcelarios, llegando incluso a la negación de solicitudes sin otros motivos diferentes a la ley, sin razón suficiente o utilizando argumentos improbables a futuro relacionados con la peligrosidad del sujeto, y concediendo por cierto que una vez cumplida la pena cumplirá sus fines de resocialización, sin embargo, e importante plantear esa razón legal y válida para preguntarnos qué tan eficaz es la resocialización en los centros penitenciarios y carcelarios de Colombia, y que eficacia existe para la resocialización a las personas que se encuentren con penas relacionadas en el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, o mejor aún, preguntarnos qué tratamiento diferente de resocialización reciben estos sujetos en comparación con los otros que no se encuentran inmersos en

esos delitos, y cuáles son los costos económicos para el sostenimiento diario de las personas privadas de la libertad en comparación con otras opciones que afecten menos la sostenibilidad fiscal y si resocialicen al condenado.

En conclusión, resulta de gran interés analizar los criterios de valoración en la interpretación de los jueces para la neoconsitucionalización del derecho penal.

En primer lugar, es necesario resolver las decisiones judiciales con base en el Estado derecho y derecho de Estado. Todas las interpretaciones judiciales deben obedecer a ese criterio de limitación. Para el caso que nos ocupa, los jueces deben garantizar los derechos fundamentales individuales y sociales sin considerar el principio de sostenibilidad fiscal que hoy limitan las decisiones, como lo afirma el párrafo del artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011 que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencias C-288 y C-332 de 2012.

Sin embargo, la consagración de éste derecho en mención únicamente causa preocupación porque el reconocimiento de los derechos siempre implica un costo fiscal en medio de un Estado Social de Derecho que enfrenta problemas económicos para limitar el Estado bienestar. Con base en ese acto legislativo quedo la dirección general de la economía a cargo del Estado consagrado en el artículo 334 de la Constitución Nacional de 1991, permitiendo que la explotación y comercialización de los servicios públicos y privados para racionalizar la economía, lo cual es típico de un modelo económico de libre comercio, global y neoliberal, en concordancia con los artículos 332, y 333, continuando el artículo 334 a la orientación de la sostenibilidad fiscal a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica, sin dejar a un lado los derechos reconocidos por la rama judicial, situación que se torna mucho más clara contra la materialización de los derechos fundamentales reconocidos en las decisiones judiciales en el inciso cuarto del artículo 334 consagrado de la siguiente manera:

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en



las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Visto lo consagrado en el artículo 334 de la Constitución Política de 1991, se puede concluir que, la materialización de los derechos en Colombia desde un criterio económico tiene limitación con base en la sostenibilidad fiscal, dejando el parágrafo como una unión válida legalidad entre reconocimientos de derechos y economía.

Advertidas las limitaciones económicas de derecho impuestas a la rama judicial para comprender el contexto de aplicación del ordenamiento jurídico, es importante analizar la jurisprudencia sobre el rol de los jueces en sus decisiones judiciales sometidas al imperio de la ley de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Política de 1991, pero con el entendido de que la ley es la totalidad del ordenamiento jurídico.

Por su parte, la Sentencia C-479 de 1991 de la Corte Constitucional de Colombia se refiere a la prevalencia del interés general del artículo 1 de la Constitución Política en cuanto a los fines esenciales del Estado para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes que sirven a la comunidad.

Continuadamente, la Sentencia T- 406 de 1992 interpretó que la palabra social no era una simple muletilla en la Constitución Política de 1991, y por ende, es necesario imponerle una carga prestacional al Estado con las personas que no pueden valerse por sí mismas, y la población carcelaria encaja en ese supuesto factico de vulnerables, por lo tanto, el derecho fundamental a la dignidad humana no debe ser afectado por la condena en un Estado bienestar.

Nuestro Estado Social de Derecho tiene un límite punitivo. El límite es no darle a los seres humanos tratos indignos en la pena. La pena suspende la libertad, y el derecho de elegir o ser elegido, pero deja incólume los otros derechos fundamentales. La resocialización debe tener políticas públicas efectivas en búsqueda de la justicia y la paz como valores del preámbulo que construyen los principios y derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991.

El Estado Social de Derecho es el más llamado a dar ejemplo del cumplimiento de la Constitución Política de 1991, y no puede realizar injusticias en la ejecución de las penas contra derechos fundamentales individuales, y sociales bajo el pretexto de hacer justicia.

En cuanto a la definición de derechos fundamentales, Restrepo (2018) indica que:

(...), un derecho fundamental es una concesión normativa, derivada de una declaración convencional, constitucional, legal, judicial o administrativa, a través de la cuál se le confiere a un sujeto una condición material o moral que le asegure dignidad, supervivencia o autodeterminación. (p. 57)

Por ende, los derechos fundamentales son la parte dogmática de la Constitución Política de Colombia. La parte orgánica es la relacionada con la estructura, funcionamiento, y desarrollo del poder público con una separación de poderes en el Estado Social de Derecho, con principios orgánicos de legalidad, independencia, y colaboración de las ramas del poder público para cumplir fines esenciales del Estado, y criterios de excelencia como valor. Me refiero a valor por excelencia como la base social que fundamenta la finalidad al principio de eficacia, siendo este uno de los requisitos necesarios para hacer justicia, y orden. La Sentencia C-479 de 1991 de la Corte Constitucional de Colombia se refiere a la prevalencia del interés general del artículo 1 de la Constitución Política, los fines esenciales del Estado garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes sirviendo a la comunidad, dice que el principio de eficacia permite evaluar el uso que el agente le ha dado a una facultad discrecional.

Seguidamente, en un Estado Social de derecho, las normas le confieren al funcionario un poder reglado en el que se le deja un margen de discrecionalidad al servidor público para que en forma eficaz procure la satisfacción general. Algunos opositores acusan que la Corte Constitucional usurpa la rama legislativa y ejecutiva, sin embargo, esto no es cierto, la Corte Constitucional hace uso del principio orgánico de colaboración con los otros órganos del poder público, y su deber de eliminar los obstáculos que limitan el derecho a la libertad y la igualdad de los ciudadanos, por otro lado, en la Sentencia T-406 de 1992, la Corte Constitucional interrelaciona los valores, principios



y derechos fundamentales para resolver en el derecho de igualdad jurídica y de distribución de recursos, no debe desmejorar la situación de aquellos con menos recursos, siempre buscando proteger a las personas que no tienen opción de valerse por sí mismos en casos de situaciones vulnerables.

En materia penitenciaria y carcelaria existen diferentes ejecuciones de las penas dependiendo de los destinatarios de su jurisdicción, y en Colombia contamos con cuatro jurisdicciones: la jurisdicción ordinaria que se analiza en el presente artículo, la jurisdicción indígena, la jurisdicción especial para la paz y la jurisdicción penal militar. Cada jurisdicción conoce de cerca los casos particulares de los destinatarios y conforme a ello, debe actualizar constantemente una política criminal y plantearse siempre un interrogante: *¿Qué debe prohibirse y permitirse en el tratamiento de la pena, y que tan absoluto es el deber de castigar penalmente?*

En entrevista informal al profesor alemán Luis Greco manifiesta que en la justicia especial para la Paz el Estado Social de Derecho no tiene como único propósito la persecución penal, sino también el derecho a la paz.

En la justicia penal militar no se permite el tratamiento de la pena con prisión domiciliaria, y los jueces deben empezar a preguntarse cuáles son los hechos diferenciadores que impiden ese tratamiento en la pena de los militares.

En la jurisdicción indígena fue relevante que la Corte Constitucional advirtiera no incluir como penas la exclusión de sus miembros a la comunidad. La advertencia ocurrió porque condenaron penalmente a uno de sus miembros a no pertenecer más a la comunidad, situación que lo enfrentaría a modos de vivir diferentes a su cultura.

En general, las diferentes jurisdicciones no pueden perpetuar su sistema de ejecución de penas sin renovar la política criminal conforme a los cambios de políticos, sociales y económicos de sus destinatarios. Por otro lado, es necesario advertir algunas similitudes y diferencias llamativas en la ejecución de la pena para la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción para la paz.

De esta forma, en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción especial para la paz, ambos destinatarios de las penas cometieron delitos contemplados en

el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, y el criterio diferenciador es la realización de los delitos en medio de un conflicto armado. Los que cometieron delitos en medio de un conflicto armado no pagaron cárcel e incluso recibieron curules políticas, mientras que los otros pagan la totalidad de la pena sin beneficio alguno. Lo cierto es que la paz es el argumento de razón suficiente para exonerar de la pena a los que cometieron delito en medio de un conflicto armado, y ante casos similares que no tengan diferencias, esa misma razón, debe conllevar a una misma decisión, por lo tanto, es necesario analizar varios interrogantes.

¿Cómo funciona el derecho a la igualdad del artículo 13 de la Constitución Política de 1991 y el artículo 7 del código penal donde se manifiesta que la ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella?

En palabras de Ferrajoli (2018), se dirá que la igualdad jurídica es un principio complejo que incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales.” Más adelante expresa que el valor de la igualdad consiste en dar igual valor y trato a cada individuo como a los demás.

De no existir diferencias o razones suficientes para negar beneficios en nombre de la paz a favor de quienes cometieron los mismos delitos fuera de un conflicto armado, es probable que los jueces utilicen ese mismo argumento para identificar tratamientos de la pena más benignos con el acompañamiento de políticas públicas que garantice los fines de la pena.

En efecto, este planteamiento obviamente es susceptible de múltiples críticas contundentes, en especial, por criterios de legalidad y validez, sin embargo, se hace necesario una política criminal para obtener la paz en forma conjunta y no sólo con aquellos que pertenecieron a un conflicto armado porque la legalidad o validez no pueden subestimar la búsqueda de eficacia en los fines perseguidos del preámbulo de la Carta Política, para crear una relación entre valores, principios y derechos fundamentales, tal y como lo interpreto la Sentencia T-406 de 1992, así:

El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas



circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 (“Las actuaciones [de la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial”). (Corte Constitucional, 1992)

Para concluir, se debe indicar que los criterios de razonabilidad y ponderación son una razón suficiente para hacer prevalecer el derecho a la libertad con excepción al peligro evidente sobre los bienes jurídicos tutelados de la víctima. Al respecto, la Sentencia T-276 de 2016 manifestó que la libertad personal tiene triple naturaleza jurídica:

Al igual que la dignidad humana y la igualdad, la libertad tiene una naturaleza polivalente en el ordenamiento jurídico colombiano, pues se trata de manera simultánea de un valor, un principio y, a su vez, muchos de sus ámbitos son reconocidos como derechos fundamentales plasmados en el texto constitucional. (Corte Constitucional, 2016)

En caso de ser necesaria la privación de la libertad en una condena, la persona no debe ser sometida a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y la obligación del Juez es fundamentar la decisión con base en la eficacia de las finalidades de la pena, y no simplemente entregarlos al Instituto penitenciario y carcelario. De la misma forma en la que el Juez hacer cumplir la privación de la libertad, así mismo, debe hacer cumplir con eficacia las finalidades de resocialización de la pena, el respeto a los derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991, y la sentencias que la Corte Constitucional por

medio de su página web busca comunicar a los ciudadanos los derechos que han sido amparados por vía de tutela en las personas privadas de la libertad con sujeción al Estado, siendo relevante la sentencia T-127 de 2016.

Ahora bien, de esta forma, el Estado debe garantizar el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, con protección integral, continua, y en condiciones de calidad. (Sentencia T-276 de 2017).

Seguidamente, el Estado debe garantizar el derecho a la comunicación, a la información ya la implementación progresiva de las nuevas tecnologías de la población reclusa en centros penitenciarios. (Sentencia T-002 de 2018), ordenando que las visitas íntimas en establecimientos penitenciarios sean en un ambiente protegido de los derechos fundamentales a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. (Sentencia T-363 de 2018).

En un régimen democrático, las personas privadas de la libertad no pueden ser sometidas a restricciones arbitrarias, interferencias indebidas o prohibiciones injustas en el desarrollo interno y externo de su vida como personas que profesan una determinada religión. (Sentencia T-219 de 2018). Las medidas sancionatorias que restrinjan el ejercicio de las visitas íntimas en los centros de reclusión deben obedecer a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. (Sentencia T-288 de 2018). La orientación sexual de los internos en los centros carcelarios no constituye justificación para un trato discriminatorio. (Sentencia T-162 de 2018).

Los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y energía eléctrica resultan necesarios para garantizar la seguridad y la convivencia pacífica de la población carcelaria. (Auto 121 de 2018). El INPEC y los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, están obligados a proveer los elementos básicos para el aseo e higiene de los reclusos. (Sentencia T-044 de 2019), reconociendo la obligación del Estado en garantizar el derecho de petición de las personas privadas de la libertad en centros penitenciarios y carcelarios.

Por otro lado, es fundamental reconocer el derecho al trabajo para que la persona no sea degradada a convertirse en un inútil e impotente frente a los problemas económicos de los hijos menores de edad. Para resocializarse debe seguir un proceso acompañado de sus familiares y a su vez, tener la capaci-



dad de desarrollar sus actitudes de superación personal. En caso de no existir trabajos disponibles para enviar dinero a sus hijos menores, deberá darse prevalencia al interés superior de los niños, y aplicar el principio de corresponsabilidad del Estado, asumiendo la posición de garante en la protección integral de los hijos menores de edad de las personas privadas de la libertad, tal y como lo ordena la ley 1098 de 2006.

Culminado el hipotético caso de ser necesario privar de la libertad a una persona luego de ser condenada penalmente, es importante recordar que en las estaciones de policía y los centros penitenciarios y carcelarios también se encuentra personas con detención preventiva incrementando el hacinamiento carcelario, y la neoconstitucionalización del derecho penal debe eliminar la detención preventiva con criterios de valoración objetivos relacionados sobre el pasado judicial de los investigados, el peligro de alteración de las pruebas, o posibilidad de huir. La privación de la libertad de forma preventiva es un atentado contra la presunción de inocencia, y por ende, ninguna persona debe estar privada de la libertad hasta no existir una condena debidamente ejecutoriada en su contra. Y de proceder la medida preventiva, no deben utilizarse criterios que también atentan contra la presunción de inocencia, razón por la cual deben ser inaplicados estos artículos de la ley 906 de 2004, y darle prevalencia al bloque de constitucionalidad que ampara el derecho a la libertad, y la presunción de inocencia como norma de normas.

Así, y sólo así, disminuirá el hacinamiento carcelario, y se recuperará la garantía de un Estado Democrático que suspende el derecho a la libertad únicamente contra las personas que han sido vencidas en un debido proceso penal.

Referencias bibliográficas

COLOMBIA. (1991). Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política de 1991*. Bogotá: Ed. LEGIS.

COLOMBIA. (2011). Congreso de la República. *Acto Legislativo 03 de 2011*. Recuperado de

COLOMBIA. (1993). Congreso de la República. *Ley 65 de 1993*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html

_____. (2000). Congreso de la República. *Ley 599 de 2000*. Bogotá: Ed. LEGIS.

_____. (2004). Congreso de la República. *Ley 906 de 2004*. Bogotá: Ed. LEGIS.

_____. (2014). Congreso de la República. *Ley 1709 de 2014*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1709_2014.html

COLOMBIA. (2018). Corte Constitucional. *Auto 121 de 2018*. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_679474182aa9463e97b2752defcf2746

_____. (2018). Corte Constitucional. *Auto 613 de 2018*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2018/a613-18.htm>

_____. (2019). Corte Constitucional. *Auto 110 de 2019*. Recuperado de http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/autos/AUTO_110_de_2019.pdf?ver=2019-03-21-144416-877

COLOMBIA. (1991). Corte Constitucional. *Sentencia C-479 de 1991*. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.aspx?id=20028456>

_____. (1992). Corte Constitucional. *Sentencia T-406 de 1992*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

_____. (1994). Corte Constitucional. *Sentencia T-230 de 1994*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-230-94.htm>

_____. (2012). Corte Constitucional. *Sentencia C-288 de 2012*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-288-12.htm>



_____. (2012). Corte Constitucional. *Sentencia C-332 de 2012*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-332-12.htm>

_____. (2013). Corte Constitucional. *Sentencia T-388 de 2013*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

_____. (2015). Corte Constitucional. *Sentencia T-762 de 2015*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>

Ferrajoli, L. (2018). *Derecho y Razón*. Madrid: Ed. Trotta.

Restrepo, J. (2018). *Estructura Constitucional del Estado Colombiano*. Medellín: Sello Editorial UDM.

Sistema de fuentes del derecho fundamental a la salud de las personas privadas de la libertad en Colombia

Jaime León Gañán Echavarría, Carlos Arturo Ruiz

Resumen

El derecho a la salud en Colombia es, actualmente, reconocido como fundamental, autónomo e irrenunciable, por tanto, inherente a cada individuo. Reconocimiento que conlleva una obligación de garantía formal y material por parte del Estado. Esta debe ser ampliada en casos de ciertas poblaciones y sujetos atendiendo a su estado o condición de vulnerabilidad o de yugo. Precisamente, este es el caso de las Personas Privadas de la Libertad (PPL) en Colombia cuyo sometimiento y restricción de su albedrío implica para el Estado de Colombia ser un garante especial de la salvaguarda de los derechos humanos y, sobre todo, del derecho fundamental de la salud de los presos. Para tal efecto, se verifica que existen normas precisas articuladas al Bloque de Constitucionalidad en Salud en Colombia, como también normas del orden interno que buscan procurar la materialización del tal derecho en las PPL. De igual modo, existen contundentes sentencias que han desarrollado el tema y han buscado la defensa del derecho fundamental a la salud. No obstante, la existencia de tales fuentes de derecho, la situación de la salud de las PPL no parece mejorar; quizás debido a factores estructurales carcelarios y de concebimiento cierto y palpable del Estado social.

Palabras clave: Colombia, derecho fundamental a la salud, personas privadas de la libertad, sistema de fuentes de derecho.

Abstract

The Right to Health in Colombia is currently recognized as a fundamental right, autonomous and inalienable, inherently inherent in every human being. Recognition that entails a formal and material guarantee obligation by the State. Guarantee that must be extended in cases of certain populations



and people due to their condition or condition of vulnerability or submission. Precisely this is the case of persons deprived of liberty in Colombia whose submission and restriction of their freedom implies for the Colombian State to be a special guarantor of the protection of human rights and in particular of the fundamental right of health of such persons. For this purpose, it is verified that there are precise rules articulated to the Health Constitutionality Block in Colombia, as well as internal order rules that seek to ensure the materialization of this right in the PPL. Similarly, there are strong sentences that have developed the issue and have sought the protection of the fundamental right to health. Notwithstanding the existence of such sources of law, the health situation of the LPPs does not seem to improve; perhaps due to prison structural factors and real conception and material of Social State.

Key words: Colombia, fundamental right to health, persons deprived of liberty, system of legal sources.

Introducción

Como se advirtió en el artículo Barreras de acceso a los servicios de salud en Colombia. Negación real al goce efectivo del derecho fundamental a la salud “... actualmente, en Colombia la salud es reconocida como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable tanto en lo individual como en lo colectivo...” (Gañán y Ruiz, 2019). Desde su dimensión de derecho, la salud se encuentra en relación íntima, indivisible e interdependiente con otros derechos, deberes y libertades. Así mismo, desde la perspectiva sistema y, máxime, desde el enfoque de servicio público esencial debe responder a la materialización de una vida digna y con calidad. En ese contexto, el artículo de avance de la investigación en curso, referida en la cita 1, tiene como objetivo primario el de reconocer cuál es el último sistema de fuentes de derecho que regula el derecho fundamental a la salud de las PPL en Colombia en sus diferentes dimensiones. Indagación que, posteriormente, servirá como marco de referencia para determinar, junto con los demás capítulos preliminares presentados, las conclusiones del trabajo inicial propuesto.

En ese orden de ideas, este breve artículo se dividirá en cuatro secciones así: Del contenido de la relación entre la sujeción especial penitenciaria, las obligaciones normativas de la administración penitenciaria y el Estado en

general, Sistemas de fuentes de origen internacional aplicables a Colombia, Sistema de fuentes nacionales vigentes y, por último, jurisprudencia temática.

El escrito tiene como base una mirada cualitativa anclada en los métodos hermenéutico y descriptivo; lógicamente, en la reseña del Sistema de fuentes de derecho vigente, tanto normativa como jurisprudencial, del derecho fundamental a la salud de las PPL de Colombia.

Del contenido de la relación entre la sujeción especial penitenciaria, las obligaciones normativas de la administración penitenciaria del Estado en general

El Gobierno de turno posee la facultad legislativa de configurar el delito, la pena privativa de libertad, así como el lugar de encierro donde esta última se debe cumplir, sin embargo, la fórmula del Estado social y de derecho le recuerda a la administración penitenciaria lo siguiente: primero, la persona condenada mantiene, a pesar de haber delinquido, su condición de ser sujeto de derechos y deberes, como ciudadano que es, solo se le exceptúan o limitan los derechos señalados por la sentencia condenatoria. Segundo, lo social le impone al gobernante la obligación de crear un entorno para ejecutar el castigo que tenga unas condiciones en las que el condenado no vivencie tratos crueles, inhumanos o degradantes, es decir, no quede reducido durante el aislamiento a una cosa disponible o desechable por la estructura social, ya que durante el tiempo que dure la pena impuesta por el juez es un individuo en proceso de reinserción social (Ley 599, 2000, art. 4). Ahora bien, el paradigma jurídico desde el cual el Estado somete al encierro al culpable se denomina relación de sujeción especial penitenciaria, cuyo origen histórico se ubica en la doctrina alemana del siglo XIX, la cual al principio la entendía como una ejecución no regulada por el derecho.

Señala López Benítez (1994), en la relación de sujeción especial penitenciaria se restringen derechos fundamentales derivados de su propio fin, por ejemplo, al preso, a parte de la libertad personal, se le limitan de manera específica la intimidad, reunión, expresión e información, manifestación y asociación, el secreto de las comunicaciones, libre sindicación y huelga, petición colectiva, propiedad privada. Estas consecuencias obedecen a los propósitos



de esta sujeción que son, de un lado, el castigo de quien ha delinquido y, de otro, su abatimiento y reintegro social (p. 588).

Para Rodríguez Magariño (1991) la relación de sujeción especial penitenciaria está enmarcada dentro de una institucionalidad total, voraz, que hace necesario delimitar en forma precisa la reducción de los derechos fundamentales (p. 117). En este sentido, Entrena Cuesta (1995) entiende la relación de sujeción especial como un concepto social o específico, regulado por el derecho, que parte de un individuo al que le corresponde una situación de poder; y a otro, una circunstancia concreta de deberes positivos o negativos, como si se tratara de un objeto de sanción ubicado, espacialmente, por fuera del ámbito jurídico (p. 147). Con fundamento indica Foucault (1978) que “la prisión no es hija de las leyes ni de los códigos, ni del aparato judicial” (p. 314).

A la persona condenada se le modifica su estatus, se encuentra en total sometimiento a las autoridades penitenciarias, sin embargo, conserva su naturaleza y, por ende, el respeto de sus derechos vitales. Los derechos fundamentales de los presos nacen, generalmente, por el cambio de la naturaleza del Estado de derecho al social, pero, sobre todo, por la defensa de los derechos fundamentales, que ha dado origen, por ejemplo, a documentos tales como la Declaración de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008) se ha referido al tratamiento de los privados de libertad en los siguientes términos cuando adoptó los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas:

Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad.

Se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, (inhumanos o degradantes), violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo; métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona.

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha dicho que la consecuencia de esta relación penitenciaria radica, de un lado, en la alternativa legal que poseen los funcionarios penitenciarios y carcelarios de suspender o restringir el ejercicio de algunos de los derechos fundamentales de los presos, como la libertad de locomoción, la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, el libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión. De otro lado, el deber de la gerencia penitenciaria como representante del Estado en cuanto a respetar y garantizar, integralmente, derechos como la vida, dignidad, integridad personal, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al debido proceso, el derecho de petición y la salud. Al respecto, se lee:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado la noción de relaciones especiales de sujeción como base para el entendimiento del alcance de los deberes y derechos recíprocos entre internos y autoridades carcelarias. Estas relaciones de sujeción han sido entendidas como aquellas relaciones jurídico-administrativas en las cuales el administrado se inserta en la esfera de regulación de la administración, quedando sometido “a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales”. Históricamente, el Estado ha tenido una posición jerárquica superior respecto del administrado, sin embargo, bajo la figura de las relaciones especiales de sujeción esa idea de superioridad jerárquica se amplía permitiéndole a la administración la limitación o suspensión de algunos de sus derechos. Esta especial relación de sujeción resulta ser determinante del nivel de protección de los derechos fundamentales de los reclusos e, igualmente, acentúa las obligaciones de la administración, pues le impone un deber positivo de asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales que no permiten limitación en razón a la especial situación de indefensión en la que se encuentran los reclusos, como en los derechos a la vida, la dignidad humana y la salud (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-077, 2013).



Por lo tanto, la relación de sujeción especial penitenciaria ha de concebirse como aquella entelequia jurídica que justifica un descenso del contenido o alcance de los derechos fundamentales del preso o de las instituciones jurídicas previstas para su protección con un aumento de los deberes y obligaciones de este bajo el motivo de mantener al interior del establecimiento penitenciario el orden y la seguridad, según Iñaki Ribera Beiras (1996), como si se tratase de un ciudadano devaluado o de tercera categoría.

En resumen y acudiendo a lo referido por la Corte Penal Interamericana de Derechos Humanos (2017) sobre las PPL, se tiene que:

Una de las cuestiones que ha debido definir la Corte Interamericana es la relación que se establece entre el Estado y las personas privadas de su libertad. La Corte ha ido desarrollando la especial responsabilidad que tienen las autoridades respecto de las personas que están sujetas a su control. El paso más interesante ha sido la consagración de la idea de que el Estado está en una posición de garante respecto de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

Sistemas de fuentes de origen internacional aplicables a Colombia. Bloque de Constitucionalidad en Salud de las PPL

Cuando se habla del impacto de las obligaciones del Estado frente a la protección especial de los derechos fundamentales de las PPL, se hace necesario aludir a la normativa internacional y nacional que funge como apoyo o respaldo para la salvaguarda de la persona condenada y como dique de contención a los posibles abusos que esta podría padecer de parte de los funcionarios penitenciarios y, de manera puntual, se referirá al derecho a la salud debido a que es el tema central de la presente investigación.

El derecho fundamental a la salud de la PPL es, lógicamente, humano, universal, inalienable e imprescriptible, por tanto, no puede ser suspendido, limitado ni restringido en ningún momento por el Estado, ni por el personal penitenciario y carcelario. La salud de los internos ha sido un tema de interés de la comunidad internacional, de ahí la importancia de la siguiente normativa, entre otras, que hacen parte del sistema de fuentes del referido derecho desde la concepción del llamado Bloque de Constitucionalidad en Colombia:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. La Asamblea General de las Naciones Unidas (1948) adoptó, en el artículo 22 y 25 de la resolución 217^a (III), el derecho que tiene toda persona a la seguridad social, a la salud y al bienestar, en especial, a la asistencia médica y al derecho a un seguro en caso de enfermedad.
- Código Iberoamericano de la Seguridad Social. Ratificado por Colombia mediante la Ley 516 de 1999. En cuanto se reconoce la seguridad social y, dentro de esta, el derecho a la salud como inalienable del ser humano.
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Las Naciones Unidas en el Primer Congreso sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente aprobaron 94 reglas para el tratamiento de las PPL. Las reglas 22 a 26 establecen los servicios médicos que el Estado debe garantizar a los reclusos, los cuales debe efectuar un médico calificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos, pues es el encargado de velar por la salud física y mental de los presos debiendo visitar diariamente a todos los que estén enfermos, a los que se quejen de estarlo y a los que soliciten su atención. De igual manera, los internos deben contar con un odontólogo capacitado. Además, en la regla veintitrés (23), dispone que en las cárceles para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño nace en prisión, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento. Cuando los menores puedan permanecer con su madre o padre en la cárcel, se tomarán disposiciones para organizar una guardería con personal idóneo y con un servicio de atención sanitaria especial para ellos (Naciones Unidas, 1955).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Asamblea General de las Naciones Unidas creó este documento mediante la resolución número 2200 A, el cual entró en vigor a partir del tres (3) de enero de 1976. En el artículo 12 estableció que los Estados parte reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y se obligan a crear las condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).



- Observación General Número 14. En este documento el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (2000), determinó que: “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos” y reitera que “todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente...”
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este texto fue creado por la Organización de las Naciones Unidas a través de la resolución número 2200 A y, aunque no se hizo expresa referencia al derecho a la salud de las PPL, ordenó en su artículo 10 (3.1.) que toda PPL debe ser tratada con consideración y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (ONU, 1966).
- Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, especialmente los Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Las Naciones Unidas (1982) establecieron, en el principio número de la resolución 37/194, la obligación que tiene el personal de la salud, especialmente los médicos, encargado de la atención médica de personas presas o detenidas, de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades al mismo nivel de calidad que brindan a las PPL.
- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos aprobó 25 principios para la tutela de las PPL. Los principios 9 y 10 definen el derecho a la salud como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social. Este incluye la atención médica, psiquiátrica y odontológica, ; tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; puesta en práctica de programas educativos y de promoción en salud, y de otros para inmunizar, prevenir y tratar enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole, así mismo, un trato especial a los adultos mayores, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, portadoras del VIH-SIDA, de tuberculosis con afecciones en fase terminal (Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, 2008).

De igual forma, las mujeres y las niñas privadas de libertad tendrán derecho a acceder a una atención médica especializada se relacione con sus características físicas y biológicas y que responda, adecuadamente, a sus necesidades en materia de salud reproductiva. En particular, deberán gozar de asistencia ginecológica y pediátrica antes, durante y después del parto. Y cuando se permita a las madres o padres reclusos permanecer con sus hijos menores de edad al interior de los centros carcelarios, se deberán tomar las disposiciones suficientes para organizar guarderías con personal calificado y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición idóneos, a fin de garantizar el interés supremo de la infancia.

Sistema de fuentes nacionales vigentes en Colombia

En el sistema de fuentes de derecho del país, relacionado con el derecho fundamental a la salud, en general, y, en concreto, de las PPL en Colombia, se encuentra, como una fuente primaria y principal, la propia Constitución Política de 1991. De ella, es preciso resaltar los caros principios contenidos desde su preámbulo y, a grandes rasgos, su postulación de derechos, deberes y libertades bajo el concepto de un Estado social.

En ese orden de ideas, desde la concepción de un Estado social, derechos como la vida digna y con calidad, la igualdad material o fáctica, la integridad personal, la seguridad social y el propio derecho fundamental a la salud son componentes esenciales para una existencia satisfactoria. Con gran énfasis en la PPL, los derechos referidos se tornan indispensables para la garantía del bienestar de la persona, aun en situaciones de sometimiento penitenciario.

En cuanto al derecho fundamental a la salud en su dimensión de derecho, puede afirmarse que sus componentes y elementos esenciales superan la idea del servicio sanitario y del propio Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS. En este contexto, trasciende hacia una integración de derechos, deberes y libertades que en forma conjunta materializan la salud. Entre ellos, la disponibilidad de infraestructura saludable, de alimentación adecuada, de oportunidades de replanteamiento personal y social y, lógicamente, del poder contar con los implementos necesarios para el acceso a condiciones de vida digna, aun en estado de privación de la libertad.



Como desarrollo normativo de los preceptos y principios constitucionales en Colombia, puede citarse en la actualidad, como norma de vital importancia, la Ley 1751 de 2015 o Ley Estatutaria de la Salud, la cual además de reconocer el derecho a la salud como fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, consagra, expresamente, el principio pro homine, determina los elementos esenciales de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad, y establece la asistencia prioritaria a ciertas poblaciones que por ser vulnerables son sujetos de especial protección.

En cuanto a normas de origen legal, leyes, podemos citar en cuanto a la dimensión de la salud como sistema y como servicio público esencial de las PPL, entre otras, las siguientes:

- Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras normas. Derivado de tal sistema se crea también el SGSSS, en la actualidad, estructurado por dos regímenes: contributivo y subsidiado. Además de contemplar un Plan de Beneficios en Salud, en comienzo, unificado para ambas modalidades. Este, del mismo modo, debe cobijar a las PPL en su integridad. Con respecto a leyes que han reformado el SGSSS, se resaltan la 1122 de 2007 y la 1438 de 2011. Esta última en cuanto establece términos esenciales de salud pública. (Congreso de Colombia, 1993).
- Ley 1616 de 2013. Por medio de la cual se expide la ley de salud mental y se dictan otras disposiciones. Norma que determinó la salud psíquica como un derecho fundamental y, lógicamente, innato a cada persona sin importar su condición (Congreso de Colombia, 2013).
- Ley 1618 de 2013. Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Norma que regula el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad y que por las condiciones de muchas de las PPL también le es aplicable en procura de calidad de vida. Se articula, lógicamente, con la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ratificada por la Ley 762 de 2002 (Congreso de Colombia, 2013).

- Ley 1709 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Normativa que en su artículo 66 modifica el artículo 105 de la Ley 65 de 1993 y determina la obligatoriedad para el Ministerio de Salud y Protección Social y para la Unidad Especial de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, USPEC, de diseñar un modelo de asistencia en salud especial, integral completo o íntegro, diferenciado y con perspectiva de género para las PPL, incluidas las que se encuentren en prisión domiciliaria. Además, crea el Fondo Nacional de Salud para las PPL. (Congreso de Colombia, 2014).

En cuanto a normas de origen reglamentario, decretos, podemos citar con respecto a la dimensión de la salud como sistema y como servicio público esencial de las PPL, entre otras:

- Decreto 1758 de 2015. Por el cual se adiciona al título 1 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, el capítulo 10 que regula las especiales condiciones de trabajo de las personas privadas de la libertad. Además del tema del trabajo como un determinante de dignificación, reitera que todas las personas privadas de la libertad accederán al servicio de salud conforme a lo establecido en la Ley 1709 de 2014 (Presidencia de Colombia, 2015).
- Decreto 2245 de 2015. Prestación de los servicios de salud a las personas privadas de la libertad bajo la custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–. Además de adicionar el capítulo 11 al título 1 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, establece la prestación de los servicios de salud a las personas privadas de la libertad bajo la custodia y vigilancia del INPEC. También determina que los principios que rigen tal asistencia son: dignidad humana, pro homine, accesibilidad, corresponsabilidad, eficiencia, universalidad y enfoque diferencial. Igualmente, determina la elaboración de manuales técnicos administrativos para la prestación de servicios de salud. Asimismo, establece los atributos de quienes realizan esa labor. y establece el modelo de atención para las PPL, tanto a nivel intra y extramural.



Finalmente, refiere al tema de Salud Pública al tratamiento diferenciado (Presidencia de Colombia).

- Decreto 2353 de 2015. Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud. Normativa que establece en su artículo 84 lo referente a los servicios de salud de las PPL a cargo del INPEC, detallando, además, que la prestación de estos a las PPL y a los menores de tres años que convivan con su madres en los reclusorios a cargo del INPEC, prevalecerá sobre la asistencia en salud del SGSSS o de los regímenes especiales. Decreto compilado por el Decreto 780 de 2016. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, adicionado por los Decretos 1184 y 1370 de 2016. También está el Decreto 2228 de 2017, por el cual se modifica el artículo 2.1.5.1 del Decreto 780 de 2016, Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, que trata sobre los afiliados al régimen subsidiado (Presidencia de Colombia, 2015).
- Decreto 2228 de 2017. Por el cual se modifica el artículo 2.1.5.1 del Decreto 780 de 2016, Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social en relación con los afiliados al régimen subsidiado. Precisamente, en el artículo 1 determina: “13. Población privada de la libertad a cargo de las entidades territoriales del orden departamental, distrital o municipal que no cumpla las condiciones para cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud. El listado censal de esta población será elaborado por las Gobernaciones o las Alcaldías distritales o municipales”.
- En relación con los desarrollos administrativos, resoluciones y circulares de la salud como sistema y como servicio público esencial de las PPL pueden ser mencionadas, entre otras:
- - Resolución 5159 de 2015. Por medio de la cual se adopta el Modelo de Atención en Salud para la población privada de la libertad bajo la custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–.

- - Resolución 429 de 2016. Por medio de la cual se adopta la Política de Atención Integral en Salud.
- Resolución número 004005 de 2016. Por la cual se reglamentan los términos y condiciones para la financiación de la población privada de la libertad a cargo del INPEC y que se encuentre afiliada al SGSSS.
- Resolución 003280 de 2018. Por medio de la cual se adoptan los lineamientos técnicos y operativos de la Ruta Integral de Atención para la Promoción y Mantenimiento de la Salud y la Ruta integral de Atención en Salud para la Población Materno Perinatal, y se establecen las directrices para su operación.
- Circular 1 de 2014 del Ministerio de Salud y Protección Social. Atención Especial y Preferencial al Adulto Mayor.
- Circular externa 004 de 2015 de Supersalud. Instrucciones para la Prestación de los Servicios de Salud de los Adultos Mayores.
- Circular externa 010 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social. Atención en Salud en Personas con Discapacidad.
- Circular externa 02 de 2016 de Supersalud. Por la cual se imparten instrucciones respecto a la atención en salud a la población carcelaria a cargo del INPEC.
- Resolución 5267 de 2017. Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.
- Resolución 5857 de 2018. Por la cual se actualiza, integralmente, el Plan de Beneficios de Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).
- Resolución 244 de 2019. Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.



Jurisprudencia temática

Después de muchos pronunciamientos doctrinales, jurisprudenciales y legales, el derecho a la salud en Colombia fue considerado, oficialmente, como un verdadero derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Formalización que se logra en el país por vía de pronunciamientos tan importantes de la Corte Constitucional como la Sentencia T-760 de 2008 y por la Ley Estatutaria en Salud 1751 de 2015 y su respectiva Sentencia C-313 de 2014 que cobija a todas las personas en el territorio nacional.

En cuanto a sentencias relevantes sobre el tema de la relación de especial sujeción entre las PPL y el Estado, y acerca del asunto específico de los derechos humanos y, en especial, el referido a la salud, se pueden citar, entre otras, las siguientes:

- Sentencia T-153 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

De tal sentencia se resalta la declaración del estado de cosas inconstitucional, esta dice: “...se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la vida e integridad personal, los derechos a la familia, la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia...” (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-153, 1998).

- Sentencia T-388 de 2013. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

De tal sentencia se resalta: “...las cárceles y penitenciarias están en un estado de cosas que se han convertido en vertederos o depósitos de seres humanos, antes que en instituciones respetuosas de la dignidad, de los derechos fundamentales de las personas y orientadas a resocializarlas...” (Resalto fuera de texto). (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T-388, 2013).

- Sentencia T-857 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

De tal sentencia, se resalta la afirmación: “...Dentro del tercer grupo se encuentra el derecho a la salud de los reclusos. En esa materia, a la organización

estatal le corresponde garantizar que los internos tengan acceso a los servicios de salud, como quiera que, por cuenta de su reclusión, son sujetos de especial protección, en la medida en que no pueden satisfacer por sí mismos sus necesidades en la materia, como quiera que no es posible que se afilien a los regímenes del sistema de salud o que acudan a una institución pública o privada en búsqueda de atención médica. En este orden de ideas, el Estado se obliga a asegurar de forma absoluta su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental garantizando el acceso de los internos a los servicios de salud que requieran para tratar las enfermedades que los aquejen” (Resalto fuera de texto). (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-857, 2013).

- Sentencia T-266 de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Se significa de dicha sentencia: “... 4.11. Se concluye que el derecho a la salud implica un servicio integral que comporta no solo la atención médica, sino también la práctica de los exámenes necesarios para suministrar un diagnóstico más exacto y así poder definir el tratamiento adecuado para la persona privada de la libertad. Así de no realizarse el examen requerido con el que pueda detectarse una enfermedad y determinar a tiempo el tratamiento apropiado, se vulnera el derecho a la salud y amenaza la propia vida del interno” (Resalto fuera de texto). (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, T-266, 2016).

- Sentencia T-193 de 2017. Magistrado Ponente: Iván Humberto Escruce Mayolo.

Se hace relevancia de tal sentencia: “...4 También señaló esta corporación que la adecuada prestación del servicio de salud en las cárceles acarrea el cumplimiento de dos condiciones mínimas: (i) en infraestructura: las áreas de sanidad de los establecimientos deben ser higiénicas y detentar todo lo necesario para contar con una zona de atención prioritaria con existencias mínimas de medicamentos y un área de paso para supervisar a los reclusos que fueron hospitalizados o que lo serán; y (ii) en personal médico: los establecimientos penitenciarios y carcelarios deben contar con personal en salud, el cual debe incluir médicos, enfermeros y psicólogos” (Resalto fuera de texto). (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, T-193, 2017).

- Sentencia T-267 de 2018. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido.



Se resalta de tal sentencia la incorporación del Bloque de Constitucionalidad referido a la perspectiva de género como un elemento esencial del derecho a la salud desde su visión integral e integradora.

Conclusiones

El derecho a la salud en Colombia es hoy considerado como un derecho fundamental autónomo y, por ende, innato a cada ser humano. Reconocimiento que conlleva un deber de garantía por parte del Estado. Esta es ampliada en casos de ciertas poblaciones y personas por su estado o condición de vulnerabilidad o de sometimiento.

Precisamente, este el caso de las PPL en Colombia, cuyo sometimiento y restricción de su libertad implica para el Estado colombiano ser un garante especial de la salud de ellas. Para tal efecto, existen normas precisas articuladas al Bloque de Constitucionalidad en Salud, como también otras que son del orden interno y que buscan procurar la materialización del tal derecho en las PPL.

Igualmente, existen contundentes sentencias que han desarrollado el tema y han buscado la protección del derecho fundamental a la salud, entre otras disposiciones. Sin embargo, tales fuentes de derecho no han sido suficientes porque la situación de la salud de las PPL es limitada debido a factores estructurales carcelarios y al concepto que existe de Estado social. Así lo demuestran algunas de la acciones de tutelas referidas en este avance. En términos globales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha decantado el concepto de salud de las PPL desde diferentes puntos de vista. Desde lo más general e integrador del derecho, hasta intervenciones puntuales del mismo.

Referencias bibliográficas

Entrena Cuesta, R (1995). Curso de derecho administrativo. Madrid, España: Editorial Tecnos.

Foucault, Michel (1978). Vigilar y castigar. 3ª edición, Madrid, España: Editorial Siglo XXI.

López Benítez, M. (1994). *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid, España: Editorial Civitas.

Rodríguez Magariños, Faustino Gudín (1991). *La relación jurídico penitenciaria bajo la óptica del derecho administrativo. Homenaje a García de Enterría*. Tomo II, Madrid, España: Editorial Civitas.

Rivera Beiras, Iñaki (2006). *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

Normativa

Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

_____ (1955). *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/treatmentofprisoners.aspx>

_____ (1966 a). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sP/ProfessionalInterest/Pages/cescr.aspx>

_____ (1966 b). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

_____ (1982). *Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, especialmente los Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/MedicalEthics.aspx>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (2008). *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protec-*

ción de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

Organización Iberoamericana de Seguridad Social (2012). Código Iberoamericano de la sSeguridad sSocial. Madrid, España: Secretaría General OISS.

Leyes, Decretos, Resoluciones y Circulares

Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Ley del Sistema de Seguridad Social Integral. [Ley 100 de 1993]. DO: 41.148. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

_____ (09 de enero de 2007). Ley por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. [Ley 1122 de 2007]. DO: 46.506. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1122_2007.html

_____ (21 de enero de 2013). Ley de Salud Mental. [Ley 1616 de 2013]. DO: 48680. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1616_2013.html

_____ (27 de febrero de 2013). Ley por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. [Ley 1618 de 2013]. DO: 48.717. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1618_2013.html

_____ (20 de enero de 2014). Ley por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. [Ley 1709 de 2014]. DO: 49.039. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1709_2014.html

_____ (16 de febrero de 2015). Ley Estatutaria de la Salud. [Ley 1751

de 2015]. DO: 49.427. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html

Presidencia de Colombia (1 de septiembre de 2015). Decreto por el cual se adiciona al Título 1 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, un capítulo 10 que regula las especiales condiciones de trabajo de las personas privadas de la libertad. [Decreto 1758 de 2015]. DO: 49.622. Recuperado de: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=71739>

_____ (24 de noviembre de 2015). Decreto por el cual se adiciona un capítulo al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, en lo relacionado con la prestación de los servicios de salud a las personas privadas de la libertad bajo la custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– [Decreto 2245 de 2015]. DO: 49.706. Recuperado de: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=63928>

_____ (3 de diciembre de 2015). Decreto por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud. [Decreto 2353 de 2015]. DO: 49.715. Recuperado de: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=70760>

_____ (27 de diciembre de 2017). Decreto por el cual se modifica el artículo 2.1.5.1 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social en relación con los afiliados al régimen subsidiado. [Decreto 2228 de 2017]. DO: 50.459. Recuperado de: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=85052>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (7 de julio de 2004). Resolución sobre las Medidas Provisionales respecto de la República Federativa del Brasil. Caso de la Cárcel de Urso Bravo.

Ministerio de Salud y Protección Social. (30 de noviembre de 2015). Resolución por medio de la cual se adopta el Modelo de Atención en Salud



para la población privada de la libertad bajo la custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC –. [Resolución 5159 de 2015]. DO: 49.713. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minsaludps_5159_2015.htm

(17 de febrero de 2016). Resolución por medio de la cual se adopta la Política de Atención Integral en Salud. [Resolución 429 de 2016]. DO: 49794. Recuperado de: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/col157678.pdf>

(2 de septiembre de 2016). Resolución por la cual se reglamentan los términos y condiciones para la financiación de la población privada de la libertad a cargo del INPEC, que se encuentre afiliada al SGSSS. [Resolución 4005 de 2016]. DO: 49.987. Recuperado de: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=legcol&document=legcol_74d18d14cc394008bcdcccd649389627

(2 de agosto de 2018). Resolución por medio de la cual se adoptan los lineamientos técnicos y operativos de la Ruta Integral de Atención para la Promoción y Mantenimiento de la Salud y la Ruta integral de Atención en Salud para la Población Materno Perinatal y se establecen las directrices para su operación. [Resolución 003280 de 2018]. DO: 50.674. Recuperado de: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=legcol&document=legcol_f63a1888c06e48a981ffa9117b-c9129b

(22 de diciembre de 2017). Resolución por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud. [Resolución 5267 de 2017]. DO: 50.445. Recuperado de: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=legcol&document=legcol_78bab97fc1bb4fe3b-c55b7df2e9a2d09

(26 de diciembre de 2018). Resolución por la cual se actualiza, integralmente, el Plan de Beneficios de Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación. suprimir punto (UPC). [Resolución 5857 de 2018]. DO: 50.818. Recuperado de: <http://legal.legis.com.co/docu->

ment/Index?obra=legcol&document=legcol_df1dc56e3c484f54a73fda-be8ab449f8

_____ (31 de enero de 2019). Resolución por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud. [Resolución 244 de 2019]. DOI: 50.858. Recuperado de: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=legcol&document=legcol_c055538bd0d64adfa2b328f4af14f835

_____ (7 de enero de 2014). Circular Atención Especial y Preferencial al Adulto Mayor. [Circular 1 de 2014]. Recuperado de: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Circular%200001%20de%202014.pdf

_____ (30 de marzo de 2015). Circular Atención en Salud en Personas con Discapacidad. [Circular Externa 010 de 2015]. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/circular-externa-0010-de-2015.pdf>

Superintendencia Nacional de Salud. (20 de marzo de 2015). Circular Externa por la cual se imparten instrucciones para la prestación de los servicios de salud de los adultos mayores. [Circular Externa 4 de 2015]. DO: 49463. Recuperado de: https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/circular_supersalud_0004_2015.htm

_____ (28 de enero de 2016). Circular Externa por la cual se imparten instrucciones respecto de la atención en salud a la población carcelaria a cargo del INPEC. [Circular Externa 2]. DO: 49.770. Recuperado de: https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/circular_supersalud_0002_2016.htm

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (28 de abril de 1998). Sentencia T-153. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>



Sala Segunda de Revisión. (31 de julio de 2008). Sentencia T – 760. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>

Sala Primera de Revisión. (28 de junio de 2013). Sentencia T-388. [MP. María Victoria Calle Correa]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

Sala Octava de Revisión. (27 de noviembre de 2013). Sentencia T-857 de 2013. [MP. Alberto Rojas Ríos]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-857-13.htm>

Sala Plena. (29 de mayo de 2014). Sentencia C – 313. [MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>

Sala Sexta de Revisión. (23 de mayo de 2016). Sentencia T-266. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-266-16.htm>

Sala Sexta de Revisión. (30 de marzo de 2017). Sentencia T-193. [MP. Iván Humberto Escruería Mayolo]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-193-17.htm>

Sala Primera de Revisión. (10 de julio de 2018). Sentencia T-267 [MP. Carlos Bernal Pulido]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-267-18.htm>

La inequidad de género y sus repercusiones en el desarrollo laboral de la mujer en Colombia.

Leidy Catalina Acosta Agudelo¹, Adriana Patricia Arboleda Lopez², Camilo Andres Echeverri Gutierrez³, Jose Eduardo Murillo Bocanegra⁴, Manuel Jose Gomez Restrepo⁵

Resumen

Este artículo pretende abordar el tema de la inequidad de género y todo lo que esto puede implicar en la vida de la mujer, llevándola a estar siempre en desventaja laboral con el sexo opuesto. El análisis se da teniendo como base la igualdad en los derechos y oportunidades que tienen tanto hombre como mujeres, pasando por la inclusión en educación superior, la igualdad en salarios y derechos laborales y la conciliación laboral y familiar como un factor importante en el proceso de equidad de género y disminución de brechas, pero considerando que la falta de equidad en cualquiera de ellos genera grandes factores de desventaja de un género frente a otro y es por esto que se trabajará desde el análisis de ¿Cual es la interpretación de los factores de inequidad de género y sus repercusiones en el desarrollo laboral de la mujer en Colombia?

El debate por la igualdad de género en todos los ámbitos de la vida toma cada vez mas fuerza en los diversos escenarios a nivel mundial y con criterios distintos para ambos, mujer y hombre. Desde los diferentes gobiernos y entes defensores de la equidad de género se le da importancia a temas como el derecho al acceso igualitario a la educación, el empleo, el derecho a construir

1 ¹⁶ Administradora de Empresas. Maestra en Administración de Negocios Internacionales. Docente investigadora de la Corporación Universitaria Americana. E-mail: lcacosta@coruniamericana.edu.co

2 Contador Publico. Especialista en Gestión Tributaria. Maestro en Administración Empresarial, Maestra en Administración de Negocios Internacionales. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Investigador asociado Colciencias 2017 - 2019 E-mail: cecheverri@coruniamericana.edu.co

3 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. E-mail: aarboleda@americana.edu.co

4 Antropólogo. Doctor en Administración de Negocios de la Universidad de Missouri (Estados Unidos). Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Telefono de contacto 3128972891 E-mail: jemurillo@americana.edu.co

5 Politólogo. Abogado. Especialista en derecho publico. Master en Derecho constitucional. Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana. mjgomez@americana.edu.co



una familia y poder seguir participando de los escenarios laborales, es decir la conciliación laboral y familiar, sin embargo se siguen presentando fronteras y líneas de acceso invisibles en el desarrollo laboral de la mujer que vale la pena identificar y analizar en la búsqueda de poder generar estrategias que ayuden a mejorar estas condiciones negativas y restrictivas en el desarrollo pleno de la mujer.

Palabras clave: equidad de género, educación inclusiva, vida laboral, empleo de calidad, igualdad.

Equidad de género, Educación inclusive, Vida laboral, Empleo de calidad, Igualdad.

“La marcha hacia la sociedad de la información genera nuevas formas de inclusión y exclusión relacionadas con una nueva división social del trabajo”

Calderon

“La diversidad es un hecho, la inclusión es una opción”

Zabeen Hirji

Introducción

Planteamiento Del Problema

La historia de los roles de la mujer ha pasado de generación en generación con una forma de división sexual de roles laborales, familiares y sociales, donde la mujer por tradición ha tenido las responsabilidades de cuidado del hogar y los hijos, y el hombre la condición de proveedor económico para el hogar. Sin embargo, se han ido dando cambios y la evolución del papel de la mujer en la sociedad ha facilitado mayor incursión en diferentes áreas laborales, educativas y en general de la sociedad, lo que también facilita ocupar un gran potencial que ayuda a dinamizar la economía, a generar relaciones políticas diferentes entre otras ventajas que pueden llegar a aportar la participación femenina en diversos roles y que por años ha sido subestimada.

El ingreso a la educación en los diferentes niveles le permite a la mujer acceder a su vez a oportunidades laborales y mejorar sus condiciones económicas a futuro, facilitando de esta forma un crecimiento personal, pero vemos como se empiezan a generar brechas en la educación desde la misma formación de perfiles, y de supuestos, cuando se ha hablado durante mucho tiempo de profesiones para hombre y profesiones para mujer, aunque hoy muchos de estos supuestos se han ido rompiendo las líneas de estudio de ambos géneros son muy diversas como lo vemos en el informe del ministerio de educación, mientras los hombres realizan en su mayoría estudios en ciencias exactas como ingenierías, las mujeres se van mas por carreras profesionales medicas y en áreas del arte que implican cuidados de otras personas, es decir se sigue dándose una regla indirectamente que afecta la decisión de las mujeres al momento de tomar estas decisiones. Min educación 2016. (ver grafico...)

El ser humano es un ser que tiene o crea necesidades de acuerdo a su estilo de vida y las necesidades pueden variar, algunas veces son categorizadas solo desde el punto de vista histórico, psicosocial, o antropológico que al ser solo punto de vista puede variar de una persona a otra puede llegar a ser ambiguo, y otras veces son valoradas o categorizadas desde la riqueza humana. (la teoría de las necesidades de Marx, Agnes Heller. P.28). Marx menciona entre la clasificación general de las necesidades de bien Material y espiritual, además menciona las necesidades políticas, las necesidades de la vida social y las necesidades laborales. Todo anterior deja ver parte de la evolución del papel de la mujer en sus roles, hoy la mujer tiene una necesidad de ser reconocida y valorada desde toda su dimensión.

La familia como centro y fuente principal de la sociedad se ve afectada en cierta medida por la vinculación de la mujer al sector productivo, debido a que esto lleva a la mujer a cambiar en muchas ocasiones sus pensamientos acerca de las aspiraciones familiares y los hijos se pueden ver retrasados o simplemente dejan de ser de interés para las parejas por el hecho de que no hay facilidad de conciliar la vida laboral y familiar, y se empiezan a generara quebrantos en la perpetuidad de la sociedad, llegando cada vez mas a sociedades adultas con muy poca participación población joven, que aporten al crecimiento en los diferentes campos incluidos el sector productivo y económico, es por esto que se debe dar importancia a la conciliación de la vida familiar y laboral desde las agendas económicas y políticas de modo que se faciliten las posibilidades a la familia que son la base de la sociedad.



Como lo afirma la OIT la protección de la maternidad es un derecho fundamental y se deberán respetar las condiciones laborales favorables para un trabajo decente, igualitario en ambos géneros y sin ningún tipo de discriminación. El nacimiento de un hijo le exige a la pareja pero con mayor fuerza a la mujer una reorganización de la vida, un nuevo planteamiento acerca de cómo planeará cada una de sus actividades, debido a que una no podrá interferir con la otra y en muchos casos no hay una elección diferente a seguir cumpliendo con ambos papeles de una forma acertada; Sin embargo la sociedad pone grandes discusiones frente a la capacidad de poder cumplir plenamente con responsabilidades laborales luego de ser madre y hay una mentalidad de que las mujeres madres pueden llegar a bajar su rendimiento y se llegan a poner barreras de selección en las empresas para evitar contratar mujeres con hijos menores. Es por esto que muchas mujeres hoy se debaten entre la posibilidad de tener hijos y la de tener un mayor crecimiento personal y profesional, y en la forma de cumplir plenamente con la responsabilidad de ser madres, esposas y de crecer laboralmente.

Según la OIT (Organización Integral del trabajo), la maternidad y la división sexual del trabajo, dan lugar a que la mujer siga teniendo asignadas múltiples funciones y responsabilidades en el mantenimiento del hogar y el cuidado de la familia y esto le sigue generando desventajas en el mercado laboral y es una de las causas que no permiten que se avance hacia la igualdad de oportunidades y de trato para hombre y mujeres en el empleo, puesto que el tiempo que las mujeres ocupan en el cuidado de los hijos y labores del hogar impiden que las mujeres continúen preparándose y progresando en el ámbito laboral y profesional y esto va generando una desventaja y en muchas ocasiones se convierte en un obstáculo para conseguir empleos de calidad.

Según estadísticas en informe de marzo de 2018 de la OIT (Organización Internacional del trabajo) la participación laboral de las mujeres viene aumentando pero aún hay mucho por hacer para lograr la igualdad de género en el ámbito laboral y sobre todo en América Latina y el Caribe y esto nos sigue mostrando las grandes diferencias que hay entre las mujeres y los hombres no solo a nivel Municipal y Nacional si no a nivel Internacional en todos los ámbitos en especial el laboral..

La falta de generar desde temprana edad en las mujeres una cultura de igualdad y equidad, sigue llevando a que las mujeres no sean atrevidas al mo-

mento de poder elegir una carrera profesional en ciencias exactas y si a esto le sumamos que la diferencia salarial entre ambos géneros considerando iguales características entre uno y otro puede sin embargo variar dejando siempre en desventaja a la mujer, se genera un factor desmotivante y desgastante para la mujer en la lucha de igualdad de derechos y oportunidades.

La defensa y el reconocimiento de los derechos de la mujer tanto desde el ámbito nacional como desde el Internacional ha facilitado la creación de instrumentos para el reconocimiento y la protección de los derechos de las mujeres y los derechos a la igualdad, sin embargo y a pesar de vivir en una sociedad avanzada y que pretende cada día luchar por los derechos de los seres humanos en igualdad de condiciones, encontramos que hay aún muchas formas de discriminación y de trato desigual en lo educativo, en el acceso a oportunidades educativas y principalmente en lo laboral y es de ahí donde se genera la pregunta científica acerca de ¿Cuál es la interpretación de los factores sobre inequidad de género y sus repercusiones en el desarrollo laboral de la mujer en Colombia? Por lo que se desarrollaran los objetivos de analizar como los factores educativos y de formación académica, de conciliación laboral y familiar y el factor de remuneración y acceso laboral puede variar de un género a otro y cuales son las repercusiones que esto tiene en el desarrollo laboral de la mujer y las brechas de género. El desarrollo de esta investigación se hará por medio de un análisis documental de cifras ya existentes desde el ministerio de educación, el DANE, la Unesco y el foro económico mundial entre otras fuentes que servirán de soporte, de se hará el análisis de las cifras nacionales acerca de maternidad, empleabilidad, y brechas de género para entender las características a nivel nacional, además se apoyara el tema de conciliación laboral en una entrevista hecha a varias mujeres en edad productiva.

Referentes teóricos que sustentan la propuesta

Las disparidades o desigualdad de género en las diferentes áreas, generan efectos negativos tanto a las personas como a la comunidad en general, además en la medida en que una sociedad elimine las disparidades de género podrá tener un gran factor a favor de la eliminación de otras desigualdades como la brecha económica es decir la eliminación de la pobreza, que es un factor positivo para la sociedad en general.



De acuerdo a la protección y el respeto por los derechos humanos y los derechos de la mujer por normas y leyes en Colombia se debe tener en cuenta el artículo 13 de la constitución Colombiana donde se declara:

“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.” (Constitución política de Colombia, Artículo 13)

Con lo anterior vemos como es estado esta en la obligación de velar por la igualdad y equidad y en caso de que esto no se de, debe generar instrumentos que faciliten el cumplimiento con el derecho a la igualdad, desde la etapa de formación académica y en el caso de las empresas deben hacer parte de este compromiso y generar políticas de ingreso y permanencia que faciliten a las mujeres poder acceder a las mismas posibilidades laborales y salariales de los hombres, y mas teniendo en cuenta que en Colombia la fuerza laboral femenina esta tan capacitada como la fuerza laboral masculine y es con todo lo anterior que se ve necesario analizar algunos de los factores que fortalecen esta inequidad de genero.

Para entender el desarrollo de este artículo se deben tener en cuenta los siguientes conceptos, tomados de archivo “Indicadores de Unesco de cultura para el desarrollo”:

Igualdad de género: se define como “la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades de las mujeres y los hombres, y las niñas y los niños”. La igualdad no significa que las mujeres y los hombre sean lo mismo, sino que los derechos, las responsabilidades y las oportunidades no dependen del sexo con el que nacieron. La igualdad de género supone que se tengan en cuenta los intereses, las necesidades y las prioridades tanto de las mujeres como de los hombres, reconociéndose la diversidad de los diferentes grupos de mujeres

y hombres. (tomado de Oficina del asesor especial de género y adelanto de la mujer (OSAGI), desde Indicadores Unesco de cultura para el desarrollo).

Equidad de género: se define como la imparcialidad en el trato que reciben mujeres y hombres de acuerdo con sus necesidades respectivas, ya sea con un trato igualitario o con uno diferenciado pero que se considere equivalente en lo que se refiere a los derechos, los beneficios, las obligaciones y las posibilidades.

En el desarrollo de esta investigación se analizaran 3 factores o lineamientos importantes para la equidad de género:

La participación igualitaria e inclusiva desde la educación en todos sus niveles, puesto que la medida en que una persona se le facilita acceso y permanencia en la educación durante su vida, se puede dar un instrumento de empoderamiento desde el conocimiento, y este es el paso numero 1 para poder hablar de el siguiente factor que es el laboral, la participación en la fuerza laboral es esencial en la disminución de las brechas económicas y sociales, mayor empoderamiento, autonomía, lo que facilita una mejor calidad de vida, pero no es solo el acceso a la fuerza laboral, si no la garantía de igual de oportunidades, salarios, y permanencia y por último pero no menos importante la conciliación laboral y familiar que se presenta como un factor relevante porque según cifras de DANE Encuesta nacional del uso del tiempo, las mujeres usan mas tiempo en actividades no comprendidas SCN(sistema de cuentas nacionales), usan por encima de 7 horas diarias a estas actividades mientras que los hombre no llegan a la mitad del tiempo, están por debajo de 3 horas y media. (Dane, encuesta nacional del Uso del tiempo (ENUT) 2012-2013).

La población Colombiana de acuerdo al boletín técnico trimestre móvil octubre – diciembre de 2018, es de 48.6586 millones de personas de las cuales 49,3%son hombre y 50,7%,son mujeres, de esto se destaca que la población en edad de trabajar es de mas de 29.093 millones (48.9%) de hombres y de 19.950 millones (51,1%) de mujeres, con unas tasas de desocupación mayores para las mujeres y en cambio unas tasas mayores de ocupación para los hombre, lo que muestra una desigualdad laboral, considerando que aunque la población femenina es mayor los indicadores laborales siguen mostrando una gran desventaja de las mujeres en este campo. (ver tabla 1). Para entender que esta es una realidad no solo de Colombia si no a nivel del mundo el Foro Mundial



habla de que el avance en la equidad de género se viene dando de una forma lenta y por este hecho se habla de que la igualdad se podrá lograr en aproximadamente 108 años desde hoy. (Foro económico Mundial), aunque se ha ido avanzando en el campo educativo de inclusión, se sigue teniendo una gran deuda con las mujeres en el campo de independencia y autonomía económica, esto debido a que aún no hay equidad laboral y menos salarial, lo que indica que la mujer no solo deberá seguir preparándose muy bien académicamente, si no que deberá seguir luchando por lograr unas ventajas salariales más justas y equitativas y que los Gobiernos deberán apoyar y ser garantes de esto.

En el campo laboral se nota una gran desigualdad en el manejo de las Inteligencias Artificiales (AI) donde solo el 22% a nivel global son mujeres y el 78% son hombre y teniendo en cuenta que para el futuro esto es mucho de lo que demandarán las empresas se debe entender que el camino que busca la equidad entre hombre y mujeres debe llevar a las empresas y tanto a hombres como mujeres a pensar en las necesidades del futuro y a buscar que ambos géneros estén preparados para cumplir con los requisitos de la Industria y así lograr que la equidad de género sea la norma y no la excepción. (Foro económico mundial)

Y el último aspecto que no es por eso menos importante es **la conciliación laboral y familiar**, entendida como la relación armónica y equilibrada de las responsabilidades familiares y laborales entre hombres y mujeres con el fin de poder garantizar igualdad de derechos y oportunidades sin afectar en ningún momento la calidad de vida de los hijos o el libre desarrollo de alguno de los participantes. Como lo promueve la OIT las políticas de conciliación de trabajo – familia son una estrategia importante en la promoción de la igualdad de género no solo a nivel laboral, si no también económico y social.

Todo lo anterior tienen un inicio y es desde la cultura que se transmite de generación en generación, y esto a su vez repercute en el desarrollo educativo de las mujeres llevándolas a ser menos competitivas en algunas de las ciencias, especialmente en las exactas.

Como lo afirma María Elisa Molina en su artículo Transformaciones Histórico Culturales del Concepto de Maternidad y sus Repercusiones en la Identidad de la Mujer:

“El concepto de maternidad a lo largo de la historia, aparece como un conjunto de creencias y significados en permanente evolución, influidos por factores culturales y sociales, que han ido apoyándose en ideas en torno a la mujer, a la procreación y a la crianza, como vertientes que se encuentran y entrecruzan en la interpretación.”

La cultura y los valores se transmiten de generación en generación y se transmite a la mujer su papel de cuidadora y encargada del hogar y de igual forma al hombre el papel de trabajador y proveedor de la familia, de ahí que a lo largo de la historia esto se siga dando en la diferentes generaciones a pesar de su evolución, sin embargo hoy se da de una forma distinta, pues la mujer ha ido siendo consciente cada vez mas de la importancia de su participación en el ámbito educativo, social y laboral.

En un mundo evolutivo y que avanza cada día, vemos como las cosas cambian y toman nuevas formas, el papel de la mujer no ha sido ajeno a esto y sus diferentes roles como es el de madre dentro de la procreación y la misma crianza de sus hijos, el papel tan importante que cumple en labores de la sociedad y en el campo laboral donde ha ido incursionando cada vez mas se han ido modificando con el paso de los tiempos y a pesar de estos a veces se crean prototipos específicos de la mujer perfecta. Sin embargo la mujer como cada ser en el mundo es único y aunque tiene características similares a otras de su mismo genero, puede llegar a ser un mundo distinto y como tal las necesidades, criterios y expectativas pueden variar de una a otra, y como consecuencia de esto la plenitud se alcanza para cada ser de manera diferente y por esto a la mujer no se le puede delimitar en simples definiciones, buscando solo generar una cultura que nos muestre la mujer perfecta con ciertos prototipos, además que hay factores sociales que pueden llegar a participar en los cambios que se dan entre una y otra.

Fernando Calderon en su libro ciudadanía y desarrollo humano hace alusión a como los factores sociales y económicos pueden generar diferencias en esos cambios de rol entre mujeres y hombre y como en una sociedad se puede facilitar a la mujer la vida laboral mientras que en otra se dificulta por las mismas condiciones, Calderón indica que:

“Los datos disponibles indican que mientras en los países avanzados un porcentaje superior al 70% de los niños ingresa a servicios



de atención temprana a los 3 años de edad, en los países de América Latina algunos ingresan a los 4 o 5 años de edad y en ningún caso la cobertura logra alcanzar a 70% de los niños.” (Calderón Fernando) (Juan Carlos Tedesco, 2000; Calderón Fernando)

Lo anterior deja ver uno de los factores que pueden facilitar o dificultar el acceso de la mujer a la educación, a la vida laboral y una conciliación de la vida familiar con la laboral, tiene mucho que ver con las condiciones que la sociedad presenta para unos y otros, las grandes brechas que se dan no solo a nivel de género si no en general a nivel social, mientras que en la población que tienen un mayor nivel adquisitivo se puede pensar en mayor tiempo para crecimiento profesional y desarrollo laboral y dejar sus hijos en tiempos extracurriculares en manos de expertos como lo son los colegios y centros de formación infantil, generando aspectos positivos y formativos en los infantes, en la sociedad con condiciones de pobreza o desfavorecidas el cuidado de los niños se debe dejar en manos de algún familiar o personas que apoyen esta labor mientras las madre puede ir a cumplir con sus funciones laborales, lo que en muchas ocasiones la lleva a tomar decisiones obligadas y presionadas de estar en la casa y no seguir avanzando en su vida profesional y laboral.

Por muchos años la sociedad mostro a la mujer como la responsable de la crianza de sus hijos desde el inicio con la procreación y maternidad, luego desde la responsabilidad de criar buenos seres humanos para la sociedad y solo hasta la era postmoderna se empieza a dar como una tarea colectiva de padres y madres, se consideraba la mujer dentro de un prototipo de aquella que luego de formar una familia decidía quedarse al cuidado de ellos y de las labores del hogar, sin embargo este concepto ha ido evolucionando y de la misma forma las pretensiones y deseos las mujeres también. Las mujeres de hoy no solo ven el trabajo como una necesidad de generar más ingresos para el hogar, lo ven como una posibilidad de crecimiento personal, profesional y laboral.

La revolución Industrial y grandes cambios que han surgido en el mercado laboral han llevado a las mujeres a tener una mayor inmersión en el mercado laboral, las mujeres cumplen hoy con muchos roles, son empleadas, son empresarias, cumplen con las labores del hogar, algunas tienen además labores sociales, son esposas, madres y muchos mas, buscan independencia económica, libertad, autonomía, valoración individual, participación, crecimiento

personal y profesional y esto debe llevar a un cambio de pensamiento y adaptabilidad a nivel general.

Aunque los cambios se han dado aún hay mucho camino por recorrer para llegar a eliminar las brechas de género y es ahí donde la CEPAL afirma que:

“las políticas de empleo deberían ser capaces de modificar la actual estructura de desigualdad, asumiendo los sesgos de género existentes en el mercado laboral. También urge reconocer y redistribuir el tiempo de trabajo no remunerado, de manera que la responsabilidad del cuidado de los niños y niñas, personas dependientes y adultos mayores no recaiga exclusivamente sobre las mujeres.”

Es en el planteamiento anterior donde toman fuerza las políticas de inclusión educativa, políticas públicas de conciliación familiar y laboral y las leyes de protección a un empleo y remuneración igualitaria en el sector productivo, acompañado de una distribución de funciones familiares de forma equitativa que le permita a las mujeres ocupar mayor tiempo en actividades remuneradas sin dejar de lado la importancia de su papel en el acompañamiento a la familia y la preparación de los jóvenes de la sociedad futura.

Como afecta la inequidad de género la vida laboral de la mujer

El modelo de la sociedad y de familia va cambiando cada día mas, y hoy el consumo, la revolución industrial y la evolución de la humanidad acompañada del avance en las tecnologías ha llevado a que se de en la misma medida un enfoque distinto de la familia y la sociedad. Hoy se ha generado un nuevo orden de prioridades donde se pone en primer lugar la producción económica y se le da un tiempo amplio y a veces sin limites a esta primera parte y se deja la familia en un segundo lugar con un tiempo reducido, sin tener en cuenta que es en las familias donde se forman las sociedades y que debemos darle un gran valor, pues es ahí donde se tiene la oportunidad de formar niños y adolescentes que harán parte de la sociedad futura y quienes aportarán a la economía futura y seguirán perpetuándola como legado importante de todas las generaciones, ya que en la familia no solo se gestan los aspectos básicos económicos para la manutención, alimento, vestido, si no que además se da el primer espacio en el que se forma el ser humano en valores, entendiéndolo



como un ser holístico integrado por diferentes partes: intelectual, racional, social, sexual, emocional, y que toma sus principales cimientos en el núcleo de la familia y luego impactara la comunidad de entorno o la sociedad a la que pertenece.

El papel de la mujer se ha ido transformando en la sociedad, y cada día hace parte de mas roles y desempeña funciones que le dan un grado de importancia y participación no solo en las funciones del hogar si no en general en la sociedad. Sin embargo, la brecha laboral de género se sigue presentando y afectando el desarrollo Integro de la mujer y la falta de condiciones equitativas y oportunidades por parte de las empresas, el mismo estado y la sociedad siguen generando un gran conflicto y dificultad para que el genero femenino siga avanzando a nivel laboral, professional y personal.

A pesar de los esfuerzos que hace la mujer cada día por formar parte activa e importante en la sociedad y en los diferentes campos como el laboral, las cifras mundiales como las que se presentaron en el último foro económico mundial siguen mostrando que hay aún una gran brecha para llegar a la equidad de genero, que se ha avanzado en temas como el de salud y supervivencia, pero aún hay mucho por hacer en la brecha educativa, para la cual afirman que tardaríamos aún 14 años mas para lograr disminuirla, pero aún mucho mas falta para lograr disminiur lograr desde el ámbito de oportunidades económicas hacen falta 202 años y en la participación política 107 años mas. (Foro económico mundial 2018).

Esta desigualdad de genero como se menciona en el foro mundial no es desde un único aspecto, es desde varios frentes, pero la realidad es que en la medida en que podamos ir generando avances en cada uno de ellos esto ira favoreciendo los otros, además de que apuntan a eliminar la desigualdad y la pobreza general de las sociedades.

Análisis de la Inequidad Educativa:

Calderon nos habla acerca de la importate relación que hay entre la educación no solo el nivel acceso si no además la calidad de la educación que adquieren las personas con con las oportunidades de accede a un trabajo de mayor nivel.

Los objetivos de desarrollo sostenible que aprobó la ONU en la agenda 2030 plantea el hecho de que poder garantizar una educación Inclusiva y desde la equidad y la promoción de las oportunidades de aprendizajes para todos a lo largo de toda la vida, puede ser el gran motor para lograr los demás objetivos de desarrollo sostenible. Es Por esto que para hablar de equidad de género desde el ámbito laboral y en los demás ámbitos, se debe tener como fuente principal el acceso igualitario a la educación.

La primera etapa de una equidad laboral es la equidad educativa que permita a las mujeres acceder a capacitación en la misma medida que lo hacen los hombres, desde la oportunidad no solo en el acceso a la educación si no en las oportunidades para que se mantenga en ella y se pueda lograr el objetivo final, además en las posibilidad de capacitación constante en su vida laboral para que se puedan generar oportunidades de crecimiento profesional y laboral.

De acuerdo a datos de las naciones Unidas las matriculas a educación primaria en países en desarrollo ha alcanzado el 91%, pero desde esta etapa se inician las disparidades de genero cuando se habla que de cada 4 niñas 1 no asiste a la escuela, y que a nivel global de los 103 jovenes que carecen de habilidades basicas de alfabetización en el mundo, mas del 60% de ellos son mujeres y que solo dos tercios de los países del mundo en desarrollo han alcanzado la paridad de genero en educación primaria. (Naciones unidas)

Las cifras de acceso a la educación aunque son alentadoras, muestran gran diferencia entre los generos desde el acceso a educación desde los niveles básicos, el preescolar, básica primaria, secundaria, programas de pregrado y postgrado.

Aceso a la educación por nivel en Colombia	Total Nacional	Mujeres	Hombres
Preescolar	987.593	483.664	503.929
Básica primaria	3637150	1762943	1874207
Básica secundaria	2.936.917	1.464.223	1.472.694
Educación Media	1.066.137	569.289	496.848
CLEI (semiescolarizados)	623.053	304.214	318.839

Elaboración propia con datos de DANE 2017.



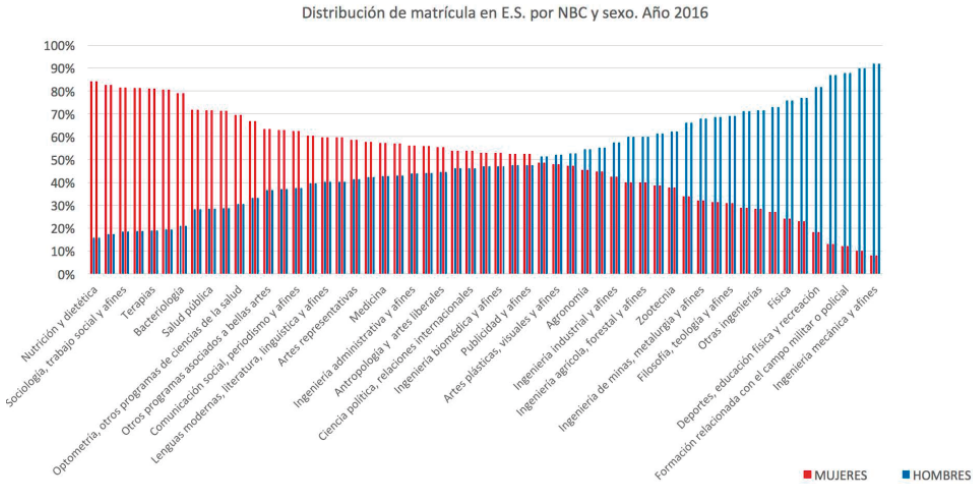
Participación de las mujeres en educación superior	
Año	PORCENTAJE (%)
1965	23
1975	36
1985	49
2016	53

Nivel educativo	Diferencia salarial a favor de los hombres
Tecnológico	22%
Universitario	14,80%
Maestría	21,90%
Doctorado	10.8%

Elaboración propia con datos del MEN. Enfoque e identidades de género para los lineamientos política de la educación superior inclusiva.

Como se puede ver en los cuadros anteriores la participación de la mujer en la formación universitaria ha ido aumentando en los años, sin embargo cuando visualizamos la relación entre hombres y mujeres en los niveles educativos mas avanzados como especialización o maestría esta disminuye, porque además de que no existe una equidad salarial en condiciones iguales, el acceso a cargos directivos muchas veces se ve también direccionado a el genero masculino, lo que nos indica que los avances educativos de las mujeres no han sido suficientes debido a que como lo muestra el MEN en sus análisis una mayor formación de las mujeres no ha sido garantía de igualdad salarial frente a los hombres, a nivel empresarial se sigue dando una gran brecha, lo que debe llevar a una gran reflexión al sector educativo desde sus inicios en la educación igualitaria y motivacional para ambos géneros, hasta el sector productivo en las medidas que debe tomar en busca de lograr mejorar las condiciones y generar estrategias de igualdad y equidad.

La inequidad en educación se da también desde el sesgo de los programas profesionala que elige un genero y otro, poque siempre se han tenido concepciones erroneas de que unas profesiones son para un genero y otras para el otro, cuando en realidad ambos generos se encuentran en la capacidad de poder desarrollar cualquier profesión siempre y cuando se de una preparación previa en Instituciones de educación superior, y este error es el que ha llevado que muchas mujeres hoy no se preparen en profesiones como ingenierias que son las que hoy tienen y cada vez tendran mas demanda por el avance en las tecnologías, en la cuarta revolución Industrial.



Fuente: MEN | SNIES. Elaboración: Subdirección de Desarrollo Sectorial

Estamos cerca de la cuarta revolución Industrial y esto exige de la población en general cambio en los pensamientos, forma de vida y las habilidades necesarias que requiera la fuerza laboral, Luisa Fernanda Serrato en la revista semana (edición 32) habla de:

“Para 2020, la cuarta revolución industrial habrá traído robótica avanzada, inteligencia artificial y aprendizaje automático. Estos desarrollos no solo transformarán la forma en que vivimos, sino también la manera en la que trabajamos; por lo que algunos puestos laborales desaparecerán, otros crecerán y tareas que ni siquiera existen hoy se convertirán en algo común. Lo que es seguro es que la fuerza de trabajo futura deberá alinear sus habilidades para seguir vigente”

Lo anterior indica que la sociedad deba tener grandes cambios y que el sector educativo tendrá una gran responsabilidad en la adaptación a estos, en la medida en que mejore las habilidades de los profesionales en campos matemáticas, ingeniería, manejo de computación, investigación científica y liderazgo sin dejar atrás la habilidad para la resolución de conflictos y la creatividad como lo enfatiza también Natalia Jaramillo, Microsoft Colombia.



Inequidad laboral y salarial

Las mujeres además de presentar gran desventaja en el acceso a las oportunidades laborales tienen mayor probabilidad en quedar desempleadas, cuentan con una cifra alta de informalidad y con una gran diferencia salarial frente al género masculino en los salarios desarrollados con características iguales, y esto a su vez se ve reflejado en la pobreza y falta de capacidad adquisitiva e independencia económica que tiene el género femenino. De acuerdo a las Naciones Unidas a nivel Mundial las mujeres ganan 77 centavos por cada dólar que ganan los hombres haciendo el mismo trabajo, para Colombia aunque las mujeres tienen buenos niveles de educación, ganan 7% menos al mes que los hombres para el caso de las asalariadas, en el caso de las independientes la brecha se amplía aún más y llega al 35,8% menos que los hombres, además de acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo para 2018, en los países en desarrollo la tasa de participación en la fuerza laboral fue de 75,0% para los hombres y de 48,5% para las mujeres.

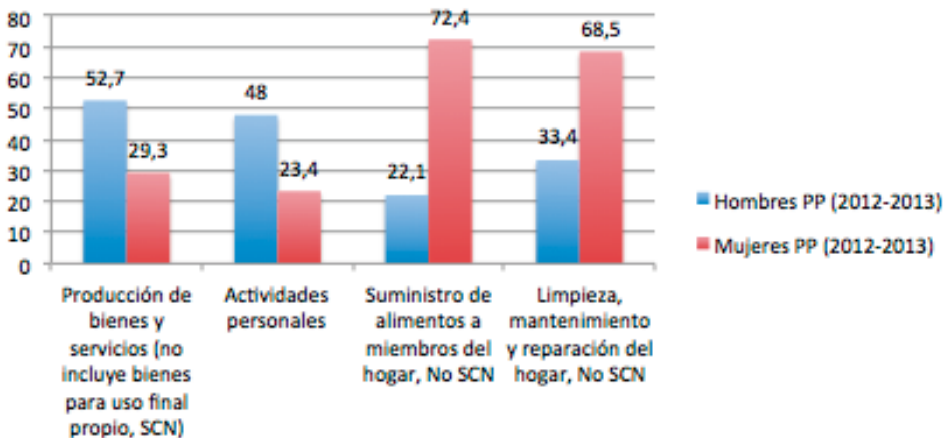
En Colombia para el periodo de enero a marzo de 2019 el desempleo para las mujeres fue de 15,3% mientras que para los hombres fue de 9,1% a nivel nacional, y el número de mujeres desocupadas fue de 1.635 mientras que en los hombres fue de 1.300, además de que de acuerdo a un portafolio (mayo de 2018), la mitad de las mujeres colombianas cuentan con trabajos informales que ponen más en riesgo su estabilidad económica, el riesgo a condiciones no acordes, y la falta de una seguridad social para ella y en muchos casos para sus familias.

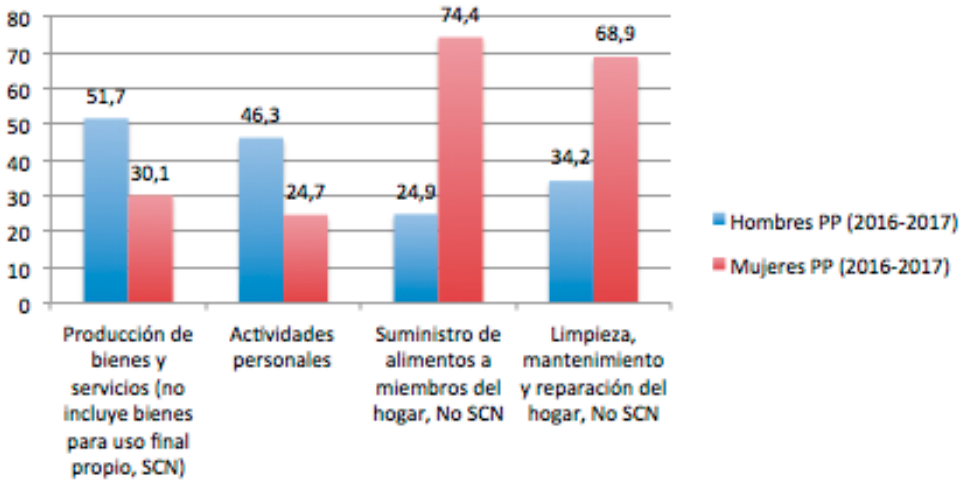
De acuerdo a un comunicado de prensa de 2017 la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), hace un llamado a generar empleos de calidad para las mujeres, pues aunque se venían dando avances en la empleabilidad femenina, se ha producido un estancamiento en torno al 53% y 78,1% de mujeres que están ocupadas y en sectores definidos de baja productividad, lo que implica menores remuneraciones, menor avance y contacto con las tecnologías, la innovación y una menor cobertura en la seguridad social, lo que sigue indicando menores condiciones de calidad de vida para las mujeres y no muchas esperanzas para el cierre de la brecha de género.

A nivel nacional y a pesar de tener la posición N 40 entre los países que participan en el foro las cifras del DANE siguen mostrando que la brecha diferen-

cial de genero es muy amplia, el tiempo que dedican las mujeres a funciones del hogar y cuidado de los hijos sigue siendo mas alto al de los hombre y esto les resta a su vez en el tiempo dedicado a actividades laborales remuneradas y en consecuencia disminuye las posibilidades de acceder a cargos altos y poder continuar con los procesos de capacitación. De acuerdo a la encuesta Nacional del uso del tiempo (2016-2017) los hombre ocupan solo un 24,9% de su tiempo al suministro de alimentos a miembros del hogar, mientras que las mujeres ocupan en la misma tarea 74,4% de su tiempo al desarrollo de estas tareas con un aumento de 2,8 y 2,0 puntos porcentuales respecto al periodo anterior (2012-2013), otras actividades como la limpieza y mantenimiento del hogar también aumentaron respecto al 2012 – 2013 tanto para de hombres como mujeres sin embargo el tiempo invertido sigue siendo mayor para las mujeres que dedicaron para 2016-2017 68,9% mientras que los hombres a esta misma actividad dedicaron 34,2%.

Las actividades comprendidas en sistema de cuentas nacionales SCN que tienen que ver con la producción de bienes y servicios si la tabla se invierte el porcentaje mayor de participación en este tipo de actividades lo tienen los hombre, con cifras para el 2012-2013 de 36,4% para mujeres y 57,0% para los hombres y para el periodo de 2016-2017 para ellas fue de 34,8 y para ellos de 55,8% con una diferencia considerable en ambos periodos.





Fuente: Elaboración propia (cacosta, 2019) con datos de Encuesta Nacional del Uso del tiempo DANE – ENUT.

En las graficas tanto para el periodo 1 como para el periodo 2 se puede identificar como en las funciones que tienen que ver con el hogar y suministro de alimentos las mujeres tienen un mayor promedio, pero cuando hablamos de las actividades comprendidas en el SCN se invierte el orden, los hombres ocupan mayor tiempo en estas actividades comprendidas en el SCN que las mujeres, y aunque de un periodo a otro se ve un cambio para el cual las mujeres aumentan en menos de un pp la participación en actividades de producción de bienes y servicios y actividades personales, vemos como en ambos periodos el tiempo que ocupan las mujeres en estas actividades no comprendidas en SCN es muy superior.

Para el caso de

Conciliación de la vida laboral, personal y familiar

Las necesidades pueden variar de una persona a otra, pero en el caso del género femenino, cada vez muestra en sus incursiones las necesidades y el deseo de seguir avanzando en el desarrollo profesional, académico, social y familiar

mostrándose como una mujer que puede atender de manera perfecta varios frentes de su vida como una mujer integral y es aquí donde toma importancia la conciliación familiar y laboral que es la que facilita que este desarrollo se de para ambos generos sin dejar en desventaja al genero femenino frente al masculine delegando demasiadas responsabilidades familiares y acortando su tiempo para el desarrllo, personal, laboral y academico, llevando a las mujeres siempre a estar en condiciones inferiores en los ingresos y la autonomia economica.

La OIT (Organización Internacional del trabajo Dentro de los enfoques estrategicos la importancia de tener unos enfoques estrategicos que lleven a facilitar una politica de conciliación exitosa hablan de que para poder llegar a eliminar la discriminación femenina y la inequidad de genero se deben dar cambio y acomodaciones en los papeles historica y tradicionalmente asociados a hombre y mujeres tanto en la sociedad como en las familias, donde siempre se han dado las actividades y responsabilidades de cuidado del hogar y los hijos a la mujer y las de producción economica a los hombre, pues la evolución de la humanidad debe llevar también a una comprensión del papel de la mujer en la sociedad, las familia y el sector productivo.

La equidad en los empleos debe permitir que las mujeres puedan tener las mismas posibilidades de accedes a cargos altos como los hombres y hoy podemos ver en un estudio realizado por la firma kpmg que del 100% de las colombianas trabajando en el país solo el 7% de ellas se ubica en una posición directiva, además de los 21 gremios que conforman el consejo gremial solo 3 son presididas por mujeres y esto en gran parte se presenta por la dificultad de poder tener un balance correcto entre la vida familiar y laboral, y las grandes responsabilidades de la familia que en muchos casos son descargadas en su mayoria en las mujeres como lo muestra los datos anteriormente mencionados acerca del uso del tiempo, y les impide seguir avanzando a nivel de formación y nivel professional.

El cambio para lograr una igualdad de genero se debe dar no solo desde las personas si no desde las mismas políticas internas de las empresas y de las políticas nacionales que faciliten una participación activa y equitativa tanto de hombre como mujeres en el sector productivo sin tener ningún tipo de distinción en salarios o funciones y sin dejar de lado la base de toda sociedad que es la familia.

Las Naciones unidas hace mención a un estudio de harvarde en el cual hacen énfasis en la incursion igualitaria de los generos en la fuerza de trabajo considerando que esto podria agregar US \$28 billones a la economia global, además muchos estudios yah an demostrado que las empresas dirigidas por mujeres son en su mayoria empresas exitosas debido a características especiales en el manejo de muchas situaciones que las mujeres resuelven con gran éxito, y no solo eso si no que las empresas con diversidad de genero pueden llegar a ser mas exitosas, y en beneficio de todo esto según el fondo monetario internacional si los paises de America latina aumentan la participación laboral de las mujeres como en los paises nordicos, el PIB per capita podria aumentar hasta enun 10%.

Todo lo anterior, muestra la gran importancia de la equidad de genero para la sociedad no solo desde el aspecto de la erradicación de las exclusiones, si no desde la misma estrategia de generar sinergias positivas que muevan de una forma igual ambos generos en pro de una mayor sociedad, mejores familias y una economia muy prometedora en la cual las mujeres juegan un papel bastante importante.



En este pequeño grafico se resume mucho del articulo, don de la educación juega un papel primordial en todas las etapas del ser humano, pudiendo impulsar el desarrollo de una equidad de genero en la vida laboral, en las mismas condiciones de trabajo desde el salario hasta las oportunidades de mejores condiciones y cargos dentro de las empresas y la conciliación de la vida familiar y laboral, siendo consciente de que la familia es la base de la sociedad y debe buscar que se perpetue para garantizar la existencia de la humanidad además de población joven en etapa productiva y no debe entrar en conflicto con el desarrollo laboral, personal y académico de las mujeres.

Referencias bibliográficas

Dane. Medición de la economía del cuidado. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ENUT/pres_ENUT_2012_2013.pdf

Dane. Nacimientos por nivel educativo de la madre

La conciliación de la vida laboral y familiar en España: Una oportunidad para promover y proteger los derechos de la infancia. Abril de 2013

Desempleo Femenino en Colombia, Banco de la Republica, 2016.

www.mineduccion.gov.co. ENFOQUE E IDENTIDADES DE GÉNERO PARA LOS LINEAMIENTOS POLÍTICA DE EDUCACIÓN SUPERIOR INCLUSIVA.

Hogares y Cuidado Doméstico no Remunerado en Colombia Carlos Alberto Duque Garcia. Unal. 2015. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/ede/article/viewFile/56980/55803>

Postergación de la maternidad de mujeres profesionales jóvenes en dos metrópolis latinoamericanas. *Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela*

Utopía y Praxis Latinoamericana v.13 n.41 Maracaibo jun. 2008

Diez mitos sobre la conciliación de la vida laboral y familiar. J. MACINNES



Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora. Eduardo Caamaño Rojo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n.34 Valparaíso 2010

Ximena Pena-Parga & Amanda Glassman, 2004. "Demand For Child Care And Female Employment In Colombia," Documentos CEDE 002267, Universidad de los Andes - CEDE.

Transformaciones Histórico Culturales del Concepto de Maternidad y sus Repercusiones en la Identidad de la Mujer. María Elisa Molina . PSYKHE 2006, Vol.15, N° 2, 93-103. Pontificia Universidad Católica de Chile

<https://www.cepal.org/es/comunicados/cepal-tasa-participacion-laboral-femenina-se-ha-estancado-torno-al-53-la-region>

<https://www.dinero.com/edicion-impresa/pais/articulo/las-25-mejores-em-presas-para-las-mujeres-en-colombia/268670>

El error médico a la luz de la Corte Suprema de Justicia: análisis a los pronunciamientos emitidos entre los años 2014 y 2018

Carolina Fernanda Jordán Mosquera¹, Carlos Augusto Agudelo Villa²,
Jaime Alberto Álvarez Cano³, Yaneth Viviana Agudelo⁴

Resumen

La medicina a pesar de ser ejercida con responsabilidad está sujeta a errores que traen consigo la obligación de responder ante casos de impericia, negligencia e imprudencia por parte del personal asistencial. El presente trabajo busca determinar cómo, la Corte Suprema de Justicia en la sala civil entre los años 2014 y 2018, exige y juzga la responsabilidad médica teniendo en cuenta el dualismo existente entre el derecho y la obligación del personal asistencial, ya que el actuar médico por regla general es de medios y no de resultados salvo en los casos en que el profesional se obliga a ello; toda vez que la prestación de servicios médicos no se obliga a garantizar la sanación del paciente sino a garantizarle al paciente una adecuada e integral atención médica, siempre contemplando los riesgos implica cada procedimiento.

Palabras clave: daño, responsabilidad civil contractual, responsabilidad civil extracontractual, negligencia, impericia, imprudencia, indemnización.

Introducción

La Corte Suprema de Justicia entre 2014 y 2018 se ha pronunciado dando posturas orientadas a dirimir sobre decisiones judiciales que abordaban el

1 Abogada, especialista en derecho médico de la Universidad Pontificia Bolivariana, docente tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana sede Medellín. E-mail: cfjordan@americana.edu.co

2 Médico y cirujano, especialista en gerencia de la calidad y auditoría en salud. Especialista en promoción de la salud. U de A, UCC, y CES. Médico de EPS SURA.

3 Estudiante del 10 semestre de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. Auxiliar Administrativa en salud del SENA. E-mail: vivianavilla@gmail.com

4 Médico y cirujano, especialista en salud ocupacional. Especialista en pérdida de capacidad laboral. U de A.



tema de error médico tanto en eventos de responsabilidad contractual como extracontractual. No obstante, al realizar un análisis entre los recursos que fueron estudiados por la Corte Suprema de Justicia, en uno y en otro sentido, es posible identificar que no existe una posición unánime frente al tema de la configuración del error médico y que la decisión depende del resultado del dictamen pericial frente a cada caso en concreto, sin dejar de lado situaciones alternas como la presencia de intermediarios entre el profesional de la salud y el paciente.

En atención a esta situación el presente artículo pretende abordar las posiciones de Corte a partir de pregunta fundamental, ¿Cuál ha sido la posición de la Corte Suprema de Justicia frente a la configuración y prueba del error médico en Colombia?

La presente es una investigación dogmática-descriptiva con enfoque cualitativo, aborda los elementos de configuración de la responsabilidad civil contractual y extracontractual derivada del error médico para luego llegar a identificar las posturas de la Corte Suprema de Justicia a partir del estudio de sus fallos.

Responsabilidad civil médica

El error médico conceptualizado por el Institute of Medicine como: «La falla de una acción planeada para ser completada como fue concebida, o el uso de un plan erróneo para lograr un fin (Stedman Thomas Lathrop, s.f, citado en Antúnez, 2017,p. 39). Se ha convertido en uno de los temas más controversiales en nuestro país en los últimos años, creando posiciones encontradas entre los profesionales de la salud y los jueces, pues desde la génesis de la medicina, ningún profesional desea causales daño a un paciente; no obstante, es claro que existen error excusables e inexcusables, y que estos últimos deben ser judicializados con miras a garantizar la reaparición del paciente frente a los daños causados y la no repetición de la conducta activa u omisiva en torno al mejoramiento de la prestación del servicio asistencial.

En ese sentido, la presente investigación se aleja de la responsabilidad penal y se centra en la responsabilidad civil y sus diferentes manifestaciones.

Al respecto, Uno de los grandes estudiosos de la responsabilidad médica en Colombia como lo es Javier Tamayo Jaramillo indica que

La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños que, con esa conducta ilícita, ha producido a terceros. La responsabilidad civil da cumplimiento a la idea de que todo riesgo debe tener un garante y todo daño un responsable, en razón de lo cual, el deudor se hace responsable frente al afectado, del debido resarcimiento (Tamayo, 1999). Afirmación que encuentra sustento en el artículo 2341 del Código Civil, en el que se expresa: “...El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”(Código Civil, 1973, art. 2341).

Sin embargo, resulta útil aclarar, que no en todos los casos en los que se presente algún tipo de afectación para el paciente, habrá lugar a indemnización de perjuicios, para que ésta tenga lugar, los perjuicios debieron haberse producido por la ocurrencia de una conducta, la cual puede ser una acción o una omisión de un comportamiento que podía y debía ser llevado a cabo, porque para el ejercicio de ésta profesión se da la obligación de tener ciertos conocimientos teóricos respecto a la actividad, y más aún, de llevarlos a cabo, ya que cuando el médico, por medio de una relación contractual o extracontractual, atiende a un paciente, no se está comprometiendo a curarlo, sino, a proceder de acuerdo con las reglas propias de su ciencia.

Para el doctor Juan Carlos Henao, ex magistrado de la Corte Constitucional y Rector de la Universidad Externado de Colombia, en ocasiones a pesar de existir daño, no procede declarar responsabilidad. Esto por cuanto el daño es requisito indispensable pero no suficiente para que se declare la responsabilidad. Puede ocurrir cuando existe exoneración o el daño existe y este es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre (Henao, 2017).

Ahora, al igual que en la doctrina, para la Corte Suprema de Justicia la responsabilidad civil médica tiene los mismos fundamentos jurídicos que la responsabilidad civil general



En lo atañadero a la responsabilidad civil en general, y a la médica en particular, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual (Corte Suprema de Justicia, 2001, cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656).

En correspondencia a lo anterior, en materia médica, el artículo 5 de la ley 23 de 1981, establece que la relación médico-paciente puede generarse por decisión voluntaria de ambas partes, por acción unilateral del médico en caso de emergencia, por solicitud de terceras personas o por haber adquirido el médico el compromiso de atender a las personas que están a cargo de una entidad privada o pública y, si en cualquiera de estos casos se presenta, para el paciente, afectación de un bien protegido por la ley, surge el tema de la responsabilidad civil médica. La responsabilidad civil médica busca la reparación del perjuicio ocasionado al paciente, transfiriéndose de esta forma el peso del daño a un sujeto distinto del perjudicado, es decir, a aquel que lo cometió; tema que tiene igual sustento jurídico que la responsabilidad civil en general.

Profundizando en el tema, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (2011) define

La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1993, que prohíbe a las EPS “en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS), respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servi-

cios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual (Corte Suprema de Justicia, 2011)

Aún más, en las sentencias SC7110-2017; 24/05/2017 y Sentencia SC003-2018 demuestran la presencia de todos los elementos estructurales consagrados el artículo 2341 del Código Civil y en fallos recientes, en los que se reitera que la responsabilidad de las personas jurídicas es directa y tiene su fundamento normativo en el mismo, como lo afirmado por la jurisprudencia de esta Corte Suprema desde mediados del siglo pasado.

Con respecto a elementos comunes, entre la responsabilidad contractual y extracontractual en la sentencia SC1815-2017, se afirma que la responsabilidad contractual y la extracontractual poseen elementos comunes: “el hecho dañino, el daño causado, el nexo causal entre ambos, la culpa del demandado y de la entidad y la cuantía de los perjuicios” (Corte Suprema de Justicia, 2017).

Esta sentencia también advierte que, en todos los casos de responsabilidad del personal asistencial en salud, se debe determinar si las actuaciones realizadas en desarrollo de la atención que se brindó a la víctima, guardan o no conformidad con la *lex artis*, sin especular sobre si, con la utilización de unos procedimientos distintos, se hubiera evitado la afectación sufrida por el paciente o conseguido otro resultado.

También se advierte que, cuando se ocasiona el daño por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, todos son solidariamente responsables frente a la víctima (art. 2344, Código Civil; cas. civ. sentencias de 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430; 18 de mayo de 2005, SC-084-2005, exp. 14415).

Responsabilidad Civil Médica Contractual

La responsabilidad civil contractual tiene lugar cuando, existiendo entre dos o más personas una relación jurídica surgida de la manifestación de voluntad, se produce un daño, el cual se fundamenta en razón del incumplimiento de las obligaciones surgidas en aquella. El contrato debe cimentarse sobre un objeto lícito que tenga causa lícita, requiriéndose que el daño sufrido por

la víctima provenga del incumplimiento del contrato, el cual puede ser puro y simple, moroso o defectuoso.

En el campo médico pueden darse y de hecho se dan relaciones contractuales, en consecuencia, resulta útil determinar las características con las que cuenta el contrato médico, a saber:

- Es un contrato intuitu persona, lo que significa que un acto de confianza para las dos partes, principalmente para el paciente que elige al médico.
- Es un contrato rescindible a instancia de cualquiera de las partes.
- Algunas veces es de tracto sucesivo, como acontece cuando se tiene por objeto la elaboración del diagnóstico o tratamiento del enfermo.
- El contrato puede ser gratuito u oneroso, dependiendo de que se pacte o no remuneración, cuando es oneroso, el galeno se compromete a poner sus conocimientos y diligencia en el tratamiento requerido por el paciente, y este último se compromete a remunerar los servicios prestados, siendo esta obligación de resultado.

Igualmente, la Corte en la sentencia SC16690-2016 establece:

El médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que, en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación (Corte Suprema de Justicia, 2016, M.P: Álvaro Fernando García Restrepo).

Potencialmente, en sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sentencia de 5 de marzo de 1940, pero dejando a salvo, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que en el ‘contrato se hubiere asegurado un determinado resultado’ pues ‘si no lo obtiene’, según dice la Corte, ‘el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima’, a no ser que logre demostrar alguna causa de ‘exoneración’, agrega la providencia, como la ‘fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada’. La tesis de la culpa probada la consolidan las sentencias de 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998.

Conjuntamente, La sentencia C 21828-2017, define la responsabilidad contractual a la derivada de los perjuicios ocasionados por el procedimiento o extracción, como consecuencia de la falla médica y culpa médica en la falta de:

- Atención médica carente de adecuación a la *lex artis*,
- Imprecisión de las intervenciones quirúrgicas registradas en historia clínica.
- Carga dinámica de la prueba y deber de aportación de pruebas.

Sobre los argumentos anteriores, considera el doctor Tamayo Jaramillo (1995), que puede verse que es el paciente quien finalmente debe demostrar que el galeno incurrió en culpa, lo que implicaría un acogimiento al criterio de los ordenamientos jurídicos de los demás países, e igualmente lleva a una solución final idéntica a la acogida por los doctrinantes que consideran que el contrato de servicios médicos debe regirse por el criterio de la falla probada, lo que simplificaría el estudio del tema en cuestión porque no hace necesaria la diferenciación entre las obligaciones de medio y las de resultado.

¿Obligación de medio o de resultado?

Las obligaciones de medio y de resultado se ubican en el mundo de la responsabilidad contractual. Por ende, cuando se pretenda dilucidar en un caso concreto, si el médico concertó una obligación de medio o de resultado será fundamental abordar los términos de la relación contractual, pues serán estos, así como las cláusulas del contrato, los que permitirán evaluar el alcance de las obligaciones.

Las obligaciones de medio se basan en el esfuerzo del hombre “para aproximarse a una finalidad deseada”, en ellas el sujeto no se obliga a conseguir un resultado, solo se compromete a realizar actos tendientes al posible logro de la finalidad, razón por la cual puede entenderse que el deudor puede cumplir con su obligación “aunque el acreedor no obtenga la finalidad exacta y precisa que buscaba al contratar, a condición de que el comportamiento del deudor, al cumplir su obligación, sea prudente y diligente”. Por su parte, las obligaciones de resultado tienen lugar cuando el deudor se compromete a alcanzar un re-



sultado determinado, no basta su diligencia y cuidado, ni que él ponga los medios necesarios para lograrlo, ya que se compromete a lograr el fin propuesto por el acreedor (Tamayo, 1995).

Responsabilidad civil médica extracontractual

Es aquella que no tiene origen en un incumplimiento contractual, sino en un “hecho jurídico”, ya se trate de un hecho delictuoso en materia penal, o culposo de carácter civil, que produciendo un daño, compromete los derechos absolutos de la víctima (a la propiedad, la vida, al honor, la salud), el cual debe ser resarcido, de tal forma que, el daño cuyo resarcimiento se persigue, debe estar originado en la intención positiva tanto de causar un perjuicio, o causado este, por la omisión o incumplimiento del deber de cuidado (Calderón, 2017).

Por lo tanto, la responsabilidad civil extracontractual y los elementos que esta abarca son la acción, el nexo causal, la culpa o dolo y la certeza de daño, que vendría a ser exactamente lo mismo que la antijuricidad, la relación de causalidad, los factores de atribución (la culpa o el dolo y el daño causado, sin estos 4 elementos no se podría configurar lo que es la responsabilidad civil extracontractual (Martínez & Martínez, 2003).

Siendo congruente con dicha argumentación, la responsabilidad extracontractual médica se presenta si se han lesionado los derechos del paciente, y siempre y cuando el causante del daño sea legalmente médico, el hecho haya sido ejecutado intencionalmente o con imprudencia o negligencia, es decir, con infracción a la llamada Lex Artis, y si, por el actuar del facultativo, se da una agravación, mantenimiento en la enfermedad, lesiones o muerte.

Este tipo de responsabilidad, como lo sustentan las sentencias AC4364-2014 - AC5672-2014, ha sido manejada siguiendo los parámetros del artículo 2341 del Código Civil, el cual reza “...Responsabilidad extracontractual. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” según este artículo, los demandantes cuentan con la carga de probar la culpa del médico, pues se parte de la idea de que el riesgo debe ser asumido por quien se beneficia de él. Habiéndose analizado la

carga probatoria en una y otra forma de vinculación, resulta pertinente aclarar que, en los casos en los que la parte actora debe probar la culpa del galeno, se da cumplimiento a dicha carga aún en los eventos en los que la prueba recae sobre la noción de culpa virtual, la cual, permite el establecimiento de culpabilidad del profesional a través de indicios (Tamayo, 1995).

Desde otra mirada, el doctor. Roberto Vázquez Ferreira (1992), establece que la responsabilidad emergente de la relación médico-paciente es generalmente de naturaleza contractual, esto sin importar la esencia que se asigne a dicha relación, pero que, en determinados casos, la responsabilidad médica puede tener carácter extracontractual, tal como acontece en los siguientes supuestos:

- El de los servicios médicos requeridos por una persona distinta del paciente, siempre y cuando aquélla no obligue contractualmente al último en virtud de una representación legal o voluntaria.
- Cuando el contrato celebrado entre el facultativo y el paciente es inexistente o nulo.
- Cuando el servicio médico es prestado por el facultativo espontáneamente, sin intervención alguna de la voluntad del paciente, como acontecería con el médico que auxilia a la víctima de un accidente en la vía pública.
- La atención prestada por un médico a un incapaz, si el galeno no contó con la autorización del respectivo representante legal.
- La actividad del médico desarrollada en contra de la voluntad del paciente, como acontecería con la asistencia al suicida.
- Cuando la relación entre médico y paciente es impuesta coactivamente al último, a raíz de la inoperatividad de una disposición legal o administrativa.

Para ser más exhaustivos, la sentencia 11001-3103-018-1999-00533-01 (Namen, 2009) tratándose de la responsabilidad civil extracontractual médica, es indispensable demostrar sus elementos, en particular el acto o hecho



dañoso, imputable a título de dolo o culpa, el daño y la relación de causalidad, cuya carga probatoria corresponde al demandante, sin admitirse “un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras), ni se oponga a “que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 *Ibidem*); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur*” (cas. civ. sentencia de 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01).

El legislador no habla de forma expresa de las obligaciones de medio ni de las obligaciones de resultado, y, en consecuencia, si las partes no han determinado el carácter de la obligación, para dar solución a ésta imprecisión, debe tenerse en cuenta la clase de culpa.

Diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual

La principal diferencia radica en la carga de la prueba, pues en la responsabilidad derivada de un contrato, el contratante cumplido no está obligado a demostrar la culpa del incumplido, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, por caso fortuito o fuerza mayor; en cambio, en la extracontractual, es la víctima la obligada a demostrar no solo el daño causado, sino la relación de causalidad entre el hecho y el daño, así como los perjuicios ocasionados por el daño.

Según lo anterior, la responsabilidad contractual puede ser restringida, aunque con excepciones, mediante una cláusula limitadora o excluyente de responsabilidad; la extracontractual al no provenir de contrato alguno, no prevén estas limitaciones documentales, aunque si pudieran presentarse hechos de compensación que la aminoren o compartan con la víctima.

Es necesario reconocer que, la responsabilidad contractual, proviene exclusivamente de un hecho propio atribuible al contratante incumplido, en tanto la responsabilidad extracontractual, puede provenir por un hecho propio; o bien, por una conducta de otro, o por hecho ajeno, cuyo autor no ha tenido ninguna relación jurídica previa con la víctima.

En este orden de ideas, es indispensable precisar que la pérdida de cualquier oportunidad, expectativa o posibilidad no configura el daño que, en el plano de la responsabilidad civil ya sea contractual o extracontractual es indemnizable. Cuando se trata de oportunidades débiles, incipientes, lejanas o frágiles, mal puede admitirse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de los acontecimientos, su frustración necesariamente vaya a desembocar en la afectación negativa del patrimonio o de otro tipo de intereses lícitos de la persona que contó con ellas.

En síntesis, algunos autores latinoamericanos contemporáneos sostienen, de igual modo, que, aunque la pérdida de una oportunidad presenta analogías con el lucro cesante, lo cierto es que existen diferencias entre ambas especies de daño.

Siguiendo con la argumentación jurídica, los lineamientos del artículo 2341 del Código Civil, la Corte reitera la doctrina sentada el 5 de marzo de 1940, sobre la carga de la prueba de la culpa del médico cuando se trata de deducírsele responsabilidad civil extracontractual por el acto médico defectuoso o inapropiado (medical mal practice, como se dice en EEUU), descartándose así la aplicabilidad de presunciones de culpa, como las colegidas del artículo del ejercicio de una actividad peligrosa, tal como lo pregonó la Corte (2001) SC12449-2014 - SC15746-2014- SC17137-2014.

***Hecho + Culpa + Nexo Causal + Daño = Responsabilidad Civil
Extracontractual.***

Según lo afirmado anteriormente con respecto a la sentencia SC1815-2017, que afirma que la responsabilidad contractual y la extracontractual poseen elementos comunes: “el hecho dañino, el daño causado, el nexo causal entre ambos, la culpa del demandado y de la entidad y la cuantía de los perjuicios” (Corte Suprema de Justicia, 2017, SC1815) .

Como lo explican las sentencias SC7110-2017; 24/05/2017, SC003-2018, SC21828-2017 proferidas por la Corte suprema de justicia, cuando abarcó los elementos estructurales consagrados en el artículo 2341 del Código Civil y en fallos recientes: la acción, el nexo causal, la culpa o dolo y la certeza de daño, que vendría a ser exactamente lo mismo que la antijuricidad, la relación de causalidad, los factores de atribución (la culpa o el dolo y el daño causado, sin

estos 4 elementos no se podría configurar lo que es la responsabilidad civil extracontractual (Martínez & Martínez, 2003).

Para obtener el derecho a ser indemnizado corresponde a quien la reclame comprobar los elementos que estructuran la responsabilidad contractual, o la extracontractual, entre ellos, la culpa del accionado y el nexo de causalidad.

La jurisprudencia y la doctrina, soportadas en el mandato de los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil, 1604 del Código Civil y Sentencia SC003-2018 han admitido que en aquellos casos en los que no sea factible a su promotor, proveer la prueba de los advertidos requisitos axiológicos, opera la flexibilización de tal principio, de modo que los hechos que interesan para la correcta definición de tales asuntos litigiosos, los acredite la parte que esté en posibilidad de hacerlo, particularmente, el de la diligencia y cuidado, que según el inciso 3o del segundo precepto atrás invocado, “incumbe al que ha debido emplearlo”.

Dada su competencia profesional, le corresponde actuar en todo momento con la debida diligencia y cuidado, obligaciones de medio, (artículo 1604 - 3 del Código Civil) y en las de resultado, al descontarse el elemento culpa, le incumbe destruir el nexo causal entre la conducta imputada y el daño irrogado, mediante la presencia de un elemento extraño, como la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

En el proceso debe quedar acreditado el hecho contrario, esto es, el desbordamiento de esa idoneidad ordinaria calificada, según sea el caso, por infracción de las pautas de la ley, de la ciencia o del respectivo reglamento médico. El artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, alusiva al talento humano en salud, con la modificación introducida por el canon 104 de la Ley 1438 de 2011, establece que la relación médico - paciente “genera una obligación de medio” sobre la base de una competencia profesional, en clara distinción con las de resultado, estas últimas, en virtud de “estipulaciones especiales de las partes” (artículo 1604, in fine, del Código Civil).

Habrá culpa médica cuando puede imputarse a la conducta del profesional dolo, imprudencia, impericia, negligencia o violación de reglamentos que impidan un correcto cumplimiento de su obligación (Martínez & Martínez, 2003).

El legislador no se pronuncia de forma manifiesta de las obligaciones de medio ni de las obligaciones de resultado y derivados, si las partes (médico – paciente) no han acordado el carácter de la obligación, para facilitar la solución de esta controversia es importante tener presente la cantidad de verosimilitudes existentes para obtener el objetivo esperado con la relación contractual, en el entendido es apropiado llegar a la siguiente diferenciación:

- **Culpa probada:** Tiene lugar en aquellos eventos en los cuales el deudor entra inocente al proceso, y corresponde al acreedor demandante demostrar la culpa del deudor. Se presenta frente a obligaciones de medio.
- **Culpa presunta:** Igualmente tiene lugar en obligaciones de medio, pero se presenta cuando se presume la culpa del deudor, quien debe probar la diligencia y cuidado por él empleados para ser exonerado de responsabilidad.
- **Concurrencia de culpas:** Conforme lo establece el artículo 2357 del código civil “...La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente” (Código Civil, 1873, art.2357). Consagra esta disposición la teoría de la compensación de culpas en aquellos eventos en los cuales quien lo sufre se expuso descuidadamente a él, o cuando un error de su conducta fue también la causa determinante del daño.

Se trata, pues, de dos culpas distintas que concurren a la realización de un hecho dañoso, donde la de la víctima, por no ser la única preponderante y trascendente en la realización del perjuicio, no alcanza a eximir de responsabilidad al demandado, pero sí da lugar a medirla en la proporción que estime el Juez (Tafur, 2004).

- **Obligación de resultado ordinaria:** En caso de incumplimiento del contrato, el deudor cuenta con la posibilidad de probar causa extraña para liberarse de responsabilidad.
- **Obligación de resultado reforzada u obligación de garantía:** Si tuvo lugar un incumplimiento contractual, al deudor nada lo exonera de responsabilidad, teniendo esta obligación el carácter de objetiva, pues “ni



siquiera la causa extraña lo libera de la responsabilidad que pesa en su contra” (Tamayo, 1995).

Doctrinalmente suele clasificarse la culpa en levisima, leve y grave. La culpa levisima es una falta de conducta que sólo evitan las personas más diligentes y cuidadosas, es un error en el cual es común incurrir y sin embargo evitable. La culpa leve, es una falta de comportamiento que puede eludirse al proceder con el cuidado y la diligencia a medias de una persona normal, siendo dicha culpa comparada con la eficiencia que se obtuvo en una situación similar. Mientras que la culpa grave, es un error de conducta imperdonable, equiparada al dolo, pues en ella incurren las personas más torpes, es una falta gruesa e inexcusable, un comportamiento absurdo, que pudo haber sido evitado hasta por la persona más torpe.

Puede hablarse, en consecuencia, que el error del personal asistencial en salud es de responsabilidad civil médica contractual, la sentencia T118A/13 hace una revisión sobre este aspecto y revisa el artículo 2341 del Código Civil el cual prevé, que aquel que ha cometido con culpa un daño a otro está obligado a indemnizar los perjuicios que se deriven de ello, estableciendo así el régimen de responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad siempre se deduce demostrando la culpa, toda vez que los profesionales de la salud responden civilmente en los eventos de «negligencia, impericia, imprudencia, omisión en el diagnóstico, en el tratamiento quirúrgico o terapéutico» o en las etapas postoperatorias o pos tratamiento que ocasionen la muerte o lesiones al paciente. Estas conductas dañosas producidas dentro del campo de la medicina, se situarán siempre en este tipo de responsabilidad Sentencia AC4364-2014 - AC5672-2014.

Es decir, un criterio según el cual las personas jurídicas responden extracontractualmente de manera directa, dejando así, la preceptiva de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que contemplan una responsabilidad exclusivamente extracontractual e indirecta originada, no en el hecho propio, sino en el de un tercero con el cual el responsable tiene un vínculo no necesariamente jurídico pero sí fáctico que le faculta para impartirle órdenes (vínculos de familia, de guarda, de educación o de trabajo) y que por ello, le acarrea el deber de vigilar y responder por los actos del subordinado.

En el ámbito de la medicina, se tiene en cuenta que el médico, ordinariamente, sólo está obligado a sanar y liberar de sufrimientos al paciente conforme a los conocimientos de la ciencia y la técnica médicas, esto es, conforme a la *Lex Artis* de su profesión, lo que implica una obligación de medio y esto tiene aplicación tanto si la relación que le une al paciente es contractual o extracontractual.

Por otra parte, el facultativo no puede comprometerse a obtener la recuperación del enfermo, lo que implica una obligación de resultado, pues ésta no depende sólo de la correcta actuación del profesional de la salud, sino de otras circunstancias y variables no controlables que escapan a su control, tales como las reacciones fisiológicas, la anatomía humana, las enfermedades y lesiones no detectadas a pesar de un buen estudio previo, el desarrollo científico y tecnológico, las propias características del paciente y en general por la posibilidad de que acontezcan una serie de innumerables sucesos impredecibles. Por consiguiente, la responsabilidad del médico debe ir unida al incumplimiento de las reglas de la profesión médica y no a la falta de recuperación del enfermo, sin importar si la relación que une al paciente es una relación contractual o extracontractual. Esto se encuentra apoyado por apoyado en el texto (Mazeaud & León-Tunc, 1962).

Teoría de la Culpa virtual No resulta adecuado pensar, como lo han hecho tratadistas como Rene Savatier, que la culpa virtual configura una culpa presunta, pues tal como lo establece el doctor Javier Tamayo Jaramillo (1993) “en este caso no estamos ante una autentica presunción, sino ante una prueba por indicio”, pues para la presunción de culpa sólo se necesita demostrar que el demandado causó daño en el demandante, sin que sea necesario determinar los hechos que rodearon la producción del daño, pues tras su producción se presume la culpabilidad del demandado. Por el contrario, en la culpa virtual el actor debe demostrarle al juez los hechos y circunstancias que rodearon el daño, para que éste finalmente resulte convencido de la culpabilidad del demandado, a pesar de que con certeza no se sepa si ello fue así, pues lo fundamental es lograr demostrar que aparentemente así se dieron los hechos. En estos casos, tal como lo manifiesta el doctor Tamayo Jaramillo (1993), la culpa surge cantada de la propia realidad de los hechos.

Resulta claro resaltar, como lo hace el profesor antes citado, que el concepto de la culpa virtual se aplica por vía excepcional, justamente para poder man-

tener el principio general de la culpa probada. Por lo tanto, este criterio jamás podrá aplicarse con la sola prueba del daño y del nexo de causalidad, pues se exige demostrar las circunstancias que rodearon el hecho dañino. (Tamayo, 1993).

Frente a tal argumento, es preciso memorar que la Corte Suprema en la sentencia 7110/2017, adopta la doctrina, en la cual la culpa virtual no tiene aplicación, acreditado había quedado ese daño, como riesgo inherente a la cirugía, las condiciones personales del paciente (obesidad y cirugía anterior de cavidad abdominal) aumentaban la posibilidad de la ocurrencia del daño.

La jurisprudencia es pacífica en sostener y reconoce que la Medicina es una ciencia en construcción y, por tanto, para ella, La Corte, la existencia de riesgos inherentes a la realización de ciertos procedimientos médicos, hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa (SC7110-2017).

Nexo causal según Martínez Rave, es elemento de vital importancia dentro de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual. Esencial en las teorías objetivas y necesario en las subjetivas.

Como su nombre lo indica, es la relación o vínculo que debe existir entre el hecho y el correspondiente daño. Si no hay nexo causal no surge responsabilidad civil, porque el daño no puede imputarse sino a quien ejecuto el hecho.

La sentencia SC21828-2017 de la Corte el nexo causal entre la conducta culposa el daño reclamado surge a partir del incumplimiento dela obligación profesional.

Elementos en común que tienen las sentencias que casaron con las que no casaron y que elementos tienen de diferentes las sentencias que casaron y las que no casaron. Pero para esto es necesario ponernos en contexto de lo que es la casación y su objeto.

La casación tiene por objeto la presunción de legalidad y acierto de la sentencia recurrida, como *thema decissum*, y no el proceso, como *thema decidendum*, dado que, en el ámbito legal, su naturaleza no es genérica sino excepcional, pues obedece a causales expresamente previstas por el legislador

y se estructura en las precisas hipótesis normativas. Al constituir un sistema reglado no está sometido al antojo y parecer del intérprete por estar anclado firmemente en el ordenamiento positivo y constitucional.

De un total de los 40 los pronunciamientos emitidos entre los años 2014 y 2018 sobre el error médico a la luz de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, dos (2) sentencias casaron, ocho (8) sentencias no casaron y 30 fueron devueltas.

Las devueltas a sus respectivos tribunales fueron principalmente por las siguientes causas:

El recurso de casación, en el ámbito legal, es de naturaleza dispositiva y estricta, puesto que obedece a causales expresamente previstas por el legislador y se estructura en las precisas hipótesis normativas, salvo cuando se imponga proteger derechos constitucionales o defender el orden o el patrimonio público (artículos 16 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 7 de la Ley 1285, y 336, in fine, del Código General del Proceso artículos 334 al 340), en cuyos eventos es dable una decisión oficiosa.

Para comenzar esta diferenciación es importante recordar que las sentencias de la corte que casaron fueron la sentencia SC 21828-2017 y la sentencia 9193 de 2017. Mientras que las sentencias que no casaron fueron las siguientes: SC7110-2017, SC003-2018, SC1815-2017, SC17137-2014, SC15787-2014, SC15746-2014, SC12449-2014, SC10261-2014.

Siendo así las cosas en esta revisión de elementos comunes y diferentes entre las sentencias que casa y no casa la corte debemos separar dichos elementos de la siguiente manera.

La casación en su mayoría se pide casación por error de hecho del tribunal como son las sentencia que se casa SC 21828-2017, SC 9192-2017 y las sentencias no casa SC15787-2014, SC15746-2014.

Error en la apreciación de pruebas tanto documentales como testimoniales y de peritos, se utilizaron peritos en todas las sentencias casadas y en algunas de las no casadas. Pero en las sentencias que casa la corte fue muy extraño la



determinación del sentencias pues en la sentencia SC 21828-2017 se tuvo en cuenta que no había historia clara a pesar de tener conceptos de dos peritos (--instituto de medicina legal y ----) que dieron un concepto favorable para el médico la corte determinó que no era válido dicho concepto y que prevalecía el de la falta de una historia clínica legible (resolución 1995 de 1999).

Situación que contrasta con la sentencia SC 9192-2017, en la cual a pesar de tener una historia clínica muy clara, legible y el concepto del perito más cercano ginecólogo en un caso de posible sufrimiento fetal, se falla la casación solo con el concepto de neuropediatra que no estuvo presente. Esto muestra que la corte no tiene una orientación clara cuando está determinando que existe una “responsabilidad objetiva” en ambas sentencias pero toma caminos opuestos al sopesar las pruebas, dando pesos diferentes a la historia y al perito.

En las sentencias que no casa la corte tenemos la SC15787-2014 que el demandante alega “la inexactitud observada en las declaraciones de los peritos, deja sin piso todos los reproches del censor fincados en la aludida premisa, particularmente, que fueron intrascendentes las omisiones que el Tribunal detectó en el comportamiento del doctor Baquero Trujillo, durante la fase preoperatoria”.

En la sentencia SC15746-2014 no casa y dice sobre los peritos lo siguiente, a pesar de que el citado artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, contempla que “cuando el tribunal o juez considere que el dictamen no es suficiente, ordenará de oficio la práctica de otro con distintos peritos, si se trata de una prueba necesaria para su decisión”.

No corresponde a una imposición normativa sino a la contemplación de una potestad de la cual puede hacerse uso o no. Además, lo que justifica su ejercicio es la preexistencia de una experticia que se advierte insuficiente para los fines propuestos y no su completa ausencia, ya sea porque se dejó de pedir o se fracasó en su intento. De tal manera que si con lo que se encontró el administrador de justicia fue con una orfandad probatoria, no le correspondía en ninguna de las instancias, “abogar por que la misma, en tanto solicitada por la pasiva, fuera efectivamente evacuada, pues es claro que el juez no puede tener, de ninguna manera, la virtualidad de remplazar la actividad persuasiva de las partes”, como lo precisó en el fallo.

Consecuentemente, al quedar sin sustento las acusaciones que se conjuntaron para su estudio, no prosperan (15787-2014). La inexactitud observada en las declaraciones de los peritos, deja sin piso todos los reproches del censor fincados en la aludida premisa, particularmente, que fueron intrascendentes las omisiones que el Tribunal detectó en el comportamiento del doctor Baquero Trujillo, durante la fase preoperatoria.

Cuando la corte casa o no casa, en ambos casos se define que es la responsabilidad contractual y extra contractual. Es tanto así que, en la sentencia SC 17137-2014 no se casa

Resulta pertinente recordar en primer lugar, que en el escrito introductorio de este proceso no precisaron los actores – y en particular la madre de la menor – si la acción de responsabilidad civil que ejercían era contractual o extracontractual; pero tanto Juzgado como Tribunal fueron categóricos en sus respectivas sentencias, en señalar que la responsabilidad incoada en este proceso era la contractual, y este punto, pacífico a lo largo del trámite, no fue además objeto de ataque alguno, por lo que se mantiene incólume (Corte Suprema de Justicia, 2014, SC 17137).

Elementos diferentes

Para entender mejor este punto es adecuado iniciar con un cuadro comparativo de las sentencias en sus elementos diferentes que tienen.

Las sentencias que se casaron, sentencia SC 9192-2017 y SC 21828-2017 se fueron más por responsabilidad objetiva (de resultados) como si ejerciera una actividad peligrosa (definición de actividad peligrosa código civil art. 2356: transporte, manejo de armas, transporte energías, gases, entre otros), lo que contrasta con la Ley 1438 de 2011:

Artículo 26. Acto propio de los profesionales de la salud. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional (Ministerio de Salud y Protección Social, 2011).



Mientras en las que no casaron, fue más por la obligación del médico convocado como de medio y no de resultado como lo menciona la sentencia que no casa SC12449-2014, en la se determina que no aparece que la cirugía practicada a Isabel Montoya Naranjo se hubiere realizado con una mala práctica médica, ni con falta de diligencia que llevara a infringir algún deber de los que la profesional de la salud tiene en su profesión o contrario a las reglas de la *lex artis*.

Sobre ello ha dicho la Corte, el riesgo puede estimarse “como la posibilidad de ocurrencia de determinados accidentes médico – quirúrgicos que, por su etiología, frecuencia y características, resultan imprevisibles e inevitables”. Desde esa perspectiva, en línea de principio, tanto el riesgo quirúrgico como el anestésico no son reprochables al galeno, por su imprevisibilidad e inevitabilidad y, por ende, no suelen generar obligación reparatoria a cargo de éste, “el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico” (sentencia SC 7110-2017) , este concepto contrasta con el de las sentencias , sentencia SC 9192-2017 y SC 21828-2017.

Hubo sentencias que no casa por argumentos técnicos al ser solicitadas, mientras las dos (2) sentencias que se casa, sentencia SC 9192-2017 y SC 21828-2017 son basadas en argumentos probatorios, las sentencias que no casa por aspectos técnicos en su elaboración y argumentos son: SC17137-2014, SC10261-2014.

Conclusiones

Para poder llegar a unas conclusiones es necesario repasar conceptos como el de la casación, que tiene por objeto la presunción de legalidad y acierto de la sentencia recurrida, como *thema decissum*, y no el proceso, como *thema decidendum*, dado que, en el ámbito legal, su naturaleza no es genérica sino excepcional, pues obedece a causales expresamente previstas por el legislador y se estructura en las precisas hipótesis normativas. Del análisis de los pronunciamientos emitidos entre los años 2014 y 2018 sobre el error médico a la luz de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 30 sentencias fueron devueltas y la Corte argumentó el recurso de casación en el ámbito

legal, es de naturaleza dispositiva y estricta, puesto que obedece a causales expresamente previstas por el legislador y se estructura en las precisas hipótesis normativas, salvo cuando se imponga proteger derechos constitucionales o defender el orden o el patrimonio público, en cuyos eventos es dable una decisión oficiosa.

En la sustentación de la impugnación extraordinaria no se observa actividad alguna para demostrar el cargo. En las sentencias estudiadas, no se tuvo en cuenta el actuar médico, solo se basó la admisión o inadmisión de la apelación por no superar el tope mínimo de cuantía.

De las dos (2) sentencias casadas, en ambas existieron pruebas documentales, testimoniales y de peritos, se utilizaron peritos. Pero en las sentencias que se casaron, fue muy extraña la determinación de las sentencias en la Corte, pues en la sentencia SC 21828-2017 se tuvo en cuenta que no había historia clara a pesar de tener conceptos de dos peritos (--instituto de medicina legal y -un particular) que dieron un concepto favorable para el médico, pero la corte determinó que no era válido dicho concepto y que prevalecía el de la falta de una historia clínica legible (Resolución 1995 de 1999).

Situación que contrasta con la sentencia SC 9192-2017 en la cual a pesar de tener una historia clínica muy clara, legible y el concepto del perito más cercano ginecólogo en un caso de posible sufrimiento fetal, se falla la casación solo con el concepto de neuropediatra quien no estuvo presente y esto muestra que la corte no tiene una orientación clara cuando está determinando que existe una “responsabilidad objetiva” en ambas sentencias, pero toma caminos opuestos al sopesar las pruebas, dando pesos diferentes a la historia y al perito.

Además, la ética no se toma como un principio si no como un elemento jurídico simplemente en el momento de determinar un fallo. La Corte Suprema de Justicia hace que la responsabilidad civil médica se aproxime a una especie de responsabilidad objetiva, al inferir la culpa galénica y por ende el nexo causal entre esa conducta culposa y el daño reclamado a partir del incumplimiento de la obligación profesional a cargo de la parte demandada – débito ciertamente de resultado – consistente en llevar una historia clínica clara, completa, legible que, como es sabido, es elemento de gran valía, pero no el único, para poder establecer la verdad de los hechos que el juez, historiador,



debe conocer con suficiencia para deducir si en el caso sometido a su decisión la *lex artis* se aplicó.

Existe posiblemente un error en la interpretación integral del ordenamiento jurídico, pues la corte se orienta a la responsabilidad objetiva cuando casa contra los médicos y se olvida del artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, alusiva al talento humano en salud, con la modificación introducida por el canon 104 de la Ley 1438 de 2011. Esta establece que la relación médico - paciente “genera una obligación de medio” sobre la base de una competencia profesional, en clara distinción con las de resultado, estas últimas, en virtud de “estipulaciones especiales de las partes” (artículo 1604, *in fine*, del Código Civil).

Referencias bibliográficas

- Antúñez, C.(2017). El error médico -una patología emergente. Tendencias en Medicina: Año XII N° 12, p.39-43.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de 1991. Leyer.
- Calderón, F. (2017). La Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Gerencie.com. Recuperado de: <https://www.gerencie.com/la-responsabilidad-contractual-y-extracontractual.html>
- Congreso De Los Estados Unidos De Colombia. (1873). Ley 84 De 1873. Diario Oficial No. 2.867 De 31 De Mayo De 1873.
- Henao, J.C. (2017). El Daño. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Editorial TEMIS.
- Martínez, G. ; Martínez, C. (2003). Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá. Editorial TEMIS. Pág. 413.
- Martínez, G. (1993). El perjuicio y su evaluación, Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Primera edición. Medellín: Biblioteca Jurídica Díké.

- Mazeaud, H. y León-Tunc, A. (1962). Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. 5° edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Vásquez, R. (1992) Prueba de la culpa médica. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Serrano, L.G. (2000) Nuevos conceptos de responsabilidad médica. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. Pág. 80.
- Tafur, A. (2004). Código Civil Anotado. Vigésima primera edición. Editorial Leyer.
- Tamayo, J. y otros (1993). Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Primera edición. Medellín: Librería jurídica Diké: Medellín.
- Tamayo, J. (1995). Sobre la prueba de la culpa médica. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Tamayo, J. (1999). De la Responsabilidad Civil. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké. Tomo I.



El derecho contractual en el contexto internacional y las Pymes. Una mirada desde la filosofía política

William Esteban Grisales Cardona¹, Diego Correa Correa², Walter Mauricio Montaña Arias³, Alejandra Alvarez Carmona⁴

Resumen

La formación del consentimiento es uno de los requisitos de existencia y validez de los negocios jurídicos. Además de indicar la norma que se debe aplicar ante un eventual incumplimiento. En la formación de este se abordan temas como la oferta y la aceptación, motivos por el cual se hace importante el análisis de la forma en cómo se expresa la voluntad de una persona jurídica, la forma en que manifiesta está de acuerdo a las reglas de la sociedad o colectividad.

Igualmente, la forma en que se expresa la oferta y la aceptación entre no presente, pero usando las nuevas tecnologías, se entiende perfeccionado el acto jurídico o negocio jurídico, momento en cual, una vez verificado los otros requisitos, el acto se convierte en obligatorio, se podrá determinar la forma en que ha de cumplir la prestación y los mecanismos jurídicos con que cuenta la persona jurídica o personas jurídicas contratantes para exigir el cumplimiento de dicha obligación. Para ello es importante tener en cuenta los tratados internacionales suscritos por Colombia sobre este tema, en especial en lo referente a la compraventa internacional de mercaderías y los tribunales internacionales dispuestos para resolver los conflictos que surjan entre los contratantes.

1 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. Cédula de Ciudadanía 71.733.166

2 Filósofo y Magister en filosofía de la UPB, Doctorando en filosofía de la UPB, docente tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana. dcorrea@americana.edu.co. Cédula de Ciudadanía 15.517.908

3 Economista industrial, Magister en desarrollo sostenible y medio ambiente. Candidato a Doctor Administración Gerencia, Benito Juárez (México). Docente tiempo completo. wmontano@americana.edu.co. Cédula de Ciudadanía 98.638.823

4 Estudiante de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Programa de Derecho. Joven Investigadora. Semillerista. Alejis210@hotmail.com. Cedula de Ciudadanía 1.060.269.024

De lo anterior, se aprecia que las personas jurídicas colombianas cuentan con la regulación nacional e internacional necesaria para la protección de sus intereses, es así como estas (Medellín) tienen un gran impacto en las relaciones contractuales que se celebran con empresas extranjeras y a su vez el impacto que tienen sobre la economía a nivel local y nacional.

Palabras clave: aceptación, consentimiento, ley, tratados internacionales.

Abstract

The formation of consent is one of the requirements for the existence and validity of legal business. In addition to indicating the rule that must be applied in case of non-compliance. In the training of this issue are addressed such as supply and acceptance, reasons why it is important to analyze the way in which the will of a legal entity is expressed, the way it manifests is in accordance with the rules of the society or community.

Likewise, the way in which the offer and acceptance is expressed between not present, but using the new technologies, it is understood that the legal act or legal transaction has been perfected, at which point, once the other requirements have been verified, the act becomes mandatory, it will be possible to determine the form in which it has to fulfill the provision and the legal mechanisms with which the legal entity or legal entities has contractors to demand compliance with said obligation. For this, it is important to take into account the international treaties signed by Colombia on this subject, especially in relation to the international sale of goods and the international courts prepared to resolve conflicts that arise between the contracting parties.

From the foregoing, it is appreciated that Colombian legal entities have the necessary national and international regulation for the protection of their interests, this is how they (Medellin) have a great impact on the contractual relations that are celebrated with foreign companies and at the same time the impact they have on the economy at local and national level.

Key words: acceptance, consent, law, international treaties.



Introducción

Las relaciones contractuales han evolucionado de una forma tal que hoy día se hace necesario preguntarse como ellas han cambiado también la estructura del Estado y de uno de sus componentes, la soberanía. Sin embargo, para este texto se preguntará como se forma el consentimiento contractual tomando para ello lo regulado en el ordenamiento jurídico interno y externo.

Hoy el comercio no solo se realiza entre nacionales dentro un mismo ámbito territorial, se ha trascendido las fronteras terrestres y aéreas. La necesidad de adquirir ciertos productos para la obtención de un producto final. Y luego la venta de ese producto debe hacerse a nivel internacional, motivo por el cual debe recurrirse a las normas internacionales que regulen la materia a nivel comercial.

Lo anterior, ayuda a dar respuesta al problema planteado sobre la influencia de los tratados internacionales en el nuevo derecho contractual y como esto se refleja en las Mipymes locales, además de determinar su influencia en la economía local y nacional. Situación que se ve conformada con los datos proporcionados por la Cámara de Comercio de Medellín. El aporte de la Mipymes en el desarrollo local es alto, aunque muchas de ellas pueden tener una corta vida, durante el ejercicio de su objeto social logran incidir de manera positivas en las relaciones contractuales y en la economía local.

Desarrollo

De la contratación internacional

En este acápite se abordará el tema de la contratación internacional, herramienta fundamental en la globalización de los mercados. Las negociaciones que hacen los comerciantes en el ahora no solo corresponden a un mercado interno, por el contrario, las medianas y pequeñas empresas buscan poder vender sus productos en otros países, pero de esta misma forma deben comprar materia prima proveniente de otros Estados. La actividad comercial requerida es la que requiere regulación expresa en cuanto a la formación como tal del contrato y las reglas a seguir en caso de incumplimiento.

Las reglas a crear deben servir no solo para resolver casos aislados, deben ser criterios para solucionar cualquier caso que se presente entre los contratantes en materias similares, es decir, normas que trasciendan el marco territorial de cada uno de los participantes en la contratación internacional. Se reconoce que las relaciones entre nacionales de diferentes Estados no es algo ocasional, por el contrario, en la actualidad es una actividad permanente, actividad que debe estar regulada bajo la regla de interpretación de la libertad de cada uno de los contratantes.

Para lo anterior, se requiere de la aceptación y aplicabilidad de los distintos sistemas jurídicos vigentes en la actualidad. Entre estos se encuentran el civil law, common law y los sistemas orientales. Cada uno de ellos tienen unas características propias que generan diferencias importantes frente a la regulación en materia contractual. Pero tienen en común el reconocimiento de la libertad contractual.

Por razones económicas y de desarrollo comercial, la Constitución americana prohibía obstaculizar la fuerza del contrato. La libertad contractual absoluta quedaba protegida. La consideration estaba en el centro de la teoría del bargain, o sea, la reciprocidad de las prestaciones entre las partes. Esta era la justificación jurídica. Es tan radical el requisito de reciprocidad, que los contratos gratuitos no eran jurídicamente obligatorios. Lo que no se controlaba era el equilibrio contractual. Bastaba que la promesa tuviera una consideration para su validez sin importar el valor de ésta. Esta era la libertad sagrada: cada parte es libre de contratar como quiera o de no contratar; basta con calificar de reciproca la promesa. (Perez Garcia, 2003)

Entre algunas de las diferencias se encuentra que el civil law es un sistema codificado, es decir, solo puede ser creado mediante la tarea legislativa. Entre tanto el common law es un derecho de carácter consuetudinario, el cual implica una triple caracterización: Ante todo, es un sistema de reglas jurídicas; segundo lugar, es una técnica de solución de conflictos por intermedio de la experiencia judicial; en tercer lugar, es una actitud del espíritu que detesta la soluciones a priori de carácter general. (Lafont Pianetta, 2004, pág. 9)

Al hablar de contratación internacional, se necesita de la creación de normas que permitan unificar estos sistemas y la regulación naciente permita conciliar las diferencias que cada una de ellas posee, dicha tarea de unificación



debe iniciarse con el reconocimiento de los principios que regulan los sistemas mencionados, como por ejemplo el de libertad. Es importante, también, dentro de esta legislación internacional el realizar una regulación clara sobre la forma en que se debe actuar ante los riesgos del cumplimiento del contrato y del incumplimiento del mismo.

Independiente del sistema jurídico se considera que los temas principales que deben regularse en un derecho internacional son la oferta, la aceptación, el contenido claro del negocio y la forma de solución de conflictos, todo lo anterior permite que en el desarrollo de la actividad contractual se cumpla con el principio de la justicia y de acuerdo al ordenamiento jurídico colombiano con la paz como deber del Estado.

El derecho de contratación anglosajón ha venido elaborando una serie de principios que regulan dicha contratación internacional, como son, entre otros, el de que cualquiera pueda testificar sobre un contrato, que cada cual adquiere las consecuencias de sus propios actos, que la necesidad justifica aquello a que se obliga una persona como contratante, que la avaricia suple la edad, que el fraude no se justifica con sutileza, que la extrema gravedad es para todos y que el error en el lenguaje no vicia el contrato; e igualmente han venido estructurando una serie de reglas reguladoras de dicha contratación, como son la legalidad del contrato, la capacidad de los contratantes, el respeto de los derechos de terceros y la responsabilidad por los daños que a ellos se les ocasione. (Lafont Pianetta, 2004, pág. 11)

Tanto en el derecho anglosajón como en el continental, el contrato debe obedecer a una regla de equilibrio, lo que en nuestro ordenamiento se llama el equilibrio contractual, igualmente, este equilibrio requiere de una cooperación entre las partes, hecho que es de mayor importancia en las relaciones de carácter internacional, en especial en las relaciones jurídicas que mueven la Mipymes.

Un punto en común entre ambos sistemas es la definición de contrato como un acuerdo de voluntades de carácter vinculante, el cual tiene como punto de inicio la oferta que debe hacerse del respectivo negocio jurídico. En la convención de México de 1994 se encuentra:

Artículo 7. El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo [sic]. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

En la legislación colombiana, regulado en el código de Comercio, la oferta es un requisito esencial en la formación del consentimiento, y esta consiste, en la propuesta de negocio que se realiza a otra persona. La ausencia de este requisito hace imposible dar cumplimiento a este requisito de existencia y validez del respectivo contrato. Este tema se desarrollará en el punto siguiente.

Como se anotó anteriormente, el primer aspecto a verificar es el límite a la libertad contractual. Dentro del contexto colombiano la Constitución Política regula la libertad contractual, siendo este, la principal garantía para los comerciantes. En la sentencia T-240 de 1993, con ponencia del Mag. Eduardo Cifuentes Muñoz la Corte Constitucional señaló:

La libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expropiación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal. Dado que el derecho a la actividad económica y a la iniciativa privada precisan del instrumento contractual, no sorprende que las limitaciones ordenadas por la ley con el objeto de asegurar el bien común, la libre competencia y la función social de la empresa, se expresen generalmente en variadas restricciones del propio ámbito contractual.

En las sentencias citadas se manifiesta por la Corte que la libertad contractual debe estar regulada y limitada, esta limitación debe ser acorde con



las reglas propias de cada sistema, con las leyes de cada país, partiendo de las costumbres y los principios morales. Es importante señalar, la necesidad de una ley ratificatoria de los tratados internacionales para que estos tengan aplicabilidad en los países firmantes, por ejemplo, mediante la ley 170 de 1994 fue ratificado el tratado sobre la Organización Mundial del Comercio.

Al realizarse la ley ratificatoria se garantiza que no se está violentando garantías constitucionales o legales al interior de los países, en el caso colombiano es la Corte Constitucional finalmente la que determina si dicho tratado no afecta el orden jurídico interno. En la sentencia C-137 de 1995 el tribunal constitucional sobre la ley 170 de 1994 señaló:

No se encuentra en este tratado nada que pugne con la Constitución Política. Por el contrario: puede sostenerse que la creación de la Organización Mundial de Comercio interpreta el artículo 226 de la Constitución, según el cual “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”. Y consulta, además, el espíritu del artículo 227, de acuerdo con el cual “El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones... mediante la celebración de tratados que, sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales”.

La libertad contractual la incentiva el Estado mismo a través de la reducción de impuestos en la venta y compra de productos. En el marco colombiano se observa con preocupación que la carga tributaria para las empresas es alta, esto se refleja:

Según el informe *Paying taxes 2018*, realizado por el Banco Mundial y la consultora PricewaterhouseCoopers –PWC–, la tasa total de impuestos y contribuciones que pagan las empresas en Colombia está en 69,8 %, repartidos así: un 22,2 % recaen directo sobre las ganancias; 18,6 % están ligados a impuestos laborales y 29 % por otros impuestos. En esa carga se incluyen 12 pagos que las empresas realizan al año, entre los que más pesan los de renta (16,3 %); industria y comercio ICA (19,5 %) y contribuciones a la seguridad social (14,12 %). (Actalicese, 2018)

A pesar de lo anterior el Gobierno busca alternativas para reducir esa carga tributaria, generando mayores beneficios para las Mipymes, de esta forma el impacto social y económico de estas será mucho mayor del actual, además de mejorarse su capacidad para celebrar contratos internaciones que aumenten su capacidad económica y el posicionamiento de Colombia y Medellín en el mercado mundial.

Formación del consentimiento

La celebración de un contrato exige para cada una de las partes el cumplimiento de una serie de requisitos, que son denominados de existencia y validez. En el marco colombiano y en el internacional se desprende la presencia de dos exigencias: la Capacidad y el consentimiento. La capacidad en tratándose de personas jurídicas tiene una presunción siempre y cuando esta actúe a través de su representante legal y esté debidamente constituida. En el artículo 633 del Código de Comercio se establece: “Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

El segundo requisito consiste en el consentimiento y la forma en que este se forma, requisito indispensable porque es en este dónde se percibe la manifestación de la voluntad. Al definirse el contrato puede decirse que es un acuerdo de voluntades, pero dicho acuerdo debe ser manifestado de manera expresa o a través de actos inequívocos de querer celebrar el respectivo negocio jurídico.

Al tratarse de personas jurídicas de diferentes nacionalidades no es posible que siempre este presente el representante legal de la sociedad o empresa, mucha de las negociaciones que se realizan son mediante el uso de las TICs, pero de igual forma se requiere la manifestación o propuesta de un negocio y de otro lado la aceptación de dicho negocio.

La propuesta del negocio ha sido denominada oferta, en el contexto colombiano es el código de comercio quien regula esta figura en su artículo 845, pero también dentro del Convenio de las Naciones Unidas, en lo referente a la compraventa de mercaderías también se regula la figura.



“La oferta es ‘un proyecto acabado de contrato’ (...), es la propuesta firme y precisa de contratar’. ‘la oferta puede ser definida como la propuesta firme de celebrar un contrato determinado en condiciones determinadas’” (Hinestrosa, 2015, pág. 758). Esta primera exigencia es indispensable, porque solo de esta manera es que se hace público la intención de celebrar un negocio jurídico.

El artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, sobre la oferta señala:

1. La propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y expresa o tácitamente señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlas.
2. Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

Como se aprecia de lo anterior, dentro de la negociación internacional la oferta debe ser comunicada a una o varias personas, pero la forma en que se debe hacer la comunicación consistirá en el medio más eficaz para que la otra u otras personas puedan manifestarse sobre ello. Una de las formas más utilizadas hoy día es mediante el comercio electrónico, la variedad de páginas donde se ofrecen productos es una forma real de hacer pública una oferta, pero este tipo de comercio también puede estar dirigido a una o un grupo de personas comerciantes, momento en el cual dicha oferta debe contener las características de precisión e individualización de los bienes ofrecidos.

El profesional, nacional, y, cada día más, internacional, ha de identificarse de manera inconfundible y que permita su localización pronta y sencilla en los distintos sitios, y al efecto, más que pensar en normas legales minuciosas, se acude a pautas de organizaciones de profesionales experimentados y exigidos de obrar de buena fe, ante todos por fuerza de la competencia. (Hinestrosa, 2015, pág. 773)

La información del comerciante y su producto se encuentran dentro de los catálogos virtuales que existen, en los cuales figura todas las condiciones en que realizara el respectivo contrato, al igual que las sanciones ante un eventual incumplimiento.

En otros tratados internacionales se hace referencia a la oferta, siempre indicando que en ella debe quedar claro la intención de obligarse.

Diversos han sido los estudios y criterios sobre la oferta como procedimiento de formación contractual, en ese sentido, los principios UNIDROIT enuncian en el artículo 2.2: Toda propuesta de celebrar un contrato constituye una oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación. Pero hay algo que debe puntualizarse en este concepto que no es del todo completo, porque el legislador en este caso obvió el carácter recepticio que posee la oferta en su naturaleza. Según definición de otros autores consideran a la oferta como: “una declaración de voluntad recepticia y unilateral” o “una proposición unilateral que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato” (Gongora Guzman, 2014)

La otra exigencia en la formación del consentimiento es la aceptación, es decir, la concordancia entre el actuar del destinatario y la del proponente. Cuando estas dos coinciden plenamente se puede afirmar que el consentimiento ha quedado en firme, salvo que se trate de productos que requieran algún tipo de solemnidad, evento en el cual hasta que nos e realice la solemnidad no queda perfeccionado el consentimiento.

En el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional señala: “Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción por si solos, no constituirá aceptación.”

De lo señalado se extrae que la persona jurídica que acepta la oferta debe hacerlo de manera expresa o por medio de actos inequívocos utilizando medios similares a los usados en la comunicación de la oferta. El uso de las TICs es válido para reflejar su aceptación al oferente, pero otros actos como por ejemplo pagar es un acto inequívoco de aceptación.

En lo que hace a la aceptación de la oferta electrónica mediante el empleo de un sistema de datos, es natural la perplejidad para determinar si se entien-



de formulada entre presentes o entre personas distantes, para los efectos de la tempestividad de la aceptación, teniendo en cuenta que en este caso la comunicación es ‘instantánea’. Es claro que se trata de una oferta oral, por lo cual la hipótesis quedaría por fuera del art. 850 C Co. Y aun cuando se formule por escrito, es también obvio que los caracteres del medio empleado no encajan dentro de la previsión del art. 851 C Co. Lo que es importante es desmitificar el lenguaje y el medio electrónico y reconocer su idoneidad per se para la celebración de contratos obligatorios, conforme a la disciplina común.

Bajo lo señalado, debe manifestarse que las medianas y pequeñas empresas cuando celebran contratos a través de las TICs, sus ofertas deben contener todos los requisitos de ley no solo del país de origen, sino también las adicionales del país de destino, igual sucederá con la aceptación. Para julio de 2017 en la revista virtual América Economía se decía:

La agenda de los organismos económicos internacionales en Ginebra dedica este año un espacio muy importante a las micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes), y su inserción en el comercio internacional. En efecto, tanto la Organización Mundial de Comercio (OMC), como la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), el Centro de Comercio Internacional (CCI), centros de estudios y think tanks relevantes, como el Foro Económico Mundial (WEF), destinan sus esfuerzos de investigación, relevamiento de información y diálogos abiertos, a perfilar soluciones a los obstáculos y cuellos de botella que las Mipymes enfrentan, tanto a nivel doméstico como regional y global, para desarrollar su labor productiva o de servicios, realizar comercio transfronterizo e insertarse en las cadenas globales de valor, ya sea por sí mismas, o mediante encadenamientos productivos con otras empresas líderes.

La preocupación por abrir espacios para el comercio exterior de las Mipymes se ha venido discutiendo por los organismos internacionales, pero para ello se deben tener reglas claras para las empresas contratantes, en especial sobre la forma de perfeccionarse el contrato cuando se trate de negocios que requieren formalidades, es decir, donde no baste el mero acuerdo de voluntades. En las normas vigentes nacionales e internacionales adolecen de reglamentación sobre aspectos como los vicios del consentimiento, además de los requisitos de formalidad a cumplir en los casos expresamente señalado en los ordenamientos internos.

En el periódico “El Heraldó” en marzo de 2018, se expresó:

Nicolás Potdevin, abogado de la firma Gómez Pinzón que está afiliada a la Federación Colombiana de Agentes Logísticos en Comercio Internacional, analiza que desde el aspecto legal las pequeñas empresas tienen tareas pendientes como el de mostrar más interés por conocer las ventajas de los tratados de libre comercio y cómo pueden promover sus ventas fuera del país. “Hay una falta de conocimiento de los instrumentos para acceder a los mercados, obtener beneficios que facilitarían los procesos de exportaciones. Como también no se conocen las ventajas de certificados como el OEA que permite acuerdos de reconocimiento mutuo”. (Romo Mendoza, 2018)

Queda un camino largo para estas empresas a pesar de la gran cantidad de tratados internacionales que regulan la materia.

Conclusiones

De acuerdo al problema planteado sobre el derecho de los contratos a nivel internacional, no cabe duda que la serie de tratados realizados, suscritos y ratificados por Colombia permite establecer que las relaciones comerciales han trascendido las fronteras del país, esto exige que las Mipymes ejerzan una mayor influencia en el mercado nacional e internacional, dejando así la posibilidad de una gran huella a nivel económico.

Lo anterior exige que las normas sobre a la formación del consentimiento sean muchos más expresas, no basta con regular dos de sus fenómenos: oferta y aceptación. Se necesita consagrar normas sobre vicios del consentimiento y la solemnidad para cierto tipo de contratos. Si bien es cierto existe libertad para escoger la normativa a aplicar entre los contratantes, muchos de los acuerdos terminan siendo interpretados por terceros desconociendo la verdadera intención de las partes, motivo por el cual, debe mejorarse tanto el ordenamiento interno como las propuestas de reglamentación a nivel internacional.



Referencias bibliográficas

- Actualicese. (31 de julio de 2018). <https://actualicese.com>. Obtenido de <https://actualicese.com>: <https://actualicese.com/actualidad/2018/07/31/es-un-hecho-la-carga-tributaria-de-las-empresas-es-muy-alta-y-les-rebajaran-los-impuestos/>
- Gongora Guzman, D. y. (2014). La oferta y la aceptación como procedimiento de formación del contrato en el código civil cubano. Dialnet, 24. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5472788.pdf>
- Hinestrosa, F. (2015). Tratado de las obligaciones II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lafont Pianetta, P. (2004). Manual de contratos (Vol. III). Bogotá: Ediciones del Profesional.
- Perez Garcia, M. (2003). Los elementos del contrato en la Common Law americana. Revista Derecho Notarial de México (118), 32. Recuperado el 4 de Mayo de 2019, de historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/118/est/est6.pdf
- Romo Mendoza, N. (15 de marzo de 2018). El comercio exterior espera más peso de las Pymes. El comercio exterior espera más peso de las Pymes.

La vinculación al proceso penal de personas con discapacidad cognitiva absoluta: problemática actual del derecho penal

Geovanna Macías Bedoya¹; Karina Inés Lopera Graciano²; Juan Camilo González Sepúlveda³; Manuela Pescador Rendón⁴; Santiago Serna Londoño⁵; Luisa María Ruíz Sánchez⁶; Kevin Mora Rendón⁷; Bryan Ospina Patiño⁸; Oscar Flórez Agudelo⁹; Ingrid Michelle Romero Márquez¹⁰; Luisa Fernanda Granada Barón¹¹; Manuela Sepúlveda Gómez¹²; Yudys Liliana Álzate Ortiz¹³

Resumen

Este capítulo es producto del avance de la investigación que viene adelantando conjuntamente los semilleros “Conflictos sociales y paz” de la Corporación Universitaria Americana y “Problemáticas actuales de derecho penal y

1 Abogada. Magíster en Derecho Penal. Especialista en Derecho Penal y Criminalística. Lugar de trabajo: Corporación Universitaria Americana. Corporación Universitaria de Sabaneta-Unisabaneta. Correo electrónico e-mail: gmaciasbedoya@gmail.com . Documento de identidad: Cédula de Ciudadanía 43.263.008.

2 Abogada. Magíster en Derecho Penal. Especialista en Derecho Penal y Criminalística. Lugar de trabajo: Corporación Universitaria Americana. Correo electrónico e-mail: karinaloperagraciano@yahoo.es . Documento de identidad: Cédula de Ciudadanía

3 Abogado. Especialista en Derecho Procesal. Lugar de trabajo: Corporación Universitaria Americana. Correo electrónico e-mail: jcgsepulveda@gmail.com . Documento de identidad: Cédula de Ciudadanía

4 Estudiante Corporación Universitaria de Sabaneta-Unisabaneta. Correo electrónico e-mail: manuela.pescador.841@unisabaneta.edu.co . Documento de identidad: Cédula de Ciudadanía

5 Estudiante Corporación Universitaria de Sabaneta-Unisabaneta. Correo electrónico e-mail: santiago.serna.125@unisabaneta.edu.co . Documento de identidad: Cédula de Ciudadanía

6 Estudiante Corporación Universitaria de Sabaneta-Unisabaneta. Correo electrónico e-mail: luisa.ruiz.634@unisabaneta.edu.co . Documento de identidad: Cédula de Ciudadanía

7 Estudiante Corporación Universitaria de Sabaneta-Unisabaneta. Correo electrónico e-mail: kevin.mora.817@unisabaneta.edu.co . Documento de identidad: Cédula de Ciudadanía

8 Estudiante Corporación Universitaria de Sabaneta-Unisabaneta. Correo electrónico e-mail: bryan.ospina.376@unisabaneta.edu.co . Documento de identidad: Cédula de Ciudadanía

9 Estudiante Corporación Universitaria de Sabaneta-Unisabaneta. Correo electrónico e-mail: ofa5800@gmail.com . Documento de identidad: Cédula de Ciudadanía

10 Estudiante Corporación Universitaria de Sabaneta-Unisabaneta. Correo electrónico e-mail: ingrid.romero.091@unisabaneta.edu.co. Documento de identidad: Cédula de Ciudadanía

11 Estudiante Corporación Universitaria Americana. Correo electrónico e-mail: granadaluisa8987@americana.edu.co . Documento de identidad: Cédula de Ciudadanía

12 Estudiante Corporación Universitaria Americana. Correo electrónico e-mail: sepulvedamanuela8187@americana.edu.co . Documento de identidad: Cédula de Ciudadanía

13 Estudiante Corporación Universitaria Americana. Correo electrónico e-mail: alzateyudys6748@americana.edu.co . Documento de identidad: Cédula de Ciudadanía



análisis de soluciones a futuro” de la Corporación Universitaria de Sabaneta, en el que se pretende analizar la viabilidad y eficacia de la vinculación de una persona con discapacidad cognitiva absoluta al proceso penal, (Ley 906 de 2004 y Ley 1098 de 2006). Por consiguiente, la pregunta de investigación es la siguiente ¿Es el proceso penal colombiano actual, insuficiente para garantizar el debido proceso de los sujetos activos que padezcan discapacidad cognitiva permanente? Se tiene una metodología de tipo cualitativo, que comprende tres momentos: Exploratorio, focalización y profundización, en este momento nos encontramos en el exploratorio. Conforme los resultados obtenidos hasta ahora, pretendemos analizar si, a nivel de Latinoamérica, y atendiendo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se tiene una regulación especial que permita procesarlos, siendo ello la principal problemática que enfrenta el derecho penal en la actualidad. En términos generales, se concluye que, los Estados han omitido implementar apartes especiales que permita procesar a los adultos o adolescentes con discapacidad cognitiva absoluta, lo que conlleva a una vulneración al debido proceso. Por lo que se debe realizar una adecuación normativa de instrumentos legales y administrativos internos, de conformidad con estándares internacionales, que permitan garantizar el cumplimiento de derechos de las personas con discapacidad cognitiva absoluta.

Palabras clave: debido proceso, discapacidad cognitiva absoluta, inimputabilidad, proceso penal.

Abstract

This charter is the product of the progress of the research being carried out jointly by the seed companies “Conflictos sociales y paz” of the American University Corporation and “Current issues of criminal law and analysis of future solutions” of the Sabaneta University Corporation, in which The aim is to analyze the feasibility and effectiveness of linking a person with absolute cognitive disability to the criminal process (Law 906 of 2004 and Law 1098 of 2006). Therefore, the research question is the following: is the link between adults or adolescents with absolute cognitive disability to a criminal process feasible and effective, with the sole purpose of having the judge declare them unimputable? There is a methodology of qualitative type, which includes three moments: Exploratory, focalization and deepening, at this moment we are in

the exploratory. According to the results obtained so far, we intend to analyze whether, at the Latin American level, and in compliance with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, there is a special regulation that allows them to be processed, which is the main problem facing criminal law in the news. In general terms, it is concluded that States have omitted to implement special sections that allow adults or adolescents with absolute cognitive disabilities to be processed, which leads to a violation of due process. Therefore, a regulatory adaptation of internal legal and administrative instruments must be carried out, in accordance with international standards, to guarantee compliance with the rights of people with absolute cognitive disabilities.

Introducción

Con este artículo se pretende abordar un problema que se identificó en los análisis presentados en las reuniones del semillero de derecho penal “Problemáticas actuales del derecho penal y análisis de soluciones a futuro” de la Corporación Universitaria de Sabaneta-Unisabaneta, cuando los mismos semilleristas identificaron que existía un vacío legal en la normatividad penal vigente, en cuanto a la forma cómo se debe procesar a los sujetos activos de delitos, que padezcan una discapacidad cognitiva absoluta, tanto en el sistema penal ordinario, como en el especial de responsabilidad penal para adolescentes. Motivo por el cual, se buscó investigar en conjunto con el semillero “Conflictos sociales y paz” de la Corporación Universitaria Americana, pues lo que se pretende es trabajar en red para obtener mejores y más completos productos de investigación.

Los sujetos activos de una conducta punible en Colombia gozan de plenas garantías procesales toda vez que la presunción de inocencia y la certeza necesaria frente a las verdades procesales exigen que las decisiones jurisdiccionales estén plenamente sustentadas respetando sin lugar a dudas el debido proceso.

La tesis expuesta por los semilleristas, precisamente advierte que, el tratamiento procesal para las personas en situación de discapacidad cognitiva absoluta, adolece de garantías y protección a derechos fundamentales, esto es, debido proceso, defensa, contradicción y demás derechos que enraízan las garantías procesales; lo anterior evidencia que, la forma por la forma, sin mayores miramientos a la realidad fáctica, está no solo vulnerando derechos



fundamentales, sino que está enfrentando la economía y celeridad procesal, con la materialización de justicia que se pregona en la constitución nacional.

Los vacíos procesales que se suscitan en este contentivo, podrían resolverse, modificando las normas procesales en las que se determina por parte del juez de conocimiento, que el sujeto activo con discapacidad cognitiva absoluta, es un inimputable, para que se profiera dicha declaración en instancias primigenias del proceso, y no esperar hasta su terminación.

Por otro lado, es preciso señalar, que también se da una vulneración al derecho de igualdad, al no estar regulado, por ejemplo, cómo podría el sujeto activo con discapacidad cognitiva, participar activamente de las formas de terminación anticipadas del proceso, como el allanamiento a cargos, realizar preacuerdos, acceder a la aplicación del principio de oportunidad y demás eventos pre procesales, como la conciliación, que exigen la plena capacidad del sujeto y que hoy no son aplicables por parte de los jueces, por considerarlo incapaz de poder tomar dichas decisiones, lo cual genera una contradicción, en la medida en que le dan un trato de inimputable en las audiencias donde tendrían una participación, pero solo lo declaran como tal, en la audiencia de juicio oral.

Por lo anterior, se hace necesario que el legislador modifique en las normas procesales, el momento en que se declara la condición de inimputabilidad, para con ello evitar violaciones al debido proceso desde que se vincula a dichas personas y todas las barreras que se les presenta en la terminación anticipada de su proceso.

Al respecto de los antecedentes, se tiene una inexistencia tanto normativa como doctrinal y jurisprudencial; es importante denotar que en Colombia el tema de interés es apenas una curiosidad que nace desde la academia, incluso existen claros vacíos jurídicos en situaciones donde el imputado debe expresar legalmente su voluntad, como la aceptación de la imputación; lograr preacuerdos etc. (Vallejo, 2017)

Por otro lado, la sentencia C- 330 de 2013, señala que no existe regulación integral legislativa sobre la vinculación de las personas con discapacidad cognitiva al proceso penal.

En tanto al contenido normativo, encontramos que en el artículo 344 inc. 2, de la ley 906 de 2004, rezando que cuando la defensa quiera hacer uso de la inimputabilidad o cualquiera de sus variantes entregara a la fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

Igualmente, el artículo 452 de la misma legislación, establece que si la razón de la decisión fuera de inimputabilidad, el juez dispondrá provisionalmente la medida de seguridad apropiada mientras se profiere el respectivo fallo.

De lo anterior se hace necesario que desde la academia, se vire la mirada hacia dichos vacíos, con la finalidad de generar evolución normativa que garantice la protección de derechos a sujetos de especial atención; así entonces, los objetivos propuestos en esta investigación más allá de evidenciar la falencia estructural en el proceso penal, es edificar elementos suficientes que soporten un proyecto de ley que incluya con claridad el procedimiento a seguir cuando el sujeto activo tiene una discapacidad cognitiva absoluta o afincar criterios suficientes para una demanda de inconstitucionalidad.

Desarrollo

Como se había expresado en acápites anteriores, la metodología utilizada es de tipo cualitativo, concretándonos en diseños de investigación-acción, pues su finalidad es resolver problemas cotidianos e inmediatos en tres fases: observar para construir un bosquejo del problema y recolectar datos; pensar para analizar e interpretar; y actuar para resolver problemas e interpretar mejoras (Salgado, 2007).

Nuestra investigación se encuentra por consiguiente en la primera fase, en la que estamos recolectando datos, o, dicho de otra forma, estamos en el momento exploratorio, en la medida en que se está haciendo un rastreo de las legislaciones de algunos países de Latinoamérica, como España, Perú, México, Chile, Costa Rica y Paraguay, para verificar si existe regulación especial de la forma como se debe procesar penalmente a personas con discapacidad cognitiva absoluta y con ello obtener un mayor sustento teórico al respecto.

Dicho rastreo no fue fácil, ya que existe poca o nula regulación sobre el tema de interés, evidenciándose la falta de compromiso de los países en el



cumplimiento de la Convención de las personas con discapacidad (CDPD), y que ha sido integrada a los ordenamientos internos a través de normas constitucionales, lo cual los obliga a adoptar modelos que rompan las barreras existentes judicialmente que les impide el pleno ejercicio de sus derechos.

Teniendo en cuenta lo anterior, expondremos los datos recolectados más relevantes de la normatividad de los países ya mencionados, evidenciándose que no se está tomando las medidas pertinentes y efectivas para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad cognitiva, tal y como lo exige la CDPD.

CHILE

La Constitución Política de la República de Santiago de Chile, garantiza a todas las personas igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Esta garantía constitucional se plasma en el concepto de acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás, asegurando a

cualquier persona el derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales en condiciones de igualdad tanto en el acceso físico a estos, como a la información para el adecuado resguardo de sus derechos. Además, garantiza que la ley determinará los medios para brindar defensa jurídica a quien no pueda procurársela por sí mismo.

Teniendo en cuenta el derecho a la igualdad que está consagrado en el artículo 19 de la constitución chilena, se despliega una serie de garantías con respecto de las personas con discapacidad, y es que estas tienen los mismos derechos para acceder a la justicia, y de ninguna manera la autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. De igual manera, el acompañamiento en todo el proceso judicial con personas capacitadas profesionalmente, que velarán por garantizar un debido proceso, conforme a la discapacidad y necesidad del usuario.

Asimismo, la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad, en su artículo 13 contempla el derecho de acceso a la justicia, para lo cual dispone que:

1. “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igual condiciones con las demás, mediante ajustes de procedimiento para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, de igual manera incluirlos como testigos, y hacer parte en todas las etapas del proceso.”
2. “Los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.”

Junto con lo dispuesto en la Constitución Política de la República, la Convención viene a complementar el concepto de acceso a la justicia, sumando a ello, la noción de ajustes razonables en los procedimientos, incluyendo etapas preparatorias, con lo cual se entiende que estos ajustes no sólo involucran a los tribunales o el Poder Judicial, sino también a otras instancias, como el Ministerio Público, las Defensorías y las policías.

La Ley N°20.422, no trata directamente el concepto de acceso a la justicia, pero se desprende algunas disposiciones contenidas en el Título VI de las Acciones Especiales, como el artículo 59 inciso 2°, que señala que, “si comparecieren personas con discapacidad sensorial, el tribunal deberá realizar los ajustes necesarios que permitan a estas personas comunicarse y acceder a los antecedentes del proceso, de manera que se garanticen adecuadamente sus derechos.” A lo anterior, debe hacerse aplicable los demás conceptos, como la accesibilidad universal, el diseño universal y los principios tanto de ella como de la Convención, referidos principalmente a la igualdad y no discriminación.

En este sentido, en el ámbito de acceso a la justicia se han definido los siguientes lineamientos estratégicos:

- a. Promover y difundir los derechos de las personas con discapacidad.
- b. Promover la formación y capacitación en materia de discapacidad, de los funcionarios y magistrados de la administración de justicia, con pleno respeto a la autonomía de dicho Poder del Estado.
- c. Procurar que se generen las adecuaciones a los procedimientos y la ges-



tión de la administración de la justicia, a efectos de resguardar su accesibilidad para cualquier persona con discapacidad.

- d. Fomentar el desarrollo de conocimiento jurídico en materia de derecho y discapacidad, apuntando hacia el respeto efectivo de la autonomía e independencia de las personas con discapacidad.

Según la investigación de SENADIS, se debe de hacer una adecuación normativa en el ámbito de los acuerdos y convenciones internacionales que Chile ha suscrito en materia de derechos humanos, ya que, demandan al país en la adecuación de los instrumentos legales y administrativos internos, por ende, se pide cumplir con los estándares internacionales, y por medio de esto garantizar y resguardar el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

MÉXICO

El Estado de México ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, en donde una de las obligaciones principales (Artículo 13), es que los Estados parte, asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso, mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, es decir que se obligan a la adecuación de carácter tanto

legislativo como administrativo y judicial para efectivizar los derechos de dichas personas. (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006)

Es importante determinar que, las discapacidades psicosociales son consideradas por la psiquiatría como trastornos mentales graves y las discapacidades intelectuales son aquellas en las que la persona tiene limitaciones cognitivo-conductuales, son un conjunto de condiciones de vida en las que, desde el enfoque médico-asistencialista, se restringe el ejercicio de la capacidad jurídica al considerar, a quienes viven con éstas, no aptas para tomar decisiones por sí mismas. (CIERRA, 2018).

El Estado Mexicano estableció, en el código nacional de procedimientos penales, en el Título II capítulo I, los principios del procedimiento en su artículo 10, que regula el Principio de igualdad ante la ley:

“...Todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa. No se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas. Las autoridades velarán por que las personas en las condiciones o circunstancias señaladas en el párrafo anterior, sean atendidas a fin de garantizar la igualdad sobre la base de la equidad en el ejercicio de sus derechos. En el caso de las personas con discapacidad, deberán preverse ajustes razonables al procedimiento...”

Desde el año 2017, se creó un convenio entre el Tribunal de Justicia de la Ciudad de México y Documenta A.C. (documenta análisis y acción para la justicia social) que es una organización civil fundada en febrero de 2010 no lucrativa. Su sede se encuentra en la Ciudad de México y su ámbito de acción abarca todo el país. Documenta está formada por un grupo de jóvenes mexicanos interesados en fortalecer el respeto y protección de los derechos humanos en México, pues son conscientes de la importancia de abogar por la justicia social desde distintos frentes, y juegan un rol central en los procesos de transformación social y política. Abogan también por proponer ajustes razonables al procedimiento, donde se les permita que participen cuando en el proceso penal haya una persona acusada de algún delito y ésta es declarada inimputable.

La declaración de inimputabilidad es un concepto jurídico arbitrario que supone que una persona con limitaciones cognitivas o diagnosticada con un trastorno mental, no tiene la capacidad de querer ni comprender las implicaciones de un acto. Para determinarla, se requiere de un peritaje psiquiátrico. (CIERRA, 2018).



La organización DOCUMENTA A.C ha realizado diversos estudios e investigaciones con el fin de que se demuestre que el sistema penal en México es un sistema discriminatorio con las personas con discapacidad psicosocial:

“...No sólo eso, una vez en el sistema su condición es especialmente vulnerable, tanto por los estereotipos y prejuicios como por la falta de una adecuada capacitación de los actores involucrados en el sistema de justicia penal: policías, agentes del ministerio público, defensores, jueces, custodios y funcionarios en general. A los prejuicios y a la falta de capacitación, hay que sumar la existencia de una legislación penal discriminatoria que considera a las personas con discapacidad psicosocial e intelectual como “incapaces” de ser responsables, manejar sus propios asuntos y tomar decisiones sobre su vida.⁴ Así, cuando a una persona con discapacidad psicosocial y/o intelectual se le acusa de haber cometido un delito, puede ser detenida, procesada y sentenciada como inimputable, es decir, un individuo que al momento de cometer el hecho no tiene “[...] la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado”.

Entonces se establece que, bajo esta perspectiva, se justifica la vulneración constante de los derechos de estas personas especialmente el derecho a la igualdad, el derecho al debido proceso y el acceso a la justicia, sin olvidar que, bajo los esquemas médicos, una discapacidad es una enfermedad, que se debe tratar con rehabilitaciones para lograr adaptación a la sociedad y no una sanción penal.

Estudios que ha realizado esta organización establecen que grana porcentaje de población penitenciaria tienen padecimientos mentales, fueron declarados inimputables, pero aun así cumplen una pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

El gobierno federal cuenta con una institución especializada llamada el Centro Federal de Rehabilitación Psicosocial en el cual, a octubre de 2015, se registró un total de 329 internos, de los cuales sólo 67 presentaban alguna discapacidad psicosocial o habían sido declarados inimputables (Vera, 2016).

La declaración de inimputabilidad se traduce en la pérdida de la capacidad jurídica del acusado. Lo anterior da cuenta de que en la legislación actual se sigue confundiendo la capacidad mental (la aptitud de una persona para adoptar decisiones) con el concepto de capacidad jurídica (que es aquella de ser titular de derechos y obligaciones y de poder ejercerlos).

Esta confusión tiene como principal consecuencia que cuando se considera que una persona tiene una “aptitud deficiente” para adoptar decisiones, como resultado de una discapacidad intelectual o psicosocial, se le anula su capacidad jurídica, se le impide su participación en el juicio y la misma queda restringida a los actos de un tercero (Vera, 2016).

ESPAÑA

Según la legislación española, para que alguien pueda ser considerado imputable, no basta con que la conducta desplegada por este individuo, sea típica y antijurídica, sino que, además se requiere que, al momento de su comisión, el individuo haya tenido la capacidad de autodeterminarse y que, además, dicho comportamiento delictivo, sea controlable por su voluntad. De manera que, si la conducta en cuestión no reúne estos requisitos, ya no se configuraría como un delito sino como un injusto penal. Es decir, un comportamiento humano típico y antijurídico, pero no culpable, ya que esta persona, no tuvo la capacidad de comprender, entender, ni valorar su conducta, ni tampoco, de comportarse de manera acorde al ordenamiento jurídico.

Es por ello que el legislador español, en los artículos 19 y 20 del Código Penal (Ley Orgánica 10 de 1995), estableció las “...causas que eximen de la responsabilidad criminal” y básicamente, estableció cuatro modalidades diferentes de inimputabilidad: las anomalías o alteraciones psíquicas, las alteraciones en la percepción, la intoxicación plena por drogas y el síndrome de abstinencia derivado de la dependencia de drogas, todo esto, teniendo en cuenta que hay situaciones en las cuales las personas no contarán con ese elemento intelectual o cognitivo, ni con el elemento volitivo, los cuales son indispensables para que la conducta se configure como un delito.

Cuando se presentan estas situaciones, el derecho penal establece que a estas personas se les debe declarar inimputables y aunque la sanción no con-



sista en una pena, sí se les aplicará un régimen especial que consistirá en una medida de seguridad; de manera que la inimputabilidad, siempre exigirá que las funciones psíquicas y cognitivas del individuo, hayan estado alteradas o perturbadas, al momento de cometer el injusto penal.

Históricamente en el sistema penal español, las personas con trastorno mental a las que se les imponía la medida de seguridad de internamiento, permanecían indefinidamente privadas de su libertad, en ocasiones en virtud de la comisión de pequeños delitos. Una situación muy grave, entendiéndose que estas personas debían permanecer sometidas vitaliciamente a una medida de seguridad que, en la mayoría de los casos, no cumplía con los fines de curatela y rehabilitación, sino que, por el contrario, empeoraba los problemas psíquicos y cognitivos de estas personas. Afortunadamente, esta situación empezó a cambiar con la expedición del actual Código Penal de 1995, el cual estableció un límite objetivo a la duración de las medidas de seguridad. Por otra parte, la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, ratificada por España en el año 2008, obliga a los Estados suscritos, a adoptar las medidas necesarias para garantizar la efectiva protección de los derechos y garantías fundamentales de las personas con discapacidad cognitiva, especialmente en lo relacionado al debido proceso.

A partir de esta convención, se han venido realizando unas reformas en España, con el objetivo de brindarle una mayor celeridad a los procesos penales en los que se vean involucradas las personas con algún tipo de discapacidad cognitiva y de esta manera, no someterlas al agotamiento de todas las etapas del proceso penal ordinario. Sin embargo, en el año 2014 fue presentado un proyecto de ley de modificación del Código Penal por parte del entonces Ministro de Justicia; Alberto Ruiz-Gallardón, el cual generó un fuerte rechazo por parte de los principales juristas y profesionales de la salud del país ibérico.

Básicamente, este proyecto de ley, permitiría la posibilidad de privar de la libertad indefinidamente a las personas con algún tipo de enfermedad mental, es decir, que una vez cumplida la medida de seguridad (la cual no podía ser superior a 5 años), el juez la podría prorrogar por periodos sucesivos de cinco años sin límite, si lo creyera oportuno, por lo cual esta decisión estaría en manos del juez y no del psiquiatra u otro profesional de la salud. Dichas medidas propuestas por aquel Gobierno, evidentemente violaban de manera abierta los derechos y libertades de las personas que padecen algún trastorno men-

tal. Además de ello, dicho proyecto también fue fuertemente criticado por no contar con una base científica que respaldara la idoneidad y la necesidad, de adoptar dichas medidas. Junto a este proyecto de ley, existen otros que aún están pendientes de ser debatidos y aprobados por parte de las Cortes Generales del poder legislativo, las cuales se componen del Congreso de los Diputados o Cámara Baja, y del Senado, o Cámara Alta.

Identificar la existencia de estas circunstancias personales es una responsabilidad común compartida por todos los operadores jurídicos, ya sean miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, funcionarios de la administración de justicia, o letrados; es también necesario que todos se adapten a estas circunstancias de modo que se pueda alcanzar una mayor igualdad en el sistema.

Pero de lo que no hay duda es que el papel del abogado ha sido y es fundamental en estos casos, su intervención cobra una importancia enorme a la hora de evitar la merma de derechos que muchas de estas personas hayan podido sufrir de manera involuntaria, en la mayoría de los casos debido al desconocimiento de su discapacidad o a una excesiva formalidad en las rutinas procesales. Nuestro compromiso como abogados es continuo y reconocido socialmente, pero cualquier actuación con relevancia procesal que implique a una persona con alteración cognitiva, nos exige un esfuerzo adicional: son necesarios apoyos adicionales para que no se vulneren sus derechos, y el sistema funcione de manera óptima y esencialmente justa.

Cuando el sujeto inmerso en un procedimiento, particularmente un procedimiento penal, tiene alguna discapacidad, sea física, psíquica o sensorial, ha de ser tratada y considerada como persona de especial sensibilidad y cuestiones que pueden parecer inofensivas, y que nos pasan inadvertidas -como el lenguaje excesivamente técnico que se utiliza en los juzgados, la rigurosidad de las vistas-, posicionan a las personas con discapacidad en una situación de fragilidad frente al sistema.

Los datos sobre personas con discapacidad intelectual que cumplen penas privativas de libertad en centros penitenciarios españoles, son graves y elocuentes. Según los ficheros de datos del proyecto REHABILITARE X1 el 69,57% de las personas registradas, que cumplen penas privativas de libertad, no tienen señalada en su sentencia la condición de discapacidad.



Estos datos, demuestran el fracaso de un sistema que a lo largo del proceso penal no ha llegado a identificar la existencia de una alteración cognitiva, o que, determinada aquella, no ha encontrado mejor respuesta para la persona que, desde esa condición, ha participado en la comisión de un delito, que la imposición de penas o medidas de seguridad privativas de libertad.

COSTA RICA

Es importante recalcar la calidad del concepto de culpabilidad como idea básica para desarrollar el tema de inimputabilidad dentro del marco jurídico de cada país, por lo tanto, a groso modo vale precisar, cuál es el término de la culpabilidad en el plano jurídico costarricense, y no es más que los conceptos, básicamente generales, en los que abundan la mayoría de los temas de la culpabilidad: la capacidad de conocer el reproche jurídico, la aceptación de la conducta y que pueda motivarse de acuerdo a ese conocimiento. Por lo tanto, es pertinente resaltar que algunos de los doctrinantes más importantes del país, los cuales han aportado fundamentales conceptos acerca del tema han dicho que en el conjunto de requisitos que reúne la inimputabilidad, están sujetos aspectos psicológicos, los cuales son exigidos por la legislación penal vigente, esto, a su vez, son factores para determinar que la persona tenía la capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho, sin embargo, también se ha sostenido que dentro de esa comprensión del hecho, existe la capacidad de que el sujeto tenga una línea de bagaje entre la voluntad para decidir qué es y qué no es lo jurídicamente correcto en cuanto a lo que se refiere a voluntad.

El artículo 42 del Código Penal de Costa Rica indica que “Es inimputable quien, en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea esta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes”

Por lo tanto, en lo que refiere a la regulación de la forma como se debe procesar a las personas que tengan una discapacidad cognitiva absoluta, se limita a definir el concepto de la inimputabilidad, la cual, como se ha venido mencionando, es determinada por esa capacidad de comprender el hecho. En el artículo 43 del mismo código dice que “Se considera que actúa con imputabi-

lidad disminuida quien, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, no posea sino incompletamente, en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión” A lo cual, se agrega un término diferenciador el cual es llamado como una inimputabilidad disminuida la que en el momento del hecho o de su omisión, el conocimiento de la acción fuese incompleta.

Por tanto, es relevante decir que, en el ámbito jurídico, la doctrina y la normatividad, también hacen referencia a los presupuestos psicológicos y psiquiátricos de la persona, para determinar una causa de inimputabilidad, con lo cual se han acercado a términos como “ trastorno mental transitorio” en lo que se refiere al punto de vista legal y específico para determinar el acto o el accionar de un sujeto, a causa de esto, la legislación nos indica que dentro de sus requisitos de inimputabilidad, encasillan dos conceptos de los cuales ya la mencionada construcción jurídica ha hecho uso, en primer lugar, ese estudio o esa acreditación patológica que debe tener el sujeto para que afecte de forma permanente la capacidad de comprender el carácter ilícito de los actos, y, por otro lado, esa capacidad que solo afecte las facultades de forma temporal, por lo cual se tomaría la posición de inimputabilidad disminuida.

Finalmente, cuando un autor del delito se declare inimputable, o bajo una inimputabilidad disminuida, el juez le ordenara una medida de seguridad, lo cual a simple vista parece un sistema penal dualista pues acompañado de la pena se interpone medidas de seguridad, toda vez que con la imposición de la pena, se está aceptando al sujeto como autor de una conducta delictiva, por tanto reprochable y, por consiguiente, la protección del juez al prever el riesgo o el daño futuro que se pudiese ocasionar.

PERÚ

Actualmente en el código de procedimiento penal peruano, cuando una persona con discapacidad cognitiva comete un delito, el Juez ordenará por considerar el estado de inimputabilidad, la práctica de un examen por un perito especializado y una vez tenga el informe pericial, previa audiencia, deberá estimar la inimputabilidad del procesado y dictará la resolución correspondiente para ser remitido a un internamiento. Según el Artículo 74 del Código penal la internación “consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en



un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia. Sólo podrá disponerse la internación cuando concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves”

Cabe destacar la efectividad del legislador al crear el código penal, ya que se anticipa creando el Artículo 75 del Código de procedimiento penal donde señala (...) Si después de cometido el delito, la persona sufre de una anomalía psíquica, el Juez deberá realizar un examen donde se evalué su afectación psíquica, señalando fecha y hora para realizar la audiencia, y si se determina que el imputado efectivamente tiene una afectación mental que le impide continuar con el proceso, se suspenderá hasta que el tratamiento de la dolencia haga posible reiniciarlo. Si fuere necesario, ordenará su internamiento en un centro hospitalario especializado, y esta suspensión impedirá la declaración del imputado, lo que, a su vez, brinda la seguridad de no ser vinculado a un proceso donde muy seguramente no va a comprender, se va a evitar el desgaste del aparato jurisdiccional y va a brindar una solución de carácter especial de acuerdo a sus discapacidades, protegiendo no solo su vida si no la de los demás.

PARAGUAY

Es importante determinar, que en Paraguay se considera la discapacidad cognitiva, como la alteración o deficiencia en el sistema neuronal de una persona, que aunado a una sucesión de hechos que no puede manejar, detona un cambio en su comportamiento que dificulta su pleno desarrollo y convivencia social (diversidad funcional), y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (Euro social , Ministerio de Justicia , 2014)

Según el código penal de este país, su artículo 23 regula que: no es reprochable el que, en el momento de la acción u omisión, por causa de trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, fuera incapaz de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento. (Paraguay, 1997)

Cuando por las razones señaladas en el inciso anterior el autor haya obrado con una considerable disminución de su capacidad de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a este conocimiento, la pena será atenuada con arreglo al artículo 67. (Paraguay, 1997)

De acuerdo a lo anterior, la ley paraguaya se acoge al siguiente proceso para las garantías procesales:

El paciente tendrá derecho a designar a un defensor para que lo represente en su calidad de paciente, incluso para que lo represente en todo procedimiento de queja o apelación. Si el paciente no obtiene esos servicios, se pondrá a su disposición un defensor sin cargo alguno en la medida en que el paciente carezca de medios suficientes para pagar. (OEA , 1991)

Si es necesario, el paciente tendrá derecho a la asistencia de un intérprete. Cuando tales servicios sean necesarios y el paciente no los obtenga, se le facilitarán sin cargo alguno en la medida en que el paciente carezca de medios suficientes para pagar. (OEA , 1991)

El paciente y su defensor podrán solicitar y presentar en cualquier audiencia un dictamen independiente sobre su salud mental y cualesquiera otros informes y pruebas orales, escritas y de otra índole que sean pertinentes y admisibles. (OEA , 1991)

Se proporcionarán al paciente y a su defensor copias del expediente del paciente y de todo informe o documento que deba presentarse, salvo en casos especiales en que se considere que la revelación de determinadas informaciones perjudicaría gravemente la salud del paciente o pondría en peligro la seguridad de terceros. Conforme lo prescriba la legislación nacional, todo documento que no se proporcione al paciente deberá proporcionarse al representante personal y al defensor del paciente, siempre que pueda hacerse con carácter confidencial. Cuando no se comunique al paciente cualquier parte de un documento, se informará de ello al paciente o a su defensor, así como de las razones de esa decisión, que estará sujeta a revisión judicial. (OEA , 1991)

El paciente y su representante personal y defensor tendrán derecho a asistir personalmente a la audiencia y a participar y ser oídos en ella.



Si el paciente o su representante personal o defensor solicitan la presencia de una determinada persona en la audiencia, se admitirá a esa persona a menos que se considere que su presencia perjudicará gravemente la salud del paciente o pondrá en peligro la seguridad de terceros. (OEA , 1991)

En toda decisión relativa a si la audiencia o cualquier parte de ella será pública o privada y si podrá informarse públicamente de ella, se tendrán en plena consideración los deseos del paciente, la necesidad de respetar su vida privada y la de otras personas y la necesidad de impedir que se cause un perjuicio grave a la salud del paciente o de no poner en peligro la seguridad de terceros. (OEA , 1991)

La decisión adoptada en una audiencia y las razones de ella se expresarán por escrito. Se proporcionarán copias al paciente y a su representante personal y defensor. Al determinar si la decisión se publicará en todo o en parte, se tendrán en plena consideración los deseos del paciente, la necesidad de respetar su vida privada y la de otras personas, el interés público en la administración abierta de la justicia y la necesidad de impedir que se cause un perjuicio grave a la salud del paciente y de no poner en peligro la seguridad de terceros. (OEA , 1991)

Responsabilidad penal para adolescentes

Para determinar si el panorama cambiaba con relación a la forma de vinculación al proceso penal a los menores infractores, es que se realizó un rastreo, de las legislaciones de países como Paraguay, Uruguay, Argentina y España, evidenciándose que hay un gran vacío jurídico frente a este tema; incluso, se buscó jurisprudencia, con el fin de entender cómo hacen los jueces para juzgar o dictar sentencia frente a estos casos, pero infortunadamente no se encontró sentencias de este tipo.

Con todo lo anterior se tiene que, en esta primera fase de la investigación, se logró evidenciar que no existe un compromiso de los Estados, en regular de manera expresa y clara, cuál debe ser la forma como se lleva a cabo un proceso penal de personas que tengan discapacidad cognitiva, pero lo que resulta más preocupante, es cada vez, se ven enfrentados a barreras que les impiden ejercer y hacer valer sus derechos, como falta de capacitación de los funcionarios

judiciales en el tema, salas de audiencias inadecuados y poco dotadas, falta de intérpretes, entre muchas otras situaciones.

Es por ello que proponemos, como una posible solución al problema, una modificación a la legislación procesal penal vigente, en la que se ajuste el procedimiento de manera tal, que no se tenga que agotar todas las etapas procesales, con la única finalidad de que el juez de conocimiento declare la inimputabilidad, por lo tanto, y la culminar las otras dos fases de la presente investigación, es que se analizará qué puede ser más eficaz, si la presentación de una demanda de inconstitucionalidad parcial de los artículos de la ley 906 de 2004, que hacen referencia a la inimputabilidad, o elaborar un proyecto de ley para que se regule de manera expresa, un procedimiento penal especial, ajustado a la Constitución y a la Convención de Derechos de las personas con discapacidad cognitiva.

Conclusiones

Todos los estados están en la obligación de garantizar y proteger los derechos de las personas que tengan discapacidad cognitiva, más aún en lo respecta a su vinculación a un proceso penal, pero infortunadamente, han sido totalmente vulnerados sus derechos, debido a la falta de regulación sobre la materia.

El hecho de no existir un procedimiento especial para ellos, hace que se les aplique sin consideración alguna, la ley 906 de 2004, sometiéndola a un proceso penal, que no va a entender, en el que se deben agotar todas las etapas, para poder llegar a una declaratoria de inimputabilidad por parte del juez, y ahí si podersele dar el trato diferenciador, pero únicamente en la aplicación de la medida de seguridad, es decir, solo se les trata diferente cuando un juez de la República lo declara como inimputable, antes no.

A través del rastreo en algunas legislaciones penales de Latinoamérica, es que se detectó que la mayoría de estados, incluyendo el colombiano, han ratificado la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual exige específicamente en su artículo 14, la realización de ajustes razonables para garantizarles un debido proceso a las personas con este tipo de condición y que fueron definidos como: modificaciones y adaptaciones necesarias y ade-



cuadas, para evitar que se les imponga cargas desproporcionadas o indebidas cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (Convención de los Derechos de las personas con discapacidad, 2009).

La falta de regulación al respecto, como también la falta de capacitación de los actores del proceso penal, hace que se de una grave violación de sus derechos y el consecuente incumplimiento de la Convención Internacional; por lo que la demanda de inconstitucionalidad o la presentación del proyecto de Ley, que se pretenden presentar como respuesta al problema planteado en la investigación que los semilleros están adelantando, va a permitir materializar realmente los postulados de la Convención a la que hemos venido haciendo referencia.

Referencias bibliográficas

- Araujo, J. (2010). El recurso de amparo en la segunda república española (1931-1936) y la posterior guerra civil (1936-1939). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (14), 323-346. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3331583.pdf>
- Alagia, A., Slokar, A. y Zaffaroni, E. (2005). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.
- ALFA. (s.f.). Obtenido de Asociación latinoamericana de facilitadores: <http://alfa-facilitadores.org/alfa/#Flags>
- Agudelo, N. (2000). *La estructura del delito en el Código Penal*. Medellín, Colombia: Nuevo Foro.
- Bartolomé, M. y Roca, M. (2009). *Intervención Penitenciaria con discapacitados intelectuales. El módulo de discapacitados del Centro Penitenciario de Segovia*. *Documentos Penitenciarios*, (8), 1-97.
- Bernard, E., Ibern, I., Martínez, M., Sanjuan, A. y Valdivieso, S. (2015). *Estudio comparativo de la calidad de vida de los discapacitados intelectua-*

les y del desarrollo en los centros penitenciarios de Cataluña. Ayudas a la Investigación 2014. Cataluña, España: Centro de formación Jurídica y formación especializada. Recuperado de <http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/Bernad-et-al.-2015-DISCAPACITATS.pdf>

Bueno, L. (2007). Las personas con discapacidad en el medio penitenciario en España. Madrid, España: CINCA.

Bustos, J. M. (1994). De Derecho Penal. Parte general. Barcelona, España: E. PPU.

Cabezas, A. (2006). Guía práctica sobre la incapacidad judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas con discapacidad: La modificación de la capacidad de obrar Madrid, España: Fundación Jinniense de Tutela. Recuperado de http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/1212/Inf_CabezasMoyanoA_Guiapracticasobrelaincapacidadjudicial_2007.pdf?sequence=1

Cabrera, P. (2002). Cárcel y exclusión. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 35, 83-120. Recuperado de www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/.../35/Rev35.pdf

Camargo, x. (2009). Régimen de privación de la libertad en el sistema penal acusatorio. Bogotá, Colombia: Corporación Universitaria Republicana.

Cermi. (2008). Las personas con discapacidad en el medio penitenciario en España. Madrid, España: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Recuperado de http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/portal_social/archives/cermi001/7.dir/cermi0017.pdf

Cierra, V. L. (2018). DISCAPACIDAD Y JUSTICIA. Obtenido de <https://documenta.org.mx/blog-documenta/2018/04/10/acceso-a-la-justicia-de-personas-con-discapacidad/>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1994). Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Socia-



les y Culturales para países de América Latina y el Caribe (1989-2004). Santiago, Chile: UNDP y OHCHR. Recuperado de www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf

Congreso de la República de Colombia. (10 de julio de 2007). Ley 1145, Ley Nacional del Sistema Nacional de Discapacidad. DO: 46.685.

Congreso de la República de Colombia. (2017). Proyecto de ley 248.

Congreso de la Nación Paraguay, (2001), Paraguay, código de infancia y adolescencia recuperado de <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/59808/101441/F1424950508/PRY59808.pdf>

Convención de los derechos del niño, Paraguay, recuperado de http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_ndeg_57-90_aprueba_y_ratifica_la_cdn-_pargauay.pdf

Corte Constitucional. (2008). Sentencia C-318. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2008). Sentencia C-1198. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-695. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. (2016). Sentencia C -469. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Díaz, N. (2008). Inimputabilidad y peligrosidad en el derecho penal contemporáneo. *Revista IterCriminis*, 3(4), 103-122. Recuperado de http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/8_inimputabilidad.pdf

De la Hoz, A. (2015). El control difuso de convencionalidad en la medida de aseguramiento de detención preventiva intramural. *Temas de defensa penal. Revista de la Defensoría Pública*, 73-97.

Documenta análisis y acción para la justicia social. (2010). Obtenido de <http://documenta.org.mx/quienes-somos/>

- Espinosa, J. (2013). El derecho a la libertad un derecho venido a menos. *Revista de la Defensoría pública*. 15, 63-270.
- Euro social, Ministerio de Justicia . (2014). *Protocolo de atención para el Acceso a la justicia de personas con Discapacidad* . Asuncion, Paraguay : Proyectos Editoriales S.A.
- Fernández, M. (2010). La opinión y debate La discapacidad mental o psicosocial y la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad. *Revista de derechos humanos – defensor*, 11, 10-17.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Fernández, J. (1989). *Derecho penal fundamental. Teoría general del delito y punibilidad*. Bogotá, Colombia: Temis.
- García, J. y Ramos, C. (2007). *Procesos de Exclusión e Inclusión. Investigaciones sobre la Diversidad Intelectual en el sistema penal-penitenciario*. En Libro de Actas de las IX Jornadas Científicas Internacionales de Investigación sobre Personas con Discapacidad. 1-11. Salamanca: Universidad de Salamanca. Recuperado de <http://cdjornadas-inico.usal.es/docs/353.pdf>
- Gómez, M. (2015). *Nuevos Retos Para El Derecho Internacional De Los Derechos Humanos: Protección De La Libertad Personal De Las Personas Con Discapacidad Mental*. *American University International Law Review*, 30(2), 213-248. Recuperado de <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1841&context=auilr>
- Gonzaga, L. (2012). *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*. *Estudios de Derecho*, 67(149), 115-136- Recuperado de <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/8630>
- Instituto Nacional de la Seguridad Social. (1994). *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*. Ministerio de Asuntos



Sociales. Madrid, España: Artegraf. Recuperado de <http://www.imserso-dependencia.csic.es/documentacion/biblioteca/registro.htm?.id=57954>

Londoño, H. (2003). La detención preventiva en las Jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001. Medellín.

<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/.../3132/>

Lopera, G. (2011). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. *Revista de derecho*, (2), 113-138.

Martí, J. (2010). Incapacidad en las personas mayores con demencia: mentiras y verdades. Recuperado de http://www.humanizar.es/fileadmin/documentos/EscuelaFamilia/Alzheimer_y_Dependencia/Mentiras_y_verdades_sobre_la_capacidad_de_las_personas_mayores_con_demencia.pdf

Ministerio del Interior de España. (2006). Comisión de estudio sobre el abordaje de los internos con discapacidades intelectuales, físicas o sensoriales. *Documentos Penitenciarios*, (5), 4-58. Recuperado de http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Documento_Penitenciario_5.pdf

OEA . (17 de 12 de 1991). comision internacional de derechos humanos . Obtenido de <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/principiosproteccionmental.htm>

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2007). Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal. Nueva York, Estados Unidos: ONU.

Palacios, A. y Baffiri, F.: (2007). La discapacidad como una cuestión de derechos humanos (1ª ed.). Madrid, España: Cinca.

Paraguay, C. d. (1997). Código penal de Paraguay. Asunción, Paraguay.

Pedraza, M. (2010). La detención preventiva en el sistema acusatorio. Bogotá, Colombia: ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25716.pdf>

Pérez, R. (2015). Las medidas de aseguramiento privativas de libertad: una revisión para las personas con trastorno mental con base patológica permanente. *Revista IURIS*, 17, 121-139. Recuperado de <http://revistas.cecar.edu.co/iuris/article/download/138/129>

Ríos, J. (2013). Condiciones de inclusión de la discapacidad frente a las barreras arquitectónicas, el reto: la inclusión. *Revista Universidad La Gran Colombia*, 19, 38-50. Bogotá, D.C.: Recuperado de <http://revistas.ugca.edu.co/files/journals/3/articles/89/public/89-666-1-PB.pdf>

Robayo, F. (2013). La detención preventiva, excepción o regla en el actual proceso penal. Artículo de revisión temática para optar al título de Maestría en Procedimiento Penal (Tesis de maestría). Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/10539/1/RobayoCastilloFiladelfo2013.pdf>

Rojas. (2013). La inimputabilidad y el tratamiento del disminuido psíquico en el proceso penal. *Revista de derecho penal y criminología*, (97), 43-67. Recuperado de <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/4272>

Reviriego, P. (2009). Centros penitenciarios y personas con discapacidad: Correctional Facilities and Disabled Persons Centres pénitentiaires et handicapés. *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, 38(109), 281-305. Recuperado de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/665/609>

Soto, J. (SF). Capacidad jurídica y discapacidad a la luz de la convención de naciones unidas de derechos de las personas con discapacidad. Recuperado de http://www.era-comm.eu/UNCRPD/kiosk/speakers_contributions/111DV70/SOTO_pres_ES.pdf



- Sotomayor, J. (1996). Inimputabilidad y sistema penal. Editorial Temis.
- Stang, M. (2012). Las personas con discapacidad en América Latina: del reconocimiento jurídico a la desigualdad real. Serie Población y Desarrollo, 103, 1-84. Recuperado de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7135/S1100074_es.pdf
- Toboso, M. y Arnau, M. S. (2008). La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, 10(20), 64-94.
- Velásquez et al. (2013). Derecho penal y crítica al poder punitivo del estado: libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur.
- Vélez, L. (2012). Otra cara del sistema acusatorio colombiano: Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia.
- Vera, D. S. (2016). HACIA UN SISTEMA DE JUSTICIA INCLUYENTE. Printed and bound in Mexico. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/10/doctrina44244.pdf>
- Villanueva, C. (2011). Los derechos de las personas con discapacidad psicosocial o intelectual declaradas inimputables en un proceso penal. Una mirada a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Revista Derecho en Libertad, 121-136. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8EA1835440318B7905257C8D0073026A/\\$FILE/ddhh02.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8EA1835440318B7905257C8D0073026A/$FILE/ddhh02.pdf)
- Wehmeyer, M., Buntinx, W., Luckasson, R. y Lachapelle, Y. (2008). El constructo de discapacidad intelectual y su relación con el funcionamiento humano. Revista Española sobre discapacidad, 39(3), 5-18. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2791729>
- Zaffaroni, E. (1986). Manual de Derecho Penal Parte General. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Zaffaroni, E. (1990). Reincidencia. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160808_03.pdf

Zaffaroni, E., Slokar, A. y Alagia, A. (2002). El Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Los delitos informáticos virtuales en redes sociales y las medidas que ha tomado el Estado colombiano para garantizar la protección integral de los ciudadanos al año 2019

Olga Marcela Valencia Gómez¹, Mónica María Espejo Pérez²,
Paola Andrea Cano Ramírez³

Resumen

Esta investigación recopila la normatividad aplicable a los delitos informáticos virtuales en redes sociales en Colombia como el cyberbullying, el sexting, el ciberacoso, que son hackers; los medios probatorios electrónicos existentes, como es su manejo y cómo funciona la protección de datos en las redes sociales. Para ello se realizó un rastreo documental en bases de datos institucionales que permitió identificar la conceptualización de los delitos informáticos a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras Clave: cyberbullying, ciberdelitos, cracker, crimeware, exploit, hackers, hijacking, medios probatorios, normatividad cibernética, phishing, protección de datos, ransomware, redes sociales, sexting, vishing,

abstract

This research aims to show that it refers to virtual computer crimes in social networks in Colombia such as the cyberbullying, the sexting, the cyberbullying, which are hackers, which electronic evidentiary media exist, such as its management and how it works Data protection; In other words, it is intended to compile the current legislation at the national level in terms of virtuality, as well as the description of new cyber crimes in social networks.

1 Estudiante del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. E-mail:

2 Estudiante del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. E-mail: espejo.monica@gmail.com

3 Abogada, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Docente tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana. E-mail: pacano@americana.edu.co

Keywords: cyberbullying, cybercrime, cracker, crimeware, exploit, hackers, hijacking, evidentiary media, cyber regulations, phishing, data protection, ransomware, social networks, sexting, vishing,

Introducción

En la actualidad la tecnología forma parte de la cotidianidad lo que permite que la rutina diaria de las personas quede registrada en el ciberespacio lo que genera grandes problemas de seguridad a todos los niveles, ahora es posible conocer las preferencias en consumo, rutinas de movilidad, ingresos, gastos, ubicaciones, personas, personas con las que se relaciona, sitios que visita, datos personales y mucho más, es información muy valiosa que representa un gran peligro para todas las personas del territorio colombiano.

El Estado hasta el momento solamente ha regulado “el Habeas Data, que es el derecho que tiene toda persona para conocer, actualizar y rectificar toda aquella información que se relacione con ella y que se recopile o almacene en centrales de información” (serfinansa) y “La Ley 201 del 2012 o Ley Lleras 2.0, la ley nace y es aprobada como un compromiso de Colombia con Estados Unidos al aprobar el Tratado de libre Comercio su artículo 13, en el que se prohíbe la retransmisión de señales por Internet sin autorización del titular, es bastante polémico y evidencia que los que la aprobaron no tienen el conocimiento necesario de lo que es la convergencia digital. El principal reclamo de muchos expertos consistió en que, una vez presentada al Congreso, la ley Lleras 2.0 se aprobó en el tiempo récord de dos semanas, pasando por alto el impacto que puede tener en el desarrollo de la convergencia digital y la tecnología en el país. Ni usuarios ni asociaciones como Acis (Asociación Colombiana de Ingenieros de Sistemas) y la CCIT (Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones) y otras que pudieron haber aportado mucho fueron consultados. Se tenía o se tenía que aprobar en 15 días (Colombia.com), pero esto no es suficiente y se hace necesario garantizar la seguridad integral en el ciberespacio ya que cada vez estamos más conectados, un claro ejemplo de ello es el internet de las cosas donde se potencian objetos que antiguamente se conectaban mediante circuito cerrado, como comunicadores, cámaras, sensores, y demás, y les permite comunicarse globalmente mediante el uso de la red de redes, por lo tanto los elementos de la vida cotidiana van dejando huella en el ciberespacio de todas nuestras actividades diarias. (hipertextual)



Teniendo en cuenta que el big data se alimenta de la información suministrada por una gran variedad de fuentes de manera simultánea y existen muchas personas y empresas encargadas de hacer minería de datos, no tenemos la certeza del manejo ético que le den a ésta información que es altamente sensible y de caer en manos inadecuadas el nivel de peligrosidad es muy alto, se pueden facilitar muchos delitos tanto en el mundo físico como en el mundo virtual. Debido al fácil acceso a información sensible de las personas se hace susceptible a grandes niveles de inseguridad, fraudes, suplantaciones, seguimientos para secuestros y muchas nuevas modalidades de delitos apoyados en la información suministrada en el ciberespacio. Los lineamientos que se establezcan deberán propender por salvaguardar los derechos humanos y los valores fundamentales de los individuos, incluida la libertad de expresión, el libre flujo de información, la confidencialidad, las comunicaciones, la protección de los datos personales, la privacidad y garantizar un entorno digital seguro.

Lo anterior teniendo en cuenta creciente uso del entorno digital en Colombia para desarrollar actividades económicas y sociales, acarrea incertidumbres y riesgos inherentes de seguridad digital que deben ser gestionados permanentemente. Es imperativamente necesario que el estado colombiano defina los lineamientos sobre la seguridad de la protección de datos digitales de las personas residentes en Colombia, esto debe ser coordinación del marco legal y regulatorio con las necesidades en materia de prevención, detección, atención e investigación de delitos cibernéticos y cibercrímenes, que utilicen el entorno digital como medio o como recurso de información para delinquir en el mundo físico o virtual.

Noción y el alcance de los delitos informáticos en redes sociales

Antes de entrar en materia de delitos informáticos, es menester determinar qué son las redes sociales, cómo operan, para qué se utilizan y qué tipo de usuarios interactúan en ellas.

El Observatorio Nacional de Telecomunicaciones define las redes sociales como:

Un sitio en la red cuya finalidad es permitir a los usuarios relacionarse, comunicarse, compartir contenido y crear comunidades, o como una herramienta de democratización de la información que transforma a las personas en receptores y en productores de contenidos.

Las redes sociales tienen entonces dos tipologías las directas en las cuales el usuario crea un perfil y lo administra de acuerdo con la finalidad de la red social entre estas encontramos redes sociales como Facebook, Tango, Twiter, Whatsapp, entre otras, redes laborales y de empleo como LinkedIn, de entretenimiento como Youtube, Vimeo, Calameo etc, mientras que las indirectas son aquellas en las cuales el usuario no posee o crea un perfil visible.

De lo anterior se infiere que en el manejo de las redes sociales responden al principio de igualdad y autonomía de los usuarios, pero en cierta parte estos principios se ven vulnerados por otros usuarios, empresas y delincuentes que los limitan, restringen y corrompen.

Ahora bien, las redes sociales por la autonomía individual de sus usuarios se construyen con datos personales de sus usuarios, y aunque estos los suban libremente, ello no implica que estos puedan ser utilizados indiscriminadamente por las empresas u otros usuarios, y la ley protege esos datos, a las personas y al patrimonio de las mismas.

El término Delito informático fue acuñado por primera vez por el Grupo de Lyon (Francia) en la década de los noventa para describir todo tipo de delitos que fuesen cometidos por o a través de las redes de telecomunicaciones, estos delitos atacan contra la confidencialidad, la integridad, la disponibilidad y manejo de los datos y sistemas y bases de datos informáticos.

Dada su condición de virtualidad con una arquitectura de red descentralizada, el delito cibernético no siempre se desarrolla en un solo país convirtiéndose así en un delito transnacional, que no solo afecta la vida, la seguridad y los bienes de las personas de una ciudad, sino que afecta a regiones y hasta varios países al mismo tiempo, de ahí que su protección, castigo y persecución deba ser un esfuerzo combinado de fuerzas policiales y de inteligencia no solo en el ámbito nacional sino también a nivel mundial; y aun cuando este tipo de delito afecta a personas de diferentes países, su combate ofrece grandes dificultades para su investigación el principal de ellos es el manejo del principio

de soberanía nacional de cada país, gracias al cual para ejercer una investigación de un delito en territorio extranjero se requiere del permiso y anuencia de las autoridades locales, invocando para tal el principio de cooperación de los Estados afectados.

Otra de las mayores problemáticas que enfrenta este tipo de delito incide en la temporalidad y la simultaneidad de las redes cibernéticas, ya que es posible, tanto en tiempo como en espacio que miles de personas sean víctimas de un ataque cibernético en cuestión de segundos, tan solo con dar un simple click a sus computadores, celulares o cualquier otro dispositivo en red.

En cuanto a Latinoamérica el primer país en constituir legislación en materia del delito cibernético fue Chile que en 1993 promulgó la ley en el Derecho Penal Informático.

Disposiciones legales, jurisprudencia y doctrina frente a los delitos virtuales en redes sociales

Legislación mundial sobre el ciberespacio

En conceptos de Toffler (1980) sobre la evolución de la sociedad se menciona que si bien desde el origen de la humanidad hasta la época van más de 800 generaciones y que el avance de las últimas diez generaciones ha sido equiparable al de las setecientas anteriores.

Acorde al desarrollo tecnológico debe ir el desarrollo de la normatividad legal, se la aparición de una realidad alterna a la que comúnmente se ve y se palpa, esta es una realidad virtual, un mundo donde todo se conecta entre sí, pero también surgen nuevos peligros, nuevos delitos, nuevas formas de victimización y de vulneración de derechos; por dicha razón el mundo entero ha tenido que empezar a legislar sobre el tema.

Si bien todos los países han tenido que ajustar su sistema legal a esta nueva realidad virtual, también es cierto que hay países que van mucho más adelante que otros en este tema tales como España, Francia, Estados Unidos, Rusia, Japón, y en general los países asiáticos.

En medio de estas legislaciones surgen nuevas formas para proteger los datos y la privacidad de los usuarios al punto que en muchas legislaciones existen premisas claras para que ni los gobiernos, ni las empresas privadas, ni la policía pueda acceder a la información personal sin una orden judicial, este es uno de los temas más polémicos, y aunque no esté debidamente legislado en todos los países, en Colombia si lo está mediante la ley de Habeas data o ley de protección de datos (Ley 1266 de 2008).

Lo anterior deriva en un esfuerzo mundial por regular los contenidos que se suben y publican en la Internet, puede decirse que el primer intento se dio con la expedición de la Decisión 276 de 1999 promulgada por el Parlamento Europeo.

Puede resumirse entonces los esfuerzos de los organismos internacionales por combatir el cibercrimen en el siguiente cuadro elaborado por el Departamento Nacional de Planeación DNP.

Legislación colombiana sobre el ciberespacio

Como punto de partida de un análisis normativo en los diferentes aspectos que rigen la legalidad en Colombia es necesario partir desde el principal marco normativo que tiene el país, aquel que prevalece sobre cualquiera que le sea contrario, es decir de la Constitución Nacional en ella se encuentran artículos como los siguientes que propicien el desarrollo, uso, seguridad y alcance de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación haciendo un barrido por tan prioritario documento se encuentra lo siguiente:

En el art. 2 se establece como fin esencial del Estado la promoción de la prosperidad y la garantía efectiva de los principios, derechos y deberes contenidos en la constitución esto da pie para que el Estado fije políticas en este caso para que el acceso y uso de las TIC sea accesible, seguro y útil para todos los colombianos en este sentido el gobierno emite varios documentos para enmarcar la política económica y social de tal forma que se dan los Conpes 3701 que define los lineamientos de la política de ciberseguridad y ciberdefensa, el cual es complementado con el Conpes 3854, que establece la Política Nacional de Seguridad Digital en Colombia. Este Artículo también da pie para la promulgación de múltiples leyes como las que trata el presente acápite.

Por su parte el artículo 15 que trata sobre el derecho a la intimidad personal y familiar como al buen nombre, por ser uno de los más vulnerados a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación ha dado pie a la promulgación de la mayoría de legislación cibernética y no solo en Colombia sino a nivel mundial entre ellas la más importante en esta temática es la Ley 1581 de 2012 que regula la protección de datos personales.

Los artículo 20, 21 y 76 hacen referencia al derecho, difusión y libertad de expresión, opinión e información tanto para dar como para recibirla, sentido en el cual también el país ha legislado, pero a su vez ha emitido copiosas sentencias tanto a través de la Corte Constitucional, como por la Corte Suprema de Justicia tales como la T-609 de 1992, la T-550 de 2012, la 145 de 2016, la T-050 de 2016, la T-063A de 2017 y la T-695 de 2017 entre otras más que se abordan completamente cuando se analice en profundidad el derecho a la libertad de expresión.

Por su parte el artículo 217 establece que las Fuerzas militares como fin primordial tienen el deber de defender la soberanía, independencia e integridad de las personas de ahí que en la Ley 1273 de 2016 (Código de Procedimiento Penal) se haga referencia a los delitos cibernéticos, y se expida una ley que los contenga y especifique como lo es la Ley 1453 de 2017, en la cual no solo se abordan estos, sino que reconoce los tratados internacionales de la INTERPOL y LA EUROPOL

El anterior articulado exige primero que todo un acceso masivo y equitativo de los colombianos a las nuevas tecnologías de la información, además da pie a la promulgación de leyes y a la adecuación de todas las instancias administrativas, gubernamentales y de administración de justicia.

En el caso de la administración de justicia el Art. 95 de la Ley 270 de 1996 ordena la incorporación de la tecnología en la siguiente forma:

Artículo 95. Tecnología al servicio de la administración de justicia. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar

el funcionamiento razonable del sistema de información. Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones. Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. [...] (Congreso de Colombia, 1996, art.95).

Normatividad

Ley 23 de 1983 Ley de Derechos de Autor

Si bien el presente escrito manifiesta un rastreo histórico de los últimos 20 años en materia de legislación del ciberespacio, es importante definir y clarificar los lineamientos de esta ley en razón a que uno de los delitos que más se cometen en las redes sociales es la violación a los derechos de autor, no solo por la omisión de un adecuado manejo de citas y créditos al autor, sino también por el uso, la tergiversación y manipulación de la información, en beneficio personal, o para causar daño físico, anímico, patrimonial y/o psicológico de las personas que acceden a dichas redes sociales.

Ley 527 de 1999

Esta ley contiene 47 artículos en los que define y reglamenta lo concerniente a: mensajes de datos y comercio electrónico, firmas digitales, certificados y entidades de certificación, fue complementada por la Ley 1747 de 2000.

Su propósito principal es aunar los conceptos tecnológicos y jurídicos para dotar a la justicia de un soporte documental confiable, seguro y que tenga validez es decir que produzca efectos jurídicos, vinculantes y probatorios

Ley 599 de 2000 Código Penal

En esta normativa, la Ley 1273 de 2009 incorpora en el Título VII Bis un nuevo bien jurídico. “De la protección de la información y de los datos”, con



delitos tales como: Acceso abusivo a un sistema informático. Obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación. Interceptación de datos informáticos. Uso de software malicioso. Violación de datos personales. Suplantación de sitios web para capturar datos personales. Hurto por medios informáticos y semejantes Transferencia no consentida de activos.

Este código a través de la Ley 1032 de 2006 sufre otra modificación importante en lo referente al acceso, uso y distribución de información, archivos y demás formatos protegidos por las leyes de derechos de autor de tal forma que la antes citada ley modifica los artículos 257, 271, 272 y 306 del Código Civil.

Así mismo, la Ley 1336 de 2009 en su artículo 24 modifica el artículo 218 de la Ley 599 referente a la pornografía infantil tomando en cuenta el manejo de dicho tema en el internet en la siguiente forma:

Artículo 24. El artículo 218 de la ley 599 quedará así: Artículo 218. Pornografía con personas menores de 18 años. El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión 10 a 20 años y multa de 150 a 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima. (Congreso de Colombia, 2009, art.24)

Ley 679 de 2001 Estatuto contra la explotación, pornografía y turismo sexual con menores de edad

Esta ley surge para desarrollar el artículo 44 de la constitución Nacional referente a los derechos de los niños. Este estatuto en su Capítulo II establece las reglas de uso de las redes globales de información con relación a los menores, definiendo claramente las prohibiciones, deberes, sanciones de quienes utilicen estos medios para la explotación, pornografía y/o turismo sexual de niños en la siguiente forma.

Esta norma se aplica en conjunto con la Ley 1336 que no solo la adiciona, sino que incluye normativas sobre el delito de turismo sexual con niños, niñas y adolescentes

Ley 1266 de 2008

En materia de legislación virtual esta es uno de los primeros pasos legislativos que el país asume en esta materia. Por medio de esta se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones

Esta Ley fue promulgada el 31 de diciembre de 2008 con base en el artículo 15 de la Constitución política, es decir, la protección al derecho fundamental que tienen las personas de conocer, actualizar y rectificar las informaciones que sobre ellas se recoja.

En esta ley se determina el correcto manejo de los bancos de datos que manipulan tanto las entidades públicas como privadas, en especial, la reserva y confidencialidad de los datos contenidos en ellos. Se exceptúa de esta confidencialidad los usos que tengan como fin garantizar la seguridad nacional interna y externa.

Pero, además, esta ley es importante ya que consagra tres aspectos importantes sobre la protección de los derechos de los ciudadanos:

Las obligaciones de las entidades captadoras de información, las fuentes y los usuarios

En materia de conservación de los archivos y bases de datos documentales de los usuarios, es necesario complementar los lineamientos contenidos en esta normativa con los postulados y directrices de la Ley 594 del 2000 o Ley general de Archivos.



Ley 1273 de 2009

Esta ley tiene por objeto modificar el Código penal en materia de “protección de la información y los datos” en los sistemas que utilizan las Tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

Ley 1437 de 2011

Con la nueva evolución de las tecnologías y la masificación del internet, también todos los procesos, gestiones, trámites, operaciones y en general la vida de las personas cambia, a partir del CONPES 3072 el país asume como política el “salto a al internet”, esta política de Gobierno crea bases y traza lineamientos para que todos los entes del Estado cambien, en ese orden de ideas se han ido incorporando una serie de leyes y decretos que adoptan las nuevas tecnologías de ahí que los códigos que regulan tanto la aplicación de justicia , como en su parte procedimental.

En lo que respecta esta Ley uno de los elementos que cambia a fin de cumplir con los principios constitucionales de celeridad, eficacia, buena fe, economía y transparencia en los diferentes procedimientos en las etapas del litigio, dentro de estas innovaciones encontramos:

La notificación por vía electrónica

Esta notificación electrónica busca que el proceso comunicativo a las partes sea más expedito y que además se cumpla con el derecho que tienen estas a estar informados de las actuaciones judiciales, garantizando así una más efectiva y transparente aplicación del debido proceso tal como lo expresa el art. 3, inciso 4 de la presente ley cuando dice:

Artículo 3, Inciso 4: En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes (Congreso de Colombia, 2011, art. 3 inc.4)

Cabe anotar que el proceso de notificación electrónica no es un proceso arbitrario, sino que, por el contrario, es un proceso que requiere consenti-

miento del interesado tal, aun cuando se pueda tomar como consentimiento tácito cuando el interesado proporciona su dirección electrónica como lo expresa el artículo 97 de la presente ley que expresa lo siguiente:

Artículo 197. Dirección electrónica para efectos de notificación. Las entidades públicas de todos los niveles, las privadas que cumplen funciones públicas y el Ministerio Público que actúe ante esta jurisdicción, deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones judiciales. (Congreso de Colombia, 2011, art. 197)

Para la implementación de este tipo de notificación el artículo 197 de la ley en discusión exige la creación de un buzón electrónico para la recepción de notificaciones a todas las autoridades administrativas, simulando en este caso las notificaciones personales.

Pero no solamente es necesaria la autorización expresa de notificación, la administración también debe contar con un programa o mecanismo eficiente para verificar que el correo fue abierto y leído por el interesado, a fin de que se configure el carácter de formalidad que tienen las demás notificaciones y pueda ser oponible para las partes interesadas. Sobre lo anterior se pronunció el Consejo de Estado en Sentencia 70001-23-33-000-2013-00296-01 en los siguientes términos:

Para la Sala es claro que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece dos condiciones para entender por surtida la notificación de una sentencia por medio electrónico: a) que se envíe el texto de la providencia a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales, y b) que se obtenga la constancia o acuse de recibo, o se verifique por otro medio que el destinatario tuvo acceso al mensaje. Se advierte que a pesar de la intención normativa de adaptar las instituciones y mecanismos procesales a herramientas y tecnologías de información que permitan a los usuarios un acceso más sencillo y eficiente a la administración de justicia, tal objetivo no puede implicar el desconocimiento del derecho al debido proceso de las partes, ni puede entenderse como un mandato de informalidad frente a una figura trascendental como la

notificación de las providencias... la Sala concluye que el hecho de que la Ley 1437 de 2011 haya contemplado la posibilidad de notificar las providencias judiciales por vía electrónica, no implica que se esté dotando a la notificación un carácter informal, pues la adaptación de las instituciones a nuevas tecnologías de información no puede devenir en perjuicio de los derechos fundamentales de los usuarios de la administración de justicia (Consejo de Estado, 2013).

“(...) En todo caso se reitera que el artículo 203 del C.P.A.C.A. exige, además del envío del mensaje a una dirección destinada a recibir las notificaciones, que la autoridad judicial verifique que la entidad a notificar tenga conocimiento efectivo de la providencia, bien sea por medio de una constancia o acuse de recibo, o por cualquier otro medio que permita tener certeza de que dicha situación se presentó.” [...] (Consejo de Estado, 2013).

Acorde con la Sentencia C-012 de 2013 puede decirse que se entiende surtida la notificación a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración” [1].

Utilización de medios electrónicos en el proceso administrativo:

La utilización de estos medios está claramente definida en los artículos 53 y siguientes de la presente ley y tienen como finalidad garantizar el acceso a la administración en la siguiente forma:

Artículo 53. Procedimientos y trámites administrativos a través de medios electrónicos. Los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse a través de medios electrónicos. Para garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros procedimientos. En cuanto sean compatibles con la naturaleza de los procedimientos administrativos, se aplicarán las disposiciones de la Ley 527 de 1999 y las normas que la sustituyan, adicionen o modifiquen. (Congreso de Colombia, 2011, art. 53).

Otro de los elementos normativos que describe claramente esta ley es lo que concierne a la utilización de la firma digital cuyos atributos se encuentran clara y expresamente descritos en el art. 28 de la Ley 527 de 1999 el cual le da presunción de intención cuando se fija en un mensaje de datos siempre y cuando posea e incorpore los siguientes atributos:

1. Sea única a la persona que la usa.
2. Sea susceptible de ser verificada.
3. Esté bajo el control exclusivo de la persona que la usa.
4. Esté ligada a la información o mensaje, de tal manera que, si estos son cambiados, la firma digital es invalidada.
5. Esté conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional.

Ley 1581 de 2012

Por medio de esta ley se busca desarrollar el principio constitucional del derecho a la intimidad el buen nombre, así como también establece límites en materia de los alcances de la libertad de expresión.

Consecuente con lo anterior la presente ley dicta disposiciones generales en materia de protección y tratamiento de los datos personales y bases de datos, además se dan mayores poderes a las autoridades para investigar a las empresas que recolectan información de usuarios, bien sean locales o foráneas; públicas o privadas.

Mientras que en su artículo 5 normaliza lo concerniente a los datos sensibles que son aquellos que afectan directamente la intimidad del Titular, o puede generar discriminación; tales como:

La información sujeta a Tratamiento por el Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento a que se refiere la presente ley, se deberá manejar con las medidas técnicas, humanas y administrativas que sean necesarias para otorgar seguridad a los registros evitando su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento (Congreso de Colombia, 2012, art.5).



También este tipo de datos tiene sus exclusiones las cuales se encuentran contenidas en el artículo 6 y que se resumen en: los que se requieran y necesiten para el reconocimiento o ejercicio de defensa en procesos judiciales; los que tengan finalidad histórica, estadística o científicos; los autorizados expresamente por el titular, los que salvaguarden la vida de personas física o jurídicamente incapacitado; y los de ONG sin ánimo de lucro relacionados con los tópicos de información sensible y que hagan referencia a sus miembros.

En cuanto a los datos referentes a menores de edad queda prohibido a menos que sean datos de naturaleza pública. Exigiendo al Estado e Instituciones educativas su cuidado y capacitación sobre su protección.

Esta ley también establece en su artículo 4 los principios rectores en cuanto al manejo de la información y los datos personales definiendo como tales los siguientes:

- **Principio de legalidad en el tratamiento de datos:** Actividad reglada
- **Principio de Finalidad:** Acorde a la Constitución y la ley
- **Principio de Libertad:** Sólo puede ejercerse con consentimiento expreso del titular
- **Principio de Veracidad o calidad:** información veraz, exacta. Transparente y comprobable, evitando datos que induzcan a error
- **Principio de Transparencia:** El titular puede obtener informaciones en cualquier momento de datos que le concierne.
- **Principio de acceso y circulación restringida:** acorde a la Constitución y a personas autorizadas por el titular, los datos personales no pueden estar disponibles en internet u otros medios de comunicación masiva.
- **Principio de seguridad:** (sic) “La información sujeta a Tratamiento por el Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento a que se refiere la presente ley, se deberá manejar con las medidas técnicas, humanas y administrativas que sean necesarias para otorgar seguridad a

los registros evitando su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento;”

- **Principio de Confidencialidad:** todos los que tengan acceso a los datos personales deben garantizar la reserva de la información

Por último, esta ley establece los derechos y deberes que tienen tanto los titulares de la información, como las entidades que manejan dicha información.

Ley 1621 de 2013

Esta ley no sólo busca regular las operaciones de inteligencia y contrainteligencia que efectúan tanto las fuerzas militares, como los organismos de control y vigilancia del Estado; sino también defender los derechos a la intimidad, la privacidad, el debido proceso y la libertad de expresión.

Con base en lo anterior el art. 17 establece claramente bajo qué condiciones se puede interceptar una comunicación para lo cual deben darse las siguientes situaciones:

La interceptación de conversaciones privadas telefónicas móviles o fijas, así como de las comunicaciones privadas de datos, deberán someterse a los requisitos establecidos en el artículo 15 de la Constitución y el Código de Procedimiento Penal y sólo podrán llevarse a cabo en el marco de procedimientos judiciales (subrayado y negrilla fuera de texto)(Congreso de Colombia, 2013, art.17).

En el Capítulo V artículos 28 y siguientes reglamenta la protección custodia y manejo de los datos y archivos almacenados en las bases de datos de los centros de protección de datos de inteligencia y contrainteligencia expresando textualmente los siguientes lineamientos:

Cada Centro tendrá un responsable que garantizará que los procesos de recolección, almacenamiento, producción y difusión de la información de inteligencia y contrainteligencia estén enmarcados en la Constitución y la Ley.



Garantizar que la información no será almacenada en las bases de datos de inteligencia y contrainteligencia por razones de género, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, pertenencia a una organización sindical, social o de derechos humanos, o para promover los intereses de cualquier partido o movimiento político o afectar los derechos y garantías de los partidos políticos de oposición.

Ley 1712 de 2014 Ley de transparencia

El objeto o finalidad es determinar el manejo de la información generada por los entes estatales, de tal forma que clasifica los diferentes tipos de información, define su forma de solicitud, exposición y acceso del público en general a cada tipo de información, las excepciones y limitaciones al conocimiento y divulgación de ciertos tipos de información oficial.

Si bien esta Ley define la forma de petición de información, está se encuentra definida de una forma más detallada en la Ley 1755 de 2015 que reglamenta el Derecho de petición.

Decreto 1360 de 1989

A través de este decreto se reglamenta la inscripción del software también denominado soporte lógico en el Registro Nacional de Derechos de Autor, a partir de este decreto se fundamentó normativamente el trámite de los reclamos en materia de derechos de autor y propiedad intelectual, principalmente de los desarrolladores de software.

Este decreto se complementa normativamente posteriormente con la Ley 44 de 1993 (Ley de derechos de autor), en los artículos 51 y 52, en los cuales se describe cuáles son las conductas delictivas asociadas al software, y más adelante con la reforma del Código Penal en los artículos 270, 271 y 272 que tipifica los delitos contra los derechos de autor

Decreto 1377 de 2013

El objeto de este decreto es la reglamentación parcial de la Ley 1581 de 2012 o Régimen General de Protección de Datos Personales.

En el artículo 4 de este decreto hace especial hincapié en la prohibición de:

“...No se podrán utilizar medios engañosos o fraudulentos para recolectar y realizar Tratamiento de datos personales.

Por su parte los artículos 5, 6, 7, 8 y 9 hacen referencia a la autorización, su expedición, su revocación siendo particularmente claro en que quien requiera que la persona aporte datos sensibles debe disponer de los medios para que los usuarios expresen su consentimiento o negativa; expresando literalmente que: “Ninguna actividad podrá condicionarse a que el Titular suministre datos personales sensibles”. (subrayado y negrilla fuera de texto)(Presidente de la República de Colombia, 2013).

El artículo 12 del presente decreto ratifica y reglamenta lo expresado en el art.7 de la Ley 1581 de 2012 estableciendo dos requisitos y parámetros para el tratamiento de los datos personales de niños, niñas y adolescentes: primero que todo que responda al interés superior de los niños, niñas y adolescentes y segundo que se asegure el respeto de sus derechos fundamentales, velando siempre por el uso adecuado de estos datos.

1. Decreto 2952 de 2010

Este decreto tiene por finalidad reglamentar aspectos no reglamentados de la ley 1266 de 2008 especialmente los artículos 12 y 13 los cuales versan sobre los requisitos de las fuentes y la permanencia de la información negativa.

2. Resolución 3066 de 2011

Esta resolución establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones. en el Título II, Capítulo III hace referencia a los servicios de acceso a Internet.



De este título es de destacar los siguientes artículos referentes al tema. se subraya y resalta la información más relevante para la regulación de las redes sociales:

Art. 98 “Mensajes electrónicos no solicitados. Los proveedores de servicios de comunicaciones que administren cuentas de correo electrónico, deben establecer mecanismos que minimicen el tráfico de mensajes de correo electrónico no solicitados comúnmente conocidos como SPAM (por su sigla en inglés).”

Art. 103.2 Los usuarios tienen derecho a solicitar en cualquier momento la exclusión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos, de la totalidad de las bases de datos del proveedor de redes y servicios de comunicaciones utilizadas para enviar mensajes cortos de texto –SMS–, y/o mensajes multimedia –MMS–, con fines comerciales y/o publicitarios, para lo cual los proveedores deberán proceder de forma inmediata.”

“103.3. Los usuarios podrán inscribir ante la CRC de forma gratuita su número de abonado móvil en el Registro de Números Excluidos -RNE- con el propósito de evitar la recepción de mensajes cortos de texto –SMS–, y/o mensajes multimedia –MMS–, con fines comerciales y/o publicitarios”.

Jurisprudencia y Doctrina nacional de ciberespacio:

La prueba electrónica

Para contextualizar el uso o aplicación de lo que hoy se conoce como prueba electrónica es necesario primero explorar la definición de prueba, tomando para ello el concepto Serra Domínguez quien define , “documento no es sólo un escrito, sino cualquier objeto representativo, teniendo mayor poder de representación la palabra o la imagen que la escritura”

Cuando se analizan los medios probatorios en materia electrónica es necesario definir los documentos que sirven como tal en tal sentido la doctrina le

distingue dos elementos constitutivos que son el corpus y el docet, siendo el primero la representación gráfica o grafía de un hecho, mientras que el docet se refiere a la enseñanza o bien lo que el autor intenta enseñar al destinatario, para el caso de los archivos electrónicos no pueden estar soportados sino en medios físicos.

Estos dos elementos buscan constituir la eficacia de la prueba, la cual se define como un atributo intrínseco de la fuente, que busca tener mérito probatorio per se, teniendo esa eficacia unos grados que el juez valorará de acuerdo a unos requisitos que dan o no convicción al juez.

Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos

Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el solo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original (Ley 527,1999, p. 2).

Establecer medidas de protección del estado frente a los delitos informáticos virtuales en redes sociales

CONPES

La acción del Estado Colombiano a partir de la ley 19 de 1958 está definida por una serie de políticas de gobierno que son discutidas y aprobadas en unos documentos guía elaborados por el Consejo Nacional de Política Económica y social denominados CONPES, los cuales se constituyen como la máxima autoridad nacional de planeación, y tiene la función de asesorar al gobierno en materia de desarrollo social y económico, con base en estas políticas se elaboran planes, directrices, proyectos y lineamientos para el desarrollo de los planes estatales; a su vez establecen para el Departamento Nacional de

planeación una hoja de ruta o lista de chequeo de desarrollo de actividades económicas y sociales.

En este orden de ideas el primer Conpes relacionado con el ciberespacio en Colombia fue el Conpes 3620 que definió los lineamientos en materia de comercio electrónico en el país. Posteriormente el Conpes 3650 estableció por primera vez las directrices para el desarrollo del gobierno en línea; luego en el Conpes 3072 se definió la agenda de conectividad que se puede decir que fue el marco para la introducción de los servicios de internet en el país en forma masiva. el Conpes 3533 de 2008, estableció lineamientos para la creación de espacios que tengan como objeto estudiar la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet en relación con los contenidos tutelados por el derecho de autor y los derechos conexos.

CONPES 3701 de 2016 “Lineamientos de Política para Ciberseguridad y Ciberdefensa”

Este fue el primer documento que definió lineamientos en materia de protección integral del ciudadano frente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en este documento se tratan aspectos tales como:

- “La adopción de una Política Nacional de ciberseguridad y ciberdefensa que involucre a todos los sectores de la sociedad, bajo el liderazgo del Ministerio de Defensa Nacional y en coordinación con las demás entidades del Estado, es un imperativo al que debe darse la mayor de las prioridades.”
- Fortalecimiento de la capacidad del Estado para enfrentar las amenazas que atentan contra su seguridad y defensa en el ámbito cibernético, y a su vez se definen tres objetivos específicos: 1) Implementar instancias apropiadas para prevenir, atender, controlar y generar recomendaciones que regulen los incidentes y/o emergencias cibernéticas para proteger la infraestructura crítica nacional; 2) Diseñar y ejecutar planes de capacitación especializada en ciberseguridad y ciberdefensa; y 3) Fortalecer el cuerpo normativo y de cumplimiento en la materia.”
- Creación de una Comisión intersectorial con las siguientes funciones: a) Fijar la visión estratégica de la gestión de la información, b) establecer

los lineamientos de política respecto de la gestión de la infraestructura tecnológica (hardware, software y comunicaciones), información pública y ciberseguridad y ciberdefensa. Dicha comisión se compone por:

El presidente de la República, el Alto Asesor para la Seguridad Nacional, el Ministro de Defensa Nacional, el Ministro de Tecnologías de Información y Comunicaciones, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS o quien haga sus veces, el Director de Planeación Nacional y el Coordinador del ColCERT.

Esta función en marzo de 2017 tuvo una adenda por medio del Conpes 3854 en el cual se le otorgaron mayores funciones al Presidente de la República.

- Otro lineamiento de esta política es Creación del Grupo de Respuesta a Emergencias Cibernéticas de Colombia – colCERT como organismo coordinador a nivel nacional de los aspectos de ciberseguridad y ciberdefensa. con las siguientes funciones: a) Coordinar con la comisión intersectorial el desarrollo y promoción de políticas, procedimientos, recomendaciones, protocolos y guías de ciberseguridad y ciberdefensa, en conjunto con los agentes correspondientes y velar por su implementación y cumplimiento. b) Promover el desarrollo de capacidades locales/sectoriales así como la creación de CSIRTs sectoriales para la gestión operativa de los incidentes de ciberseguridad en la infraestructura crítica nacional, el sector privado y la sociedad civil. c) Coordinar y asesorar a CSIRTs y entidades tanto del nivel público, privado y de la sociedad civil en la respuesta a incidentes informáticos. d) Ofrecer servicios de prevención ante amenazas informáticas, respuesta frente a incidentes informático, así como aquellos de información, sensibilización y formación en materia de seguridad informática a todas las entidades que así lo requieran. e) Coordinar la ejecución de políticas e iniciativas público-privadas de sensibilización y formación de talento humano especializado, relativas a la ciberseguridad y ciberdefensa. f) Apoyar a los organismos de seguridad e investigación del Estado en la prevención e investigación de delitos donde medien las tecnologías de la información y las comunicaciones. g) Fomentar un sistema de gestión de conocimiento relativo a la ciberseguridad y ciberdefensa, orientado a la mejora de los servicios prestados por el colCERT. h) Proveer al CCP y al CCOC la información



de inteligencia informática que sea requerida. i) Actuar como punto de contacto internacional con sus homólogos en otros países, así como con organismos internacionales involucrados en esta temática.

- También asigna las siguientes funciones al Centro Cibernético Policial - CCP.- a) Encargarse de la ciberseguridad del territorio colombiano, ofreciendo información, apoyo y protección ante los delitos cibernéticos. b) Desarrollar labores de prevención, atención, investigación y judicialización de los delitos informáticos en el país, informando en su página web sobre vulnerabilidades cibernética, c) Proteger a la ciudadanía de las amenazas y/o delitos cibernéticos. d) Responder operativamente ante los delitos cibernéticos, desarrollando labores coordinadas de prevención, atención, investigación y de apoyo a la judicialización de los delitos informáticos en el país. e) Dar asesoría sobre vulnerabilidades y amenazas en sistemas informáticos. f) Divulgar información a la ciudadanía, que permita prevenir lo concerniente a pérdida de disponibilidad, integridad y/o confidencialidad de la información. g) Apoyar e investigar en coordinación con el colCERT las vulnerabilidades, amenazas e incidentes informáticos que afecten la seguridad de la infraestructura informática crítica de la Nación. h) Fomentar la concienciación de políticas de seguridad cibernética, en coordinación con los actores involucrados i) Brindar capacitación especializada en seguridad de la información y ampliar las líneas de investigación en ciberdefensa y ciberseguridad. j) Fortalecer la legislación en materia de ciberseguridad y ciberdefensa, la cooperación internacional y adelantar la adhesión de Colombia a los diferentes instrumentos internacionales en esta temática.

Conpes 3854 de 2016

Este Conpes hace seguimiento a los lineamientos planteados en el Conpes 3071, de forma que en primer lugar lista las entidades estatales encargadas de la ciberseguridad en el país, las cuales son: Grupo de respuesta a emergencias cibernéticas de Colombia (colCERT) del Ministerio de Defensa Nacional, el Comando Conjunto Cibernético (CCOC) del Comando General de las Fuerzas Militares de Colombia, el Centro Cibernético Policial (CCP) de la Policía Nacional de Colombia, el Equipo de respuesta a incidentes de seguridad informática de la Policía Nacional (CSIRT PONAL), la Delegatura de protec-

ción de datos en la Superintendencia de Industria y Comercio, la Subdirección técnica de seguridad y privacidad de tecnologías de información del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Comité de ciberdefensa de las Fuerzas Militares, y las Unidades cibernéticas del Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea Colombiana.

En segundo lugar ilustra las adhesiones y pactos internacionales a los cuales se ha suscrito el país en su lucha contra la ciberdelincuencia y la protección integral del ciudadano entre las cuales se puede mencionar el Convenio de Budapest (2013), los convenios interinstitucionales de cooperación de la Policía Nacional con homólogos de otros países tales como: la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), la Oficina Federal de Investigaciones de los Estados Unidos (FBI), la Administración para el Control de Drogas de los Estados Unidos (DEA), el Centro Europeo contra el cibercrimen (EC3), la Comunidad de Policías de América (AMERIPOL), la Agencia Internacional de Cooperación Coreana (KOICA), la Agencia Nacional contra el crimen del Reino Unido (NCA), el Grupo de Trabajo Americano de delitos Tecnológicos del INTERPOL (GLDTA) y el Programa de Asistencia AntiTerrorismo de Estados Unidos (ATA).

En materia legislativa hace énfasis en los avances que la Ley 1453 de 2011 hace a la legislación procesal penal mediante la cual permite una reglamentación integral y efectiva para abordar los delitos cibernéticos, y reconoce los tratados internacionales con INTERPOL y EUROPOL. otorgándole al poder judicial y a la policía nacional competencias legales para investigar y manejar casos de delincuencia cibernética.

Otro de los aspectos que resalta este Conpes es el alineamiento de las políticas con los lineamientos de la OCDE el cual sugiere las siguientes tareas en materia de ciberseguridad:

- Adoptar la gestión sistemática y cíclica del riesgo, liderada por el Estado
- Asegurar la defensa y seguridad nacional;
- Estimular la prosperidad económica y social mediante la adopción de



un enfoque multidimensional, de tal forma que la seguridad digital ser abordada tanto desde la dimensión técnica o jurídica, como desde la dimensión económica y social, teniendo en cuenta todas las partes interesadas.

- Promover la responsabilidad compartida;
- Salvaguardar los derechos humanos;
- Proteger los valores nacionales; y
- Concientizar y educar.

En ese orden de ideas el Conpes define cuatro líneas de acción hacia las cuales se enfoca la política social y económica del país las cuales son:

- **PF1.** Salvaguardar los derechos humanos y los valores fundamentales de los ciudadanos en Colombia, incluyendo la libertad de expresión, el libre flujo de información, la confidencialidad de la información y las comunicaciones, la protección de la intimidad y los datos personales y la privacidad, así como los principios fundamentales consagrados en la Constitución Política de Colombia. En caso de limitación a estos derechos, debe ser bajo medidas excepcionales y estar conforme con la Constitución Política y los estándares internacionales aplicables. Estas medidas, deben ser proporcionales, necesarias y estar enmarcadas en la legalidad.
- **PF2.** Adoptar un enfoque incluyente y colaborativo que involucre activamente a las múltiples partes interesadas, y que permita establecer condiciones para el desarrollo eficiente de alianzas, con el fin de promover la seguridad digital del país y sus habitantes, y aumentar la capacidad de resiliencia nacional frente a eventos no deseados en el entorno digital.
- **PF3.** Asegurar una responsabilidad compartida entre las múltiples partes interesadas, promoviendo la máxima colaboración y cooperación. Lo anterior, teniendo en cuenta el rol y el grado de responsabilidad de cada parte para gestionar los riesgos de seguridad digital y para proteger el entorno digital.

- **PF4.** Adoptar un enfoque basado en la gestión de riesgos, que permita a los individuos el libre, seguro y confiable desarrollo de sus actividades en el entorno digital. Lo anterior, fomentará la prosperidad económica y social, buscando la generación de riqueza, innovación, productividad, competitividad, y empleo en todos los sectores de la economía.

Acorde con estos propósitos y mediante un análisis diagnóstico elaborado con base en las estadísticas del Censo 2010 -2014 del Dane y los estudios del BID y OEA de 2016, el Conpes determina el estado de la seguridad cibernética en el país los cuales pueden evidenciarse claramente en el siguiente cuadro

Con base en estos diagnósticos define los 5 objetivos específicos sobre los cuales se enfoca la política de ciberseguridad los son:

- Establecer un marco institucional para la seguridad digital consistente con un enfoque de gestión de riesgos.
- Crear las condiciones para que las múltiples partes interesadas gestionen el riesgo de seguridad digital en sus actividades socioeconómicas y se genere confianza en el uso del entorno digital.
- Fortalecer la seguridad de los individuos y del Estado en el entorno digital, a nivel nacional y transnacional, con un enfoque de gestión de riesgos
- Fortalecer la defensa y soberanía nacional en el entorno digital con un enfoque de gestión de riesgos
- Generar mecanismos permanentes y estratégicos para impulsar la cooperación, colaboración y asistencia en seguridad digital, a nivel nacional e internacional.

Conpes 3920 de 2018

Está política regula lo concerniente a la política nacional de explotación de datos mejor conocida como Big Data, como primer paso la política define los tipos de datos en la siguiente forma:

Puede decirse entonces que cada tipología de datos tiene una forma específica de almacenamiento y por lo tanto requiere de una normativa específica para cada tipo; sin embargo, los datos generados por las entidades públicas, se presumen públicos, al contrario que los datos personales que requieren del consentimiento previo de su titular para su almacenamiento, esto en razón al ejercicio de sus derechos constitucionales a la intimidad, privacidad, el secreto profesional, comercial e industrial.

A su vez también gozan de tratamiento especial los datos cuya publicidad ocasione daño a otros derechos, a los intereses públicos o a personas objeto de protección especial por la ley (niños, ancianos, incapaces, grupos minoritarios, indígenas, entre otros).

Por otro lado, se encuentra los datos que son materia de protección por las leyes de propiedad intelectual, cuya difusión está protegida por las leyes de derechos de autor, las cuales establecen los límites jurídicos para su uso y aplicación.

En este orden de ideas esta política busca establecer los lineamientos para los procesos de generar, recolectar, compartir, explotar, eliminar y usar estos datos

Conpes 3533 de 2008, espacios que tengan como objeto estudiar la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet en relación con los contenidos tutelados por el derecho de autor y los derechos conexos.

Ley 1753 Plan nacional de desarrollo 2014 – 2018

En el artículo 195 esta Ley alinea al ministerio de las Tecnologías de la información y la comunicación con Colciencias y las demás entidades del estado y le encomienda el apoyo de los planes tic de los municipios a través del siguiente mandato incorporar la aplicación del “Código de Buenas Prácticas para el despliegue de infraestructura de redes de comunicaciones” emitido por la Comisión de Regulación de las Comunicaciones (CRC), la cual evaluará la efectiva incorporación de los elementos de dicho código a sus planes de ordenamiento territorial o al instrumento que haga sus veces.”

Organismos oficiales encargados de la protección integral del ciudadano en redes sociales:

Ministerios

En el acápite de legislación se puede ver que estos entes no solo tienen tareas para con los ciudadanos emanados de la constitución, sino que a través de lineamientos políticos como los Conpes, leyes y decretos tienen especial fin en cuanto a la protección de los ciudadanos, para el caso que atañe el presente estudio es de vital importancia el trabajo de tres ministerios como garantes de protección del ciudadano y que son:

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:

En cumplimiento de los mandatos que le establece la ley, el Ministerio vela por la seguridad en las redes para ello ha lanzado programas tales como “Ciudadano Digital” que busca capacitar a los colombianos en el uso seguro de las tecnologías de la información a través de 28 cursos gratuitos a los que pueden acceder todos los colombianos.

El programa en TIC confió, programa orientado a los niños y jóvenes para apoyar y acompañar a estos segmentos poblacionales en su incursión en las redes sociales, promoviendo la denuncia de los delitos de que sean víctimas.

Este Ministerio actúa en temas de ciberseguridad de la mano de los ministerios de Educación, Cultura y defensa, contando con los entes de control y vigilancia del estado, la Policía Nacional, el Instituto de Bienestar familiar y las superintendencias.

Policía nacional

En el marco de protección al ciudadano, el primer órgano de defensa lo constituye las fuerzas militares como encargados del restablecimiento inmediato del orden público y de primera atención frente a la comisión de delito tiene a su cargo la investigación de las actividades delincuenciales.

En este orden de ideas la Policía Nacional se moderniza en función de los nuevos cambios del orden mundial, y respondiendo a las nuevas responsabilidades de las políticas sociales, económicas y de seguridad del país, es así como surgen El Centro Cibernético Virtual y el CAI Virtual, medios a través de los cuales se acogen denuncias de los delitos virtuales de que habla la Ley 1273 de 2009, se documenta a los usuarios en materia de ciberseguridad, emite boletine de rendición de cuentas en materia de ciber crimen cuya ultima publicación es del año 2017, en la cual no solo ilustra sobre los delitos sexuales, sino que muestra las estadísticas de progreso en la protección de estos delitos las cuales

Fiscalía

La Fiscalía como ente investigador tiene una división de investigación de delitos informáticos, además en su página web publica los logros y últimas noticias de logros en materia de ciberseguridad de los ciudadanos.

Procuraduría

Uno de los mayores aportes de este ente en materia de protección contra el ciber crimen es la protocolización de un acuerdo con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y la Unión Europea, la Procuraduría General de la Nación para implementar el documento Modelo de Vigilancia Preventiva a las Acciones del Estado colombiano en materia de Lucha contra la Trata de Personas.

Que busca ser una guía para el seguimiento y control de las acciones que permitan garantizar los derechos de las víctimas teniendo en cuenta el enfoque de derechos, género, territorial, generacional y diferencial y anticipar e impedir la vulneración de los derechos humanos.

ICBF

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene mucha inferencia en materia de ciberseguridad y ciberdelitos, ya que como encargado de vigilar y

reestablecer los derechos de todos los miembros de la familia colombiana, en especial niños, niñas y adolescentes, para ello comparte información y estudios con entidades como RedPapaz, Ministerio de educación, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y acorde con el último estudio hecho por esta última entidad se detectó que (tomado textualmente del estudio):

... el 76% de los niños entre los 12 y los 16 años están conectados a través de un teléfono móvil. Es decir, que un gran porcentaje de los niños del país tiene acceso al internet, no solo desde su casa, sino de cualquier lugar en donde estén.

Sentencias sobre ciberdelitos:

Sentencia T-934 de 2014

Esta sentencia dice relación con el derecho de rectificación como derecho fundamental mediante la cual el titular del derecho puede solicitar la corrección de la información que sobre él se publique y que carezca de veracidad o imparcialidad.

Sentencia STL 11943 de 2014

Sentencia emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre el caso de un ciudadano que se vio afectado por una publicación realizada en la página de Facebook de la Policía Nacional, mediante la cual se indicaba que el accionante pertenecía a una banda delincuencia que se dedicaba al hurto de personas y residencias; además de dicho señalamiento se anexó una fotografía donde aparecía el accionante.

La Corte Suprema manifestó: que la Policía Nacional al hacer uso de la red social Facebook como una herramienta de comunicación y acercamiento a la ciudadanía, le asiste la misma responsabilidad de los medios de comunicación social y, en consecuencia, debe respetar irrestrictamente los principios de veracidad e imparcialidad, así como los derechos a la intimidad, honra y buen

nombre, máxime cuando dicha entidad es parte integrante del Estado y tiene la misión constitucional de respetar y garantizar los derechos y libertades.

Sentencia SP 9792 de 2015

Cuando se analizan los medios probatorios en materia electrónica es necesario definir los documentos que sirven como tal en tal sentido la doctrina le distingue dos elementos constitutivos que son el corpus y el docet, siendo el primero la representación gráfica o grafía de un hecho, mientras que el docete se refiere a la enseñanza o bien lo que el autor intenta enseñar al destinatario, para el caso de los archivos electrónicos no pueden estar soportados sino en medios físicos.

Estos dos elementos buscan constituir la eficacia de la prueba, la cual se define como un atributo intrínseco de la fuente, que busca tener mérito probatorio per se, teniendo esa eficacia unos grados que el juez valorará de acuerdo a unos requisitos que dan o no convicción al juez.

Sentencia SC18614 de 2016

Esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Sala Civil le otorga corresponsabilidad a las entidades bancarias en materia de seguridad de las transacciones en línea de sus clientes; dicha sentencia afirma que:

Las entidades financieras están obligadas a atender las cuentas de sus clientes en operaciones de retiro y canjes, sea usando medios electrónicos o similares disponibles y ofrecidos por la entidad, siempre, sin descuidar su diligencia y cuidado profesional

Además, el fallo insta a las entidades financieras a redoblar esfuerzos en pedagogía a los usuarios, a fin de evitar los fraudes cibernéticos.

Sentencia T 731 de 2015

En esta sentencia la Corte Constitucional establece los parámetros para la rectificación:

- Que la rectificación la haga quien la difundió
- Que se haga públicamente
- Que tenga un despliegue y relevancia equivalente al que tuvo la información inicialmente publicada
- Que la rectificación conlleve para el medio que la emitió el entendimiento de su error

Sentencia T 050 de 2016

En esta sentencia la Corte Constitucional aclara que lo expresado en redes sociales puede vulnerar derechos fundamentales como la dignidad humana, el buen nombre y la intimidad, con lo cual dio pie a entender que: “... las redes sociales se han convertido en un espacio deliberativo en las que los ciudadanos están amparados en el derecho a la libre expresión para comentar y debatir algún tema de interés nacional o particular, siempre y cuando tengan claro que, como reitera el alto Tribunal, no exista una “intención dañina, desproporcionada o insultante”, que conlleve a la injuria y la calumnia contra un tercero o institución.

En este sentido, la Corte en la parte resolutive concluye:

... Por consiguiente, se revocar el fallo impugnado y amparar los derechos fundamentales a la intimidad, honra y buen nombre del actor y, en consecuencia, ordenar a la POLICÍA NACIONAL que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a rectificar en condiciones de equidad la información que publicó sobre la captura del actor a través de la red social Facebook.

Conclusiones

Si bien el país ha avanzado bastante en la identificación y persecución de los delitos cibernéticos, aún es muy poca la importancia que se le da a estos,

es muy evidente que la academia desde sus niveles más básicos (escuelas, colegios y universidades) por lo cual hace falta mayor capacitación en el asunto.

Puede deducirse de la correlación entre los delitos informáticos y las medidas de protección y correctiva que para ciertos delitos existen huecos o vacíos normativos que aún el legislador no ha tenido en cuenta pero que a la luz del derecho comparado se puede ver que países como España, México y Argentina ya tienen normativa en dichos asuntos.

Puede verse a través de los CONPES y los planes de desarrollo de varios presidentes que el Estado si ha hecho aportes y ha delegado funciones a los diferentes entes para implementar una política de seguridad informática para los ciudadanos, y estas entidades tales como los Ministerios, la Policía Nacional, La Fiscalía, El ICBF y las mismas cortes se han venido reorganizando e implementando programas al respecto.

Una de las poblaciones más vulnerables en materia de redes sociales son los niños y las personas de la tercera edad, de ahí que es de vital importancia generar espacios seguros para ellos, buscando estrategias educativas que permitan su fácil y seguro ingreso a las Nuevas Tecnologías de la información y la Comunicación (TIC).

Referencias bibliográficas

American Psychological Association (2010). Manual de Publicaciones de la Universidad Javeriana (6 ed.). Bogotá. Centro Editorial Javeriano

Colombia, Congreso Nacional de la República (2011, 18 de Enero), Ley 1437 de 18 de Enero de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en Diario Oficial, Núm. 47.956 de 18 de enero de 2011, Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2012, septiembre), “Sentencia 25000-23-27-000-2008-00172-01”, M. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2010, marzo), “Sentencia 11001-03-06-000-2010-00015-00”, M. P. Enrique Jose Arboleda Perdomo., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2011, noviembre), “Sentencia 11001-03-25-000-2006-00018-oo”, M. P. Gerardo Arenas Monsalve., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2014, marzo), “Sentencia 170001-23-33-000-2013-00296-01”, M. P. Gerardo Arenas Monsalve., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2014, marzo), “Sentencia 15001-23-31-000-2010-01560-01”, M. P. Martha Teresa Briceño de Valencia., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2010, diciembre), “Sentencia C - 980”, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2013, enero), “Sentencia C - 012”, M. P. Mauricio González Cuervo., Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2011, 18 de Enero), Ley 1437 de 18 de Enero de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en Diario Oficial, Núm. 47.956 de 18 de enero de 2011, Bogotá.

Ojeda-Pérez, Jorge Eliécer; Rincón-Rodríguez, Fernando; Arias-Flórez, Miguel Eugenio & Daza-Martínez, Libardo Alberto (2010). Delitos informáticos y entorno jurídico vigente en Colombia. Cuadernos de Contabilidad, 11 (28), 41-66.

Parker, D.B, Citado por Romeo Casabona Carlos M. Poder Informático y Seguridad Jurídica. Olivier Hance en su libro Leyes y Negocios

Serra Dominguez (2009). La prueba documental. Estudios de Derecho Probatorio. Lima, Editorial Comunitas, p. 212.

Publicaciones Seriadadas

Hernández Osorno, C. (4 de septiembre de 2014). Comentarios que son delito. El Colombiano, p. 24.



- Montoya García, J. (24 de julio de 2015). Incertidumbre por regulación del mundo digital. *El Colombiano*, p. 2-3.
- Valenzuela, S. (7 de abril de 2016). Cadenas de WhatsApp, reto para las autoridades. *El Colombiano*, p. 22.
- Pérez M. J., (4 de agosto de 2016). El ciberacoso no es un peligro virtual. *El Colombiano*, pp. 32.
- Montoya García, J. (16 de octubre de 2016). En Internet usted puede ser una persona distinta. *El Colombiano*, p. 38-39.
- Vargas Aguilar, M. (6 de enero de 2017). Los “burlones” de las redes sociales. *El Colombiano*, p. 24.
- Montoya García, J. (12 de febrero de 2017). La guerra contra las mentiras en Internet. *El Colombiano*, p. 38-39.
- Cortés Gómez, H. (20 de marzo de 2017). En redes sociales no todos los contenidos pasan filtro. *El Colombiano*, pp. 28.
- Montoya García, J. (12 de febrero de 2017). ¿Están protegidos los datos de la gente? *Colombiano*, pp. 24.
- Montoya García, J. (25 de marzo de 2017). ¿Los dispositivos nos hacen vulnerables?. *El Colombiano*, pp. 2-3.
- Montoya García, J. (25 de mayo de 2017). Pilas con compartir todo por WhatsApp. *El Colombiano*, pp. 26 -27.
- Juventud y tecnología. (28 de mayo de 2017). *El Colombiano*, pp. 27.
- Montoya García, J. (30 de mayo de 2017). No se deje engañar por los pinochos de la red. *El Colombiano*, pp. 26 -27.
- Pulido P., Laura. (12 de septiembre de 2017). Multan a Facebook por vulnerar datos. *El Colombiano*, pp. 16.

Armirola R., D. (22 de marzo de 2018). La “grieta” de Facebook aún no afecta su influencia política. *El Colombiano*, pp. 8.

Thornhill, J. (24 y 25 de marzo de 2018). Los políticos y usuarios deben actuar para salvar Internet. *Portafolio*, pp.14-15.

Cubillos Murcia, N. (29 de marzo de 2018). Pig.gi, señalado en el escándalo de Facebook. *El Colombiano*, p.19.

Montoya García, J. (31 de marzo de 2018). ¿Le entregó la vida a las redes y no lo sabía? *El Colombiano*, p.26-27.

Montoya García, J. (15 de mayo de 2018). Que no le saquen los trapitos en Internet. *El Colombiano*, p. 2-3.

Giraldo Rojas, M. A. (24 de junio de 2018). El universo desconocido de Internet. *Generación*, *El Colombiano*, p. 6-7.

Gutiérrez Morales, M. (31 de octubre de 2018). Mensajes de WhatsApp no son tan inocentes. *El Colombiano*, p. 27.

Cubillos Murcia, N. (29 de enero de 2019). Uso de datos en Facebook, en debate sobre privacidad. *El colombiano*, pp. 17.

Montoya García, J. (13 de febrero de 2019). ¿Decir lo que quiera? No en redes. *El colombiano*, p. 13

Montoya García, J. (17 de febrero de 2019). Husmear ya no es tan fácil. *El colombiano*, p. 41.

Dinero. (31 de Enero de 2017). Recuperado el 18 de Septiembre de 2017, de Dinero: <http://www.dinero.com/Buscador?query=ley%20de%20proteccion%20de%20datos%20personales%20y%20el%20uso%20por%20empresas>

hipertextual. (s.f.). Recuperado el 17 de Septiembre de 2017, de hipertextual: <https://hipertextual.com/archivo/2014/10/internet-cosas/>

serfinansa. (s.f.). Recuperado el 17 de Septiembre de 2017, de serfinansa:
<http://www.serfinansa.com.co/serviciocliente/leyhabeasdata>

Valenzuela, J. M. (19 de Febrero de 2016). El Colombiano. Recuperado el 19 de Septiembre de 2017, de el Colombiano: <http://elcolombiano.com/colombia/hasta-donde-va-la-privacidad-de-los-datos-de-los-ciudadanos-AF3623156>

La responsabilidad social del Consultorio Jurídico a la luz de los Objetivos de Desarrollo Sostenible¹

July Gómez Fonnegra²; Victoria Isabel Agudelo Jiménez³

Resumen

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) fueron definidos en el año 2015, en el marco de la Cumbre del Desarrollo Sostenible se aprobó la agenda 2030 que contiene los 17 ODS que son de aplicación mundial, entra en vigor a partir del 1 de enero de 2016, y comienzan los esfuerzos de todos los países para lograr un mundo sostenible en el 2030.

La Corporación Universitaria Americana (CUA) no es ajena a este llamado mundial y es así como direcciona todos sus esfuerzos para poner en marcha los lineamientos que contribuyan a la aplicación de los mismos desde las diferentes áreas académicas y administrativas, para efectos de esta investigación, daremos un repaso por las formas en que el consultorio jurídico de la CUA aporta permanentemente a este proyecto universal.

Palabras clave: consultorio jurídico, Objetivos de Desarrollo Sostenible, Responsabilidad social.

Abstract

The Sustainable Development Goals (ODS) were defined in the year 2015, as part of the Sustainable Development Summit, the 2030 agenda was adop-

1 El resultado de este proyecto titulado La responsabilidad social del consultorio jurídico a la luz de los objetivos de desarrollo sostenible, es la muestra de las actividades transversales que se desarrollan institucionalmente para cumplir con los mismos; el lector podrá encontrar la información pertinente con respecto a la responsabilidad social que nos corresponde tanto ética como moralmente a los abogados en formación de la Corporación Universitaria Americana.

2 Estudiante de decimo semestre de derecho en la Corporación Universitaria Americana, E-mail: july-gomezci@gmail.com

3 Estudiante de decimo semestre de derecho en la Corporación Universitaria Americana, victoriaisabelagudelojimenez@gmail.com



ted. Which contains the 17 ODS that are of world wide application, comes into force as of January 1, 2016, and the efforts of all countries begin to achieve a sustainable world in 2030.

The Corporación Universitaria Americana (CUA) is not alien to this global call and is how it directs all its efforts to start the guidelines that contribute to the application of the same from the different academic and administrative areas, for purposes of this research, we will give a review of the ways in which the CUA'S legal office permanently contributes to this universal project.

Keywords: Legal office, Sustainable Development Goals, Social responsibility.

Introducción

La responsabilidad social del consultorio jurídico de la Corporación Universitaria Americana ha sido transversal a los objetivos de Desarrollo sostenible de la ONU, esto se ve favorecido por la intención institucional de aportar a las medidas para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad, durante el año 2018 se desarrollaron diversas actividades que han permitido acercarnos a la comunidad en diferentes barrios y regiones antioqueñas garantizando así el cumplimiento de este propósito institucional.

No cabe duda de que encausar las actividades del mismo en el propósito mundial no ha sido una tarea fácil, en este proceso se han hecho ajustes y re direccionamientos favoreciendo los resultados en la atención ciudadana que permiten el cumplimiento de los objetivos y de la construcción de ciudad desde lo social y humanitario.

En total son 17 objetivos de desarrollo sostenible, sin embargo, desde el consultorio jurídico de la corporación Universitaria Americana le apostamos a 6 de ellos, Salud y bienestar, Educación de Calidad, igualdad de género, trabajo decente y crecimiento económico, reducción de desigualdades y paz justicia e instituciones sólidas.

Nuestro estudio consta de 2 bloques, en ellos determinaremos las actividades del consultorio jurídico que aportan al desarrollo de cada uno de los

ODS, y determinamos mediante esta investigación aplicada el impacto que ha tenido entre la comunidad las actividades que se han desarrollado en el año para cumplir con los ODS.

Desarrollo

Cada uno de los objetivos de desarrollo de sostenible se detallarán a continuación con respecto a lo que tienen que ver con la institución educativa y su consultorio jurídico, algunos de ellos a simple vista no tienen relación con el desarrollo del consultorio jurídico de la universidad sin embargo cuando entramos a la esencia misma del objetivo se evidencia la relación que tienen.

Salud y bienestar

Los problemas de cualquier índole no solo afectan la salud mental sino también la física, restándole bienestar y calidad de vida a las personas que los tienen, la mente, no es un ente separado del cuerpo, como resultado las situaciones mentales afectan las condiciones físicas de las personas, si bien hay problemas psicológicos que deben ser atendidos por expertos en el tema, otros tantos solo requieren que el problema que causa dicha angustia e intranquilidad sea solucionado.

Las enfermedades mentales son afecciones graves que pueden afectar la manera de pensar, su comportamiento y su humor, estas enfermedades mentales son producto en muchas ocasiones de situaciones personales, sociales o físicas, de las cuales no se tiene control o bien no se tiene conocimiento del manejo que debe dársele, este es el caso de problemas de índole legal, estos problemas son relacionados con la dignidad humana y la vida en sí misma, haciendo que las personas desequilibren su diario vivir y direccionen sus pensamientos al que hacer frente a un problema o situación del cual desconocen la forma de resolverlo o atenderlo de la mejor manera.

Dar respuestas oportunas y que brinden tranquilidad a nuestros usuarios, hace parte no solo de la razón de ser de nuestro consultorio sino también del llamado ético que tenemos los abogados con respecto a la comunidad.



Independiente del área jurídica consultada, los usuarios se acercan al consultorio con más que una consulta, con la esperanza de tener sosiego con respecto a esa situación que los tiene intranquilos, la mayoría de las veces la responsabilidad de quien atiende el caso va más allá de una respuesta procedimental al tema, nuestros usuarios esperan descargar sus angustias en quien los atiende, prueba de ello son los relatos que surgen en la entrevista inicial para determinar a qué área jurídica pertenece el caso o bien si es posible o no darle trámite al mismo, en estos relatos las personas encuentran en su interlocutor alguien en quien confiar, con quien desahogarse y de paso en quien depositar sus angustias, muchas de ellas que no corresponden al tema jurídico que debe ser atendido.

Una vez se da la respuesta oportuna al tema consultado y se inicia el proceso que corresponde, el usuario expresa un parte de tranquilidad.

En el intento constante de dar tranquilidad a los usuarios, estamos apostándole diariamente a mejorar su salud mental.

Educación de calidad

Desde el consultorio Jurídico de la americana le apostamos al perfeccionamiento de este objetivo de desarrollo sostenible a través de actividades tanto litigiosas y no litigiosas que pueden realizar los estudiantes; mediante charlas, seminarios y capacitaciones constantes, se articulan proyectos que buscan que lo estudiantes desarrollen destrezas necesarias para ser profesionales consiente de sus obligaciones sociales, se forman estudiantes capacitados para que por medio de ellos se logre la materialización del derecho de acceso a la justicia de las personas de bajos recursos socioeconómico, esto a su vez garantiza la educación y orientación jurídica de dichas personas, bajo la coordinación de profesores designados que son expertos en cada área y se ocupan de ser garantes de la idoneidad de la defensa, asesoría o intervención brindada por dicho estudiante lo cual es tendiendo orientaciones del propio consultorio jurídico.

Implementar una Educación de calidad es apostarle a la transformación de la justicia social de una comunidad en general, que se beneficia de múltiples actividades, una de ellas que apunta a la realización de este objetivo es la im-

plementación de consultorio al Barrio, esta no es más que la oportunidad de que el derecho llegue a los hogares de quienes lo necesitan, para esto la facultad de derecho promueve la instalación temporal del consultorio en centros locales de algún barrio adecuado a las características sociales, económicas y laborales de las comunidades más vulnerables con el fin de colaborar en la formación cívica de los habitantes y a la asistencia jurídica de los mismos. Con esto estamos diciendo que en la corporación universitaria Americana no solo se propende la educación de calidad para los estudiantes del consultorio jurídico sino también para toda la comunidad que se ve beneficiada de nuestro objeto social, este ODS se implementa en el consultorio jurídico de la americana en la medida en que la universidad juega el papel de educar de manera sistemática tanto a estudiantes como a usuarios, garantizando la educación inclusiva, equitativa y de calidad, que promueve oportunidades de aprendizaje mediante la práctica de las actividades de múltiples actividades, litigiosas o que no sean competencia del consultorio jurídico.

Igualdad de género

Entre los cinco objetivos del consultorio Jurídico de la corporación universitaria americana encontramos dos que apuntan a la implementación de este OD, son: Prestar asistencia jurídica gratuita a personas de escasos recursos económicos, en estado de vulnerabilidad o con dificultades para el acceso a la justicia y realizar acciones en el ámbito jurídico y social que logren promocionar, reivindicar o garantizar los derechos humanos; ambos aplican a que se atiendan todos los conflictos surgidos en una comunidad en general y no aquellos que surgen a razón del sexo, esto implica que se promueva la igualdad de género lo cual es una pieza clave para el desarrollo sostenible. Al hablar de igualdad de género dentro del consultorio jurídico se entiende que este es la existencia de una igualdad de oportunidades y de derechos entre los hombres y las mujeres, lo cual es aplicable en la esfera tanto académica y práctica de estudiantes y de Usuarios, pues no existe limitación de sexo para que todos puedan acceder a la educación o los servicios del consultorio jurídico; es propicia los mecanismos para que a través de sus actividades se brinden las orientaciones y herramientas oportunas según las necesidades jurídicas de toda una comunidad vulnerable.



Cuando se realiza todas las actividades del consultorio jurídico en los sectores más vulnerables de la ciudad se está incluyendo también a todas aquellas mujeres de sectores populares que por años han sufrido las consecuencias de la desigualdad de género y cuando se incluye en estas actividades, se da la posibilidad de la participación ciudadana, la inclusión de estrategias metodológicas de apoyo y promoción a los derechos y la resolución de conflictos con la inclusión de un enfoque de género, justicia comunitaria y políticas públicas para mujeres con el propósito de promover la igualdad de género.

Está claro que para hablar de igualdad de género se debe incluir tanto a hombre como a mujeres, es precisamente esto lo que se trabaja desde el consultorio jurídico de la universidad cuando hablamos de inclusión, pues ambos tienen como trabajo la oportunidad de adelantar iniciativas que promuevan la equidad y la construcción de una sociedad más igualitaria; es claro que con la educación es un instrumento jurídico para empoderar a la comunidad dotándolas de conocimientos teóricos y prácticos, como los que se implementan en el consultorio jurídico, los cuales ayudan a la mujeres y a los hombres a realizar elecciones informadas en la igualdad y equidad de género, el tiempo dedicado a la educación se relaciona muy estrechamente con el empoderamiento social y económico de las mujeres, las cuales hoy en día siguen viviendo situaciones de desigualdad especialmente en los sectores económicos de baja productividad.

La posibilidad de acceso a la justicia sin tener discriminaciones de ningún tipo aunado al compromiso ético de apoyar los conflictos basados en violencias de género que se nos presentan día a día en el que hacer del consultorio, nos da una muestra del compromiso con este ODS, las dos áreas con mayor vinculación a estos temas son el penal y familia, en ambas ramas se tienen tanto estudiantes y docentes con la capacidad académica y laboral de atender estos casos que afectan la población de la ciudad.

Trabajo decente y crecimiento económico

Las posibilidades de acercar a los estudiantes a una mejor calidad de vida, hace parte no solo de las razones por las cuales se estudia esta carrera sino también por la posibilidad de tener un crecimiento económico que evolucio-

ne con la experiencia y los años, es así como la experiencia en el manejo de situaciones jurídicas y desarrollar habilidades para la vida desde el consultorio permiten al estudiante acceder al crecimiento económico, personal y familiar apostándole a la economía local.

Cabe anotar que la actividad del abogado es en sí misma una labor digna de reconocimiento y decencia, dado que en nuestras manos está velar porque los derechos de cada ser humano sean respetados y reconocidos por la sociedad.

El compromiso de entregar a la sociedad personas con las capacidades académicas, laborales y éticas para representar alguno de los sujetos procesales, está presente en cada una de las acciones del consultorio jurídico.

Además del compromiso que se adquiere para este ODS con los estudiantes, también lo tenemos para la comunidad; la posibilidad de acceder a soluciones jurídicas gratuitamente, permiten el crecimiento económico, así mismo si estas soluciones van encaminadas a dirimir procesos con intereses económicos de los usuarios.

Por otro lado nuestro compromiso en atender temas laborales, velando por el bienestar de los trabajadores acorde a la ley, nos permiten dar cumplimiento a este ODS, tanto los estudiantes como docentes están actualizados en cuanto a temas laborales que le permitirán a nuestros usuarios reclamar sus derechos laborales, dando paso a trabajos decentes y correctamente remunerados.

Cuando lo estudiante del consultorio jurídico de la corporación universitaria américa inician su proceso de prácticas dan comienzo también junto a este un ejercicio de la práctica profesional que tiende a responder la necesidad social, esto implica que se estudie el derecho en la vida social, en su práctica y aporte social, todas la investigaciones socio jurídicas que se realizan dentro del consultorio jurídico no son más que un análisis de la condicionalidad social del derecho en las comunidades más vulnerables, y como es efecto que este genera en la sociedad; es aquí donde este genera un aporte enorme en este ODS pues al realizarse un análisis académico de toda la condicionalidad social, se estaría trabajando desde la práctica las posibles estrategia de productividad laboral; esto al tratarse temas como la reducción del empleo informal y las desigualdades laborales, brindadas por las empresas y mercados labora-



les, pues es de notar que las comunidades más vulnerables consultan a diario problemas que son de competencia laboral, como: despidos sin justa causa, contratos irregulares y todas aquellas problemáticas que no permiten tener un trabajo decente y crecimiento económico estable, al tratarse estos temas, se buscan soluciones que ayudan a reducirlos, porque al hablar de trabajo decente, debemos tocar temas como derecho al trabajo, los derechos fundamentales tipificados en nuestra constitución, las oportunidades de empleo y la protección social, tratándose esto, no solo de una visión académica sino también social y ética lo cual permita una actividad productiva en la que se materializa la igualdad y el bienestar económico y social que conlleve a la inclusión.

Cuando se habla de desarrollar este ODS de trabajo decente y crecimiento económico también se habla desde perspectiva de sintetizar las aspiraciones de las personas durante su vida profesional, lo cual se trabaja con la comunidad estudiantil, pues al brindarles una educación de calidad también se garantiza la oportunidad de acceder a un empleo productivo que un ingreso justo, que contribuya a mejorar las perspectivas de desarrollo personal e integración, lo cual son factores claves para alcanzar la reducción de la pobreza.

Reducción de desigualdades

Este ODS lo vemos implementado por el consultorio jurídico de la corporación universitaria América, a través de la prestación de los servicios legales gratuitos que contribuyen a satisfacer las necesidades jurídicas de las personas más pobres del municipio y, por tanto, a disminuir los altos niveles de desigualdad que existen en la comunidad, desde este punto de vista se cumple una función social, es un enfoque del servicio social por tratarse de una práctica gratuita que se realiza con las personas más vulnerables por medio de las actividades realizadas por los estudiantes de las cuales son competentes el consultorio jurídico.

Todas estas actividades encaminadas a la reducción de la desigualdad, contribuye a que no solo al progreso de los ODS sino también a que sea efectivo un estado social de derechos como constitucionalmente se tiene establecido esto ya que con la prestación de servicios gratuitos, se garantiza el efectivo goce de los derechos de aquellas personas que por sus medios no tendrían ac-

ceso a la justicia, debido a su contexto social y sus limitaciones económicas la cual trae consigo una gama de problemas jurídicos que con nuestra accesoria y gestión se logra un escenario justo que reduce un poco las necesidades al atacar os problemas de manera puntual.

El énfasis social de las prácticas pedagógicas de los estudiantes de derecho en la corporación universitaria americana se convierte en reguladoras de relaciones sociales tendientes a la Igualdad y a la reducción de desigualdades, al ser una útil e importante herramienta de acceso a la justicia en Medellín para aquellos estratos socioeconómicos 1, y 3, estos servicios no solo son gratuitos sino también de calidad lo cual logra un impacto social contribuyente al cambio , resolviendo conflictos y reflejando diferentes posibilidades para la solución de estos, fortaleciendo así la reducción de las desigualdades de las personas que integran toda una comunidad vulnerable. Con nuestras asistencias de consultorio al barrio y la prestación de la sede del consultorio jurídico se logra ampliar la cobertura de su competencia, ya que se le suma a esto la posibilidad de llegar a los hogares de dichas personas lo cual claramente implementa un escenarios de atención que reducen las desigualdades de estas comunidades.

Prestar servicios legales gratuitos que contribuyen a satisfacer las necesidades jurídicas de las personas más pobres del municipio y, por tanto, a disminuir los altos niveles de desigualdad que existen en la comunidad, desde este punto de vista por medio del consultorio jurídico de la Americana se cumple una función social dirigida a este ODS.

La posibilidad de que un usuario sea representado gratuitamente en un proceso jurídico con las mismas garantías que tiene una persona que pague por este servicio es garantía de nuestra apuesta por la reducción de desigualdades.

Las posibilidades que tienen los usuarios de estratos 1, 2, 3, para acceder a la atención desde el consultorio jurídico hacen que disminuyamos la brecha económica que se tiene para acceder a la justicia, ha sido mal interpretado por la sociedad la necesidad de contar con un capital amplio para dar inicio o tramite a problemas jurídicos, en el consultorio jurídico de Corporación Universitaria Americana, se le ha hecho énfasis en que no es necesario contar con un recurso económico para poder acceder a los servicios del mismo.



Entendemos las desigualdades no solo desde el ámbito económico sino también desde todos los tipos que existen, social, educativa, de género o legal.

Paz justicia e instituciones sólidas

En Colombia se ha avanzado sustancialmente en los procesos de paz y los acuerdos para llegar a ella, permitiendo no solo el desarrollo económico sino también social del país, este consultorio busca direccionar sus acciones a la paz y la justicia, estamos convencidos de la necesidad de crear nuevas estrategias que fomenten la convivencia pacífica en los territorios, una de las maneras en que le aportamos a este tema, es con el centro de conciliación de la CUA, lo que se busca en principio es poder llegar a resolver los conflictos de una manera pacífica, descongestionar de alguna manera el sistema judicial entre otros, sin embargo una de las razones fundamentales de este proyecto es que se tiene la firme convicción de que las personas pueden resolver sus conflictos de manera amigable, teniendo en cuenta las diferentes variables territoriales, tanto los estudiantes como los docentes dan las herramientas para que estos procesos de conciliación le aporten a la construcción de paz desde las diferencias y situaciones que afecten el buen vivir.

Ese es uno de los objetivos más importantes para alcanzar el desarrollo sostenible, por medio del consultorio jurídico de la corporación universitaria americana se logra que este ODS de alguna manera se implemente en nuestra comunidad, nuestro consultorio jurídico articula en sus proyectos y en sus actividades la forma de contribuir a la materialización del acceso a la justicia, lo cual conlleva a que se busque la justicia y la solución de conflictos que finalmente encaminan a la búsqueda de la paz, todo esto aporta a satisfacer las necesidades jurídicas de las personas más vulnerables de la ciudad, y por lo tanto como consecuencia de esto surge la disminución de los altos niveles de desigualdad existente en esta comunidad.

Nuestro consultorio jurídico termina convirtiéndose entonces en un componente práctico para la sociedad; donde se forman profesionales conscientes de su responsabilidad social, cuando dentro de estos programas se alcanzan estos fines podemos decir que está aportando a la construcción de instituciones sólidas y contribuyentes donde los estudiantes no solo aprenden sino que

también practican a través del hacer, prestando asesorías y representación jurídica de personas vulnerables, entonces siendo una institución sólida que garantiza la teoría Educativa fundamentada en una educación jurídica basada en la experiencia, se forman entonces nuevas generaciones de abogados que incrementan la justicia social en Medellín.

Cuando el consultorio jurídico desplaza su centro de atención a los barrios que cumplen con esas características sociales y económicas que requieren de soluciones, no solo contribuyen a la solución de conflictos, pues también le están apostando a la formación cívica de los habitantes logrando así alcances educativos que aporta a la construcción de la paz por medio de la académico y esto a su vez integra el desarrollo económico fomentando soluciones pacíficas e inclusivas a los conflictos.

El tener acceso a la justicia por medio de los consultorios jurídicos es abarcar los problemas sociales en todos los sentidos; esto incluye la salud, el empleo, la educación y el emprendimiento, este mismo acceso a la justicia fue incluido en el desarrollo de este ODS pues esto es un pilar fundamental para lograr el crecimiento inclusivo pues sabemos que cuando una comunidad tienen imposibilidad de acceder a la justicia se afecta de manera de negativa, cuando desproporcionen en las clases socio económicas bajas, disminuyendo las oportunidades económicas y reforzando las injusticias, por esto es tan importante que a través del consultorio jurídico de la corporación universitaria América se realicen estudios que midan las necesidades jurídicas de la población foco de nuestra competencia.

Conclusiones

A lo largo de este trabajo, hemos esbozado el que hacer del consultorio jurídico con respecto a su responsabilidad social, y el aporte que le hace a los objetivos de desarrollo sostenible. Por medio de esta investigación hemos demostrado que cuando se realizan actividades programadas por el consultorio jurídico, siempre serán encaminadas a contribuir con los ODS, y que no se realizan actividades aleatorias sin sentido social. El compromiso de apostarle a estos ODS a nivel nacional depende ampliamente de los esfuerzos mancomunados de las entidades públicas y privadas que operan en el país.



Durante el año 2018 el consultorio jurídico realizó aproximadamente 50 actividades que contribuyeron a la construcción de un mejor país, en estas actividades entre las que se incluyen consultorios al barrio, locales y municipales, charlas de formación continua, y tomas lúdico recreativas, se lograron impactar aproximadamente 2.500 usuarios, que dan cuenta de la importancia territorial del consultorio jurídico.

También se evidencia como con cada actividad más allá de aportar a los ODS, le apostamos a la construcción de una sociedad más equitativa y justa, con la presencia en los territorios más vulnerables eliminamos de algún modo la brecha social que se tiene en el país; consideramos que esta disminución no solo se da desde las actividades que se llevan a cabo sino también en la posibilidad que brinda la CUA a los miles de estudiantes que se presentan cada semestre con la intención de tener una carrera universitaria y que por distintas razones ese que en principio era un sueño no se les materializó, esta universidad abre la puerta a la inclusión y la equidad direccionando sus esfuerzos a la disminución de la pobreza.

La guía de ODS para universidades da las razones para comprometerse con este tema y cita: “Las universidades ocupan un lugar privilegiado dentro de la sociedad. Con un incuestionable protagonismo en torno a la creación y difusión del conocimiento, las universidades han sido durante mucho tiempo potentes impulsores de la innovación global, nacional y local, el desarrollo económico, y el bienestar social [6, 7, 8]. Como tal, las universidades tienen un papel fundamental para lograr el cumplimiento de los ODS, a la vez que pueden beneficiarse enormemente al comprometerse con esta Agenda” esos beneficios a los que se refiere van desde alianzas estratégicas con diferentes socios, hasta el aumento de la demanda de formación en ODS.

El reto es seguir produciendo conocimiento en la responsabilidad social, que permitan el aprendizaje constante para que den ejemplo a las nuevas generaciones y así se genere el impacto necesario de colaboración permanente con las comunidades que lo requieran.

Estas actividades de responsabilidad social permiten a la CUA demostrar el impacto que se tiene entre la sociedad contribuyendo al bienestar local; por consiguiente esto atrae demanda en la educación que se tiene a futuro, el aumento de profesionales que comprendan la necesidad de aplicación de los

ODS permitirán que ellos direccionen sus futuro laboral y personal a la implementación de los mismos en su diario vivir.

La construcción de alianzas estratégicas para el desarrollo de estas iniciativas permitirá acceder a nuevas fuentes de financiación, que den muestra del crecimiento que se tienen a nivel social, mostrando una universidad responsable y globalmente comprometida.

Los ODS proporcionan una estructura que da respuesta a la necesidad de ser más receptivas y sensibles a las necesidades sociales. La dirección de la red de Desarrollo sostenible hace un llamado a la importancia que tienen las universidades para lograr los objetivos en el tiempo planteado.

“Podemos utilizar la red global de universidades, su universidad, mi universidad, más de mil universidades en todo el mundo, para ser una “red de soluciones” activa para ayudar a los gobiernos, las empresas y la sociedad civil a trazar el camino hacia el éxito en el desarrollo sostenible, y también ser la incubadora para el rápido desarrollo de las tecnologías de desarrollo sostenible. Las universidades de todo el mundo deberían estar a la vanguardia a fin de ayudar a la sociedad a encontrar las soluciones técnicas para lograr estos objetivos” Jeffrey D. Sachs, Director de la Red de Soluciones para el Desarrollo Sostenible (SDSN)

La CUA adquirió un compromiso público que es transversal a la acción y al diálogo intersectorial que permiten el desarrollo de políticas y doctrinas hacia los ODS, la movilización y posicionamiento de la institución demostraran este compromiso tanto en el sector universitario como en otros sectores, académicos, profesionales y laborales.

Referencias bibliográficas

Delgado, Mariana. (2011). Revista de Relaciones internacionales, estrategia y seguridad. La ley de justicia y paz en Colombia: La configuración de un su campo jurídico-político y las luchas simbólicas por la Inclusión, vol.6 no.2 Bogotá, Colombia. Recuperado de:



http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632011000200009

Velázquez, Héctor. (2012). Revista facultad de derecho y ciencias Políticas. El trabajo social de los consultorios jurídicos: ¿necesidad u obstáculo. Vol. 42, No. 116 / p. 51-76. Medellín, Colombia. Recuperado de:

<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v42n116/v42n116a03.pdf>

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2008). Litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Recuperado de: https://www.academia.edu/38647811/Oportunidades_y_retos_para_el_litigio_estrat%C3%A9gico_en_M%C3%A9xico_un_cinco_pasos_para_la_piedra_de_S%C3%ADsifo

Programa de las naciones unidas para el desarrollo. (2018). Objetivo 16: Paz, justicia e instituciones fuertes. Recuperado de:

<https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals/goal-16-peace-justice-and-strong-institutions.html>

Programa de las naciones unidas para el desarrollo. (2018). Objetivo 8: Trabajo decente y crecimiento económico. Recuperado de:

<https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals/goal-8-decent-work-and-economic-growth.html>

Programa de las naciones unidas para el desarrollo. (2018). Objetivo 10: Reducción de las desigualdades. Recuperado de:

<https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals/goal-10-reduced-inequalities.html>

Naciones Unidas. (2018). Objetivos del desarrollo sostenible: Agenda del desarrollo sostenible. 17 Objetivos para transformar el mundo. Recuperado de:

<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>

Red Española para el desarrollo sostenible. (2018). Una guía para las universidades, los centros de educación superior y el sector académico: cómo empezar con los ODS en las universidades. Recuperado de:

<http://reds-sdsn.es/wp-content/uploads/2017/02/Guia-ODS-Universidades-1800301-WEB.pdf>



Elaboración de una metodología participativa e innovadora para la rendición pública de cuentas en la Ciudad de Panamá

Carlos Augusto Arboleda Jaramillo¹; Claudia Milena Arias Arciniegas²; Carlos Mario Correa Cadavid³; Liliana Patricia Restrepo Medina⁴; Jovany Arley Sepúlveda Aguirre⁵ y Jorge Iván Villa Amaya⁶

Resumen

El presente capítulo de libro propone una herramienta participativa e innovadora, la cual le proporciona a los funcionarios públicos, lineamientos para apropiarse de un proceso de rendición de cuentas efectivo y por ello se establece la elaboración de una metodología innovadora en la ciudad de Panamá, que a la vez se convierte en un elemento para el fortalecimiento de la participación ciudadana en esta región.

1 Administrador, Especialista en Gerencia, Especialista en Gerencia de Proyectos, Magíster en Ciencias Administrativas y Doctorando en Administración. Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana. Teléfono de contacto: 3218113568 e-mail caarboleda@americana.edu.co Cédula de Ciudadanía 71.339.151

2 Administradora de Negocios, Especialista en Alta Gerencia, Magíster en Administración, e Investigadora Fundación Universitaria Católica del Norte. Email: cmariasa@ucn.edu.co Cédula de Ciudadanía 63.468.894

3 Administrador de Empresas, Especialista en Gerencia y Magíster en Desarrollo con énfasis Organizacional y Gerencial. Investigador y Decano de la Facultad de Ciencias Sociales Del Colegio Mayor de Antioquia. Teléfono de contacto: 3122530374. Email: dec.cienciasociales@colmayor.edu.co Cédula de Ciudadanía 98.500.301

4 Socióloga. Especialista en Sistemas de Información Geográficas – SIG -. Magíster en Gestión de Ciencia, Tecnología e Innovación (CTel). Docente Investigadora del Instituto Tecnológico Metropolitano – ITM – Teléfono de contacto: 3113555714. Email: lilianarestrepo@itm.edu.co Cédula de Ciudadanía: 43.836.963

5 Bibliotecólogo, Especialista en Gestión Tecnológica y Magíster en Gestión de la Innovación Tecnológica, Cooperación y Desarrollo Regional. Editor y Docente de la Corporación Universitaria Americana. Teléfono de contacto: 319 3533434 e-mail jasepulveda@americana.edu.co cédula de Ciudadanía 71.222.008

6 Contador, Especialista en Gestión Financiera, Magíster en Administración MBA. Asesor de Empresas y Coordinador Unidad de Tesorería Corporación Colegiatura Colombiana. Teléfono de contacto: 3016296015 e-mail: jotavillaa@hotmail.com Cédula de Ciudadanía 1.128.386.004

Este escrito responde a la pregunta: ¿utilizar metodologías innovadoras en la rendición pública de cuentas en la ciudad de Panamá, fortalece la participación de los ciudadanos y mejora la confianza entre estado y sociedad civil?

La metodología según la naturaleza del estudio es cualitativa y propositiva, y en este sentido se realiza una revisión bibliográfica y una exploración documental, para luego proponer las recomendaciones según los resultados del estudio.

La transparencia es el soporte de la rendición de cuentas, y éste elemento se ha convertido en los lazos entre la comunidad, el Estado, los gobiernos, la economía en general, para lograr una administración abierta. La misma debe ser coherente y acorde a los valores y principios de la entidad, donde el interés es colectivo y se vuelve pilar entre lo público y privado.

Palabras clave: participación ciudadana, rendición pública de cuentas, transparencia y gestión gubernamental.

Abstract

This chapter of the book proposes a participatory and innovative tool, which provides public officials with guidelines for appropriating an effective accountability process and therefore establishes the development of an innovative methodology in the city of Panama, which At the same time, it becomes an element for the strengthening of citizen participation in this region.

This article answers the question: use innovative methodologies in public accountability in Panama City, strengthen citizen participation and improve trust between the state and civil society?

The methodology according to the nature of the study is qualitative and proactive, and in this sense a bibliographic review and a documentary exploration is carried out, to then propose the recommendations according to the results of the study.

Transparency is the support of accountability, and this element has become the bonds between the community, the State, governments, the economy in



general, to achieve an open administration. It must be coherent and in accordance with the values and principles of the entity, where the interest is collective and becomes a pillar between public and private.

Keywords: citizen participation, public accountability, transparency and government management.

Introducción

Los países que buscan fortalecer sus democracias y no precisamente con su forma de gobernar sino con la creación de mecanismos que generen un vínculo entre la ciudadanía y las autoridades, sometándose a un escrutinio público para generar impactos en la gestión social, económica y político-administrativo, puede generar una mayor participación ciudadana en los habitantes de una región, (Villanueva (2016).

Es por esto que el presente trabajo pretende diseñar e implementar una metodología para la rendición cuentas públicas en la ciudad de Panamá, en la que se permita a los funcionarios públicos interactuar con los ciudadanos y dar a conocer la gestión de sus planes de gobierno y se pueda identificar la trazabilidad y transparencia con la que se ejecuta.

En la rendición de cuentas, por Ley las instituciones públicas deben presentar informes sobre los diferentes procesos que se realizan, teniendo en cuenta, que el buen gobierno se reconoce por la forma de ejercer el poder público, el cual debe tener rasgos de eficiencia, transparencia, participación de la sociedad civil y el Estado de derecho (Villanueva, 2016).

Actualmente, en Panamá, la rendición de cuentas descansa sobre los pilares de la información, justificación, responsabilidad y sanción. También, considera deberes y derechos establecidos constitucional y legalmente, como son: el Derecho de Petición contenido en los artículos 42 y 43 de la Constitución Política de la República de Panamá, y la Ley 6 de 22 de enero de 2002, que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la creación del habeas data y dicta otras disposiciones. (La Estrella de Panamá 2017) En el contexto de un Estado democrático, la rendición de cuentas es una relación que involucra los conceptos de control sobre el Estado y el gobierno (Schedler,

2004). En definitiva, la ciudad de Panamá al pertenecer a un Estado democrático, está obligada a rendir cuentas a sus habitantes.

Para Cifuentes (2009) se busca una participación constante y activa de las diferentes comunidades de la ciudad de Panamá que permitan mejorar la gestión de los servidores públicos, con el fin de buscar beneficios y visibilizar la transparencia y generar un ambiente donde, gracias a la actuación de los servidores públicos, se evite las prácticas que pueden deslegitimar la Institucionalidad y generar focos de corrupción.

Desarrollo

El método elegido para la realización de esta investigación teniendo en cuenta su finalidad, es de naturaleza cualitativo y propositivo, el cual no pretende hacer un análisis exhaustivo del tema tratado. En este sentido se realiza una revisión bibliográfica y una exploración documental, que busca dar cumplimiento a los objetivos propuestos, para luego realizar la propuesta de una metodología con herramientas sencillas para la Rendición Pública de Cuentas de la Ciudad de Panamá.

Inicialmente se recopiló información obtenida de diferentes bases de datos tales como Scopus y Ebsco, también se consultaron documentos publicados por las entidades gubernamentales de Colombia, entre ellos se tiene el Manual Único de Rendición de Cuentas y la Política de Rendición de Cuentas de la Rama Ejecutiva a los Ciudadanos y por último se realizó una búsqueda rigurosa de toda la normatividad aplicable en el campo de transparencia y rendición de cuentas de la ciudad de Panamá.

Después de leído e interpretado este material se hizo una selección de todos aquellos insumos que podían aportar a la elaboración de este trabajo. En el mismo sentido se fue creando una estructura de conceptos y secuencias de lo que es la rendición de cuentas para las entidades públicas de países como México, España, Brasil, Estados Unidos y Colombia, y partiendo de esta información se fue creando una metodología innovadora para la rendición de cuentas en la ciudad de Panamá, que tenga alcance para todos los componentes de los entes territoriales.



Para el desarrollo de esta investigación, se opta por seguir la metodología del texto guía de Hernández Sampierie (2016), luego de un proceso de investigación, basado en la observación, estudio de fuentes primarias y secundarias, entre otras, se opta por la investigación tipo cualitativo.

Marco histórico

La rendición de cuentas está vinculada al poder político y por ello la relación existente con el término democracia, es decir la igualdad que se busca para la población en términos generales, de acuerdo a las diferentes necesidades, como son la educación, salud, empleo, infraestructura y todas aquellas que son demandadas por el hombre para cumplir con su bienestar y satisfacer las necesidades.

Desde las antiguas civilizaciones, en los siglos IV, V, antes de Cristo, se reunía la comunidad, en las asambleas Romanas, llevadas a cabo en Roma, en el Foro, espacio en el que interactuaban la elite y los habitantes, llamados contiones, asambleas para mantener informados a los ciudadanos, lo que unía a los pueblos para la toma de decisiones (Picazo, 2012).

Durante los siglos IV a.C. en Atenas, los ciudadanos que desearan ocupar un cargo público se les realizaba un reconocimiento delante todos los ciudadanos, con el fin de verificar su vida, de tal forma que cumplieran los requisitos; una vez se retiraran del cargo se les hacia una auditoría sobre las finanzas y hasta tanto no se hubiese revisado, dicho personaje no podía viajar o ceder una propiedad y en caso de encontrarse culpable era castigado con una multa. Esto se daba dentro de lo que era llamado sistema democrático ateniense. Durante esta misma época existieron varios mecanismos que dan cuenta de una vigilancia, o auditoria, considerada como rendición de cuentas, el *ostracismo*, llamado así al destierro por mal comportamiento, forma de condenar a un ciudadano. La revisión de las cuentas, para quien ejercía un cargo público, era llamada *euthinay*. Otra modalidad, el *eisangelia* y el *aphofasis*, medio por el cual se castigaban delitos que ponían en peligro la seguridad del Estado. El *graphe paranomon*, se consideró del siglo 415 a.C. y se dice que llegó a sustituir el ostracismo, hacía referencia a una demanda en contra de las cuentas de las leyes, si la asamblea aprobaba un decreto y este violaba la ley, era anulado y había un castigo ya que iba en contra de los intereses generales afirma Pi-

cazo (2012). Desde la época de la antigua Grecia, se plantean los términos de asamblea, ciudadano, acción, consejo y muchos otros que son usados dentro de la democracia.

Las relaciones planteadas, muestra los inicios de la rendición de cuentas, ya que eran situaciones en las que participaba la ciudadanía, con el fin de tomar partido sobre sucesos determinados y aunque no lo llamaban como rendición de cuentas, daban informe o se daba a conocer a los demás los manejos o la gestión desarrollada. Más tarde, durante la época de la monarquía se dio también la vigilancia por parte de los ciudadanos, y se rendían cuentas de las posesiones.

La gestión de la rendición de cuentas no puede aislarse del proceso de transparencia, y de la información, los cuales se da desde el mismo momento en que se habla de democracia, es decir desde los orígenes de las civilizaciones, como son en la antigua Grecia como se describió antes. Es claro que se brinda información o se da a conocer ante los ciudadanos y ese hecho muestra claridad, evidencia, lo que permite dar lugar a la veracidad, al análisis. No podemos desconocer que las generaciones presentes son responsables de lo que les pueda ocurrir a las generaciones futuras, lo que nos lleva a concluir que el Estado es un legitimador, que está en la obligación de permitir la igualdad y la solidaridad, y para ello debe brindar la participación de todos los ciudadanos, (Bassa y Vier 2017).

Marco filosófico y antropológico

Con la tecnología y los avances del mundo moderno, la sociedad explora por nuevas fuentes de información, se busca que las personas estén más comunicadas, y es por ello la importancia de la rendición de cuentas. En este proceso de investigación se parte desde teorías en las que se observa la concentración de las relaciones del poder, lo que ha llevado a que los países se vean vulnerados por actores poco éticos y hoy se busca un cambio desde cualquier óptica. Las redes son un medio que han ayudado, ya que las personas se pueden encontrar en cualquier lugar del mundo y permite las relaciones bajo los diferentes medios de comunicación como de participación; lo vemos, cuando, por ejemplo, se hace una votación en un país y los ciudadanos de dicho país están en otros, teniendo la oportunidad de votar y hacer parte de las decisiones.



Desde lo antropológico, existen teorías que van más allá de lo estructuralista hacia los actores, es decir más allá de los mercados, de la competitividad, están las necesidades individuales y los grupos sociales que se ven afectados por situaciones o entornos particulares, de ahí que los individuos deban analizar la información que llega por las redes, (Hevia, 2009), es por ello necesario no solo la interpretación, sino, además el diseño de las estrategias y de acuerdo a las limitaciones, convertir las situaciones malas en otras mínimamente un poco favorables.

La rendición de cuentas, simboliza un asunto de responsabilidad, como obligación de publicar, se enmarca no solo las actividades, sino que dan cuenta de la información contable, presupuestal, lo que invita a las personas a ser transparentes, a actuar con compromiso (Ochoa y Montes, 2004).

La rendición de cuentas, es una forma de controlar las extralimitaciones que tienen en especial los políticos frente al poder, (Isaza 2014). Cuando se establece la participación ciudadana, permite que los ciudadanos se apersonen de los temas en los cuales pueden verse vulnerados sus derechos y esto activa su participación, a través de las denuncias, o diferentes mecanismos establecidos para ejercer control, lo que lleva a los individuos a generar procesos de autoconfianza y motivación para con ellos mismos y para la sociedad.

Estos procesos permiten de igual forma la cocreación, a través de las personas interesadas, se establecen procesos de mejoramiento, de posibilitar el intercambio y generación de ideas, nuevos espacios, nuevas fórmulas, identificadas por diferentes mecanismos que articulen y dinamicen los procesos desde lo social, lo ambiental, hasta lo económico, para que los entornos reflejen los cambios requeridos.

Marco normativo

El diseño e implementación de las metodologías para la rendición de cuentas, está enmarcado en primera instancia dentro de los términos de legalidad, ya que hace parte del contexto de Transparencia en la gestión, la cual se articula en la Constitución Política de 1972, ajustada en los actos reformativos de 1978, 1983, 1993, 1994 y 2004, así:

Tabla 1. Normatividad panameña de rendición de cuentas

Normatividad	Descripción
Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, Asamblea Legislativa	Mediante los cuales se decreta a todos los servidores públicos el cumplimiento de los deberes frente al buen accionar entorno a la administración de los recursos públicos; las cuales tienen como fin crear confianza y credibilidad en la ciudadanía panameña y mostrar así la eficiente gestión
Capítulo 3º. de la constitución Política de Panamá	Contraloría General de la República, artículos 279 y 280, en los que se le da la autonomía a la Contraloría General para auditar y custodiar los recursos públicos al igual que la gestión administrativa, permitiéndole además investigar e inspeccionar cualquier acto que atente contra el patrimonio de la nación.
Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, actualizada en 2009, en los artículos 1 y 2	Se da la importancia a nivel estatal, se otorga manejo de los recursos, manifestando el cuidado por la preservación y fiscalización de los movimientos de los fondos y bienes públicos,
Ley 33 de abril de 2013. Asamblea Nacional de Panamá	Normatividad concerniente a la creación de la autoridad para la transparencia y la información; en la que se le da la plena garantía a la autoridad competente para hacer cumplir las normas en cuanto a las peticiones y acceso a la información, los cuales también aparecen reflejados en la constitución política panameña.
Ley 6 de 22 de enero de 2002, Capítulo II. Capítulo III.	Se dictan normas para la transparencia en la gestión pública, sobre las acciones de Hábeas Data y otras disposiciones. Se plantea la ética en el actuar correctamente, la información y su confidencialidad. En esta ley también se menciona la responsabilidad de los funcionarios públicos en la comunicación de los resultados de la gestión. Informa de la obligatoriedad de las Instituciones del Estado y de sus funcionarios de la información y de tenerla publicada en diferentes sitios, los temas más importantes son: reglamento interno, políticas de la institución, manuales de procedimientos internos, estructura organizacional, ubicación de documentos, archivos; además de otros temas como son, programas y proyectos desarrollados por la Entidad, informes financieros, entre otros.
Capítulo VI de la Ley 6 de 22 de enero de 2002,	Las sanciones y responsabilidades personales de los funcionarios, quienes no podrán obstaculizar el acceso a la información, de acuerdo con el Hábeas data.

Fuente: Elaboración propia

Marco teórico

Hablar del marco teórico, es construir un análisis desde los diferentes postulados que dan origen al desarrollo de un determinado contexto, así es como en materia de “Rendición de Cuentas” y en especial para la ciudad de Panamá, se abre un estudio más profundo para abordar temas de interés colectivo.



Las nuevas teorías organizacionales buscan un contexto en el que los ciudadanos o usuarios de los servicios o productos sean fieles seguidores y esto solo es posible en la medida en que se convierten en fidedignos y una de las formas de lograrlo es bajo los esquemas de transparencia, legalidad, participación y mucho más cuando es el estado el partícipe y promotor de las mismas.

La Constitución, en términos generales marca un punto de gran trascendencia en un país o estado y para el caso de los países de América Latina, se ha convertido en un elemento de trascendencia, ya que en todos existe la Constitución Política, autorizando así al Estado a promover y delegar al mismo tiempo la autonomía y la participación por parte de los ciudadanos a la vida política, involucrando al pueblo para la toma de decisiones.

Es por ello que las teorías burocráticas ya hoy han perdido efectos y se promueve por un desarrollo más participativo y equilibrado, permitiendo que sean más flexibles las estructuras.

(Weber 2002), fue el promotor de la teoría de la burocracia, en la que se planteó varios tipos de sociedades, definiendo así para cada una los tipos de autoridad, lo que lleva a la legitimización del poder; con los avances de la tecnología, la comercialización entre países, las nuevas formas de comunicación. La sociedad ha ido cambiando su cultura y este proceso ha llevado a otras nuevas formas de relacionamiento y teorías como las de (Drucker 2000), en sus teorías, trabajo por objetivos, descentralización, involucra al empleado dentro del negocio; hace que las relaciones sean más recíprocas. Ejercicios como la planeación, el cumplimiento de metas, ya no es solo de los jefes de la alta dirección, los empleados, podrán estar contextualizados y trabajar todos en pro de los mismos; lo que se traduce al contexto de la comunidad para el sector público. En las últimas décadas los gobiernos le han dado mayor relevancia a compartir los temas de las administraciones con los ciudadanos en general, y es ahí cuando actúa la rendición de cuentas, lo que lleva a la transparencia.

El término de transparencia alcanza mayor trascendencia con el de gobierno abierto, (Concha, Naser 2012), lo que realmente agita la actividad económica, implica una renovación más en las empresas, incluyendo las entidades estatales y aunque en sus inicios no existe una normatividad suficiente, es impulsada por los políticos. El gobierno abierto permite la articulación con

las TICs y es el gobierno electrónico el que más promueve la participación ciudadana.

La rendición de cuentas para la sociedad se ha convertido en un medio, y por ello la responsabilidad de las personas en transmitir datos fidedignos y dados el auge del internet y la web, se ha ido fomentando la forma de comunicar y de recibir la información, basados en un código ético o de transparencia. (Ríos y Vegas 2015), estos medios pueden contener como estrategias los chat, blogs, encuentros digitales, instrumentos de transparencia corporativa, redes sociales y otros en los que la tecnología no para.

También es importante resaltar la innovación en materia de rendición de cuentas, hoy está centrada básicamente en la tecnología, en lo que se llama la revolución de cuarta generación, y por ello la importancia de (*design thinking*), basado en la experimentación y creación de nuevos roles y patrones para el diseño de nuevas metodologías, de forma que el usuario pueda obtener información en forma más confiable, directa y oportuna y así se dé mayor interacción entre el Estado y la sociedad (Naser, Ramírez y Rosales, 2017). Dentro de este desarrollo el fundamento principal es, además, la cocreación, elemento que permite una participación activa de los diferentes actores y se evidencia en la gestión de los planes de acciones, una vez que son evaluados, monitoreados y controlados, son divulgados, e informados por los diferentes medios a la ciudadanía.

Marco conceptual

El Marco conceptual permite estructurar las ideas que se van a desarrollar dentro de la investigación para que sea coherentes y se articulen con todos los demás elementos, igualmente sirven como soporte científico.

Es necesario definir algunos conceptos:

Rendición de Cuentas: “redición” hace referencia al dar, entregar, y el vocablo “cuentas” enumerar, hacer cálculos. Juntando ambos conceptos, describen como cualquier entidad pública o privada debe o está obligada a informar y dar a conocer todas las acciones o movimiento de la empresa, referidos principalmente a la parte financiera, como son los presupuestos,



los balances, las utilidades, los indicadores, metas, y toda la información de mayor trascendencia e importancia para las empresas y mucho más para los usuarios o partes interesadas.

Transparencia: Es traspasar algo, por ejemplo, un rayo de luz a través de (un vidrio u otro elemento). De acuerdo a este argumento se aducen valores para las organizaciones o personas. Las entidades públicas, como en el caso de la Alcaldía de Panamá o de sus entes descentralizados deben mostrar transparencia en su actuar, publicando los presupuestos, los estados financieros tal como se ejecutaron durante una vigencia o período.

Ética: Es considera una disciplina filosófica, que reflexiona sobre lo bueno y lo malo, se relaciona un campo de moralidad, y bajo otro contexto se refiere a la manera como se desarrollan las costumbres.

Datos abiertos: Son los datos que deben tener disponibles las organizaciones o entidades en su portal web para ser consultados, sin ninguna restricción para su uso, es decir libres de permisos.

Red: Es hilar entre un conjunto de puntos para conformar un sistema articulado por unas características comunes.

La rendición de cuentas surge como respuesta a una necesidad, en la cual las entidades y en especial la Alcaldía de Panamá y sus entes descentralizados, deben tomar referentes para crear estrategias que permitan la articulación entre los conceptos definidos anteriormente, para mostrar un cabal desempeño de su gestión.

Siendo así, la Entidad debe asumir la responsabilidad frente a sus funcionarios y partes involucradas, para que el desarrollo de la gestión sea transparente, concientizando y posibilitando que sus funcionarios actúen bajo unos principios fundamentales y el desempeño desde cada puesto de trabajo y la prestación de los servicios sean de una excelente calidad, bajo esas premisas se va dando un cambio de la teoría burocrática, según el modelo weberiano, en el que el poder va cambiando, desde una concepción piramidal, hacia un modelo mucho más participativo y abierto.

Hoy se busca un nuevo modelo de que articule las estrategias de rendición de cuentas, y es por ello la importancia de crear un sistema de datos abiertos, y de redes, no solo a nivel tecnológico, sino de la estructura. Desafortunadamente los países de América Latina, se han visto muy afectados por la corrupción, la imagen de los funcionarios públicos es bastante negativa, por lo que es fundamental crear modelos donde se genere y se motive a la confianza, a un cambio de paradigma y esto se ve reflejado en la Constitución de Panamá, en el que se trata de darle mayor participación al pueblo para tomar decisiones.

Dentro del proceso de democratización, la rendición de cuentas tiene estricta relación con la participación ciudadana, la cual tomó impulso en América Latina, y con ellos llegaron los presupuestos participativos, lo que implica diálogos e interacción permanente entre los diferentes actores, lo que hace parte de la rendición de cuentas, (Hernández 2017) y así es como se establece el control social al realizar las audiencias públicas, enseñando los gastos y resultados de la gestión del gobierno de turno, se permite la confrontación sana y respetuosa, con el fin de debatir, analizar y sacar conclusiones, además de sugerencias.

En el año 2014, la OCDE llevó a cabo un foro para debatir estrategias para recuperar la confianza, tratándose principalmente temas: fiabilidad, reduciendo incertidumbre económica, compromiso con los ciudadanos en materia de acceso a la información y participación en toma de decisiones, además de participación en los presupuestos y planes de acción.

Hoy más que nada, donde el ciudadano accede a la información con gran facilidad y bajo un sistema democrático, el Estado debe ser imparcial y tener reglas claras, pero generar confianza y credibilidad en sus ciudadanos. (Uvalle 2016).

Resultados

La Alcaldía de Panamá ha establecido la presente política para Rendición de Cuentas, como elemento de control social, con la finalidad de conservar la transparencia en la gestión de la administración pública, a través de la concientización en los servidores públicos de la ética y el buen accionar y bajo el cumplimiento de la normatividad contenida en la Constitución Política de la



República en los artículos 42 y 43, la Ley 6 de enero de 2002:

- Establecer los recursos requeridos en forma racional para gestionar la información en sus diferentes modalidades.
- Brindar información a los ciudadanos respondiendo a las solicitudes, peticiones, quejas y demás, establecidas por parte de los panameños.
- Estructurar adecuadamente.
- Realizar la Rendición de Cuentas pública a todas las partes interesadas en forma detallada y pormenorizada.
- Establecer los planes de mejoramiento con base en los seguimientos y evaluaciones realizadas en la rendición de cuentas, mejorando permanentemente en el proceso.
- Establecer los códigos de ética para los servidores públicos, logrando así la excelencia en el servicio y en la calidad de la información.

A continuación, se proponen las actividades e instrumentos para las futuras Rendiciones Públicas de Cuentas en la ciudad de Panamá.

Las metodologías diseñadas para la rendición de cuentas en la Ciudad de Panamá, deben considerar los siguientes aspectos:

- Realizar un trabajo colaborativo, permitiendo a las partes interesadas participar en forma analítica y crítica para que, desde los diferentes corregimientos, los sectores público y privado puedan realizar discusiones que permitan construir y mejorar los proyectos en pro de toda la comunidad, logrando una mayor calidad, y competitividad en los productos y servicios.
- Construir una red de todos los actores, para vincular los diferentes sectores de la economía; los estamentos públicos – privado; como universidades, empresas, los organismos estatales y la comunidad en general, con el objetivo de dinamizar el proceso de la rendición de cuentas, pro-

moviendo la innovación y generando impactos a nivel económico, social y de sostenibilidad en todos los ámbitos.

- Consolidar una cultura de transparencia, en el que se cultive la confianza por las acciones emanadas del gobierno, sus funcionarios y la comunidad en general. Lograr la credibilidad.

Diseño de la estructura para la rendición de cuentas

Es necesario que la Alcaldía cuente con una estrategia metodológica para la rendición de cuentas, de la siguiente forma:

Diagnóstico

Es importante tener el seguimiento y la evaluación del año que termina correspondiente a los resultados de la rendición de cuentas o en caso de no tenerla, se deberá realizar un diagnóstico tanto a nivel interno como externo.

En cualquiera de los dos casos mencionados anteriormente, ambos servirán para proceder de la misma manera.

El diagnóstico interno es con respecto a la experiencia tenida por parte de los funcionarios, evaluaciones, encuestas, análisis de estadísticas, entre otras. A nivel externo se deberá tener en cuenta las apreciaciones de los actores participantes en los diferentes eventos en los cuales se hizo rendición de cuentas (habiéndose llevado a cabo en forma virtual o presencial). Por lo anterior se hace necesario, además sumar a estos resultados los obtenidos por la página web y de las redes sociales.

Planificación

Establecer la planificación al final de año para ser llevado a cabo el desarrollo de la gestión de la rendición de cuentas al año siguiente, esta debe ser realizada entre los meses de octubre y noviembre, dicha planificación se debe ejecutar con los responsables del proceso, correspondiéndole principalmente al área de Planeación, comunicaciones, tecnología y los responsables del área de gestión del conocimiento.



Dentro de la planificación se debe tener el panorama de los recursos requeridos, como son los financieros, tecnológicos, materiales, definición de espacios, entre otros. Para la definición de la planificación, en especial el cronograma, es necesario acordar junto con el Alcalde o sus representantes los espacios de participación que se desarrollarán en el año siguiente, es decir las reuniones con la comunidad, las mesas de trabajo con los diferentes sectores como son los empresariales, las universidades, sector cultural, deportivo,

Definir los tipos de rendición de cuentas

La alcaldía debe definir los tipos de cómo procederá para llevar a cabo la rendición de cuentas, teniendo en cuenta las partes interesadas, entre ellos:

Virtual: Dentro de la virtualidad está por la página web y las redes sociales (como Facebook, twitter, Instagram, YouTube, entre otros). La página web hace referencia básicamente a la actualización que debe ser efectuada en forma permanente con la información gestionada con respecto a todos los servicios, programas, proyectos, incluyendo informes financieros, y los avances en el Plan de desarrollo en metas e indicadores, estos obedecen más a los resultados obtenidos. Las redes sociales son mucho más dinámicas con la información del día a día, divulgando los eventos y proyectos a ser realizados; aunque todos permiten el fortalecimiento en la divulgación y socialización de la información. Con YouTube, por ejemplo, se pueden dejar colgados los videos resultantes de la socialización de la rendición de cuentas con los distintos actores, ejemplo, cuando se divulgue la información con las partes interesadas.

Mesas de trabajo: Se requiere implementar diferentes estrategias, las cuales pueden ser realizadas con directivas de instituciones educativas, como ejemplo, universidades; empresarios panameños, por sectores, como ejemplo, grupos culturales, deportivos, entre otras.

Reuniones con los corregimientos: socialización de la gestión con la ciudadanía panameña, principalmente con líderes de la comunidad, en la que se también la posibilidad de entablar conversatorios.

Reuniones por proyectos: Son las reuniones que se establecen con los proyectos llevados a cabo, producto del desarrollo del plan de acción u otros que se articulen con la gestión, y que obedecen a los servicios misionales de la

Alcaldía. Durante estas reuniones se puede dar una rendición de cuentas, con el fin de tener socializada la información, además de procurar la buena comunicación.

Foros virtuales: Establecer por lo menos una vez al año una rendición de cuentas en forma virtual, permitiendo así mismo a todas las partes interesadas manifestar dudas, inquietudes, sugerencias; es decir discusiones que permitan la retroalimentación y mejoramiento en la gestión y en el desarrollo de las metas propuestas.

Sector Público: Llevar a cabo la rendición de cuentas con los gobernantes de la Alcaldía y partes interesadas de forma periódica, con el fin de informar a todos los empleados que estén vinculados al sector el avance y ejecución de los proyectos que componen el Plan de desarrollo de la ciudad y así se permeará la información dentro de la estructura organizacional.

Rendición Pública: Es la que se realiza por lo menos una vez al año en forma abierta para toda la comunidad, entes gubernamentales, empresarios, entre otros, con el fin de informar y socializar sobre la gestión del año en curso, detallando todos los programas, proyectos y actividades realizadas, incluyendo lo presupuesta, financiero, indicadores, y en lo posible cuadros comparativos de acuerdo a los avances con el plan de desarrollo. En esta se exige un protocolo, ya que debe ser anunciado con buen tiempo.

Sensibilizar y capacitar a los funcionarios

La administración debe organizar un proceso de sensibilización y capacitación a todos los funcionarios de los diferentes niveles, con el fin de que estos se concienticen y se apersonen de la responsabilidad que la rendición de cuentas representa, ya que este tema hace parte de la transparencia dentro de la función pública, pues tiene que ver con dos aspectos bien importantes, uno es la información que se maneja por las entidades públicas con respecto a la gestión misional de la Alcaldía y dos con atención a los ciudadanos; por ello la trascendencia que se le debe dar al tema.

El proceso de rendición de cuentas, requiere que los servidores públicos estén comprometidos y tengan una actitud y una muy buena disposición para



brindar una excelente prestación del servicio, dentro de la cual se involucra el dar información y comunicar permanentemente. En dicha gestión se incluye, además, lo relacionado con las solicitudes, peticiones, quejas, reclamos y posibles denuncias; es decir que la atención al ciudadano, conlleva unos principios que hacen parte del buen gobierno y de la transparencia. Esa participación permite el control social de la gestión pública además de una mejor calidad en la gestión.

Implementación y desarrollo de la estrategia de rendición de cuentas

Consiste en preparar toda la documentación requerida para las diferentes rendiciones de cuentas que se proyecten en llevar a cabo por las personas responsables y lideradas para el caso específico por Comunicaciones y las áreas involucradas y hacerlo público.

Espacios de participación

La creación y organización de los espacios de participación, deben ser entornos cálidos, agradables, en los cuales los diferentes actores puedan interactuar y lograr relaciones de camaradería, y un buen clima organizacional, ya que esto se convierte en los centros de reflexión y análisis de los proyectos y metas de los ciudadanos. No se trata en sí de una infraestructura, va más allá, y por ello la importancia de la creatividad e innovación, permitiendo un trabajo articulado, de forma que los planes de desarrollo a corto, mediano y largo plazo sean desarrollados con calidad y pro del bien común. En este sentido, lo público son un sentido de acciones que cobran vida y se dinamizan para fortalecer no lo individual, sino el colectivo, con base a una estructura, procesos y desarrollos (Uvalle, 2015).

Conclusiones

Las organizaciones y especialmente las entidades gubernamentales de la ciudad de Panamá están buscando cada vez más implementar como pilar, políticas de transparencia, unidas a los componentes de participación ciudadana y para ello se crean permanentemente estrategias que respondan a las necesidades de los ciudadanos, lo que requiere por parte de la institución tener

muy actualizada la información que se genera con miras a impactar y prestar servicios de excelencia a la comunidad.

La ciudad de Panamá tiene definida las guías metodológicas para llevar a cabo la rendición de cuentas e informar de todos los proyectos y metas propuestas y ejecutadas; en esta se estructura la rendición y se crean los espacios de participación ciudadana. Así, se tiene definida la planificación, la agenda, la programación de todas las actividades, la logística, y el seguimiento que se debe hacer para toda la comunidad panameña.

Frente a lo definido y trabajado, se puede afirmar que los gobiernos cada vez están más comprometidos con la comunidad y se vuelve de obligatorio cumplimiento someter a reconocimiento la gestión realizada en cada periodo.

La transparencia es el soporte de la rendición de cuentas, ésta se ha convertido en los lazos entre la comunidad, el Estado, los gobiernos, la economía en general, para lograr una administración abierta; la transparencia debe ser coherente y acorde a los valores y principios de la entidad, donde el interés es colectivo y se vuelve pilar entre lo público y privado.

Referencias bibliográficas

Asamblea Legislativa. (2002). *Ley 6 de 22 de enero de 2002*. Ciudad de Panamá: Gaceta Oficial.

Asamblea Legislativa. (1984). *Ley 32 del 8 de noviembre de 1984*. Ciudad de Panamá: Gaceta Oficial.

Asamblea Nacional de Panamá. (2004) Constitución Política de la República de Panamá. Ciudad de Panamá: Gaceta Oficial No. 25176.

Asamblea Nacional de Panamá. (2013). *Ley 33 de abril de 2013*. Ciudad de Panamá: Gaceta Oficial No. 25176.

Bassa, J. Ferrada J. y Viera C. (2017), La interpretación institucional de los derechos Fundamentales en un estado democrático de derecho. *Cuestiones Constitucionales: México*, 37, páginas 265 – 291.



- Bernal, C. (2010). Metodología de la investigación: Prentice Hall, Bogotá D.C., Colombia, p. 1-322
- Concha, G. y A. Naser (marzo 2012), “Datos abiertos: un nuevo desafío para los Gobiernos de la región”. *Comisión Económica para América Latina (CEPAL)*, Santiago, serie Gestión Pública, N° 74, (LC/IP/L.313),
- García, R. (2003). La teoría democrática de Huntington. Política y Cultura: Universidad Autónoma Metropolitana, México, (19), pp. 7-24.
- Cifuentes, W. (2009). ¿Cuál es la manera como se realiza la rendición de cuentas en el sector Público? (tesis de maestría). Universidad del Rosario, Bogotá DC., Colombia, p. 7-25
- Drucker, P. y otros (2000). *Gestión del conocimiento*, Boston, Estados Unidos: Harvad Business School.
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la investigación*. 6. Ed. México: McGraw – Hill.
- Hernández, J. (2017). Análisis de mecanismos de participación local en Colombia: Audiencias de Rendición de Cuentas y Consejos Territoriales de Planeación: *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, Bogotá, 17 (32): p. 67-80.
- Hevia, F. (2009). Relaciones sociedad-Estado: análisis interactivo para una antropología del Estado, *Espiral*. Guadalajara, México vol. XV, núm. (45), p. 43-70 Universidad de Guadalajara
- Isaza, C. (2014). El diseño institucional para la rendición de cuentas Una valoración del caso colombiano, *Gestión y Política Pública*. Bogotá, XXIV, (2), p.339-376.
- Naser, Ramírez y Rosales. (2017). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

- OCDE. 2014. Guía para rendición de cuentas y transparencia para Empresas de Propiedad del Estado. Organización, España.
- Ochoa, H. y Montes, Y. (2004). Rendición de cuentas en la gestión pública: reflexiones teóricas. *Revista Científica de América Latina*, 9 (27), 455-472.
- Picazo, M. (2013). Los hombres reunidos en la plaza: la toma de decisiones colectivas en el mundo antiguo. *Gerión*, 31, 201-220.
- Ríos, M. y Vegas, X. (2015). Nuevos sistemas de rendición de cuentas de la información. *El profesional de la información*. España, v. 24, n. (4). p. 380 – 390.
- Schedler, A. (2004). ¿Qué es rendición de cuentas?. *Cuadernos de Transparencia*, (3), 7-39.
- Universidad de Medellín (2018). *Protocolo para la presentación de los trabajos de grado que hacen parte del convenio entre la Red de Innovación Social desde la Educación Superior (RISES), La Corporación Agencia para el Desarrollo de los municipios de la subregión Bosques (CORPOBOSQUES) y la Alcaldía de Panamá*. Medellín: El autor.
- Uvalle, R. (2015). Fundamentos de la transparencia en la sociedad contemporánea. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* Universidad Nacional Autónoma de México. Nueva Época, 226, 199-220.
- Uvalle, Ricardo, (2016). Fundamentos políticos de la rendición de cuentas. *Estudios políticos*, 9, (38), p. 37 -55.
- Villanueva, D. (2016). Rendición de cuentas y gobiernos locales: retos y perspectivas. *Revista de la Realidad Mexicana*, 32, 31-39.
- Weber, M. (2002). Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva: Fondo de Cultura Económica, España, p. 1-25.



Definición de los lineamientos y el protocolo, para la elaboración del manual de convivencia ciudadana para la Ciudad de Panamá

Carlos Augusto Arboleda Jaramillo¹; Érika Jaillier Castrillón²;
Jazmín Andrea Gallego Castaño³; María Isabel Maya Mejía⁴;
Elkin Olaguer Pérez Sánchez⁵, Jovany Arley Sepúlveda Aguirre⁶

Resumen

La investigación analiza diferentes manuales y conceptos orientados a la regulación de los comportamientos de los individuos en escenarios colectivos a partir de los supuestos, las ocasiones, y las reglas explícitas o tácitas que establecen dichos instrumentos, diseñados como mecanismos que contribuyen a la convivencia entre los ciudadanos. Finalmente se propone el Manual de Convivencia Ciudadana para la Ciudad de Panamá, como un instrumento constitutivo en la mediación entre extraños a partir del reconocimiento de su importancia en la formación de las personas en los escenarios colectivos o macroambientes como los que se encuentran en los grandes centros urbanos.

Es por esta razón que el estudio responde la pregunta: ¿Es relevante y pertinente la realización de un estudio que establezca los lineamientos y sirva para definir el protocolo del manual de convivencia para la ciudad de Panamá?

1 Administrador, Especialista en Gerencia, Especialista en Gerencia de Proyectos, Magíster en Ciencias Administrativas y Doctorando en Administración. Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana. Teléfono de contacto: e-mail caarboleda@americana.edu.co

2 Comunicadora Social Periodista, Especialista en Literatura, Magíster y PhD. en Ciencias de la Información y la Comunicación. Docente Investigadora de la Universidad Pontificia Bolivariana. Teléfono de contacto: e-mail: erika.jaillier@upb.edu.co

3 Profesional en Planeación y Desarrollo Social. Docente y líder Laboratorio de Innovación Social de la Institución Universitaria Colegio Mayor de Antioquia. Teléfono de contacto: email: jazmin.gallego@colmayor.edu.co

4 Comunicadora y Relacionista Corporativa, Especialista en Alta Gerencia, Magíster en Administración MBA. Jefe División de Educación Continuada de la Universidad de Medellín. Teléfono de contacto: E-mail: mimaya.mejia@gmail.com

5 Licenciado en Pedagogía Reeducativa, Especialista en Docencia Universitaria, Magíster en Administración, Magíster en Tecnologías de la Información Aplicadas a la Educación y PhD. en Administración. Coordinador Maestría en Innovación de la Universidad de Medellín. e-mail: eoperez@udem.edu.co

6 Bibliotecólogo, Especialista en Gestión Tecnológica y Magíster en Gestión de la Innovación Tecnológica, Cooperación y Desarrollo Regional. Editor y Docente de la Corporación Universitaria Americana. Teléfono de contacto: e-mail jasepulveda@americana.edu.co

La investigación de la cual deriva este trabajo tiene un enfoque cualitativo, fundamentado en la documentación, análisis descriptivo y revisión crítica de la información recopilada.

Se concluye con el análisis y la revisión documental, que se lograron establecer los lineamientos más importantes a tener presentes en la elaboración del Manual de Convivencia Ciudadana para la ciudad de Panamá, con una estructura coherente y con aplicación real a las necesidades más sentidas de la ciudad dentro de un marco regulatorio establecido desde la Asamblea Legislativa del País.

Palabras clave: convivencia ciudadana, participación ciudadana, pedagogía urbana.

Abstract

The research analyzes different manuals and concepts oriented to the regulation of the behaviors of individuals in collective scenarios based on the assumptions, the occasions, and the explicit or tacit rules established by said instruments, designed as mechanisms that contribute to the coexistence between citizens. Finally, the Manual of Citizen Coexistence for the City of Panama is proposed, as a constituent instrument in the mediation between strangers from the recognition of its importance in the formation of people in collective scenarios or macro-environments such as those found in large cities. urban centers.

It is for this reason that the study answers the question: Is it relevant and pertinent to carry out a study that establishes the guidelines and serves to define the protocol of the manual of coexistence for the city of Panama?

The research from which this degree work derives has a qualitative approach, based on documentation, descriptive analysis and critical review of the information collected.

It concludes with the analysis and the documentary review, which were able to establish the most important guidelines to take into account in the elaboration of the Manual of Citizen Coexistence for the city of Panama, with



a coherent structure and with real application to the most felt needs of the city within a regulatory framework established by the Legislative Assembly of the Country.

Keywords: citizen coexistence, citizen participation, urban pedagogy.

Introducción

El Programa Manual de Convivencia Ciudadana busca dinamizar procesos de apropiación y práctica de la cultura ciudadana para la convivencia pacífica, con base en los principios del Manual de Convivencia Ciudadana, impulsando procesos pedagógicos y pactos comunitarios de autorregulación ciudadana y convivencia, que permitan la solución concertada de los conflictos cotidianos en la ciudad de Panamá.

El Manual de Convivencia, es una herramienta educativa y pedagógica para promover el ejercicio de las libertades y los derechos fundamentales, el cumplimiento de los deberes y el respeto de los derechos de los demás, para aportar a la construcción de una cultura ciudadana basada en el diálogo, la comunicación, la autorregulación, la legalidad y la dignificación de la vida.

La necesidad del manual surge en el 2018, a partir del diseño e implementación del Sistema Municipal de Participación Ciudadana y Control Social para la ciudad de Panamá, a través del Convenio con la Red de Innovación Social desde la Educación Superior – RISES y CORPPOBOSQUES.

Con este manual se busca potenciar las habilidades del trabajo en equipo, para construir mensajes e imágenes que por consenso cada comunidad decide trabajar, para transformar positivamente sus espacios mediante la combinación de expresiones estéticas relacionadas con elementos sociales como la identidad, la memoria y representaciones simbólicas de convivencia.

En efecto, las instituciones públicas siempre han sido conscientes del efecto multiplicador que la espontánea generalización de determinados modelos públicos tiene para la convivencia pacífica. De ahí su empeño constante por llevar a la consideración de los ciudadanos ejemplos de virtud y excelencia que, por un efecto de emulación, animan a estos a aceptar su mortalidad po-

lítica, su destino individual socializado y despiertan en su pecho el deseo de integrarse, de no vivir para sí mismos y de ser socialmente productivos. Y así, con esa mira, la ciudad erige estatuas a sus personalidades ilustres; presta sus nombres a calles, plazas, teatros, establecimientos; concede entre los vivos y a veces a título póstumo medallas, premios, honores y distinciones, etcétera. El paseante que contemplase la ciudad desde esta perspectiva descubriría en ella, un cosmos de ejemplos que le rodea por todas partes y le exhorta sin cesar a la buena ciudadanía.

El comportamiento en los lugares públicos y demás escenarios de la participación colectiva será analizado en este trabajo como producto socialmente construido a partir de las reglas formales o informales que sigue el individuo para facilitar la interrelación con las demás personas, predominantemente extraños, con quienes se establece interacciones que, aunque superficiales, han sido creadas para armonizar la vida en las ciudades.

Una función importante del lenguaje es la de crear y seguir reglas. Estas contribuyen a guiar el comportamiento de los individuos como las orientaciones que da el maestro a los padres de familia, el médico a sus pacientes, el psicólogo a sus consultantes o las que se observan en las señales de tránsito. Tales orientaciones son útiles porque en gran medida resultan efectivas en la crianza de los niños, contribuyen a mejorar la salud, adaptarse mejor al ambiente o movilizarse de forma eficiente.

Desarrollo

La investigación de la cual deriva esta investigación tiene un enfoque cualitativo, fundamentado en la documentación, análisis descriptivo y revisión crítica de la información recopilada.

El proceso inició con una fase de revisión de la literatura que ha servido para aportar una estructura conceptual y práctica a lo largo del proceso de investigación.

Inicialmente, se revisaron temas muy específicos relacionados con convivencia ciudadana y manuales de municipios sobre el tema. Luego, se amplió la documentación recopilada, tomando casos en diferentes ciudades y en países



de Latinoamérica, consultando la base de datos de EBSCO y conceptos desde diferentes organismos multilaterales.

Marco histórico

La Alcaldía de Panamá ha creado un Observatorio de Convivencia Ciudadana con el objetivo de “promover sociedades más pacíficas”, destaca el consistorio en su web.

El nuevo observatorio centra su actividad de recolección de datos en cuatro distritos del país, dos pertenecientes a la provincia de Panamá (Panamá y San Miguelito), otro en la de Chiriquí (David) y el cuarto en la de Colón (Colón).

El objetivo del observatorio es reducir los niveles de violencia y mejorar la seguridad ciudadana a través de la obtención de información fiable que sirva para apoyar la actividad de los tomadores de decisión a la hora de establecer políticas públicas más eficientes.

Este proyecto se lleva a cabo gracias a la firma del acuerdo de cooperación entre la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), y mediante aprobación por el Concejo Municipal para apoyar su creación, donde se planteó como meta la disminución de los niveles de violencia y mejorar las condiciones de seguridad ciudadana.

Respondiendo al llamado del Objetivo de Desarrollo Sostenible No. 16 de “promover sociedades más justas, pacíficas e inclusivas, la Alcaldía de Panamá lanzó el Observatorio de Convivencia Ciudadana.

El principal objetivo del Observatorio es generar información para la toma de decisiones basada en la evidencia, con relación a las expresiones de violencias, faltas administrativas, seguridad y convivencia ciudadana en el Distrito de Panamá. De igual modo, brindará seguimiento a los logros, metas y resultados alcanzados por la Alcaldía de Panamá mediante la implementación de sus programas y proyectos.

Marco teórico

Según Hugo Cerda¹, es imposible concebir una investigación sin la presencia de un marco teórico, porque a éste le corresponde la función de orientar y crear las bases teóricas de la investigación y a continuación se presentan algunos datos relevantes para para la elaboración del manual de convivencia para la ciudad de Panamá.

En las democracias del siglo XXI no hay súbditos sino ciudadanos. Pero la sustitución de lo primero por lo segundo implica que el ciudadano se disponga a cumplir la ley y sus obligaciones sin que un déspota le coaccione para hacerlo. Las únicas coacciones que admite un Estado de derecho son, por una parte, la sanción jurídica que castiga al transgresor de la ley, y, por otra, la sanción moral de la propia conciencia o del colectivo social que condena el incumplimiento de las obligaciones del individuo para con el conjunto de ciudadanos. Lo cual significa que la sociedad requiere, además de una legislación que funcione y se haga cumplir, personas virtuosas y dispuestas a cooperar en el interés de todos, y no solo atentas a su interés particular. Transformar las tendencias egoístas del individuo en comportamientos que miren más allá de los intereses personales es el objetivo de una educación cívica.

El civismo fue un invento de los filósofos griegos, y en concreto de Aristóteles, con la llamada “ética de las virtudes”. La ética aristotélica era una ética dirigida a la formación del carácter, a la construcción del ethos propio del hombre libre que era visto, entonces, como un “animal político”, un ser libre cuya excelencia consistía en poseer las cualidades necesarias para intervenir en la vida pública. Aunque hoy ya no podemos definir al ser humano solo como animal político, ni podemos decir que existe una forma de vivir más excelente en principio que cualquier otra, sí podemos mantener que la democracia exige a quien vive bajo su régimen una forma de vivir y una manera de ser específicas. La democracia requiere un tipo de persona que cultive la manera de ser necesaria para que la convivencia y la vida en común no sean un cúmulo sucesivo de conflictos, ni tengan que verse sometidas a una regulación constante y exhaustiva. Los deberes cívicos son los que configuran la personalidad moral del demócrata, porque son los mínimos éticos que cualquier democracia ha de exigir a sus ciudadanos. Gracias a esos deberes, el ejercicio de

1 CERDA, Hugo. La investigación total, citado por BERNAL T., Op. Cit., p. 120.



la libertad no entorpecerá el desarrollo de la democracia ni el interés privado irá en detrimento del interés público.

Lo que los griegos llamaron “virtudes”, y hoy llamamos “valores”, son cualidades que conforman la personalidad y que ponen de manifiesto el compromiso de cada cual con lo público. Las virtudes o valores que la democracia necesita son de sobra conocidos: el respeto, la tolerancia, la solidaridad, la responsabilidad. Son conocidos e incluso aceptados unánimemente en teoría, pero se reflejan poco en la práctica. A diferencia de lo que al parecer ocurría en la democracia ateniense, donde los ciudadanos de pleno derecho eran los menos y eran conscientes del privilegio que ostentaban, por lo que procuraban conservarlo, las democracias actuales, que han ganado en universalidad y en derechos ciudadanos, no consiguen, sin embargo, comprometer y cohesionar a sus miembros en torno a unos mismos valores morales. El ciudadano de hoy es un ciudadano pasivo, que se desentiende de lo que hagan sus gobernantes, tolera las corrupciones, des Cree de la política, se abstiene de incidir en las decisiones colectivas, se dispone fácilmente a excluir al extraño cuando la prosperidad desaparece. Un ciudadano que no se siente obligado a responder de las actuaciones indebidas, de las negligencias y de las omisiones. Un ciudadano indiferente ante todo lo que no le concierne directamente. Se pensará que la política se está ganando a pulso la desafección ciudadana, un aserto que, en los momentos que vivimos, no puede ser desmentido. Pero quizá la razón más profunda sea que unos y otros, políticos y sociedad civil, han aceptado una división del trabajo que no contribuye a que la política se regenere ni a que la democracia luche para corregir sus deficiencias. En la raíz de todo ello está seguramente la condición intrínseca a la sociedad liberal: una sociedad atomizada que ha perdido la cohesión social que, en otros tiempos, proporcionaban la religión o un sentimiento comunitario más homogéneo que el que podemos construir ahora. Desde un cierto punto de vista, la atomización es buena, significa que somos más autónomos y tenemos más capacidad de elección, pero es negativa para el conjunto de la democracia si elimina totalmente el compromiso por una sociedad mejor. La ética tiene que ser dinámica y no complaciente con lo que hay. Nace del descontento con los aspectos de este mundo que nos desagradan y rechazamos profundamente, junto al anhelo de transformarlos. Pero ese anhelo debe ser cosa de todos, un compromiso o una responsabilidad compartida, no una tarea que competa solo a quienes se dedican a gobernarnos, aunque estos sean ciertamente los más responsables de que la democracia se desarrolle adecuadamente.

Las reglas de convivencia en el espacio público

Al hacer mención de las reglas del espacio público, se hace énfasis en los mecanismos de regulación del comportamiento que observamos de las personas en sus interacciones con el ambiente físico y las que establecen los individuos entre sí, formas de actuación que contribuyen a darle carácter al tipo de lugar en el que se dan tales transacciones entre individuos (Páramo y Cuervo, 2006).

En los procesos de interacción entre las personas se logran identificar reglas de carácter social, moral y jurídico. Las reglas sociales podrían entenderse como las que socialmente debe seguirse, y a las cuales se deben ajustar las conductas, tareas y actividades de las personas. “Su incumplimiento no implica una sanción institucionalizada, aunque sí algún tipo de recriminación o reproche social” (El cumplimiento de normas y reglas sociales, 2008). Estas pueden que no se encuentren escritas en ninguna parte, pero pueden provenir de la interacción entre iguales y regir conductas sociales hasta llegar a definir, con su cumplimiento, la pertenencia a un grupo social determinado. Las reglas morales (Normas Morales...,s.f.) logran asimilarse a modelos definidos que orientan los comportamientos en situaciones especiales, donde la moral indica la respuesta del comportamiento que se va a realizar con supuestos orientados a lo que es bueno, justo y honrado en determinadas circunstancias.

Y por último, las normas jurídicas (Tipos de Normas..., s.f.), que se encuentran en reglamentos u ordenamientos, donde su violación es considerada como un acto indebido que conlleva a sanciones.

Relaciones con el ambiente natural y construido

Los comportamientos que se promueven están orientados principalmente a la protección de los recursos naturales (protección de la atmósfera, agua, el suelo, el subsuelo, los cerros, los bosques, los parques y las zonas verdes, los árboles, la flora y la fauna) para garantizar un ambiente sano; a facilitar la movilidad dentro de la ciudad (En ciclo rutas, avenidas, aceras y lugares para el desplazamiento peatonal); a la promoción de la solidaridad en caso de emergencias y heridos; a la seguridad individual y colectiva en los desplazamientos (cumplimiento de las normas de tránsito, uso de transporte y respeto



por señales informativas); a la delación por el incumplimiento de la normatividad a través de las autoridades de policía, lo mismo que cuando se trate de obstaculizar la convivencia; a cuidar las características arquitectónicas (las obras de interés cultural, monumentos y mobiliario urbano); a cuidar las redes e instalaciones de los servicios públicos, de los elementos que conforman el entorno del espacio público (camino, calles, parques, plazas, jardines y elementos ornamentales), y a propiciar y consolidar hábitos de uso adecuado de los escenarios culturales que propicien la convivencia ciudadana.

Resultados

Dentro del análisis de la revisión documental y el trabajo de campo en la ciudad de Panamá, se propone la siguiente estructura para definir los lineamientos del manual de convivencia:

Artículo 1. Adóptese el presente “Reglamento de Convivencia Ciudadana para la Ciudad de Panamá”.

TITULO PRELIMINAR

Capítulo I

Normas Rectoras

Artículo 2. OBJETO. El presente Reglamento tiene como objeto esencial, el mantenimiento de las condiciones que aseguren el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades de todas las personas que se encuentren dentro del ámbito territorial de la Ciudad de Panamá. Propenderá siempre por la convivencia ciudadana de conformidad con la Constitución, las leyes y los Tratados internacionales vigentes y aprobados por nuestra Nación.

Artículo 3. EL PODER DE POLICIA.

Artículo 4. LA FUNCION DE POLICIA.

Artículo 5. LA ACTIVIDAD DE POLICIA.

Artículo 6. RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA.

Artículo 7. LIBERTAD.

Artículo 8. IGUALDAD.

Artículo 9. TOLERANCIA.

Artículo 10. RESPETO DEL NUCLEO ESENCIAL.

Artículo 11. SEGURIDAD PERSONAL.

Artículo 12. SEGURIDAD CIUDADANA.

Artículo 13. IMPERIO DE LA LEY.

Artículo 14. OBEDIENCIA.

Artículo 15. LEGALIDAD.

Artículo 16. DEBIDO PROCESO.

Artículo 17. COMPETENCIA

Artículo 18. TERRITORIALIDAD.

Artículo 19. FAVORABILIDAD.

Artículo 20. BUENA FE.

Artículo 21. EJERCICIO NO ABUSIVO DEL DERECHO.

Artículo 22. SOLUCION PACIFICA DE CONFLICTOS.

Artículo 23. RESPONSABILIDAD.

Artículo 24. GRADUALIDAD.



Artículo 25. PREVALENCIA DE LAS NORMAS RECTORAS.

Capítulo II

De los deberes de la formación ciudadana

Artículo 26. DE LAS LIBERTADES, DERECHOS, DEBERES Y OBLIGACIONES DE LAS PERSONAS.

Artículo 27. RESPONSABILIDAD DEL GOBIERNO.

Artículo 28. PARTICIPACION DE LA COMUNIDAD.

Artículo 29. PROTECCIÓN.

Artículo 30. DEBERES Y RESPONSABILIDADES.

Artículo 31. DIFUSIÓN.

Capítulo III

Autoridades de policía

Artículo 32. AUTORIDADES DE POLICIA.

Artículo 33. INTERVENCIÓN.

Artículo 34. INCAUTACIÓN.

Artículo 35. USO INDEBIDO DE ARMA DE FUEGO.

Artículo 36. FILAS.

Artículo 37. INDISCIPLINA SOCIAL.

Artículo 38. DEBER DE AUXILIO.

Capítulo IV

De la protección de menores

Artículo 39. INTEGRIDAD DEL MENOR.

Artículo 40. MENOR EXTRAVIADO.

Artículo 41. DESAPARICION DE MENORES.

Artículo 42. SITUACION IRREGULAR.

Artículo 43. INDUCCION A LA VIOLENCIA.

Artículo 44. INFRACCIÓN DE MENORES.

Conclusiones

A través del análisis y la revisión documental, se lograron establecer los lineamientos más importantes a tener presentes en la elaboración del Manual de Convivencia Ciudadana para la ciudad de Panamá con una estructura coherente y con aplicación real a las necesidades más sentidas de la ciudad dentro de un marco regulatorio establecido desde la Asamblea Legislativa del País.

Se puede observar que los problemas de convivencia y seguridad son elementos comunes en las diferentes regiones de Latinoamérica, y por esta razón el documento propuesto, desarrolla los lineamientos con sus títulos, capítulos, Normas y artículos que servirán de guía, y regirán los lineamientos para la convivencia ciudadana en la ciudad de Panamá.

El manual contempla elementos de comunicación y entendimiento para la convivencia ciudadana en la ciudad de Panamá, los cuales ayudarán con pedagogías participativas, a fortalecer las relaciones entre los ciudadanos, mejorando sus actitudes, comportamientos, creencias y capacidades de entender al otro y construir en comunidad una mejor calidad de vida en cada uno de los 23 Corregimientos de la región.



En la investigación se determina, que las acciones egoístas del individuo, son hechos que alteran la convivencia pacífica y la tranquilidad de la comunidad, y esto permite concluir que las diferencias entre vecinos alteran la seguridad ciudadana y en algunos casos afectan la vida o la integridad de las personas, y por esta razón en este Manual se establecen lineamientos para el respeto de los derechos y las libertades de los demás y lograr a través de la Cooperación Ciudadana una convivencia pacífica en la comunidad.

Referencias bibliográficas

Alcaldía de Candelaria. (2012). *Manual de convivencia ciudadana*. Candelaria: El autor.

Alcaldía de Medellín. (2006). *Manual de convivencia ciudadana*. Medellín: El autor.

Briceño-León, R., Ávila, O. y Camardiel, A. (2009). *Inseguridad y Violencia en Venezuela*. Informe 2008. Caracas: Alfa.

Cisneros, Á. y Zubillaga, V. (1997). La Violencia desde la Perspectiva de la Víctima. La Construcción Social del Miedo. *Espacio Abierto*, 6, (1).

Concejo de Cartagena de Indias Distrito Turístico y Cultural. (2006). *Manual de conducta y convivencia ciudadana*. Cartagena: El autor.

Departamento Nacional de Planeación. (2011). *Política Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana*. Bogotá: El autor.

De Rivera, J. (1992). Emotional Climate: social structure and emotional dynamics. *Review of studies one motion*, 2. 197-218.

El cumplimiento de normas y reglas sociales (2008). Recuperado el 15 de septiembre de 2018, Obtenido desde: [<http://intereduvido.blogspot.com/2008/08/el-cumplimiento-de-normas-y-reglas.html>].

Gabaldón, L. (2007) Seguridad ciudadana, confianza pública y Policía en Venezuela. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, 13, (3), 87-

98.

Gobernación de Caldas. (2004). *Reglamento de convivencia ciudadana. Manizales*: El autor.

Gobernación del Atlántico. (2005). *Manual de convivencia ciudadana: compromiso para una vida digna*. Barranquilla: El autor.

Gobernación del Huila. (2007). *Ordenanza No. 022 De 2007: por el cual se deroga el Código Departamental de Policía, Decreto No.1117 de 1988, y se adopta el Manual Departamental de Convivencia*. Neiva: El autor.

González Fabre, R. (2005). La cultura política en Venezuela. Temas de formación sociopolítica, Vol. 43. Fundación Centro Gumilla.

Londoño, R. (2004). *La cultura Ciudadana como estrategia para fomentar la convivencia urbana: las experiencias de Bogotá. Aportes para la convivencia y la seguridad ciudadana*. San Salvador: PNUD.

Mockus, A. (2002). Convivencia como armonización de ley, moral y cultura. *Perspectivas*, 32 (1).

Romero, A., Rujano, R. y Del Nogal, A. (2002) Control social: nuevas realidades, nuevos enfoques. *Espacio Abierto*, 11 (4), 665-680.

