



DERECHO SOCIEDAD Y JUSTICIA PARA EL DESARROLLO

DERECHO, SOCIEDAD Y JUSTICIA PARA EL DESARROLLO

Dirección Editorial y Compilación
Mg. Jovany Arley Sepúlveda Aguirre
Director Editorial y de Publicaciones

340.1
C822

Derecho, sociedad y justicia para el desarrollo. (Comp.). Jovany Sepúlveda Aguirre. Medellín:
Sello Editorial Coruniamericana.

498 Páginas: 16X23 cm.
ISBN: 978-958-5512-78-8

1. Derecho - 2. Investigación - 3. Desarrollo - 4. Derechos fundamentales

Corporación Universitaria Americana©
Sello Editorial Coruniamericana©
ISBN: 978-958-5512-78-8

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

9	Análisis detallado de la clasificación de los tipos penales	Elkin Centeno Cardona
25	Manifestaciones del Estado penal en el Sistema Penitenciario Colombiano (Regional Noroeste)	Carlos Arturo Ruiz
45	Un acercamiento a la constitucionalización del ordenamiento jurídico desde la perspectiva Colombia-México	Omar Huertas Díaz, Filiberto Eduardo R. Manrique Molina, Christian Benítez Núñez, Luis Fernando Garcés Giraldo
67	Barreras de acceso a los servicios de salud en Colombia. Negación real al goce efectivo del derecho fundamental a la salud	Jaime León Gañán Echavarría
84	¿Un precedente regresivo?: Análisis crítico de la SU-075/2018	Manuel José Gómez Restrepo, Adriana Patricia Arboleda López, Teresa Bízкова Bachelor
100	Análisis jurídico y económico del Acuerdo Municipal CM-100-02-01-022 del Municipio de Amagá- Antioquia frente al favorecimiento de terceros y la irretroactividad tributaria	María Liliana Álvarez Mejía, John Mario Diez Maldonado, Miguel Ángel Valenzuela Soto, Cesar Augusto Bedoya Ramírez
115	Estatuto y sistema nacional anticorrupción. Análisis y derecho comparado entre Colombia y México	Andrés Felipe Sanmartín Sanmartín, Carlos Mario Uribe Ángel
154	El concepto de seguridad. Un nuevo paradigma para México	Omar Huertas Díaz, Filiberto R. Manrique Molina, Christian Benítez Núñez, Rodolfo Bautista Jiménez, Luis Fernando Garcés Giraldo
196	Análisis crítico de la ley de cuidados paliativos. Aspectos legales de la Ley 1733 de 2014 y normativa reglamentaria por el Ministerio de Salud	Carlos A. Gómez-García, Silvia H. Muñoz-Cortina

215 | **La estética performativa en la construcción de la esfera pública y el sujeto político**

Diego Alejandro Correa Correa, Luis Fernando Garces Giraldo,
Conrado Giraldo Zuluaga

231 | **Calidad en el Centro de Conciliación Americana Sede Medellín, para potenciar la solución de conflictos mediante acuerdos**

Adriana Patricia Arboleda López, Sebastián Arboleda Cardona,
Grecia Sofía Mancipe Vanegas, Manuel J. Gómez Restrepo

248 | **La hermenéutica jurídica: un ejercicio social a partir de las sentencias**

William Esteban Grisales Cardona, Diego Correa Correa,
Walter Mauricio Montaña Arias

261 | **Derechos fundamentales y principios que orientan la atención integral a personas “trans” con disforia de género**

Andrea Catalina Castañeda Mejía, David Carolina Vásquez,
Carolina Fernanda Jordán Mosquera

277 | **El rol del juez en el nuevo código general del proceso: entre el garantismo procesal y el activismo judicial**

Edier Adolfo Giraldo Jiménez

290 | **La autonomía del Derecho disciplinario a la luz de la Corte Constitucional colombiana**

José Luis Yepes de la Gloria

309 | **La defraudación de la confianza legítima: ¿un nuevo título de imputación? ¿Un caso de configuración de falla del servicio? ¿Un caso de daño especial?**

Paola Andrea Cano Ramírez

334 | **La Eutanasia, derecho al que los niños no pueden acceder y que no brinda garantías constitucionales en Colombia**

Claudia Patricia García Rivera

345 | **El papel de la mediación de conflictos en la formación de la cultura emocional**

Paula Andrea Pérez Reyes, Eddison David Castrillón García

361 | **Relación entre el concepto de ilicitud sustancial y el concepto de antijuridicidad propio del derecho penal**

Cesar Augusto Bedoya Ramírez

379

Telederecho: un avance en la administración de justicia

José Antonio García Pereáñez, Astrid Elena Lince Echavarría

392

La aplicación del control de convencionalidad por parte del juez con función de control de garantías, en las medidas de aseguramiento privativas de la libertad

William Andrés Guzmán Gallego

422

Derechos humanos y medio ambiente: los derechos de participación en el convenio AARHUS e acuerdo de Escazú

Renata Pereira Nocera

444

The writ for protection of fundamental rights in Colombia: the case of women's labor rights

Tereza Bízková, Manuel J. Gómez Restrepo

464

Clínicas jurídicas como espacios de emancipación en la formación en ciencias sociales del sur. Reflexiones sobre la directriz de formación de la Clínica Jurídica de la Corporación Universitaria Americana

Estefanía López Salazar

480

La intimidad en la esfera pública: la constitución del sujeto político en el marco de una estética performativa desde una concepción neopragmática

Diego Alejandro Correa Correa, Luis Fernando Garces Giraldo,
Conrado Giraldo Zuluaga

PRESENTACIÓN

Diversas posturas, controvierten sobre la existencia y naturaleza del derecho como objeto de conocimiento y de investigación. ¿El derecho tiene existencia en el Estado y la sociedad o existe en el pensamiento? En términos epistemológicos, la existencia del derecho es objetiva, es decir, independiente de la conciencia del hombre, o solo existe subjetivamente, como objeto de conocimiento construido por el pensamiento. Esta es -aplicada al derecho como objeto del conocimiento- la polémica sobre la relación entre el mundo material y el mundo espiritual, entre el ser y el pensar, que hunde sus raíces en la antigüedad, se prolonga hasta nuestros días y hoy lejos de apagarse, se aviva, con el resurgimiento de viejas concepciones, presentadas modernamente con un nuevo lenguaje por las corrientes posmodernistas. Para algunas escuelas, el objeto es exterior al sujeto, al hombre y existe como mundo objetivo y como objeto de conocimiento, pero formando una unidad dialéctica con el sujeto, con el hombre y su actividad cognitiva. Para ellos, es la actividad del hombre, desarrollada de acuerdo a leyes objetivas, la base del conocimiento del objeto, el cual se reproduce en el pensamiento. Para otras escuelas, el sujeto es unidad de la actividad síquica del individuo con el objeto, concebidos como conjunto de estados del sujeto y el conocimiento del hombre no necesita relación entre el sujeto y el objeto, sino solo actividad espiritual ajena a cualquier práctica social. Igualmente, se controvierte acerca de la posibilidad o no de obtener un conocimiento científico del derecho y de utilizar en su investigación los métodos de las ciencias sociales. Para el caso de este texto, se abordan, con el sentido sistemático que exige la investigación y la generación de nuevo conocimiento, una serie de trabajos resultados de investigaciones, concebidos desde la academia, y que esperamos que aporten a la generación de nuevas perspectivas y formas de ver, concebir y abordar problemas de investigación jurídicos.

Análisis detallado de la clasificación de los tipos penales

Elkin Centeno Cardona¹

Resumen

Debido a la amplia cantidad de métodos existentes para la clasificación de los tipos penales, es una rama del derecho penal que puede resultar intrincada para el estudiante. Considerando que a la vez se trata de conocimiento fundamental para la pertinente y eficaz puesta en práctica de la profesión, este estudio se propone un análisis detallado de los métodos más usados para la clasificación de tipos penales, sus elementos y características, para permitir un entendimiento más pedagógico y sencillo de recordar: Análisis detallado de la clasificación de los tipos penales

Palabras clave: clasificación de tipos penales, derecho penal, código penal, teoría del delito, trabajo de investigación.

Introducción

El derecho penal es una disciplina viva. La misma va ligada a las características de cada constructo social, a los avances culturales, industriales y tecnológicos de los pueblos, por lo tanto cada país del mundo –e incluso sus provincias en algunos casos– tienen el deber de elaborar su propio conjunto de códigos y leyes que regulen el comportamiento ciudadano.

En Latinoamérica no existió un proceso originario de creación legislativa, en el cual se tomara en cuenta las características sociológicas de la ciudadanía, sino que pasamos de obedecer al sistema penal de la colonia a reemplazarlo por el discurso supuestamente civilizado y universalizado de aquellos países que ejercían el poder mundial.

¹ Abogado con posgrados en la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Penal, Especialista en Derecho Probatorio, Magister en Derecho Penal, Diplomado en Balística, y diplomado en Sistema Penal Acusatorio. Docente en Derecho penal general, teoría del delito, Criminología, Derecho ambiental, Responsabilidad Estatal. E-mail: ecenteno@americana.edu.co.

Los gobiernos latinoamericanos, por regla general, se apresuraron a copiar códigos en forma bastante desordenada: modelos constitucionales –códigos políticos– con sistema presidencialista; códigos penales europeos –el francés y el español– y códigos procesales penales análogos, con algunas instituciones anglosajonas de casi imposible adaptación, como el jurado, (...) y, en casi todos los países, leyes que permitían la imposición de penas sin delito, reservadas a las clases marginadas (Zaffaroni, 1998, p.125).

A razón de esto, es imperativo que todos los que ejerzan el derecho penal en Latinoamérica y/o aquellos que se encuentren realizando estudios al respecto se den a la importante tarea de evaluar a fondo cada una de las estructuras, elementos, clasificaciones, fundamentos, excepciones y coyunturas de nuestros actuales modelos legislativos, muy especialmente los penales, para poder verificar que se encuentren permanentemente actualizados con respecto a las características socioculturales de cada país.

Este trabajo de investigación, pretende colaborar con esta tarea, apuntando a profundizar dentro de los tipos penales y los distintos métodos utilizados para su clasificación, al reconocerlos como principios fundamentales para el efectivo escrutinio de los delitos y la ecuánime aplicación de las penas. Para lograrlo, me he planteado la metodología de transitar por los constructos socio-políticos que fundamentan la importancia y a la vez los propósitos de la clasificación de los tipos penales, para luego poder proceder a desarrollarlos de manera coherente y demostrar su hipotético uso práctico.

Importancia práctica de los tipos penales y la teoría del delito

A pesar de que la principal motivación para llevar a cabo esta investigación es la necesidad de revisión y actualización constante de las normativas contenidas en el código, existe además otra causa que fundamenta la relevancia de este trabajo: la importancia práctica de los tipos penales y la teoría del delito en el ejercicio del derecho penal y como garantes del comportamiento responsable de la sociedad.

a. La teoría del delito y la búsqueda de la justicia

En el comportamiento del ser humano siempre ha habido una tendencia hacia los actos innobles, y consecuentemente una búsqueda de la justicia. En la prehistoria y en varias civilizaciones de la antigüedad las injusticias se resolvían a través de la venganza, la cual era llevada a cabo por la misma persona afectada por la acción innoble, o por sus familiares.

Por supuesto, esto implicaba una anarquía total, y que constantemente existieran actos de violencia y despojos de bienes a diestra y siniestra, y es por esto que entra en acción el papel legislativo de la religión. Anteriormente a la implementación de la Teoría del delito, las conductas prohibidas e inapropiadas para la convivencia eran determinadas por las religiones y los monarcas, que a su vez actuaban en el nombre de Dios.

(...) la religión y el derecho se confundían porque las normas religiosas constituían al mismo tiempo normas jurídicas. La vida del hombre giraba alrededor de la religión, por ello ahí se generaban las reglas que seguía en todas las actividades de su vida, no sólo en su vida religiosa. (Romero, 2012, p. 113)

Esta situación se prestaba para que los monarcas, gobernantes y demás individuos con cierto grado de autoridad pudieran determinar a su conveniencia cuales comportamientos eran o no eran delitos, y asignarles el castigo adecuado según su juicio personal, el cual resultaba distinto para cada persona y podía responder a sus intereses políticos e incluso despóticos.

“Luego arribó el período llamado humanitario. Puede decirse que el derecho penal comenzó a humanizarse solamente a partir del pensamiento iluminista francés. Empiezan entonces a formarse, tímidamente, las escuelas penales” (Estrada, 1986, p. 17) y comienza a trabajarse en función de regular los comportamientos inapropiados con un conjunto de normas fijas que pudieran ser aplicadas con igualdad para todos los ciudadanos, que conllevaran realmente a un acto de justicia y que a su vez pudiese prevenir que los ciudadanos recurrieran a la venganza.

Es así como llegamos a la teoría del delito, que fue el producto de la

decantación de siglos de evolución del derecho penal, y se estructuró en base a tres garantías esenciales, los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad, los cuales permitieron elaborar y concretar los elementos del delito (Castro, 2017).

Así pues, en la modernidad, los comportamientos inadecuados son estipulados por la ley, y sólo aquellas conductas presentes en la ley pueden recibir una penalización que también está dictaminada por el código penal. Gracias a esto, ya no es necesario ni correcto recurrir a la venganza para resarcir un daño, sino que idealmente el Estado, investido por la ley, se encuentra capacitado para hacer justicia. Como dice Feuerbach (citado en Romero, 2012), no hay pena ni delito sin ley, lo que se confirma con este extracto al que nos remite el mismo Romero (2012):

En México, nuestra Constitución Federal vigente, en el párrafo segundo del artículo 14 dice: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. (p. 236)

Con esto queda en evidencia la importancia de la Teoría del delito, por un lado como instrumento rector de las conductas consideradas indebidas, y por otro lado como recurso teórico para poder determinar la culpabilidad o la inocencia de un individuo ante una denuncia, tal como lo dice el abogado Luis Fernández (2015) en su artículo online:

El derecho es argumentación y como tal, la Teoría del Delito presenta las herramientas necesarias para que éste pueda ser argumentado correctamente, por lo que la aplicación de dicha teoría sirve para la práctica de los abogados en ejercicio que intentan fundamentar la prueba al momento de su presentación en el juicio oral y sus alegatos en la fase de clausura de los debates del juicio. Además, permite la elaboración sistematizada de las denuncias y querellas de manera que los tipos penales queden correctamente identificados y las conductas típicas puedan ser subsumibles con mayor facilidad de argumentación, lo que a todas luces facilita la tarea probatoria.

b. Los tipos penales y su función ante los delitos

Por ser la parte principal de la teoría del delito, gran parte de la importancia de los tipos penales es la misma que se mencionó anteriormente. Aún así, cuenta con otras funciones de gran relevancia, que están directamente ligadas al tratamiento de las conductas punibles a la hora de un juicio.

Eugenio Raúl Zaffaroni establece que una conducta pasa a ser considerada como delito cuando una ley la criminaliza (la llamada criminalización primaria), y sostiene que para eso las leyes se valen de fórmulas legales que señalan programas conflictivos (conductas, circunstancias y resultados) que amenazan con pena y que se llaman tipos, escritos en la parte especial del código penal y en leyes penales especiales (no codificadas) (Franco, 2011, p. 43).

Así pues, según Claus Roxine (1979), el tipo cumple con varias funciones de elevada importancia para la resolución de situaciones judiciales más exigentes, tales como las siguientes tres:

- **Función de garantía:** “Solo puede sancionarse un hecho cuando su punibilidad está legalmente determinada antes de la comisión de él” (p.170). Es decir, si la persona comete un delito antes de que este fuese estipulado dentro de las normativas penales, ésta no puede ser declarada culpable. Al mismo tiempo, cualquier delito que se encuentre previamente estipulado en la ley puede ser penado aún si el infractor tenía desconocimiento de éste.
- **Función de regulación del error:** existen conductas que son difíciles de procesar porque aun correspondiendo a los elementos de un delito, el infractor las realizó de una manera totalmente involuntaria. Por ejemplo, un monaguillo se encontraba encendiendo un velón en el altar de la iglesia y el velón se cayó, incendiando la iglesia. Producir un incendio es un delito, y sin las especificaciones de los tipos penales no sería posible hacer la exclusión a nivel judicial de aquellos infractores por accidente.
- **Función sistemática:** Se trata de su función descriptiva básica. Ofrecer “un concepto que destaque del amplio ámbito de los

hechos antijurídicos, aquellas acciones y omisiones que entran en consideración para la aplicación de una pena” (p. 172).

Tomando en cuenta esto se deduce que la principal importancia de los tipos penales es la de incluir y evaluar cada una de las posibles situaciones en las que se puede cometer una falta que esté penada por la ley, y cómo proceder de acuerdo a todos sus elementos. O como dice Zaffaroni (citado en Romero, 2012): “El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes, por estar penalmente prohibidas” (p. 239).

Para complementar la importancia del tipo, añado también una segunda definición igualmente citada en el libro de Romero (2012) pero esta vez del jurista alemán Hans Henrich Jescheck:

El tipo está llamado a esclarecer el bien jurídico que el legislador ha contemplado como sentido de la norma penal, los objetos de la acción relevante, el grado de realización del hecho injusto que debe tener lugar y las modalidades de ataque que han de comprenderse. (p. 239)

Clasificación de los tipos penales

Ahora que tenemos pleno conocimiento de lo que son los tipos penales y su importancia dentro del estudio y la práctica del derecho penal, podemos proceder a profundizar en la clasificación del tipo penal, que es el objeto principal de nuestro estudio.

Existen actualmente más de una docena de métodos para la clasificación de los tipos penales, cada uno con sus categorías distintas y que involucran que el comportamiento punible tenga una serie de características particulares para poder clasificar. Un mismo delito puede clasificarse en varios de estos métodos, lo cual es importante para determinar todo su alcance y la proporción de la pena acorde a ello. O por el contrario, puede que una acción considerada inapropiada no cumpla con las características necesarias de ninguna de las clasificaciones y por lo tanto no es un delito y no es punible.

Tomando en cuenta la limitación en cuanto a la longitud de este trabajo de investigación, no se profundizará en absolutamente todos los métodos de clasificación de tipos penales, sino que procederé a seleccionar los más importantes según su frecuencia de uso en los procesos penales, y con ellos procederé a desarrollar los conceptos y elaborar las hipótesis de uso práctico por cada uno de ellos, con lo que pretendo demostrar la utilidad de estas clasificaciones en el momento de abordar un caso.

De los múltiples materiales académicos sobre derecho que examiné, y que ofrecen contenido sobre la clasificación de los tipos penales, decidí tomar la enunciada en el libro *Lecciones de derecho penal, Parte general*, Tomo 2, de Miguel Polaino Navarrete. Los conceptos que ofrezco a continuación son de dicho texto con la excepción de la última clasificación aquí presente, la cual extraje de un artículo de Blog y por lo tanto adjunto los datos del material referencial al comenzar a desarrollar dicha categoría.

Sin más nada que agregar, comienzo con las clasificaciones:

1. Clasificación según la acción: los delitos se distinguen según la forma de realización de la conducta típica: a través de una acción *stricto sensu* o de una omisión (p. 110).

- **Tipo de acción:** donde la conducta consiste en un hacer activo.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Pedro toma un arma del cajón junto a su cama y sale hasta el patio de la casa. En la casa de al lado se encuentra su vecino Alfredo, cortando el césped. Pedro levanta el arma hacia Alfredo y la acciona, hiriendo a Alfredo en la espalda. Acción: ejecutar el arma.
- **Tipo de omisión:** la consumación a la infracción penal se realiza en virtud de un comportamiento pasivo del ser humano, valga decir, mediante un no hacer.
 - a. **Omisión pura o impropia:** donde se infringe un deber de solidaridad mínima.
 - **Hipótesis de uso práctico:** Paola está en el balcón de su apartamento colgando ropa mientras Natalia, a su lado, se toma

selfies con el celular. Paola hace un movimiento involuntario y cae por el balcón, pero queda colgando de una mano, por lo que le pide auxilio a Natalia. Natalia usa el celular para grabar a Paola y no le presta ayuda, por lo que Paola se precipita hacia el suelo. Omisión: no prestarle ayuda oportuna a Paola.

- b. **Comisión por omisión:** hay una omisión que de suyo no es constitutiva de tipificación penal, sino que sirve de medio para que esa tipificación se produzca.
- **Hipótesis de uso práctico:** Carolina es madre de un bebé de 2 meses; ella está viendo una maratón de la telenovela en este momento. Su bebé está llorando desde hace una hora pero ella elige ignorarlo para terminar de ver la novela. El bebé fallece. Omisión: alimentar al bebé.

2. Según el grado de ejecución:

- **Tipo consumados:** que alcanzan el grado máximo o perfecto de ejecución.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Pedro le dispara a Alfredo. Alfredo muere por la herida. Se completa el resultado correspondiente a ejecutar el arma.
 - b. **Hipótesis de uso práctico:** Gustavo le propina un golpe en la cara a Máximo y Máximo queda lesionado. Se completa el resultado correspondiente a propinar un golpe.
- **Tipo tentados:** son aquellos realizados en el grado ejecutivo imperfecto de la tentativa. (p. 111)
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Pedro le dispara a Alfredo. La esposa de Alfredo, Clara, corre a socorrerlo y se lo lleva rápidamente a la clínica, por lo que Alfredo queda con vida. No se completa el resultado correspondiente a ejecutar el arma.
 - b. **Hipótesis de uso práctico:** Alexander detiene su camioneta justo al lado de una jovencita uniformada, se baja del auto y se acerca a la jovencita, rodeándola con los brazos para intentar llevársela a

la fuerza. La jovencita patalea y patalea hasta que logra liberarse y se va corriendo. No se completa el resultado correspondiente al secuestro.

- **Tipo preparatorios punibles:** son actos externos de manifestación, aun no ejecutivos del delito, sino meramente preparatorios, y que aún así son delictivos, como conspiración, proposición y provocación.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Alexander planea junto con Manuel a cual jovencita pueden secuestrar, cuánto dinero pedir de rescate, qué día perpetrar el hecho y dónde mantener a la menor secuestrada.

3. Según el resultado:

- **Tipo de resultado material:** exige la producción de una modificación sensorialmente perceptible producida sobre un objeto material.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Pedro le dispara a Alfredo y Alfredo muere. La muerte de Alfredo es el resultado material del delito de homicidio o de asesinato.
 - b. **Hipótesis de uso práctico:** Jenny trabaja en una casa de familia. Un día que se encuentra sola sustrae una paca de dinero y unas joyas de un cajón personal. El cambio en el estado de la materia ocurre en la facultad de propiedad de esos objetos.
- **Tipo de mera actividad:** no requiere la producción de un resultado material, lo cual no quiere decir que no tengan resultado, de igual manera se afecta al bien jurídico tutelado.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Mariana es testigo en un juicio contra su mejor amiga Gabriela. Mariana miente bajo testimonio para defender a su amiga y perjudica el bien jurídico de la honestidad.

4. Según la intensidad de afectación al bien jurídico:

- **Tipo de lesión:** suponen la realización de una conducta que destruye o menoscaba realmente el bien jurídico digno de tutela (p. 112).

- a. **Hipótesis de uso práctico:** cuando Pedro le dispara a Alfredo y Alfredo muere, Pedro ha menoscabado realmente y de manera irreparable el bien jurídico de la vida humana.
- **Tipo de peligro:** no se produce una lesión efectiva a un bien jurídico, sino una puesta en peligro del mismo. Pueden ser de tres clases: concreto, abstracto e hipotético (o intrínseco).
 - a. **De peligro concreto:** exigen para su consumación la producción de un peligro efectivo al bien jurídico. Este peligro supone un plus ulterior de la acción y constituye un elemento del tipo.
 - **Hipótesis de uso práctico:** Gonzalo es conductor de un camión que transporta troncos. Va a exceso de velocidad y está poniendo en peligro a los otros conductores y pasajeros que transitan por la vía.
 - b. **De peligro abstracto:** el peligro no es el elemento constitutivo del tipo, sino un mero motivo del legislador para desvalorar una presunta situación de peligro que no es concreta sino difusa, y a veces meramente ficta.
 - **Hipótesis de uso práctico:** Roxana estaba en una fiesta y consumió alcohol y Cannabis, y luego de ello se dispuso a manejar su auto hacia su casa, hasta que fue detenida por las autoridades. La condición de Roxana al conducir bajo estupefacientes supone un peligro abstracto para otras personas en la vía y para patrimonio material privado o público.
 - c. **De peligro hipotético (o intrínseco):** se trata de delitos que no exigen ni la lesión ni la puesta en peligro de un bien jurídico, pero sí la ejecución de una acción que, por sus características, acredita una idoneidad lesiva hacia el objeto de protección de la normal, de suerte que aunque no se traduzca en la producción de un peligro concreto ni abstracto es en sí misma portadora de todas las características inherentes a la propia situación de peligro.
 - **Hipótesis de uso práctico:** Armando tiene un perro adulto de raza Pitbull en el patio de su casa y se caracteriza por ser violento. Un día Armando olvida cerrar bien la puerta del patio

y el perro escapa y pasea por todo el vecindario. A pesar de que no muerde a nadie, se trata de un delito de peligro hipotético.

5. Según la gravedad de la afectación al bien jurídico: En función del grado de incidencia lesiva o afectación de un mismo bien jurídico pueden distinguirse (p. 113):

- **Tipo básico:** el tipo más elemental en la graduación lesiva a un mismo bien jurídico, aquel sobre el cual operará, si los hubiere, la agravación o disminución de la pena propias del tipo cualificado y privilegiado respectivamente.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Alexander secuestró a Camila y la mantiene encerrada en un sótano. Es un tipo básico de detención ilegal.
- **Tipo privilegiado:** representa una menor incidencia lesiva en relación al tipo básico (que es parámetro o término de comparación), de manera que procede la atenuación o disminución de la pena.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Alexander dejó libre a Camila después de haberla tenido encerrada durante tres días seguidos. Es un tipo privilegiado de detención ilegal.
- **Tipo cualificado:** supone, en relación con el tipo básico, una agravación por virtud de sus especiales características.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Alexander tuvo encerrada a Camila en contra de su voluntad por más de quince días. Es un tipo cualificado de detención ilegal.
- **Tipo *sui generis*:** es un delito propio, autónomo o independiente, aunque presente cierta relación de analogía o similitud con otro tipo delictivo.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Manuel no quiere seguir el plan de Alexander, y cuando llega el día de verse, Manuel amenaza a Alexander con un arma, lo amarra y se lo lleva hacia la central de policía para entregarlo. Este es un tipo *sui generis* de detención ilegal.

6. Según su estructura (Guerra, 2016):

- **Tipo básico o fundamental:** son aquellos en que se describe de manera independiente uno o varios modelos de comportamiento humano en una sola descripción. Regularmente encabezan cada uno de los capítulos del código.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Pedro amenazó con el arma a Alfredo y a su esposa, y luego ejecutó el arma contra Alfredo para matarlo.
- **Tipo autónomo:** además de los elementos del tipo básico, contiene otros que pueden ser modificatorios o nuevos de aquel, excluyendo de esta manera su aplicación.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Ana tenía 3 meses de embarazo. Fue a la clínica para que le extrajeran el apéndice y el cirujano le realizó un aborto sin consentimiento. El cirujano ahora debe cumplir una condena por aborto más la modalidad nueva por ser un aborto sin consentimiento (un tipo autónomo).
- **Tipo subordinado o complementado:** son aquellos que se refieren a un tipo básico pero señalan determinados elementos o aspectos que califican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en estos.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Laura descubrió a su mamá coqueteando con su marido y le clavó un cuchillo de cocina en la espalda, lo cual resultó en su muerte. Esto es un homicidio agravado por parentesco, lleva una pena mayor tomando como referencia la de homicidio simple.
 - b. **Hipótesis de uso práctico:** el señor Gustavo se encuentra en etapa terminal de cáncer y le pide a su hijo Gonzalo que le desconecte de los aparatos médicos que le mantienen con vida. Esto es un homicidio atenuado por Eutanasia, lleva una pena menor tomando como referencia la de homicidio simple.
- **Tipo elemental o simple:** es el que describe un modelo de comportamiento concretado por medio de un solo verbo rector.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Karina quiere que despidan a su

compañera de trabajo Arianna, y la acusó de haber robado material valioso de la empresa. El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas comete un delito simple.

- **Tipo compuesto:** Es aquel que describe una pluralidad de conductas cada una en capacidad de conformar por sí misma una descripción típica distinta.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Diana entra ilegalmente a la casa de su exesposo, se roba su pistola y unas municiones, detiene un auto a mitad de la calle, amenaza al conductor con la pistola y le exige que conduzca a exceso de velocidad hacia un sitio determinado. En el camino el conductor deja de seguir las órdenes de Diana y ella le dispara con el arma causándole la muerte. Cada uno de estos delitos responden a una tipificación distinta ante el código.
- **Tipo complejo:** Es cuando concurren dos o más conductas cada una de ellas relacionadas de un tipo autónomo, pero de cuya unión nace un complejo típico distinto e independiente.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Paola odia a su profesor de matemáticas; durante la madrugada coge una garrafa de gasolina, la riega alrededor de la casa de su profesor y la prende en llamas, produciéndole la muerte por sofocamiento y poniendo en riesgo a los vecinos. El homicidio por medio catastrófico es un tipo complejo, ya que necesita recurrir a otros capítulos del código para evaluar las penas de las conductas punitivas catastróficas.
- **Tipo mixto:** es aquella que establece distintas formas de conducta que se puede concretar con la realización de cualquiera de estas.
 - a. **Hipótesis de uso práctico:** Ramón tiene acceso a información confidencial y estratégica de una organización de inteligencia nacional. Si Ramón se lleva esa información para su casa, o le da un uso para fines personales, o lo revela a algún conocido, estará cometiendo un delito de espionaje. No hace falta que realice todas las opciones, con una sola es suficiente para calificar como delito.
- **Tipos en blanco:** son aquellos en los que el supuesto de hecho se haya consignado parcial o totalmente en una norma de carácter ex-

trapenal y se requiere la remisión por parte del operador jurídico para constatar si el comportamiento es típico. Son conductas que no están completamente definidas en un delito penal y toca remitirse a otras normas penales para poder establecer si existe o no delito.

- a. **Hipótesis de uso práctico:** Ignacio vive cerca de un bosque y un día avista a un ave de aspecto exótico. Busca su escopeta, le dispara al ave y la mata. Es necesario recurrir a las leyes correspondientes a la protección de especies animales para determinar la pena correspondiente.

Restan una serie de métodos de clasificación para los tipos penales que por la reducida disponibilidad de espacio no podemos detallar, tales como: Según su contenido o técnica legislativa, según su composición, según los elementos subjetivos distintos al dolo, según la duración del estado antijurídico, y varias otras que a pesar de no ser de uso tan recurrente para los procesos penales es deber de todo estudiante de derecho penal profundizar en ellas y hacer un uso hipotético como el que he realizado en este trabajo de investigación con todos los métodos de clasificación de tipos penales frecuentes.

Conclusión

Queda demostrado a partir del desarrollo de este trabajo de investigación que es posible recolectar, procesar y poner en práctica todas las teorías necesarias para utilizar con dinamismo las distintas clasificaciones posibles para los tipos penales, que de otra manera aparentan ser confusas y enrevesadas para el estudiante de derecho penal.

El tema de la clasificación de los Tipos Penales es de una amplitud titánica. En este trabajo de investigación apenas se hizo alusión a los aspectos más importantes de la teoría del delito, los cuales permitieran llevar a cabo la actividad de transformar en hipótesis delictivas a las diferentes metodologías de clasificación de tipos penales, pero si en realidad se quiere manejar con profesionalismo y destreza todas las normas penales es necesario complementar este estudio con otras teorías de gran importancia como los elementos del tipo penal, los elementos del delito y los tipos de bienes jurídicos existentes.

Es necesario recordar que, este estudio no es ni lejanamente algo exclusivo de la teoría, sino que es utilizado por jueces, abogados y demás ejecutantes del derecho penal para poder determinar la culpabilidad o la inocencia de aquellos individuos acusados de algún hecho punible. Por este motivo no debe escatimarse en el estudio de estas normas y participar en la actualización, ampliación y corrección de aquellas que lo necesiten para hacer más eficiente y sencillo el proceso jurídico penal.

Referencias bibliográficas

- Castro, C. G. (2017) *Manual de Teoría del delito*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Estrada, F. (1986) *Derecho Penal parte general*. Bogotá, Colombia: Temis S. A.
- Fernández, L. G. (2015) La importancia de la teoría del delito en la práctica penal. [Mensaje en el blog Abogados SDQ]. Recuperado de: <http://www.abogadosdq.com/2015/10/la-importancia-de-la-teoria-del-delito.html>
- Franco, E. (2011) *Fundamentos de derecho penal moderno. Tomo 2*. Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones.
- Guerra, J. (2016) clasificación de los tipos penales [Mensaje en el blog Ideas Derecho Penal]. Recuperado de: <http://ideasderechopenal.blogspotB.com/2016/10/clasificacion-de-los-tipos-penales.html>
- Navarrete, M. P (2013) *Lecciones de derecho penal. Parte general. Tomo 2*. Sevilla, España: Difusora Larousse – Editorial Tecnos.
- Romero, G. (2012) *Importancia del Bien Jurídico penal en la construcción de tipos penales*. México D.F, México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
- Roxin, C. (1979) *Teoría del tipo penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Traducción al Castellano. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Zaffaroni, E. U. (1988) *Criminología: Aproximación desde un margen. Vol 1.*
Bogotá, Colombia: Temis S. A.

Manifestaciones del Estado penal en el Sistema Penitenciario Colombiano (Regional Noroeste)¹

Carlos Arturo Ruiz²

Resumen

El perfil de la población reclusa en las cárceles y penitenciarias colombianas puede tener su explicación al cambio de concepción que tiene el modelo económico liberal y el neoliberalismo para atender la injusticia social que ha generado. El Estado social a través de la redistribución justa de la riqueza logra de un lado, obligar al sistema de producción a participar en esta tarea; de otro lado, garantizar a los asociados que se encuentran en condiciones de desigualdad estructural y con necesidades materiales insatisfechas las condiciones de vida digna y con calidad vía la materialización del principio de solidaridad propio de un Estado Social, sin embargo, esta tarea es contrarrestada por el neoliberalismo económico, el cual se niega a financiar estos servicios y garantías sociales, y a cambio propone la coerción de esta población mediante la estrategia del Estado punitivo. Lo anterior se concreta en Colombia en una afectación a los sectores más vulnerables de la sociedad, pues el sistema penal tiene sesgos y selecciona a unos grupos poblacionales vulnerables por considerarlos peligrosos para la lógica de Mercado. La prisión mantiene su función principal de contención y control de un individuo peligroso, indigente y desviado, con lo cual busca “encapsular” una categoría estigmatizada con el fin de calmar las amenazas materiales y/o simbólicas que plantea para la sociedad del consumo.

Palabras clave: neoliberalismo, pobreza, marginalidad, Estado penal, penitenciario, población privada de libertad.

1 Avance del marco teórico de la investigación denominada: Caracterización de las barreras de acceso a los servicios de salud de las personas privadas de la libertad en calidad de condenados. Caso Municipio de Medellín, en desarrollo actualmente y presentada a la Corporación Universitaria Americana por Carlos Ruiz y Jaime Gañán

2 Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en derecho penal de la Universidad Libre de Bogotá, Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Bogotá, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Eafit, Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Santo Tomás en Convenio con la Universidad de Salamanca, Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás, Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana. caruiz@americana.edu.co.

Introducción

El capítulo que se presenta cumple el papel de ser avance al marco conceptual de la investigación del proyecto denominada *caracterización de las barreras de acceso a los servicios de salud de las personas privadas de la libertad en calidad de condenados. Caso Municipio de Medellín*. Presentado por Carlos Ruiz y Jaime Gañán a la Corporación Universitaria Americana; y actualmente en Desarrollo. Se lee en el planteamiento del problema de dicha investigación: los derechos fundamentales constituyen la garantía de una vida digna y con calidad en el marco de nuestro Estado Social. Ellos se erigen como los principios o mandatos de optimización por los cuales debe velar el propio Estado como garante de ellos y la sociedad en general como actores vinculados por tales mandatos. Los derechos fundamentales, desde su consagración en la Declaración de Derechos Humanos tienen en su esencia el ideal de que en forma integral e integradora se promuevan altos estándares de vida individual y colectiva. Los derechos fundamentales por ser inherentes a cada persona deben garantizarle a cada individuo y en cualquier circunstancia la posibilidad de gozar de los atributos que estructuran dichos derechos. En esta indagación se pregunta ¿Cuáles son las principales barreras de acceso de la población privada de la libertad de en proceso de resocialización en el Complejo Carcelario y Penitenciario el Pedregal – COPED-? El escrito se dividirá en dos partes, así: la primera hará referencia al concepto del Estado punitivo desarrollado por Loïc Wacquant; en la segunda parte se llevará a cabo una caracterización de la población condenada recluida en la regional noroeste INPEC.

El Estado punitivo según Loïc Wacquant

Wacquant (2007) designa tres estrategias las cuales el Estado puede optar para atender las demandas de la marginalidad estructural. La primera consiste en legislar y extender programas que buscan ayudar a las poblaciones *segregadas*, pero para él esta respuesta es insuficiente y puede perpetuar la ilegitimidad del tratamiento social de la pobreza. La segunda radica en una construcción activa del Estado social que pondría su estructura y sus políticas en consonancia con las nuevas condiciones económicas y sociales de participación en la vida colectiva, sin embargo, afirma que esta alternativa ha sido descartada por las naciones desde 1980, ante la agenda del nuevo orden eco-

nómico liberal. La tercera respuesta de los poderes públicos es de naturaleza represiva, estriba en contener, punitivamente, a quienes viven día a día excluidos de las relaciones económicas, laborales y sociales (pp. 317-320).

Para este apartado, se tendrán como textos base: Los condenados de la ciudad. Gueto, periferias y Estado, y *Castigar a los pobres* de Loïc Wacquant, donde se describirán las características en las que se puede inferir que existe la extensión punitiva en un Estado como instrumento de control formal para neutralizar los actos antijurídicos de la nueva pobreza, así mismo, la contención de los efectos perturbadores del conflicto social hasta ser implementada en el ordenamiento penitenciario, teniendo en cuenta la impronta neoliberal económica que incorpora la exclusión social y la inclusión selectiva como práctica gubernamental.

Neoliberalismo

En primer lugar, Loïc Wacquant (2010) habla de un Estado centauro, el cual lo describe como un doble sistema:

Liberal hacia arriba y paternalista hacia abajo, que presenta caras, radicalmente, diferentes en los dos extremos de la jerarquía social: un rostro bello y atento hacia las clases media y alta, y un rostro temible y sombrío hacia la clase baja (p. 453).

Lo anterior, en un contexto en que el acceso a la dignidad social no se tiene en tanto ser humano, sino que se obtiene a partir de el poder adquisitivo que tenga el individuo.

Ha señalado el autor que el surgimiento de este Estado es consecuencia de dos transformaciones correlativas y complementarias como son la atrofia del Estado social y la hipertrofia del Estado penal (Loïc Wacquant, 2007, p. 318). El Estado social al estar permeado por el sistema neoliberal se ha vuelto menos poderoso y se encuentra impedido para “establecer reglas de competencia económica, de manera que sus beneficios, en parte se extiendan a la sociedad obviamente en proporción con el trabajo personal, pero evitando extremos de privación o injusticias” (Silva, 2012, p. 149).

Del mismo modo, el neoliberalismo aparece en la década de los 70 y para 1980 crece, significativamente como proyecto transnacional. Se caracteriza por la apertura económica, privatización, eliminación del gasto público y la reestructuración de la forma de generar el capital; sin igualdad material para todos y en medio de la riqueza, aumentando la distancia entre los capitalistas y la clase obrera, como la relación de estos últimos, es decir, en “*aquellos que detentan un empleo estable en los sectores protegidos y calificados de la economía y todos aquellos que se encuentran atrapados en los empleos precarios de los sectores mal remunerados de la industria y los servicios*”. (Wacquant, 2007, p. 41).

Explica Castel (1997) que la exclusión estructural es tan profunda que arrojó a amplios sectores de la clase obrera a ser desintegrados, excluidos socialmente y a precarizarse por completo. Entendido esto último como un estado en presente continuo, debido a que se eliminan en forma masiva y permanente puestos de trabajo no cualificados, en contraste, en esta realidad se encuentran los empleados de las empresas de tecnologías, de servicios, seguros y finanzas que hacen avanzar la riqueza del capitalismo actual. En definitiva, a nombre del desarrollo el mercado regula las relaciones sociales, laborales y económicas en clave de marginalidad. (p. 45).

Wacquant (2007) explica la marginalidad estructural como resultado de cuatro lógicas:

La primera, es la dinámica macrosocietal: dualización socioprofesional y resurgimiento de las desigualdades. Señala el autor que la miseria del siglo XXI no es el resultado de la decadencia económica, sino de la separación de la escala de las desigualdades en un contexto general de prosperidad y progreso de la economía. Cita como ejemplo el crecimiento del producto interno bruto del Reino Unido, Alemania y Francia en un 80% entre 1975 y 2000, y el de los Estados Unidos de Norteamérica en un 130%. Por lo tanto:

La nueva marginalidad se ha expandido y endurecido en una época de crecimiento económico caprichoso pero sólido que se traduce en una elevación generalizada del nivel de vida y en una mejora espectacular de la situación de los miembros más privilegiados de las sociedades del primer mundo. (Wacquant, 2007, p. 302).

La segunda, es la dinámica económica: la fragmentación del asalariado. De acuerdo con Wacquant (2007) la nueva marginalidad es el producto derivado de un doble cambio de la esfera de trabajo. El primero es cuantitativo, hay un desplazamiento del centro de gravedad económico hacia los servicios a las personas y las empresas, de igual forma, hay un proceso que consiste en automatizar la industria, el cual hará desaparecer por caducos millones de empleos de escasa calificación, debido a esto, habrá un segmento poblacional que jamás encontrará trabajo estable. La segunda es cualitativa, la naturaleza de la relación salarial ha cambiado, ya no brinda unas condiciones favorables para proteger, socialmente, a todos los trabajadores. El empleo ya no ofrece una garantía sólida de salvaguarda contra la amenaza de la pobreza, incluso, para aquellos que acceden a él (pp. 304 - 305).

La tercera, es la reconfiguración del Estado social. En palabras de Wacquant (2007) los estados de bienestar se retractan y desarticulan, produciendo y determinando el deterioro material, la forma de las desigualdades, la marginalidad en la sociedad y la distribución espacial de la pobreza con la misma manera de participar que las fuerzas del mercado. Indica que los Estados estratifican con plena libertad a los más bajos del orden socioespacial a tal punto de determinar dentro de esta población quién se quedara relegado, cómo, dónde y durante cuánto tiempo: abren o cierran el acceso educativo y a una formación profesional adecuada; fijan las condiciones de entrada o salida del mercado laboral por medio de las reglas de empleo, de despido, de jubilación; estipulan las condiciones de trabajo y los criterios de consumo; distribuyen (o no logran proveer) los bienes básicos de subsistencia como la vivienda, la salud e ingresos complementarios por medio de subsidios, transferencias sociales o servicios públicos (p. 307).

La cuarta lógica que da cuenta de la marginalidad es la dinámica espacial: concentración y estigmatización. Añade el autor que aquella en el siglo XXI se distingue por su tendencia a adherirse y a concentrarse alrededor de los “barrios prohibidos” que están, claramente, identificados –tanto por sus habitantes como por la gente de afuera– como purgatorios urbanos donde se juntan la miseria, la inmoralidad, la ilicitud y la violencia y donde sólo los parias de la estructura social toleran vivir en esa zona de exilio socioeconómico y simbólico al “servicio” de un orden constitutivo del capitalismo (Wacquant, 2007, p. 310).

De igual manera, la ideología neoliberal descansa en la separación hermética entre lo económico (supuestamente, regido por el mecanismo neutro, fluido y eficiente del mercado) y lo social (habitado por lo arbitrario imprevisible de las pasiones y los poderes). (Wacquant, 2002, p. 8).

Al contrario del liberalismo, el cual promulgaba la libertad económica y el abandono del Estado en cuanto a su regulación, ya que será la fuerza del interés individual dentro de un marco de otros sujetos que actúan de la misma forma, trayendo como resultado un orden económico natural, convirtiendo así la lucha por la oferta y la demanda y, por ende, la actividad armoniosa de las sociedades (Morales, 1994, pp. 1-2). Hoy el neoliberalismo comparte la unificación del Estado y la economía, lo social y el derecho, por un lado, promoviendo la libertad económica y, por el otro, haciendo uso de sus potestades para la sanción y la coercitividad. Por ejemplo, la apertura económica en Colombia permitió el crecimiento del sistema financiero colombiano (Valencia, 2014). Esta se consolidó con una liberalización del mercado financiero con reformas al sistema bancario (Ley 45 de 1990) y bursátil (Ley 47 de 1990), la independencia de la banca central con la Constitución de 1991 y el desmonte de los controles bancarios (Ley 9 de 1991).

En contraste a esta lógica, sería bueno recordar el metarrelato de los Estados occidentales después de la Segunda Guerra Mundial, estos eran partidarios de asumir la educación, salud y vivienda de los individuos, así como ampliar el reparto de la riqueza para un bienestar material y colectivo como estrategia para superar las desigualdades y los rasgos sociales heredados.

Workfare. En un segundo punto, con el *workfare*, se implementa y aplica una práctica, comúnmente, usada por el sistema penal norteamericano en el momento en que se expandía la inactividad laboral y el subempleo o la asistencia social se encontraba en crisis, con el fin de afianzar el control e incentivar el trabajo forzado de aquellos ciudadanos que están bajo “protección del Estado”, considerando que este modelo se inclina más por contener que por prevenir.

Workfare es definido así:

Concepto vinculado a la asistencia con subsidios estatales que contemplan como obligación una contraprestación laboral que general-

mente se realiza en condiciones de precarización y flexibilización del trabajo. A diferencia del welfare clásico, el workfare enfatiza el mérito individual por encima de la solidaridad colectiva. (Rold & Pascual, 2011, p. 2).

Si se traduce *workfare* al español, significa empleo forzado y, si se pone en el contexto de la idea anterior, se verá que el trabajo, además, de ser una forma de control, se volvió un requisito necesario para recibir esta protección o subsidio social por parte del Estado, que en un principio es un derecho para la subsistencia de aquellas personas que no cuentan con recursos necesarios para sí mismas y sus familias.

El más común de estos requisitos es que el beneficiario debe aceptar cualquier empleo o actividad similar que se le ofrezca, más allá de la paga y de las condiciones laborales, bajo la pena de perder el derecho a la asistencia (Wacquant, 2010, p. 102).

De esta manera, la asistencia social que brinda el Estado mediante subsidios se ha convertido en un derecho que está ligado a la práctica del trabajo forzado precario en empleos con baja remuneración, incluso, llega al punto de que los menores de edad, aunque no practiquen el *workfare*, si estarán sujetos al *learnfare* (estudio obligatorio).

No obstante, se pregunta, si el sujeto al cual se le exige la práctica del *workfare* se niega, ¿qué ocurre?, el autor dice que sufre una muerte social porque el fin en sí mismo del “trabajo obligatorio” es la vigilancia, el ordenamiento e imposición de la conducta (Wacquant, 2010). Esta muerte social se llevará a cabo mediante el *prisionfare*, definido por Loic Waquant (2011) como, “régimen carcelario establecido como contención para los sectores mayoritariamente masculinos del proletariado industrial precarizado en la era post-fordista, que se resienten y resisten al trabajo basura”. (p. 2).

Es decir, que el *prisionfare* es la encarcelación no por hacer u omitir un delito tipificado en el Código Penal, sino que atenta contra aquellas personas que no quieran practicar el *workfare*. La consecuencia de este fundamento neoliberal es la selectividad en un doble sentido: de un lado, determinados parias de la población reciben de la institucionalidad una asistencia social

de sobrevivencia a cambio de mantenerse dentro del marco legal y, por otro lado, un excluido o marginado es adversario del orden establecido en tanto, se constituye en un objeto de vigilancia por las agencias del Estado.

En el país, el liberalismo autoritario lo describe Iturralde como:

Una forma de gobierno que promueve los intereses del statu quo, por medio de la retórica de la defensa de los derechos y libertades individuales, mientras que excluye de manera violenta a los grupos sociales considerados problemáticos, bien sea porque no están integrados a los mercados financiero y laboral, o porque cuestionan el estado de cosas existente (Iturralde, 2011, p. 155).

Sujeto selecto del Estado punitivo. Cuando se determina esta práctica del prisionfere, se revela la tendencia del Estado de acudir al control penal y policivo para contener, como una especie de dique, aquellas poblaciones que significan fuente de inseguridad al modelo de vida impuesto por el nuevo liberalismo económico, la suerte está echada, ya se ha definido, previamente, quien es el sujeto al cual están dirigidas las políticas criminales de un Estado punitivo. Según Loïc Wacquant (2010), en los Estados Unidos de Norteamérica, existen dos filtros que determinan al individuo, además, de no cumplir el trabajo obligatorio, están la clase y la raza.

La clase, no la raza, es el primer filtro de selección para el encarcelamiento. El apreciado enfoque sobre la raza, el crimen, y las penas que ha dominado las discusiones sobre la expansión de la prisión, ha obliterado el hecho de que los presos son antes y sobre todo gente pobre (...) La raza viene en segundo lugar”. (Citado en Estrada, 2013, p. 149).

De acuerdo con esto, el nuevo gobierno de la miseria neoliberal constituye en espacio de encierro, las zonas donde habita la marginalidad urbana y, en su defecto, la reclusión o el internamiento prisional. Cuando Wacquant (2010) describe las cárceles de Estados Unidos, determinó que los negros o el ennegrecimiento de las prisiones se establecieron por la selectividad de este grupo por parte del Estado punitivo y esto indica que la tasa carcelaria no es proporcional a la de delitos. El primer análisis que hace el autor es como las

instituciones penitenciarias ya no son el resultado de una política de castigo frente a un delito, sino una forma “panóptica” y tecnológica de dominio en el siglo XXI, una manera de control y custodia del capital que caracteriza al neoliberalismo, por ello se presenta una desproporción entre el número de sujetos privados de la libertad y la tasa de crimen que presenta el cuerpo social donde se encuentran este tipo de políticas.

La expansión y la intensificación de las actividades de la policía, las Cortes y las cárceles durante el último cuarto de siglo han estado lejos de ser amplias e indiscriminadas. Los sujetos han sido cuidadosamente elegidos, primero por clase, en segundo lugar por una disfrazada marca de etnicidad llamada raza, y en tercer lugar por territorio. Esta selección acumulativa ha conducido a un hiper-encarcelamiento de una categoría particular, hombres negros de clase baja en el ghetto desmoronado, dejando mientras tanto al resto de la sociedad prácticamente intacta.” (Wacquant, 2010, p. 148).

Por lo tanto, la nueva doxa penal que se difunde hoy desde Estados Unidos por el continente europeo, pasando por Europa y América Latina, postula un corte claro y definitivo entre las circunstancias (sociales) y el acto (criminal), las causas y las consecuencias, la sociología (que explica) y el derecho (que regula y sanciona). (Wacquant, 2002, p. 8).

Según Wacquant (2007), el hiperencarcelamiento se puede constatar bajo cuatro tendencias: la primera, es el fuerte aumento de la tasa de encarcelamiento por cada 100.000 habitantes. Menciona que en Francia entre 1983 y 2000 ha pasado de 70 a 95, en Italia, de 73 a 93, ; en Inglaterra, de 87 a 124 y en España, de 37 a 124 (p. 318). En Colombia, por ejemplo, ha pasado de 92 presos en 1992 a 242 en 2015 y de este a 2018 hay 266. El triple de Ecuador, el doble de Venezuela y superior a Perú, Bolivia, Paraguay y Argentina. (Noticiasrcn.com, 2018).

Retomando a Wacquant (2007), la segunda tendencia es que el hacinaamiento en el espacio de la prisión - castigo lo conforman inmigrantes, individuos de color, expendedores y consumidores de drogas y otros desplazados del mercado laboral. La tercera refiere que el encierro está en función de guardar o almacenar a sujetos indeseables, de ahí el deterioro de su estado de

salud, el aumento de la agresividad y de los suicidios y la insuficiencia de los programas educativos y de formación para que se reintegren dichas personas. Cuarta, el endurecimiento generalizado de las políticas penales más, abiertamente, dirigidas a neutralizar a expensas de la rehabilitación de los presos (Wacquant, 2007, p. 319).

Algo parecido, se puede hablar en el caso colombiano en relación con el proceso de selectividad de la Población Privada de la Libertad, PPL. Si se trata de Colombia, que es un país pluricultural tanto en raza, etnia y territorio, se hace difícil determinar que exista una escogencia del individuo por razones de la primera y la segunda características por parte del Estado. Se puede tener en cuenta que a partir de 1991 el neoliberalismo permitió la apertura económica en el país y esto pudo conllevar, no a un hiperencarcelamiento sino a un encierro masivo de una amplia franja de la ciudadanía, considerando los mismos puntos que determinan quien es el objeto del *ius puniendi* en Estados Unidos, pero dejando de lado el color y las diferencias lingüísticas y culturales, esto implica incluir solo a los pobres, marginados o aquellos que no practiquen el *workfare*.

Lo anterior, se concreta en Colombia en una afectación a los sectores más vulnerables de la sociedad, pues el sistema penal tiene sesgos y selecciona a unos grupos poblacionales excluidos por considerarlos peligrosos (Iturralde, 2011). El esfuerzo hasta ahora en el país ha sido mostrar cómo se afecta a los marginados. El énfasis está en la protección de la seguridad del cuerpo social respecto al delincuente amenazador.

Además, cuando un Estado en el que se ha establecido el neoliberalismo modifica su sistema penal, tiende a cambiar su filosofía y funciones de la privación de libertad, en este caso, fue una trascendencia de rehabilitar y prevenir a ejercer control y castigo, sin embargo, esto podría parecer totalitario, pero su modelo económico y penal se están uniendo, fuertemente, o “casando”, en términos de Iturralde, con un fin de control social y trabajos precarios, esto hace pensar que esta amalgama de ideas que, en un principio, es impensable, está haciendo uso de ese Estado social para poder usar el sistema penal. En términos simples, la libertad de la propiedad privada y otros principios con rango constitucional son los argumentos que usa este modelo económico con el fin de tener a su alcance las políticas penales con el pretexto de proteger la libertad del capital que en un país como Colombia, tiene el rango constitucio-

nal en el artículo 58 de la Constitución Política. Así que en Colombia, se castigan ciertos grupos excluidos, pobres y vulnerables: el derecho penal, pues, se enfoca en un grupo poblacional con altos índices de pobreza y no se fija en otros, tal como se mostrará más adelante.

De otro lado, se crearon sanciones mediante tipos penales que vislumbran la coerción y la selectividad en personas vulnerables, de tal modo, que se presenta un *ius puniendi* que segrega al sujeto en cuanto tal y no al acto delictivo. Esta forma de operar es explicada por Iturralde (2011) de la siguiente manera:

Cierto tipo de delitos, por su naturaleza y características, las condiciones en las que son cometidos y el perfil de sus autores, son más susceptibles de ser perseguidos que aquellos delitos que, por los mismos criterios, son menos “visibles” dentro de la sociedad y son más difíciles de investigar y perseguir. Este es el caso de los delitos como el fraude, la estafa y el lavado de dinero – lo que tradicionalmente se conoce como “delitos de cuello blanco” (sic) – y que en muchos casos son cometidos por personas pertenecientes a poderosos grupos económicos (...) El hecho de que estos delitos sean menos visibles, no significa que ocurran de manera poco frecuente ni que dejen de tener un gran impacto en la sociedad; sencillamente éste (sic) es más difícil de identificar y medir. Es por esto que las estadísticas criminales, aunque sirven de ayuda para analizar la manifestación de la criminalidad en una sociedad determinada, no reflejan con precisión el verdadero fenómeno criminal al interior de ésta (sic). (pp. 134 - 135).

Caracterización de la población condenada reclusa en la regional noroeste INPEC.

A continuación, se presenta un análisis de la información proporcionada por el INPEC correspondiente a los meses de diciembre del año 2015 hasta el mes de junio del año 2017 con el fin de esbozar el perfil de la población condenada reclusa en la regional noroeste INPEC. Por ende, se tomaron los datos en el siguiente orden: Población condenada: número de condenados, edad, escolaridad, modalidad de delitos, condena por años, tratamiento penitenciario.

Entre diciembre del año 2015 y junio del año 2017, la población condenada en la regional noroeste es predominantemente masculina. Los hombres representan aproximadamente el 90%, mientras que las mujeres el 10% (tabla 1).

Tabla 1.

Población condenada masculina y femenina enero de 2015 - junio de 2017

Informe	Condenados				
	Hombres	%	Mujeres	%	Total
Enero 2015	9814	92%	863	8%	10677
Diciembre 2015	9954	92%	914	8%	10868
Enero 2016	9907	92%	917	8%	10824
Febrero 2016	9984	92%	915	8%	10899
Marzo 2016	9942	91%	932	9%	10874
Abril 2016	9600	91%	931	9%	10531
Mayo 2016	9275	91%	939	9%	10214
Junio 2016	9836	91%	985	9%	10821
Julio 2016	9447	91%	970	9%	10417
Agosto 2016	9277	90%	1022	10%	10299
Sep/bre. 2016	9505	90%	1024	10%	10529
Octubre 2016	9603	91%	1004	9%	10607
Nov/bre. 2016	9559	90%	1018	10%	10577
Dic/bre. 2016	9456	90%	997	10%	10453
Enero 2017	9028	90%	1018	10%	10046
Febrero 2017	8788	90%	1008	10%	9796
Marzo 2017	8173	89%	1042	11%	9215
Abril 2017	8991	90%	1028	10%	10019
Mayo 2017	9082	90%	1024	10%	10106
Junio 2017	8888	90%	1009	10%	9897

Fuente: datos del INPEC

La tabla 2 evidencia los porcentajes de variación mes por mes desde diciembre de 2015 a junio de 2017; de ella se extraen meses de los anteriores años con incrementos de la población condenada masculina y femenina. De los primeros tenemos: diciembre 2015, 9954; febrero de 2016, 9984; marzo de 2016, 9942; junio de 2016, 9836; octubre de 2016, 9603; mayo de 2017, 9082. De las mujeres, agosto de 2016 con 1022; septiembre de 2016, con 1024; marzo de 2017, de 1042; abril de 2017 con 1028 y mayo de 2017 con 1024. Se nota una constante de la población femenina durante estos periodos.

Nivel educativo y edad

Frente al nivel educativo de la población condenada recluida en la regional noroeste se tiene que el INPEC discrimina las estadísticas por sexo y no por condición de la situación jurídica de los reclusos. la información recolectada evidencia que la población posee un bajo nivel de escolaridad. En su gran mayoría se ubican con analfabetismo, básica primaria, media y vocacional en relación a aquellos que terminaron e ingresaron a educación superior y especializaciones.

Tabla 2.
porcentajes de variación mes por mes

Informe	Sexo		Escolaridad				
	Hombres	Mujeres	Iletrados	B. Primaria	Media y Vocacional	Educación Superior	Especializac.
Enero 2015	14462	1215	957	5481	8725	493	21
Diciembre 2015	15206	1313	984	5684	9370	467	14
Enero 2016	15269	1308	985	5700	9414	464	14
Febrero 2016	15320	1317	968	5708	9475	473	13
Marzo 2016	15381	1366	980	8761	9522	470	14
Abril 2016	18035	1367	921	5676	9263	478	13
Mayo 2016	14602	1347	933	5510	9029	464	13
Junio 2016	14178	1384	915	5409	8764	461	13
Julio 2016	13814	1373	898	5268	8558	450	13
Agosto 2016	13612	1355	875	5117	8519	443	13
Sep/bre. 2016	13894	1376	893	5205	8708	451	13
Octubre 2016	14004	1375	903	5234	8773	456	13
Nov/bre. 2016	13896	1382	908	5175	8720	461	14
Dic/bre. 2016	13769	1378	910	5116	8656	453	12
Enero 2017	13444	1372	897	5096	8361	450	12
Febrero 2017	13065	1413	865	4955	8194	452	12
Marzo 2017	13150	1421	866	7961	8275	456	13
Abril 2017	13036	1400	858	5197	6942	314	15
Mayo 2017	13041	1426	996	5606	7389	463	13
Junio 2017	13086	1432	na	na	na	na	na

Fuente: datos del INPEC

Frente a las cifras de edad de la población reclusa condenada se deriva que tanto hombres como mujeres, son preponderantemente jóvenes, debido a que se presenta un porcentaje considerable entre los 18 y 29 años de edad. Así mismo, le sigue la población condenada entre los 30 y 54 años de edad. Los hom-

bres condenados que se encuentran dentro del anterior rango, representan el 51%, frente a un 55 % que representan las mujeres. Con relación a la población reclusa entre los 55 y 64 años de edad, se evidencia una mayor proporción de mujeres frente a los hombres, mientras que la población masculina predomina en la población reclusa mayor de 64 años. A continuación, se presenta la tabla 3 con los porcentajes de variación de la edad de la población masculina y femenina.

Tabla 3.
Porcentajes de variación por edad

Rango de edad género masculino	18-24	25-29	Total rango 18-29	%	30-34	35-39	40-44	45-49	50-54	Total rango 30-54	%	55-59	60-64	Total rango 55-64	%	65-69	70+	Total rango 65+	%
Enero 2015		6544	6544	45%			7154			7154	49%	579		579	4%	185		185	1%
Dic. 2015		6777	6777	45%			7556			7556	50%	648		648	4%	225		225	1%
Enero 2016		6160	6160	40%			8126			8126	53%	716		716	5%	267		267	2%
Febrero 2016	2800	3365	6165	40%	3019	2216	1289	974	675	8173	53%	439	277	716	5%	145	165	310	2%
Marzo 2016	2854	3371	6225	40%	3032	2204	1279	974	680	8169	53%	447	282	729	5%	142	116	258	2%
Abril 2016	2833	3216	6049	34%	2965	2183	1242	951	663	8004	44%	438	282	720	4%	146	116	262	1%
Mayo 2016	2771	3144	5915	41%	2850	2137	1197	921	634	7739	53%	425	279	704	5%	133	111	244	2%
Junio 2016	2722	3003	5725	40%	2762	2056	1179	895	621	7513	53%	416	280	696	5%	133	111	244	2%
Julio 2016	2679	2880	5559	40%	2685	1994	1165	878	606	7328	53%	400	281	681	5%	133	113	246	2%
Agosto 2016	2679	2946	5625	41%	2586	1925	1119	833	600	7063	52%	403	277	680	5%	132	112	244	2%
Septiembre 2016	2646	2966	5612	42%	2619	1949	1146	835	603	7152	51%	403	278	681	5%	134	115	249	2%
Octubre 2016	2907	3006	5913	42%	2618	1956	1144	832	614	7164	51%	408	274	682	5%	129	116	245	2%
Noviembre 2016	2933	2929	5862	42%	2598	1954	1134	825	600	7111	51%	408	271	679	5%	129	115	244	2%
Diciembre 2016	2887	2923	5810	42%	2583	1929	1129	825	597	7063	51%	399	258	657	5%	125	114	239	2%
Enero 2017	2343	2740	5083	38%	2656	2038	1207	870	603	7374	55%	435	287	722	5%	130	135	265	2%
Febrero 2017	2143	2761	4904	38%	2456	2038	1207	870	603	7174	55%	435	287	722	6%	130	135	265	2%
Marzo 2017	2341	2808	5149	39%	2550	1942	1168	825	568	7053	54%	423	276	701	5%	121	126	247	2%
Abril 2017	2383	2735	5118	39%	2527	1919	1160	817	552	6975	54%	428	275	703	5%	116	124	240	2%
Mayo 2017	2403	2742	5145	39%	2544	1898	1155	809	554	6960	53%	425	273	698	5%	114	124	238	2%

Rango de edad género femenino	18-24	25-29	Total rango 18-29	%	30-34	35-39	40-44	45-49	50-54	Total rango 30-54	%	55-59	60-64	Total rango 55-64	%	65-69	70+	Total rango 65+	%
Enero 2015		483	483	40%			657			657	54%	62		62	5%	13		13	1%
Dic. 2015		500	500	38%			722			722	55%	79		79	6%	12		12	1%
Enero 2016		447	447	34%			750			750	57%	98		98	7%	13		13	1%
Febrero 2016	192	251	443	34%	223	198	140	122	78	761	58%	67	32	99	8%	8	8	16	1%
Marzo 2016	199	262	461	34%	236	201	137	127	84	785	57%	71	34	105	8%	8	7	15	1%
Abril 2016	202	256	458	34%	233	202	142	127	85	789	58%	71	35	106	8%	7	7	14	1%
Mayo 2016	188	263	451	33%	226	196	144	127	86	779	58%	69	34	103	8%	7	7	14	1%
Junio 2016	196	272	468	34%	227	206	148	130	85	796	58%	71	35	106	8%	7	7	14	1%
Julio 2016	197	272	469	34%	221	197	148	129	86	781	57%	73	36	109	8%	8	6	14	1%
Agosto 2016	202	268	470	35%	216	190	146	126	86	764	56%	69	37	106	8%	9	6	15	1%
Septiembre 2016	222	268	490	36%	219	192	149	125	87	772	56%	67	32	99	7%	9	6	15	1%
Octubre 2016	225	263	488	35%	219	195	150	128	84	776	56%	66	31	97	7%	8	6	14	1%
Noviembre 2016	237	264	501	36%	218	194	147	132	82	773	56%	66	28	94	7%	8	6	14	1%
Diciembre 2016	238	262	500	36%	220	190	144	133	82	769	56%	67	28	95	7%	8	6	14	1%
Enero 2017	200	255	455	33%	225	193	165	112	99	794	58%	65	41	106	8%	9	8	17	1%
Febrero 2017	215	259	474	34%	247	193	165	112	99	816	58%	65	41	106	8%	9	8	17	1%
Marzo 2017	218	254	472	33%	238	202	171	112	100	823	58%	70	42	112	8%	7	7	14	1%
Abril 2017	219	253	472	34%	230	202	166	110	98	806	58%	69	40	109	8%	6	7	13	1%
Mayo 2017	235	259	494	35%	229	199	165	112	100	805	56%	72	43	115	8%	5	7	12	1%

Fuente: datos del INPEC

Frente al rango de edad entre 18 y 29 años se presenta un aumento constante en la población masculina, que oscila entre 4904 a 6225. Mientras que

durante ese mismo periodo la población femenina aumenta entre 443 a 501 condenadas. Frente al rango de edad entre 30 y 54 años, el total de la población en calidad de condenada presenta aumento en relación a la edad anterior. De un 54 % en la población masculina y un 58 % en la población femenina. Frente al rango de edad entre 55 y 64 años, se presenta una constante de la población femenina y masculina. Frente a la población reclusa mayor de 64 años, el total de la población reclusa comparte periodos con un porcentaje muy similar.

Frente a madres, es muy poca la información que nos ofrecen las estadísticas del INPEC, puesto que sólo se poseen los datos correspondientes a las madres con sus hijos en prisión, madres lactantes y madres gestantes. Sin embargo, se desconoce el porcentaje de mujeres que son cabeza de familia, y el número de sus hijos, así como las edades en que se encuentran.

Tabla 4.

Madres con sus hijos en prisión

Enfoque diferencial	Madres lactantes	Madres gestantes
Enero 2015	3	11
Diciembre 2015	3	18
Enero 2016	3	17
Febrero 2016	3	14
Marzo 2016	3	14
Abril 2016	3	13
Mayo 2016	7	16
Junio 2016	7	13
Julio 2016	6	13
Agosto 2016	5	12
Septiembre 2016	6	11
Octubre 2016	5	11
Noviembre 2016	6	10
Diciembre 2016	6	10
Enero 2017	6	9
Febrero 2017	6	9
Marzo 2017	5	9
Abril 2017	6	8
Mayo 2017	6	8
Junio 2017	6	9

Tiempos de condena

Frente a los años de pena impuesta a la población condenada y reclusa en la regional Noroeste, tenemos los los datos que se presentan en la tabla 5.

Tabla 5.
Tiempos de condena

Condena por años Hombres																	
Meses	0-5	%	6-10	%	11-15	%	16-20	%	21-25	%	26-30	%	31-35	%	36 +	%	
Enero 2015	7093		72%		2031			21%			411		4%		279		3%
Diciembre 2015	3526	35%	3485	35%	1329	13%	891	9%	229	2%	188	2%	102	1%	204	1%	
Enero 2016	3478	35%	3462	35%	1336	13%	895	9%	237	2%	184	2%	104	1%	211	1%	
Febrero 2016	3326	33%	3692	37%	1341	13%	899	9%	245	2%	184	2%	102	1%	195	1%	
Marzo 2016	3831	39%	3148	32%	1350	14%	904	9%	251	3%	174	3%	95	1%	189	1%	
Abril 2016	3550	37%	3297	34%	1306	14%	800	8%	227	2%	165	2%	90	1%	165	1%	
Mayo 2016	3757	41%	2819	30%	1275	14%	794	9%	218	2%	160	2%	92	1%	160	1%	
Junio 2016	3718	38%	3506	36%	1220	12%	786	8%	211	2%	152	2%	86	1%	157	1%	
Julio 2016	3344	35%	3498	37%	1211	13%	805	9%	200	2%	147	2%	81	1%	161	1%	
Agosto 2016	3572	39%	3302	36%	1158	12%	746	8%	166	2%	131	2%	67	1%	135	1%	
Sep/br. 2016	3733	39%	3313	35%	1184	12%	770	8%	174	2%	133	2%	61	1%	137	1%	
Octubre 2016	3766	39%	3341	35%	1204	13%	778	8%	178	2%	134	2%	63	1%	139	1%	
Nov/br. 2016	3830	40%	3211	34%	1218	13%	788	8%	174	2%	131	2%	62	1%	145	1%	
Dic/br. 2016	3626	38%	3301	35%	1234	13%	791	8%	177	2%	121	2%	63	1%	143	1%	
Enero 2017	3498	39%	3065	34%	1216	13%	776	9%	171	2%	114	2%	61	1%	127	1%	
Febrero 2017	3469	39%	3093	35%	1152	13%	674	8%	130	1%	96	1%	54	1%	120	1%	
Marzo 2017	2791	34%	3130	38%	1161	14%	678	8%	139	2%	95	2%	54	1%	125	1%	
Abril 2017	3622	40%	3102	35%	1165	13%	687	8%	141	2%	94	2%	56	1%	124	1%	
Mayo 2017	3696	41%	3099	34%	1186	13%	692	8%	143	2%	90	2%	56	1%	120	1%	
Junio 2017	3621	41%	3016	34%	1195	13%	683	8%	136	2%	85	2%	51	1%	101	1%	

Condena por años mujeres																	
Meses	0-5	%	6-10	%	11-15	%	16-20	%	21-25	%	26-30	%	31-35	%	36 +	%	
Enero 2015	642		74%		123			14%			52		6%		47		5%
Diciembre 2015	375	41%	285	31%	76	8%	70	8%	33	4%	29	3%	22	2%	24	3%	
Enero 2016	380	41%	283	31%	77	8%	70	8%	33	4%	29	3%	21	2%	24	3%	
Febrero 2016	372	41%	281	31%	80	9%	71	8%	33	4%	30	3%	24	3%	24	3%	
Marzo 2016	388	42%	273	29%	82	9%	74	8%	35	4%	31	3%	23	2%	26	3%	
Abril 2016	373	40%	281	30%	83	9%	76	8%	37	4%	30	3%	24	3%	27	3%	
Mayo 2016	382	41%	280	30%	83	9%	75	8%	37	4%	29	3%	25	3%	28	3%	
Junio 2016	416	42%	291	30%	86	9%	76	8%	37	4%	27	3%	23	2%	29	3%	
Julio 2016	402	41%	289	30%	88	9%	74	8%	37	4%	28	3%	23	2%	29	3%	
Agosto 2016	435	43%	306	30%	88	9%	76	7%	37	4%	28	3%	23	2%	29	3%	
Sep/br. 2016	432	42%	306	30%	89	9%	77	8%	36	4%	29	3%	25	2%	30	3%	
Octubre 2016	414	41%	304	30%	89	9%	77	8%	36	4%	28	3%	25	2%	31	3%	
Nov/br. 2016	416	41%	307	30%	91	9%	80	8%	37	4%	28	3%	27	3%	32	3%	
Dic/br. 2016	396	40%	300	30%	94	9%	82	8%	36	4%	27	3%	26	3%	36	4%	
Enero 2017	425	42%	292	30%	94	9%	80	8%	38	4%	27	3%	26	3%	36	4%	
Febrero 2017	412	41%	294	29%	96	10%	80	8%	37	4%	27	3%	26	3%	36	4%	
Marzo 2017	434	42%	308	30%	97	9%	78	7%	37	4%	26	2%	26	2%	36	3%	
Abril 2017	424	41%	308	30%	98	10%	77	7%	34	3%	27	3%	27	3%	33	3%	
Mayo 2017	432	42%	300	29%	97	9%	75	7%	34	3%	28	3%	27	3%	31	3%	
Junio 2017	427	42%	290	29%	96	10%	76	8%	34	3%	28	3%	28	3%	30	3%	

Fuente: datos del INPEC

De estas cifras, se desprende que la mayoría de las penas impuestas al total de la población condenada ubicada en la regional noroeste son inferiores a 5 años. De esta forma en el rango de pena impuesta entre los 0 y 5 años, la población masculina representa en promedio un 37 %, frente a un 41 % de la población femenina. Vemos entonces cómo dentro de este rango de pena impuesta predomina la población femenina.

Frente a los siguientes rangos de pena impuesta, las cifras reflejan que la población condenada, tanto en hombres, como en mujeres, decrece entre más años contemple la pena, aunque predomina la población masculina, frente a la femenina. Así, entre los 6 a 10 años de pena impuesta, la población masculina representa en promedio un 35%, frente a un 30 % que representa la población femenina. Frente al rango de pena impuesta entre los 11 a 15 años, la población masculina representa un 13 %, frente a un 9 % de la población femenina.

Frente al rango de pena impuesta entre los 16 a 20 años de pena impuesta, de igual forma se evidencia una predominancia en la población masculina que representa en promedio un 8 %, frente a la femenina que representa un 7 %.

Frente al rango de pena impuesta entre los 21 a 25 años de pena impuesta, la población masculina representa en promedio un 2 %, frente a un 4 % de participación femenina. Frente al rango de pena impuesta entre los 26 a 30 años de pena impuesta, la población masculina representa en promedio un 2 %, frente a un 3 % de participación femenina. Frente al rango de pena impuesta entre los 31 a 35 años de pena impuesta, la población masculina representa en promedio un 1 %, frente a un 2 % de participación femenina. Frente a penas superiores a los 36 años, se evidencia un mínimo porcentaje de presencia masculina, pues representan en promedio tan solo el 1 %, frente a un 3 % de presencia femenina.

Actividades de resocialización

Frente a las actividades de tratamiento resocializante tenemos que el INPEC le oferta a la población reclusa, tanto en calidad de imputados, como de condenados, la opción de participar en ellas, sin embargo, para la institución es obligatorio garantizarles a los condenados cupos en dichos quehaceres, veamos como se discrimina en la tabla 6.

Tabla 6.
Actividades de tratamiento resocializante

Informe	Condenados		Tratamiento penitenciario							
			Trabajo		Estudio		Enseñanza		Porcentaje	
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
Enero 2015	9814	863	3566	488	5248	539	145	14	91%	121%
Diciembre 2015	9954	914	3733	526	5476	478	161	19	94%	112%
Enero 2016	9907	917	3730	530	5476	603	149	18	94%	126%
Febrero 2016	9984	915	3715	525	5510	556	148	16	94%	120%
Marzo 2016	9942	932	3714	513	5523	538	151	16	94%	114%
Abril 2016	9600	931	3640	483	5277	520	150	16	94%	109%
Mayo 2016	9275	939	3635	449	5543	487	155	14	101%	101%
Junio 2016	9836	985	3598	465	5602	498	151	14	95%	99%
Julio 2016	9447	970	3526	495	5309	533	146	17	95%	108%
Agosto 2016	9277	1022	3515	481	5075	523	149	16	94%	100%
Sep/bre. 2016	9505	1024	3526	460	5240	553	149	15	94%	100%
Octubre 2016	9603	1004	3476	458	5088	521	147	14	91%	99%
Nov/bre. 2016	9559	1018	3830	416	3211	307	1218	91	86%	80%
Dic/bre. 2016	9456	997	3626	396	3301	300	1234	94	86%	79%
Enero 2017	9028	1018	3417	473	4942	475	140	17	94%	95%
Febrero 2017	8788	1008	3395	502	4844	497	133	18	95%	101%
Marzo 2017	8173	1042	3380	532	5243	562	134	17	107%	107%
Abril 2017	8991	1028	3512	537	5486	530	138	17	102%	105%
Mayo 2017	9082	1024	3460	550	5204	588	139	17	97%	113%
Junio 2017	8888	1009	3380	533	5018	570	132	16	96%	111%

De la población femenina reclusa en calidad de condenadas se puede decir que todas descuentan pena por trabajo, estudio y enseñanza, sin embargo, del total de la población masculina no se puede afirmar lo mismo, la regional noroeste sólo alcanza a cubrir a esta población con estas actividades en un 95%.

Conclusiones

Después de analizar las características principales que se identifican en la población prisionera femenina y haberlas distinguido frente a las de los hombres, pueden concluirse parcialmente lo siguiente:

- Se evidencia que la población femenina en calidad de condenada ha venido en aumento. Frente a la edad de las mujeres se destaca un alto porcentaje de población joven, puesto que la mayoría de las mujeres tienen entre 18 y 29 años de edad.

- Frente al perfil de la mujer reclusa en la regional Noroeste, se evidencia marginación socio económica: bajos niveles de escolaridad, situación de pobreza, poca inserción laboral y deficiente remuneración.
- Frente a las conductas delictivas cometidas por las mujeres, llama la atención la que en primer lugar se encuentre el delito de Tráfico, Fabricación y Porte de estupefacentes, debido a que al ser mujeres madre cabeza de familia en situación de pobreza, con pocas posibilidades de inserción laboral, delinquen para poder cubrir las necesidades de sus hogares. El concierto para delinquir y el Hurto ocupan el segundo y tercer lugar respectivamente.
- El 41 % de las reclusas condenadas se encuentran dentro del rango 0 y 5 años, el 30 % lo están entre 6 a 10 años.
- En las actividades de resocialización, tenemos que el total de la población femenina reclusa en calidad de condenadas tienen garantizado la participación del tratamiento penitenciario.
- En esta realidad es necesario retornar y en serio, a la cláusula del Estado Social, en el sentido de mantener y fortalecer la educación, la asistencia social, y promover los lazos familiares de la población en situación de vulnerabilidad. Esto con el objetivo de reducir los tentáculos del sistema penal y los riesgos de la prisionalización. Con relación al uso de la prisión como instrumento de castigo aminorar los efectos negativos que ella genera en la vida futura de la población con realidad penitenciaria y carcelaria.

Referencias bibliográficas

- Castel, R. (1997). *Las Metamorfosis de la cuestión social*, Edit. Paidós, Buenos Aires.
- Estrada, J. (2013). Estado punitivo y control criminal. Cárceles, prisiones y penitenciarías en Colombia en el siglo XIX. *Criminalidad*, 99–112.

- Iturralde, Manuel (2011). *Los Muros de la Infamia, Prisiones en Colombia y en América Latina*, Edit. Universidad de los Andes.
- Morales, M. (1994). Una nueva concepción del neoliberalismo, (0121-1633), 1-10.
- Rold, D. P., & Pascual, C. M. (2011). Forjando el Estado Neoliberal Workfare , *Prisonfare e Inseguridad Social*, 19.
- Wacquant, Loïc. (2002). La penalización de la miseria. De la importación de políticas de seguridad. *Renglones* (51), 6-12. Recuperado de https://repositorio.iteso.mx/bitstream/handle/11117/397/51_01_penalizacion_miseria.pdf?sequence=2
- Wacquant Loïc. (2007). *Los condenados de la ciudad. Gueto, periferias y Estado*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Wacquant Loïc. (2010 a). *Castigar a los pobres*. Barcelona: Gedisa.
- Wacquant, Loïc. (2010 b). Estigma racial en la construcción del Estado punitivo norteamericano. *Astrolabio*, (5), 145-59. Recuperado de <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/astrolabio/article/view/182/193>
- Wacquant, Loïc. (2011). Forjando el Estado neoliberal. Workfare, prisonfare e inseguridad social. Trads. Diego Roldán y Cecilia Pascual. *Prohistoria*, 16. Recuperado de <http://www.scielo.org.ar/pdf/prohist/v16/v16a06.pdf>
- Silva J. F. (2012). Evolución y origen del concepto “estado social” incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991. *Ratio Juris*, 7(14), 141-158. Recuperado de <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/140/131>

Un acercamiento a la constitucionalización del ordenamiento jurídico desde la perspectiva Colombia-México¹

Omar Huertas Díaz², Filiberto Eduardo R. Manrique Molina³,
Christian Benítez Núñez⁴, Luis Fernando Garcés Giraldo⁵

Resumen

Durante las últimas tres décadas se ha desarrollado un fenómeno denominado constitucionalismo latinoamericano, caracterizado principalmente por la ampliación del reconocimiento de los derechos humanos de fuente internacional, así como por la incorporación de complejas obligaciones tanto de respeto como de garantía que vinculan a los poderes estatales. Ahora bien, para el desarrollo de la presente investigación hemos utilizado el método analítico y comparado para establecer los principales contrastes entre el contenido constitucional y la realidad político-jurídica en Colombia y México, concluyendo que aún y cuando existe un marco normativo más o menos ajustado a los parámetros constitucionales, el ejercicio del poder estatal no se somete a dicho orden jurídico, trayendo como consecuencia la violación estructural de

1 Capítulo resultado de investigación CONACYT durante el Programa de Estancias Posdoctorales en el Extranjero 2018 – 1 y la Universidad Autónoma del Estado de Morelos UAEM, en trabajo colaborativo de los grupos de Investigación “Escuela de Derecho Penal NULLUM CRIMEN SINE LEGE UN”, Reconocido y Clasificado en A COLCIENCIAS- 2015 Universidad Nacional de Colombia.

2 Ph.D. en Ciencias de la Educación Universidad Simón Bolívar; Abogado, Especialista en Derecho Penal, Postdoctor y Ph.D en Derecho y Profesor Asociado, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia. Co investigador del grupo de Investigación “Filosofía Política”. Reconocido y clasificado en B COLCIENCIAS Universidad Libre seccional Bogotá. E-mail: ohuertasd@unal.edu.co

3 Ph.D. en Derecho y Globalización por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos-México; Maestro en Derecho e investigación, abogado, realiza estudios de posdoctorado en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia- sede Bogotá; Candidato a Investigador Nacional SNI – CONACYT, ha participado en seminarios e impartido conferencias en México, Perú y Colombia. ID ORCID. <https://orcid.org/0000-0001-9407-6548> E-mail: filiberto.manriqueamol@uaem.edu.mx

4 Ph.D. en Derecho y Globalización por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos-México; Mg. en Derecho, realiza estudios de postdoctorado en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia- sede Bogotá; Candidato a Investigador Nacional SNI – CONACYT. E-mail: christianbenitez@uaem.mx

5 Posdoctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Posdoctor en Filosofía en la Universidad Pontificia Bolivariana. Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. E-mail: lugarcés70@gmail.com

los derechos humanos y contradiciendo el modelo de estado constitucional adoptado.

Palabras clave: Constitucionalismo, América Latina, Estado de derecho, Derechos humanos.

Introducción

Las transformaciones constitucionales que han tenido lugar principalmente en América Latina a lo largo de estas últimas tres décadas, a partir de la constitucionalización de los derechos humanos de fuente internacional y la respectiva incorporación de principios y obligaciones que estos conllevan, nos permiten identificar un fenómeno denominado *Constitucionalismo latinoamericano contemporáneo*, el cual ha provocado un cambio de paradigma en los ámbitos jurídico y político, desde la manera en cómo debe entenderse a la Constitución, las relaciones de poder que ésta condiciona y sus implicaciones en el desarrollo normativo nacional y supranacional.

No obstante, la evolución constitucional no siempre encuentra correspondencia con la evolución cultural, jurídica y política. Resulta más que evidente que en América Latina existe una gran distancia entre el contenido constitucional y la realidad social; la corrupción, las deficiencias en el sistema de impartición de justicia, la inflación legislativa –en pocas ocasiones contradictoria entre sí–, el diseño políticas públicas distantes de un programa integral que tienda a respetar y garantizar los derechos humanos, así como el constante menosprecio de las demandas sociales por parte de cada uno de los poderes del Estado, han traído como consecuencia que la región latinoamericana se encuentre envuelta en una grave crisis (Huertas Díaz, y otros, 2015).

En consecuencia, hoy más que nunca resulta necesario analizar los contrastes entre el contenido constitucional y la realidad, con el objetivo de edificar sobre bases firmes, las soluciones que nos permitan ser consecuentes con el modelo de estado constitucional democrático que hemos adoptado en nuestros países. Por ello, habremos de tomar como punto de partida algunas de las ideas desarrolladas por el profesor italiano Riccardo Guastini, así como su modelo de evaluación sobre la constitucionalización del ordenamiento jurídico, desde una perspectiva latinoamericana.

Desarrollo constitucional y las bases de un nuevo constitucionalismo latinoamericano

Uno de los elementos constitutivos del estado indiscutiblemente es el *poder*, siendo el que más transformaciones ha presentado en su devenir histórico, esto se debe principalmente a que son las propias reglas impuestas por la sociedad y materializadas en leyes tanto supremas como ordinarias, las que han pretendido limitar y encausar su margen de acción. Un ejemplo de lo anterior se ubica con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que data de 1789, en cuyo artículo 16 se estableció que “[t]oda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución” (Jellinek, 2003, p. 199). Podemos advertir que dicha disposición establece la base mínima de una constitución como ley suprema, es decir, el reconocimiento de un catálogo de derechos –parte dogmática–, y una división de poderes –parte orgánica–, y sostenemos, sin miedo a equivocarnos, que esta última parte debe estar siempre sometida al respeto y garantía de cada uno de los derechos reconocidos en la parte dogmática.

Ahora bien, no debemos perder de vista que en ese mismo artículo la condición de la necesaria garantía de los derechos representa un avance significativo en la reivindicación de los mismos, tal afirmación cobra mayor fuerza con la precisión de Jellinek al respecto de que en este documento, es por vez primera, que se forma en el derecho positivo la noción de los derechos subjetivos del individuo frente al Estado, afirmando lo siguiente:

“[B]ajo su influjo se ha formado la noción de los derechos subjetivos públicos del individuo en el derecho positivo de los Estados del Continente Europeo. La literatura jurídico-política sólo conocía hasta entonces derechos de los Jefes de Estado, privilegios de clase, de los particulares o de ciertas corporaciones, no manifestándose los derechos generales de los súbditos sino bajo la forma de deberes del Estado, sin constituir para los individuos títulos jurídicos caracterizados.” (Jellinek, 2003, pp. 81 y 82)

Recordemos que hace más tres siglos atrás ya lo advertía Montesquieu (Del espíritu de las leyes, 2018), la separación de poderes encuentra justificación en que al reunirse en una sola persona las facultades del poder legislativo y del

poder ejecutivo, no existen condiciones ni para la libertad ni tampoco para la confianza, por una sencilla razón, aquel sujeto en el que se deposita el poder podría expedir leyes tiránicas y ejecutarlas tiránicamente; mientras que en otras condiciones en las que el poder judicial no fuese independiente del resto de los poderes, tampoco existirían condiciones ni para la libertad ni para la propia vida, siendo éstos, derechos imprescindibles para el desarrollo del individuo y de la sociedad (p. 146).

Al llegar a este punto, resulta imprescindible establecer una diferenciación entre la jerarquía de la Constitución y de la ley, en ese sentido, Ferdinand Lasalle (2009) afirmó que si bien es cierto, ambas tienen una esencia genérica común; no obstante, “la primera debe ser algo mucho más sagrado, más firme y más inmovible que la ley, ya que es el fundamento de las otras leyes, lo que lleva implícita una necesidad activa, de fuerza eficaz que sobre lo que ella se funda, sea así” (pp. 89-90).

Indiscutiblemente, la Constitución es sinónimo de vinculación, es decir, de reglas que obligan tanto a los poderes políticos como a las mayorías dentro de una sociedad para alcanzar los fines individuales y colectivos:

“Lo que yo llamo constitución consiste precisamente en este sistema real, sustancial y formal, que tiene a los poseedores del poder como sus receptores [...] Las constituciones se caracterizan como un conjunto de meta-reglas sobre los poderes públicos, incluida la mayoría, que están vinculados por la separación mutua y el respeto de los derechos fundamentales de todos. De ello se deduce que, dado que los derechos fundamentales son la base de la igualdad en los derechos, siempre se colocan, directa o indirectamente, como garantía de igualdad: de igualdad política a través de la concesión de derechos políticos, de igualdad civil a través de la garantía de derechos civiles, niveles mínimos de igualdad social a través de la satisfacción de los derechos sociales” (Ferrajoli, 1996, p. 322)⁶.

6 Texto original: “Ciò che chiamamo costituzione consiste precisamente in questo sistema di regale, sostanziali e formali, che ha i titolari del potere come propri destinatari [...] Le costituzioni ne risultano caratterizzate come un insieme di meta-regole sui pubblici poteri, incluso quello di maggioranza, da esse vincolati alla reciproca separazione e al rispetto dei diritti fondamentali di tutti. Ne deriva che esse, essendo i diritti fondamentali la base dell’uguaglianza en droits, sono sempre, direttamente o indirettamente, poste a garanzia dell’uguaglianza: dell’uguaglianza politica tramite il conferimento dei diritti politici, dell’uguaglianza civile tramite la garanzia dei diritti civili, di livelli minimi di uguaglianza sociale tramite la soddisfazione dei diritti sociali.”

Tal y como lo hemos precisado en trabajos previos, la Constitución tradicionalmente se ha considerado como la *ley suprema* que representa las aspiraciones de una sociedad, estableciéndose principios, los cuales representan las bases para la construcción de un estado organizado que permita que tales aspiraciones se conviertan en una realidad. Esta ordenación implica la representación en que habrá de estructurarse y aplicarse el poder, además de los medios de control que permitan restituir el orden ante cualquier acto abusivo o autoritario, todo lo anterior, con el propósito de garantizar el bien común (Benítez, México – Colombia: dos décadas de distancia del nuevo constitucionalismo latinoamericano, 2013).

Hasta este punto, consideramos que ha quedado definida la naturaleza de la Constitución, una ley suprema en la que se reconocen derechos y se divide al poder estatal para alcanzar los fines en ella previstos. Sin embargo, surgen dos nuevos fenómenos de estudio, el primero de ellos corresponde al denominado *constitucionalismo* como modelo normativo –formal y sustancial–, mientras que el segundo corresponde a la *constitucionalización*, que en sencillas palabras implica la materialización del constitucionalismo, sin dejar de tener presente que ambos tienen su génesis en la carta constitucional (Huertas Díaz, Principio de Legalidad Penal y Justicia Transicional en Colombia – Legalidad Estricta o Legalidad Flexible, 2018), los cuales desarrollaremos más adelante.

Continuando con nuestro desarrollo, el constitucionalismo representa un modelo normativo que delimita el ejercicio del poder y la propia producción normativa, y éste ha sufrido también una transformación en el propio devenir de más de dos siglos. De tal manera que de manera muy precisa Luigi Ferrajoli describe que:

“[E]l constitucionalismo será concebido como un modelo normativo de ordenamiento jurídico fundado en la rígida sujeción de toda la producción normativa a las normas constitucionales y a los derechos establecidos en ellas, en la consideración de sus violaciones como antinomias o como lagunas, unas por acción y las otras por omisión, y en la obligación de la jurisdicción de anular las primeras y de la legislación de colmar las segundas” (Ferrajoli, La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político, 2014, p. 29).

Profundizando en el pensamiento de este autor italiano, nos advierte que tras la Segunda Guerra Mundial, tuvo lugar la innovación de la estructura de los ordenamientos jurídicos europeos, a partir de la introducción de constituciones rígidas supraordenadas a la legislación ordinaria, en donde las condiciones de validez de las leyes correspondieron a la coherencia con los principios constitucionales, además del debido cumplimiento de las formalidades durante el proceso legislativo, de tal manera que dieron lugar a dos interpretaciones de constitucionalismo, una clásica y una contemporánea:

“[...] la anclada en el viejo paradigma positivista, según la cual las constituciones rígidas se habrían limitado a injertar un ulterior nivel normativo, el constitucional, en la estructura en grados del estado legislativo de derecho, sin alterar su sintaxis interna ni por consiguiente sus dimensiones semántica y pragmática. Por otro, la opuesta y que actualmente prevalece, pospositivista y tendencialmente neousnaturalista, según la cual los principios ético-políticos de justicia introducidos en las constituciones —objeto de ponderación y no, como las reglas, de aplicación mediante subsunción— habrían restablecido la conexión premoderna entre derecho y moral y puesto fin a la separación entre las dos esferas producida en el derecho moderno, con la afirmación del paradigma positivista.” (Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, 2014, pp. 9-10).

Estos dos modelos de constitucionalismo se derivan de una transformación constitucional progresiva, más depurada y de la experiencia histórica de las propias manifestaciones del poder que bajo el uso del propio marco normativo distorsionaron el sentido de las leyes. Concentrémonos entonces en el constitucionalismo moderno que se fundamenta en una visión más sustancial:

“[H]ay dos diferentes acepciones de «constitucionalismo»: una política y una jurídica. La acepción política designa, en la antigüedad como en la Edad moderna, una «práctica y concepción de los poderes públicos dirigidas a su limitación, en garantía de determinados ámbitos de libertad». La acepción jurídica designa en cambio un tipo de sistema jurídico, mejor dicho un tipo de modelo institucional, que el mismo Ferrajoli generalmente llama Estado constitucional de

Derecho, y, al mismo tiempo, una teoría del Derecho. Esta última tiene por objeto aquel modelo institucional, y se caracteriza por una concepción de la validez de las leyes como dependiente no sólo de requisitos procedimentales sino más bien sustanciales, es decir, de la conformidad de los contenidos de las leyes al contenido de la constitución” (Comanducci, 2012, p. 96).

Difícilmente algún autor serio podría negar que nos encontramos en un momento histórico en donde los principios han cobrado un especial sentido en el contexto jurídico, y por lo tanto, en las ciencias que tienen como objeto de estudio las propias normas y comportamientos que pretenden regular. Por ello resulta válido tomar como bandera un constitucionalismo sustancial que no quede suspendido en el discurso, sino que se complemente con diversas herramientas vinculantes que hagan de sus postulados una realidad, es así que este constitucionalismo toma en cuenta a las garantías como herramientas de su materialización, comprendiendo a estas últimas como mecanismos procesales que se insertan constitucional y legislativamente en un orden vinculante hacia los poderes estatales e incluso privados. Para clarificar lo anterior, Prieto Sanchís desarrolla un interesante concepto sobre el constitucionalismo de los derechos, que coincide con nuestra idea de constitucionalismo sustancial:

“Constituciones sustantivas y garantizadas: este podría ser el lema del constitucionalismo de los derechos. Constituciones sustantivas, en primer lugar, que recogen un ambicioso horizonte de filosofía moral y política formado por valores, principios, derechos y directrices que no solo pretenden limitar el ejercicio del poder, prohibiendo que este adopte determinadas decisiones, sino incluso a veces también imponer obligaciones positivas. Lejos de lo que representó el constitucionalismo formal de corte kelseniano, cuyo alcance se circunscribía a regular la competencia y el procedimiento de elaboración de las normas (el quién manda y el cómo se manda), el constitucionalismo contemporáneo que se desarrolla en Europa a partir de la segunda gran guerra pretende incorporar un denso contenido material sustantivo con la pretensión de condicionar muy seriamente aquello que democráticamente puede decidirse por la mayoría. Y constituciones garantizadas, en segundo término, porque ese contenido material y singularmente el amplio catálogo de derechos fundamentales gozan

de una plena tutela judicial, no ya a través del Tribunal Constitucional, sino, lo que es mucho más importante, a través de la acción cotidiana de la justicia ordinaria. En otras palabras, los viejos derechos naturales han dejado de ocupar un espacio en la esfera de la moralidad —tan respetable como jurídicamente inútil— para integrarse resueltamente en el Derecho positivo, y para hacerlo además en su cúspide, en la constitución” (Prieto Sanchís, 2013, p. 228).

De manera sintetizada, con este nuevo constitucionalismo cobra vigencia la vinculación de un contenido sustantivo. En otras palabras, se incorpora un contenido de valores, principios y derechos fundamentales, que no solo limita al poder sino que lo orienta hacia lo que se debe hacer (Prieto Sanchís, 2013, p. 12). Existe entonces una dimensión formal plasmada desde el constitucionalismo clásico, así como una dimensión sustancial vigente desde la segunda postguerra, que obliga a la coherencia normativa con los principios constitucionales, así como la incorporación de garantías de los propios derechos fundamentales (Ferrajoli, 2018, p. 15).

Con relación a lo anterior, desde una perspectiva regional, Pedro Salazar (2013) advierte que “existe un *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cuya denominación surge a partir de los procesos constituyentes en los últimos años del siglo veinte y la primera década del siglo veintiuno, tales como Brasil, Costa Rica, Colombia, Perú, entre otros.” Asimismo, señala que la justicia constitucional se torna en uno de los más complejos temas que coloca a los jueces constituciones en una posición de poder sumamente privilegiada.

A nuestro parecer, esta tendencia del constitucionalismo latinoamericano representa el resultado del propio devenir democrático en la región, con especial atención durante las tres últimas décadas en las que se observa una relativa transición de regímenes dictatoriales o demoautoritarios hacia la democracia representativa, sin que ello no implique una serie de retrocesos inclusive por la vía de la reforma constitucional.

Cabe señalar que aún y cuando las constitucionales latinoamericanas contemporáneas han conservado un sistema presidencialista, han reconocido un robusto catálogo de derechos, se evidencia a primera vista, una importante contradicción entre el conservadurismo de una forma de gobierno vertical y

concentrada, y por otra parte, la aspiración de una sociedad democratizada a partir del reconocimiento amplio de derechos individuales y colectivos (Gargarella, 2014).

Acercándonos al final de este apartado, hemos de desarrollar el concepto de constitucionalización, que vendría a representar una fase de un complejo proceso en el cual cobra vida la Constitución y se percibe no sólo en el papel, sino en la propia realidad, en la vida social, en el ejercicio del poder, en el proceso legislativo, en la defensa constitucional, en los programas de gobierno. De tal manera que coincidimos plenamente con Riccardo Guastini por cuanto a la siguiente precisión:

“[P]or «constitucionalización del ordenamiento jurídico» propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (persuasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales” (Guastini, 2009, p. 49).

Asimismo, Paola Acosta complementa la idea anterior al señalar “[e]ntendemos por constitucionalización el proceso gracias al cual se materializa el constitucionalismo, es decir, el proceso mediante el cual se implementan estructuras, procedimientos o normas que cumplen funciones constitucionales” (Acosta, 2014).

En resumen, podemos señalar que la Constitución representa una ley suprema cuya esencia es representada por el reconocimiento de derechos individuales y colectivos, así como por la división y delimitación del ejercicio del poder. De ahí se deriva el constitucionalismo como un movimiento jurídico y político que desarrolla un modelo normativo, compuesto por una dimensión formal que organiza las funciones del poder, reconoce un amplio catálogo de derechos humanos y establece cada una de las etapas del proceso legislativo para la creación de normas vinculantes; además de una dimensión sustancial que permite contrastar el contenido de actos y normas frente a los principios

y valores constitucionales, para determinar la validez o no de aquellos. Finalmente, llegamos a la constitucionalización, que representa la última fase en la que los contenidos constitucionales se materializan a partir del desarrollo normativo, los programas de gobierno, la defensa jurisdiccional de la constitución y la exigibilidad de los derechos humanos.

Condiciones de la constitucionalización

Tal y como afirmamos en líneas anteriores, la Constitución representa una ley suprema sobre la cual se erige todo un sistema normativo que establece y condiciona las relaciones de poder dentro de un Estado democrático, superando al Estado de naturaleza por un Estado constitucional, lo anterior al menos en el plano teórico. Ahora bien, la constitucionalización representa el nivel de eficacia de dicha ley suprema en la vida real, en el contexto donde el hambre, la discriminación, la violencia, la desigualdad y la corrupción tienen lugar y conviven diariamente. Dicha eficacia puede ser evaluada, no en términos de todo o nada, sino en términos de alta, media, baja o nula constitucionalización, a partir de ciertos parámetros o condiciones.

Retomando algunas consideraciones sobre la constitucionalización, ésta puede entenderse en al menos tres sentidos, 1) cuando nos referimos a la introducción de la primera constitución escrita en un ordenamiento que carecía de ella, 2) cuando nos referimos al proceso histórico-cultural que ha transformado en jurídica la relación política entre soberano y los súbditos, y 3) al referirnos al proceso de transformación de un ordenamiento jurídico que resulta totalmente influenciado por normas de carácter constitucional (Guastini, 2016, pp. 175 y 176).

Dichos parámetros fueron propuestos por el profesor Riccardo Guastini para medir el grado de constitucionalización del ordenamiento jurídico en Italia, sin embargo, encontramos que las bases de dicha medición pueden ser empleadas en América Latina, y siendo más específicos, en Colombia y México, al encontrar ciertas coincidencias jurídicas. Por lo tanto, para el desarrollo de este trabajo sintetizaremos las siguientes condiciones, que a nuestro parecer, resultan ser básicas:

1. Rigidez constitucional.
2. Garantía jurisdiccional de la Constitución.
3. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas

Cada una de dichas condiciones será desarrollada a partir de una visión dual, teniendo en cuenta las realidades específicas de cada uno de nuestros países, con la finalidad de demostrar el grado de influencia constitucional en los contextos legislativos, judiciales, políticos y sociales.

Rigidez constitucional

Al respecto de esta primera condición a analizar, Riccardo Guastini refiere que existen constituciones rígidas y constituciones flexibles, las primeras prevén un procedimiento para llevar a cabo una reforma constitucional mucho más complejo que un simple procedimiento de reforma legislativa, mientras que las segundas asimilan la reforma constitucional bajo las mismas condiciones de la reforma legislativa ordinaria (Guastini, 2001, pp. 185-186).

En ese sentido, tanto Colombia como México, cuentan con una Constitución rígida, ya que prevén mecanismos especiales de reforma. Por ejemplo, en la Constitución Política de Colombia de 1991, se prevé el *Título XIII. De la reforma de la Constitución*, siendo 6 los artículos que establecen los mecanismos especiales para la modificación del contenido constitucional, esta ley suprema ha experimentado al menos 46 reformas desde su promulgación hace ya casi 28 años.

Por otra parte, en México también se prevé en su Título Octavo. De las Reformas de la Constitución, lo siguiente:

“Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las

legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

Llama la atención que en la Constitución mexicana aún y cuando prevé un proceso especial de reforma, se haya modificado al menos en 704 ocasiones (Cámara de Diputados, 2018). No obstante, sigue cumpliendo al menos formalmente la condición de Constitución rígida.

Garantía jurisdiccional de la Constitución

Por cuanto corresponde a dicha condición, cabría mencionar que resulta ser imprescindible, toda vez que la rigidez de una Constitución, aún y cuando se encuentre formalmente establecida, no se encuentran asegurada si carece de control constitucional alguno (Guastini, 2009, p. 51). No perdamos de vista que la tarea que implica la *judicial review* es representa el control constitucional desarrollado por las Altas Cortes del cual Hans Kelsen señaló visiblemente que “las leyes atacadas de inconstitucionalidad son las que forman el principal objeto de la jurisdicción constitucional” (2001, p. 59). No entraremos al análisis de los diversos modelos y sistemas de control constitucional, de manera muy precisa podríamos simplemente señalar que tanto en Colombia como en México se encuentra vigente un control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad.

De lo anterior, podemos señalar que la Constitución colombiana al preocuparse no solo por el reconocimiento de los derechos fundamentales, sino también por su eficacia, fortalece su defensa a través de un sistema de acciones constitucionales directas que podemos encontrar en los artículos 4º, 31, 40, 86, 87, 88, 184 y 241. En ese sentido, Diego López Medina ha señalado que los importantes cambios ocurridos en el derecho colombiano se pueden advertir de la siguiente manera:

“La creación de una jurisdicción constitucional independiente, el establecimiento de una acción autónoma para la protección de los derechos fundamentales y cambios en la cultura jurídica nacional [...] han sido, entre otros, algunos de los factores que han generado modificaciones importantes en las formas cómo los abogados enfrentan,

entre otros, los problemas de fuentes, interpretación y legitimidad en el derecho” (López Medina, 2012).

Ahora bien, por cuanto corresponde al caso mexicano, los días 6 y 10 de junio del año 2011, tuvieron lugar dos reformas de gran calado, la primera por cuanto al juicio de Amparo –mecanismo de garantías que guarda cierta similitud con la acción de tutela–, y la segunda, por cuanto a una reforma constitucional integral en materia de derechos humanos. Hasta ese momento la Suprema Corte de Justicia se encontró en la necesidad de ser congruente con el reformado texto constitucional, así como dar cumplimiento a la sentencia internacional *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos*.

En ese sentido, fue en el (Expediente varios) 912/2010, que se estableció que los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad. De igual manera, la primera sala de la Corte estableció un criterio 1a./J. 18/2012 (10a.) (2012) en el que se precisó de manera muy similar que ante la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, se rediseña la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad, enfatizando que en el sistema jurídico mexicano actual los jueces nacionales, tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución federal y por los tratados internacionales.

Una vez planteado de manera muy sintetizada, se confirma la vigencia del control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad en México, y que en su conjunto tienen como fin una verdadera y eficaz protección de los derechos humanos, así como reafirmar los compromisos internacionales mediante la recepción del derecho internacional en el derecho interno (Benítez, 2014).

Ciertamente la Constitución como norma suprema es crucial para el papel que desempeñan las Altas Cortes, así como como las leyes se interpretan y se hacen cumplir, así también la Constitución debe ser interpretada y hacerse cumplir como norma suprema. Sin embargo, en Estados Unidos –así como en Latinoamérica–, han surgido fuertes críticas al respecto de la *judicial review*, es decir, del control constitucional por parte de los jueces, ya que en ninguna parte la Constitución autoriza de manera expresa al poder judicial a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley (Fallon, 2004). Sin embargo, tales

críticas poco a poco han ido perdiendo fuerza ante la propia lógica de la división efectiva de poderes y de la incorporación de obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos por parte del Estado, incluyendo al Poder Judicial.

La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas

En este último apartado nos referiremos a la condición relacionada con la existencia de reglas constitucionales y su posterior desarrollo normativo en el que se estructuren los procesos mediante los cuales pueda existir una resolución de conflictos al respecto de las atribuciones entre los poderes del Estado. Comenzaremos con el caso mexicano, precisando que existen tres principales medios de control constitucional de orden federal:

1. Juicio de Amparo
2. Controversia constitucional
3. Acciones de inconstitucionalidad

Por cuanto corresponde al juicio de Amparo, se encuentra principalmente regulado por el artículo 103 (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917), en el que se establece que los Tribunales Federales tienen la facultad de resolver toda controversia que tenga lugar:

1. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
2. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la autonomía de la Ciudad de México, y

3. Por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

Como podemos observar, el juicio de Amparo resulta ser un mecanismo procesal mediante el cual se exige la protección del Poder Judicial de la Federación ante lo que podría considerarse una violación a un derecho humano, ya sea por acción u omisión por parte del propio poder judicial, legislativo y sobre todo ejecutivo. Ahora bien, en México también existen otros dos mecanismos de defensa constitucional con una naturaleza distinta, nos referimos a las controversias constitucionales que tienen lugar cuando existe la invasión de competencias entre poderes, por ejemplo: entre la Federación y una entidad federativa; la Federación y un municipio; el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, entre poderes de las entidades federativas, entre entidades federativas y municipios, entre otros tantos casos. Mientras que por otra parte, en México existe otro mecanismo de defensa constitucional denominado *acción de inconstitucionalidad*, cuando existe una norma de carácter general que contradice contenidos constitucionales, dicho medio puede ser promovido por diputados, senadores, el Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico, inclusive la propia Comisión Nacional de Derechos Humanos, entre otras tantas autoridades, todo lo anterior se encuentra previsto en el artículo 105 (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

Por cuanto corresponde a Colombia, no buscamos ser redundantes al citar medios de control constitucional que guardan similitud con los medios antes descritos. Nuestra intención es mostrar que esta condición relativa a la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas tiene un nivel de desarrollo aún mayor que en México, a partir de la creación –por vía jurisprudencial– de la figura denominada estado de cosas inconstitucional, en la que se vinculan a todos los poderes estatales para hacer frente a problemas estructurales que los interrelacionan. Ahora bien, durante la “*Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales*” celebrada los días 8 y 9 de noviembre de 2012 en la Ciudad de México, el entonces magistrado presidente de la Corte Constitucional de Colombia, Eduardo Mendoza Martelo afirmó que “todo fallo de la Corte Constitucional supone la presencia de preceptos constitucionales como fundamento” (Mendoza Martelo, 2014), de manera tal que la concepción jurisprudencial de un estado de cosas inconstitucional parte de constatar el irrespeto de los siguientes preceptos constitucionales 1, 2, 13, 113, 334.

Las disposiciones constitucionales anteriormente señaladas podrían sintetizarse en los siguiente puntos:

1. La adopción de un modelo de Estado Social y de Derecho;
2. Los fines del Estado y el reconocimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos;
3. El deber de generar las condiciones mínimas de igualdad;
4. La obligación de colaboración por parte de los poderes del Estado para alcanzar los fines constitucionales; y,
5. La adecuada administración de los recursos estatales para el cumplimiento de las obligaciones del Estado Social.

Advertimos que la figura del estado de cosas inconstitucional tiene el objetivo de hacer frente a las violaciones a derechos humanos que demandan un particular actuar coordinado y colaborativo por parte de todos los poderes estatales, así la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

“[E]sta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general –en tanto que afectan a multitud de personas–, y cuyas causas sean de naturaleza estructural –es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades” (Sentencia T-153-98).

No se debe perder de vista que el desarrollo jurisprudencial ha presentado una serie de avances desde el surgimiento de esta figura, comenzado por la sentencia (Sentencia SU-559-97), en la que el problema a resolver fue la afectación de los derechos fundamentales de un conjunto de docentes derivada de la negativa de su incorporación a un fondo de prestaciones de carácter social, en la que la Corte formuló la presencia de un “estado de cosas contrario a los preceptos constitucionales”.

De lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado seis condiciones para llevar a cabo una declaración del estado de cosas inconstitucional:

“ ...

1. la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;
2. la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;
3. la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;
4. la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
5. la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;
6. si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (Sentencia T-025 de 2004).”

Con todo lo anterior, la Corte Constitucional no agota su labor de control jurisdiccional de la constitución con la simple publicación de una sentencia, sino que además adopta un mecanismo de supervisión de cumplimiento con tintes garantistas y/o activistas que implica una coordinación con el resto de los poderes estatales para dar cumplimiento con cada una de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos en el contexto de un Estado Social y de Derecho. Cumpliendo con ello el compromiso en torno a la justicia que se lleva a cabo en su jurisdicción, “ya que es la primera sede de actuación para impartir justicia, así como para defender, proteger y resarcir las violaciones a los derechos humanos” (R. Manrique Molina, Gómez Carmona, & Martínez Gutiérrez, 2015).

Conclusiones

Desde hace más de dos siglos se ha pretendido limitar al poder ejercido ya sea por una sola persona o por un grupo de ellas, dentro de una sociedad. Una de las principales tendencias ha sido la de reconocer en documentos con fuerza vinculante y caracterizados como ley fundamental, que el poder supremo radica en el pueblo y este poder se delega a través de representantes, quienes se encuentran sometidos a los fines del Estado, entre uno de ellos el denominado bien común.

La historia nos ha demostrado que los límites al poder representativo se disuelven en la práctica, toda vez que a través del propio orden jurídico que en principio los vincula, se distorsiona por medio de acuerdos totalmente apartados de los fines del Estado, convirtiendo en no pocas ocasiones a la democracia en un sistema semi-autoritario. De ahí que desde hace más de dos siglos uno de los postulados de la Revolución francesa fue el de dividir el poder para evitar que se ejerciera absoluta y tiránicamente, así como el reconocimiento de un catálogo de derechos fundamentales.

Los postulados de la Revolución francesa sirvieron de base para el desarrollo constitucional, derivando dos apartados primordiales, el dogmático y el orgánico, limitando al poder al cumplimiento de las reglas y de la materialización de los derechos fundamentales. Ello dio lugar al surgimiento del constitucionalismo como modelo normativo para control del poder, entrelazando elementos jurídicos y políticos, en permanente transformación, de ahí que establecemos al menos dos momentos del constitucionalismo: el clásico que corresponde a un paleo-constitucionalismo iuspositivista limitado a cuestiones meramente formales, un segundo modelo constitucionalismo contemporáneo en el que además de considerar la dimensión formal, se complementa con una dimensión sustancial a partir de la constitucionalización de principios y valores derivados de los propios derechos fundamentales.

La materialización de dicho constitucionalismo se traduce en constitucionalización, cuyo grado de avance se puede medir a partir de la observación y análisis de diferentes factores políticos y jurídicos. De ahí que al analizar en primer lugar, los mecanismos de reforma constitucional, encontramos que tanto Colombia como México, cuentan con constituciones rígidas, aún y cuando éstas hayan sido reformadas en diversas ocasiones.

En ese mismo sentido, ambos países cuentan con un complejo sistema de garantía jurisdiccional de la Constitución, lo que permite reconocer que la constitucionalización tiene cierto grado al que podemos calificar como “medio”, toda vez que las decisiones de aquellos órganos de cierre de control – principalmente la Corte Constitucional de Colombia, y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México–, no siempre coinciden con los contenidos constitucionales, poniendo en duda su legitimación como autoridad con funciones de contrapeso.

Finalmente, por cuanto al constitucionalización en las relaciones políticas, podemos observar que en el caso mexicano se cuenta con mecanismos denominados *controversias constitucionales* y *acciones de inconstitucionalidad*, a partir de los cuales la SCJN determina si existe o no, invasión de competencias por parte de los poderes del Estado, así como la inconstitucionalidad o no, de ciertas leyes de carácter general, regulando así las relaciones políticas tanto verticales como horizontales que tienen lugar en el país. Mientras que en Colombia, además de contar con medios de control de la misma naturaleza, podemos encontrar como hace un par de décadas, se desarrolló la figura jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional, a partir de la cual se vincula a los poderes ejecutivo y legislativo al cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía frente a los derechos humanos.

Aún y con todo lo anterior, los problemas relacionados con el control de poder y de la garantía de derechos humanos persisten en ambos países, ya que existen ciertas debilidades constitucionales que impiden un control absoluto de los actos legislativos, de los actos administrativos y sobre todo de los actos del poder judicial, lo que nos lleva a preguntarnos, aún y en estos tiempos de constitucionalismo viviente ¿quién controla al controlador?

Referencias bibliográficas

Cámara de Diputados. (2 de diciembre de 2018). Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

Lasalle, F. (2009). *¿Qué es una Constitución?* México: Grupo Editorial Tomo.

- Comanducci, P. (2012). *Constitucionalismo: problemas de definición y tipología*. En M. Atienza (Ed.), *Un debate sobre constitucionalismo*. Luigi Ferrajoli. Madrid: Marcial Pons.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). México.
- Control de constitucionalidad y de convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011), 1a./J. 18/2012 (10a.) (diciembre de 2012).
- López Medina, D. E. (2012). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Acosta, P. A. (2014). *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Benítez, C. (diciembre de 2013). México – Colombia: dos décadas de distancia del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Derecho y Sociedad*, 6, 138.
- Benítez, C. (2014). Un acercamiento a los retos de los jueces mexicanos ante el control difuso de constitucionalidad/convencionalidad. En J. Cabrera, D. Montero, & H. González (Edits.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y su impacto en la sociedad*. México: Fontamara.
- Expediente varios, 912/2010 (Suprema Corte de Justicia de la Nación 7 de septiembre de 2010).
- Fallon, R. H. (2004). *The dynamic constitution. An Introduction to American Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ferrajoli, L. (1996). Democrazia e costituzione. En G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, & J. Lther (Edits.), *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Trotta.

Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara.

Guastini, R. (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: caso italiano. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (4a ed.). Madrid: Trotta.

Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Huertas Díaz, O. (2018). *Principio de Legalidad Penal y Justicia Transicional en Colombia – Legalidad Estricta o Legalidad Flexible*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Huertas Díaz, O., R. Manrique Molina, F. E., Correa de Molina, C., Trujillo González, J. S., Castellanos, H., & Denisse. (2015). Retos para lograr en México la cultura de la paz y los derechos humanos. *Iustitia*(13).

Jellinek, G. (2003). *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (2a ed.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.

Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

Mendoza Martelo, G. E. (2014). El estado de cosas inconstitucional. En *Un diálogo entre jueces. Trabajos de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Montesquieu. (2018). *Del espíritu de las leyes* (20a ed.). México: Porrúa.

Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.

- R. Manrique Molina, F. E., Gómez Carmona, W., & Martínez Gutiérrez, L. E. (2015). Los retos y dificultades operativas del control de convencionalidad: una mirada desde el sistema jurídico mexicano. *Conflicto & Sociedad*, 3(2).
- Salazar, P. (2013). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. En L. González Pérez, & D. Valadés (Edits.), *El Constitucionalismo Contemporáneo*. México: Instituto de investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sentencia SU-559-97 (Corte Constitucional de Colombia 6 de noviembre de 1997).
- Sentencia T-025 de 2004 (Corte Constitucional de Colombia 17 de junio de 2004).
- Sentencia T-153-98 (Corte Constitucional de Colombia 28 de abril de 1998).

Barreras de acceso a los servicios de salud en Colombia. Negación real al goce efectivo del derecho fundamental a la salud¹

Jaime León Gañán Echavarría²

Resumen

El *derecho a la salud en Colombia* ha sido reconocido por medio de múltiples sentencias de la Corte Constitucional y en forma reciente por la Ley Estatutaria en Salud 1751 de 2015 como *un derecho fundamental autónomo* e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo y su garantía real y material es de responsabilidad del Estado. No obstante, la formalización normativa de ello en la realidad, parece demostrar la copiosa evidencia que gran número de personas no logran acceder al goce efectivo de la dimensión de servicios públicos esenciales de la salud por múltiples razones o barreras de acceso, estas últimas, en diferentes formas, hacen nugatoria la promesa constitucional del provecho material y con calidad del *derecho a la salud*, lo cual su vez niega la materialización de la *dignidad humana* como derecho, como principio y como valor.

Palabras clave: accesibilidad, barreras de acceso, derecho fundamental a la salud, dignidad humana, servicios público esencial de salud.

Introducción

Después de muchos pronunciamientos doctrinales, jurisprudenciales y legales el *derecho a la salud* en Colombia fue reconocido, formalmente, como

1 Avance del marco teórico de la investigación denominada: Caracterización de las barreras de acceso a los servicios de salud de las personas privadas de la libertad en calidad de condenados. Caso municipio de Medellín, en desarrollo, actualmente, y presentada a la Corporación Universitaria Americana por Carlos Ruiz y Jaime Gañán.

2 Tecnólogo deportivo del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, abogado de la Universidad de Antioquia, especialista Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pontificia Bolivariana, doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, estudios posdoctorales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. jlechavarría@americana.edu.co. ID ORCID: 0000-0002-6873-8744.

un verdadero *derecho fundamental* autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Formalización que se logra en Colombia 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. El reconocimiento del *derecho a la salud* fundamental debería implicar, consecuentemente, la garantía del acceso efectivo a la dimensión del servicio público esencial de salud, pero como se ha podido evidenciar en múltiples investigaciones y en informes oficiales, la materialización de tal goce no ha sido ni efectiva ni real en un alto porcentaje.

Por ello, en este breve trabajo se pretende analizar cuáles han sido las principales barreras de acceso que las personas en Colombia han tenido que afrontar en su búsqueda por el goce efectivo de la dimensión del servicio público esencial de la salud.

En ese orden de ideas, se analizarán los principales elementos del derecho fundamental a la salud, en especial el referido a la accesibilidad, los tipos de barreras que pueden hacer nugatorio tal acceso, las consecuencias de tales barreras y la propuesta de los principales fundamentos de nuevo modelo y de un mejor o distinto *sistema de salud* que permita el acceso material y el goce efectivo a servicios de salud con calidad y oportunidad.

El escrito tiene como base una mirada cualitativa, anclada en el método hermenéutico y en el análisis de las múltiples sentencias de la Corte Constitucional y en las bases normativas de la Ley Estatutaria de la Salud vigente en Colombia. El trabajo se dividirá en tres secciones así: Consideraciones generales, Barreras de acceso y Propuestas de principios de una posible transformación del sistema de salud colombiano.

Del derecho humano y seriamente fundamental de la salud³

Después de muchos pronunciamientos doctrinales, jurisprudenciales y legales el *derecho a la salud* en Colombia fue reconocido, formalmente, como

³ Expresión que el autor utiliza para resaltar que el reconocimiento del *derecho a la seguridad social y a la salud* no debe ser solo formal, sino que debe trascender a su goce real y efectivo. Además, que su protección debe hacerse bajo la integralidad de acciones o mecanismos que los *derechos fundamentales* tienen en Colombia desde la propia Constitución Política e, igualmente, la acción de tutela, esto es:

un verdadero *derecho fundamental autónomo* e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Formalización que se logra en Colombia 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.

En efecto, largo y tortuoso fue el recorrido conceptual, doctrinal, jurisprudencial y legal que tuvo que recorrer la salud para que en Colombia se pudiera entender, al menos desde lo formal, como un *derecho fundamental*. Camino que transitó desde un proceso discursivo inicial de negación de la fundamentalidad de tal derecho hasta la afirmación de la salud como un derecho fundamental por vía de conexidad o extensión con otros de los llamados *derechos fundamentales* capítulo I de la Constitución Política de 1991 o por otras vías como la conexidad presunta o la ficción de la trasmutación de derechos.

El recorrido hacia la iusfundamentalidad del derecho a la salud también podría verse en sede de las teorías formalistas de los derechos fundamentales hasta las teorías materiales de los mismos. Así entonces, se negó su fundamentalidad desde las posiciones formalistas que determinaban su esencia *prima facie* como un derecho, meramente, prestacional por su ubicación en el capítulo II de la Constitución Política que en teoría lo georreferenciaba en los llamados derechos sociales, económicos y culturales, pasando por aquellos que afirmaban que solo eran derechos fundamentales los consagrados en el artículo 85 como derechos de aplicación inmediata hasta llegar a teorías más progresistas y sociales como aquellas que afirmaban su fundamentalidad por su relación directa con la dignidad humana. En todo caso, el asunto se reducía al aforo del derecho a la salud, normalmente, con el fin de lograr su protección por vía de acción de tutela, en especial, cuando se requería con necesidad.

En el escenario de las teorías más garantistas, se podría afirmar que desde la Sentencia T-016 de 2007, a manera de construcción de una línea jurisprudencial, el derecho a la salud ha sido catalogado como un derecho fundamental autónomo. Esta plantea que “los derechos todos (sic) son fundamentales

aplicación inmediata, artículo 85 C.P.; reserva de ley para su reglamentación a través de una ley Estatutaria, artículo 152, C.P.; no suspensión en estados de excepción, artículos 93 y 214.2 C.P.; artículo 4º de la Ley 137 de 1994; artículo 27 de la Convención Americana de DDHH; y poseer una protección especial para su modificación, artículo 377 C.P. Véase, por ejemplo, como el derecho a la salud, en su calidad actual de *derecho fundamental*, está regulado por la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que lo reconoce como tal, como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”. (Corte Constitucional, 2007, p. 17). Tal posición será analizada en el apartado referente al derecho a la salud.

Por su parte, las sentencias C-811 de 2007, la C-463 de 2008 y la T-760 de 2008, ya referidas, comparten, plenamente, la posición de la Sentencia T-016 de 2007, en aras de la protección de la vida digna y con calidad.

De tal postura dan fe, tal como se afirmó en otro escrito de avance del marco teórico de la presente investigación, entre otras, la Sentencia C-520 de 2016 al determinar en sus apartes que:

En cuanto los inconvenientes dogmáticos, la jurisprudencia constitucional ha llegado a un consenso, nutrido por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acerca de la aplicación en el plano de la protección de los derechos constitucionales, de las propiedades de indivisibilidad e interdependencia que les son atribuíbles. Por ende, se ha concluido que todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales, pues cada uno de ellos encuentra un vínculo escindible con el principio de dignidad humana, fundante y justificativo del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, la tesis de la *conexidad* entre los derechos sociales y los derechos fundamentales, como presupuesto para la justiciabilidad de aquellos, perdería sustento al preferirse esta visión integradora del carácter *iusfundamental* de los derechos...⁴ (Corte Constitucional, 2016).

Tal como se venía refiriendo, aun con el aforo jurisprudencial de la salud como un derecho, transitoriamente, fundamental para protegerlo por vía de la acción de tutela, la naturaleza jurídica del derecho a la salud seguía siendo débil ante las teorías fuertes de los derechos fundamentales y se abre el camino no pacífico hacia su reconocimiento como tal. Este se realiza, como ya se anunció arriba, con la expedición de la Ley Estatutaria de la Salud o Ley 1751 de 2015 que en su artículo segundo consideró la salud como un derecho fundamental autónomo en lo individual y en lo colectivo, pero, en su momento,

⁴ Véase la Sentencia C-520 de 2016. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa. También véase la Sentencia T-193 de 2017. Magistrado ponente (e): Iván Humberto Escrucería Mayolo.

la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-313 de 2014 decidió declarar exequible, en cuanto a su trámite, el proyecto de Ley Estatutaria N° 209 de 2013 del Senado y el 267 de 2013 de la Cámara: “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”. (Congreso de Colombia, 2013). Con tal declaración, la Corte Constitucional realizó algunos importantes condicionamientos a la citada ley.

Con la entrada en vigencia de la Ley Estatutaria de la Salud, se redimensionan los principios, las características y los elementos estructurales de este tema también sus dimensiones, las cuales son: derecho fundamental autónomo y sistema, principalmente, planteados en la Ley 100 de 1993 y servicio público esencial. Tales aspectos con principios y características propias, pretenden la formalización de la salud como derecho fundamental autónomo, pero también, idealmente, su materialización efectiva y real en cuanto a los conceptos de sistema y servicio público esencial.

No obstante, y a pesar de la evolución referida del derecho a la salud, es posible afirmar que en el cúmulo de evidencias actuales de las múltiples negaciones del servicio de salud, quizás el goce efectivo de la dimensión de servicio público del derecho a la salud y el propio derecho como tal, aún siguen siendo considerados por algunos actores como, meramente, prestacionales y su contenido esencial todavía no se ha comprendido en su totalidad.

Por ser un derecho fundamental en su esencia, se debería garantizar por el Estado y, desde su dimensión de servicio público esencial, este debería procurar la materialización de sus elementos estructurantes de accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. Así mismo, debería ser protegido, cumplido y respetado por el Estado. Igualmente, debería ser oportuno, eficiente, integral, continuo y prestado con calidez. Y en este orden de ideas, se debería propender por los principios de dignidad humana y del *pro homine* desde promover la salud en forma integral y prevenir la enfermedad tanto en lo colectivo como en lo individual.

De la accesibilidad y las barreras de acceso en salud

Como se detalló, anteriormente, la dimensión de servicio público esencial del derecho fundamental a la salud está basada en materializar con efectividad

sus elementos, y, por ende, en lo que debería ser el goce efectivo, material y real de tal aspecto. Todos los elementos son de vital importancia, pero para efectos de este escrito se hará énfasis en el referido a la *accesibilidad*⁵.

Precisamente, el acceso a la dimensión del servicio público esencial de salud se constituye en un elemento de oportunidad e igualdad para todas las personas. La accesibilidad se ha entendido según la Observación 14 de, PIDESC como:

Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

- **No discriminación:** los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.
- **Accesibilidad física:** los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.
- **Accesibilidad económica (asequibilidad):** los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos

5 Para efectos de este trabajo, se tomará el término accesibilidad como sinónimo de acceso a los servicios de salud.

socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

- **Acceso a la información:** ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad (2000).

En el mismo sentido la Ley Estatutaria de la Salud determina en su artículo 2º que el derecho fundamental a la salud:

...Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas (Congreso de Colombia, 2015).

La citada Ley 1751 de 2015 sobre el elemento de la accesibilidad refiere en su artículo 6º, Elementos y principios del derecho fundamental a la salud:

El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información; Resalto fuera de texto (Congreso de Colombia, 2015).

Doctrinariamente, la *accesibilidad* ha sido concebida como el:

Proceso mediante el cual puede lograrse que una necesidad de atención, bien sea por el deterioro en el estado de salud, un diagnóstico sobre el mismo o la promoción de su mejoramiento, se satisfaga

completamente, se pueden distinguir tres dominios o alcances para su estudio: 1) Estrecho, que comprende la búsqueda de atención y el inicio de esta; 2) Intermedio, que, además de lo anterior, adiciona la continuación de la atención; 3) Amplio, que agrega el deseo por la atención y, por ende, y comprende el proceso en su conjunto (Agudelo, Gómez, Montes y Pelayo, 2013).

El escrito citado, continúa refiriendo que:

Completando esta concepción, Aday y Andersen (1974) distinguen tres niveles de acceso que se relacionan a través de determinantes individuales, organizacionales y sociales: 1) Político: acciones planeadas y dirigidas por el Estado para mejorar el acceso a los servicios de salud. Muchas de las barreras que se presentan están asociadas con deficiencias institucionales del sistema, originadas por la falta de recursos, la mala asignación de los mismos, o como consecuencia de la definición del plan de beneficios y los procedimientos establecidos para hacer parte de la lista de beneficiarios; 2) Acceso potencial: interacción entre las características del sistema de salud y las del individuo, de la cual surgen barreras atribuidas a la oferta o sistema de prestación de servicios, que se presentan en la entrada, después del contacto inicial, y a la salida del sistema. Respecto a la demanda intervienen factores como predisposición, necesidad y habilidad de los agentes; y 3) Acceso real: relaciona determinantes objetivos, cómo el sistema de salud resuelve las necesidades de los usuarios, y subjetivos de la utilización de servicios, satisfacción 30. Comprende el proceso en su conjunto (Citado en Agudelo, Gómez, Montes y Pelayo, 2013).

En cuanto los objetivos de la propia Ley 100 de 1993, por la cual se crea *el sistema de seguridad social integral*, son contundentes al consagrar como objetivo del sistema, garantizar las prestaciones económicas y de salud. Así mismo, sus normas reglamentarias, en especial el Decreto 806 de 1998, y los actuales decretos 2353 de 2016 y 780 de 2016, e igualmente, lo referidos a las actuales resoluciones ministeriales que estructuran el Plan de Beneficios en Salud, entre ellas, la Resolución 5269 de 2017, por la cual, se actualiza, integralmente, ese plan con cargo a la Unidad de Pago por Capitación. (UPC) y la 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.

En cuanto al elemento de *accesibilidad*, Sentencia T-760 de 2008, otras se han referido a la calidad como la T-214 de 2013, a la no discriminación como la T-217 de 2004, a la *accesibilidad física* como la T-869 de 2011 o a la *accesibilidad económica* (asequibilidad) como las T-1035 de 2006 y T-681 de 2012.

En cuanto al acceso a la información la T-760 de 2008 expresó:

4.3.1. Las entidades del Sistema de Salud tienen la obligación de brindar a las personas la información que sea necesaria para poder acceder a los servicios de salud que requieran, con libertad y autonomía, permitiendo que la persona elija la opción que le garantice en mayor medida su derecho. 4.3.2. Las EPS tienen el deber de brindar a las personas la información que sea necesaria para que puedan saber cuál es el servicio de salud que requieren, cuáles son las probabilidades de éxito y de riesgo que representa el tratamiento, así como también, cómo acceder a los servicios de salud que requieren. La jurisprudencia ha señalado que una EPS no desconoce el derecho a la salud cuando, a través de su médico tratante, le ha brindado al paciente información simple, aproximativa, inteligible y leal sobre los riesgos que conlleva una cirugía que se le debe practicar... El deber de informar y orientar al paciente sobre los tratamientos a seguir y las entidades encargadas de prestarlos (Corte Constitucional, 2008).

Se predica también de las IPS:

...4.3.3. La información que deben dar a las personas los diferentes actores dentro del sistema de salud (los empleadores, la Superintendencia de Salud, las Entidades Promotoras de Salud, EPS, las Instituciones Prestadoras de Salud, IPS, y las entidades territoriales responsables), debe ser entregada antes del momento de la afiliación. En efecto, para que una persona pueda ejercer su libertad de afiliación (art. 153, Ley 100 de 1993), ha de contar con los datos suficientes que le permitan conocer (i) cuáles son las opciones de afiliación con las

que cuenta, y (ii) el desempeño de cada una de estas instituciones, en función del respeto al goce efectivo del derecho a la salud. Legalmente corresponde al Ministerio del sector, producir información que se fije especialmente en el acceso a los servicios de salud en condiciones de oportunidad, calidad y eficiencia; información orientada a la evaluación y corrección de la prestación de los servicios de salud a los usuarios (Corte Constitucional, 2008).

Además, de las claras normas y jurisprudencias con respecto al tema de la *accesibilidad*, la Observación General 14, ya citada, se refiere a las obligaciones propias de los Estados partes en relación con el *derecho a la salud* y determina las obligaciones de *respetar, proteger y cumplir*. Precisamente, en cuanto a tales obligaciones y su contenido en relación con el elemento de la *accesibilidad* señala en relación con la obligación de cumplir con la accesibilidad: “a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes, y servicios de salud sobre una base de no discriminación, en especial en lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados” (2000).

Con respecto a la obligación de respeto en la accesibilidad: “Abstenerse de denegar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos”. (2000).

En relación con la obligación de proteger en accesibilidad: “Velar (...) por que (sic) los terceros ni limiten el acceso de las personas a la información y los servicios de salud relacionados con la salud” (2000).

Y con respecto a la obligación de cumplir en accesibilidad: “Velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuada...”. (2000).

Como se detalló la accesibilidad presenta la connotación material de acceso físico, posibilidad de acceso económico y, por supuesto, acceso a la información. No obstante, los claros contornos del elemento de la accesibilidad en Colombia se han bloqueado, casi que en forma sistemática, el ingreso y goce real y efectivo del *derecho fundamental a la salud* en su dimensión de servicio público esencial. Es decir, se ha negado en múltiples ocasiones el acceso de los

pacientes a los diferentes componentes de tal servicio, entre otros, a consultas generales y de especialistas, a medicamentos, a internación hospitalaria, al propio diagnóstico, a prótesis y ortesis, a las prestaciones económicas derivadas de incapacidades de origen común y de licencias de maternidad o de paternidad, a procedimientos quirúrgicos, en fin, a un sinnúmero de negaciones de acceso que se pueden evidenciar en múltiples investigaciones e informes del organismo público como la propia Defensoría del Pueblo (2015):

Solicitar a las EPS, implementar de manera inmediata los mecanismos necesarios para dar cumplimiento a la Ley 1751 de 2015 (Estatutaria en Salud), especialmente en lo relacionado con: goce efectivo del derecho fundamental a la salud, derechos y deberes de los usuarios, atención prioritaria a los sujetos de especial protección, participación en las decisiones del sistema de salud, redes de servicios, prohibición de la negación de servicios de urgencia, autonomía profesional y respeto a la dignidad de los profesionales y trabajadores de la salud.... (Defensoría del Pueblo, 2015: 175ss.).

Esas negaciones al acceso han sido en general determinadas como barreras de acceso: “Las cuotas moderadoras y copagos continúan siendo barreras de acceso a los servicios de salud” (Defensoría del Pueblo, 2011).

Las barreras de acceso en salud pueden ser consideradas entonces como la negación real al goce efectivo de la dimensión de servicio público esencial, como el “encuentro/desencuentro entre la población y los servicios de salud (Agudelo, Gómez, Montes y Pelayo, 2013).

Definir la accesibilidad como el encuentro entre los sujetos y los servicios incorpora una dimensión que obliga a pensar este concepto desde otra perspectiva. Si se considera que se trata de un problema de oferta, las representaciones, discursos y prácticas de la población no son necesariamente considerados por los servicios a la hora de dar respuestas para mejorar la accesibilidad. Al pensarlo como un problema de encuentro/desencuentro entre la población y los servicios de salud, es ineludible la inclusión de las prácticas de vida y salud de la población en cada estrategia para mejorar el acceso. El análisis de la accesibilidad desde los servicios de salud requiere de una arti-

culación con el análisis de la subjetividad de quienes lo utilizan, de lo contrario el concepto de accesibilidad queda vacío de contenido y por ende las estrategias para dar respuesta podrían ser fallidas. Es necesario plantear la complejidad que se entreteje en los saberes y prácticas de las personas a las que se dirigen los servicios de salud a la hora de hacer ejercicio de un derecho...” (Agudelo, Gómez, Montes y Pelayo, 2013).

Las barreras de acceso a la salud se han clasificado en grupos de acuerdo con el propósito visible e invisible que implica su objetivo. Entre los más comunes de impedimentos de acceso al goce efectivo de la dimensión de servicio público esencial de salud de este derecho fundamental están los de tipo: administrativo, jurídico, de estructura del sistema, económico, de información, geográfico, cultural y social.

De las barreras de acceso administrativas se pueden citar las comprendidas en los horarios de atención y disponibilidad de agenda de consultas; entre las de tipo jurídico o legales, por ejemplo, las relacionadas con las normas del sistema que excluyen procedimientos o limitan el acceso de beneficiarios.

Al respecto de la normativa en salud, la Corte Constitucional (2018) en la Sentencia T-760 de dicho año, expresó:

Los derechos a la vida, la salud y la integridad de las personas residentes en Colombia depende, en gran medida, de la adecuada prestación del servicio por parte de las E.P.S., las A.R.S. y demás entidades. Sin embargo, para que estas entidades puedan cumplir con la misión que se les ha encomendado, es preciso que exista un marco regulatorio claro, que se adecue a los postulados constitucionales y legales sobre la materia. Sin éste, (sic) se pueden presentar infinidad de vacíos y dificultades de orden legal, de carácter administrativo, que impliquen demoras o retrasos en la prestación del servicio. Es decir, una mala regulación, bien sea por confusa, incompleta o contraria a postulados constitucionales, puede ser la causa de violaciones a los derechos fundamentales de los pacientes”.

En relación con las estructurales, las referidas al mismo diseño actual del modelo del sistema general de seguridad social en salud y a las competencias

de los diferentes actores basado en regímenes de acuerdo con la capacidad de pago.

En cuanto a las de tipo económico, oscilan desde las barreras estructuradas en el pago de copagos, cuotas moderadoras y cuotas de recuperación hasta las negaciones basadas en el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

En relación con las geográficas, se encuentran, por ejemplo, aquellas que por la lejanía, la infraestructura física o la falta de redes integrales, hacen complicado el acceso a los servicios de salud.

En las barreras de información, se encuentran las que limitan, en términos generales, el conocimiento de los derechos y deberes en salud, pero también aquellas referidas al acceso de la historia clínica.

En cuanto a las barreras de tipo cultural y social, se pueden referir las relacionadas con las propias creencias de las personas y de los pueblos, sus cosmogonías y la tensión de estas creencias con el modelo del sistema actual colombiano.

También es normal encontrar la clasificación de las barreras de acceso en cuanto al encuentro/desencuentro con los servicios de salud en las diferentes fases del acto médico. Es decir, en relación con las etapas de contacto con los servicios médicos, se puede determinar la de la entrada a los mismos, la de continuidad en la atención y el tratamiento y la de salida e, inclusive, la de posatención

En tal sentido, y como ejemplos de barreras de acceso a la primera fase o contacto con los servicios médicos, es posible referir los relacionados con la asignación de citas vía telefónica, suprimir coma o el propio ingreso físico a las instalaciones de algunas entidades de servicio médico, los tiempos de espera, la “necesidad” de interposición de acciones legales y constitucionales para acceder a los servicios médicos, el “triaje” realizado por funcionarios no idóneos, los limitados tiempos de atención de consulta, el trato a veces no cálido de algún personal médico y administrativo, en algunas ocasiones la no disponibilidad de personal, competente de camas, de insumos médico-quirúrgicos, de medicamentos en forma total o parcial, de la falta de dinero para el pago de cuotas moderadoras copagos y cuotas de recuperación o también para el pago de pasajes u otros, además, la imposibilidad de transporte hacia

los establecimientos de servicio médico o de personal que pueda acompañar a los pacientes más limitados.

En la fase de continuidad de los servicios médicos, precisamente, algunos ejemplos pueden estar en la falta de contratación, de personal médico idóneo y especializado, la tardanza en la realización de exámenes diagnósticos o paraclínicos, el estatus de cotizante o de beneficiario, y entre otros, la posibilidad de acceder a medicamentos y citas de revisión.

En cuanto a las fases de salida y de posatención, se encuentran barreras como las del pago de la asistencia, en caso de ser necesario, el estatus de afiliado o de beneficiario activo o no al sistema, la disponibilidad de contratación y de personal idóneo, entre otras.

Todas las barreras mencionadas, anteriormente, pueden ser más complicadas y agudizar la problemática del acceso real y efectivo a los servicios de salud en personas de especial vulnerabilidad. Entre ellas, las poblaciones que han motivado la investigación en desarrollo, como son las personas privadas de la libertad.

Quizás allí se magnifica la brecha de inequidad de acceso real y efectivo al goce de los servicios de salud. Acaso en la cárcel puede ser más compleja por los múltiples factores que inciden en la vida de los reclusos y su correspondencia con los derechos fundamentales en lugares de confinamiento y saturación.

Precisamente, más allá del ejercicio de referir las barreras teóricas que limitan el derecho fundamental de las personas en estado de reclusión, es que el presente trabajo investigativo tratará de visibilizar y categorizar las barreras reales de tales poblaciones. Estudio que se basa, inicialmente, en la categorización teórica y doctrinal que aquí se ha realizado.

Propuestas de principios de una posible transformación del *sistema de salud* colombiano

Con el fin de minimizar la complejidad de las barreras de acceso y su efecto nulatorio al acceso oportuno, integral, eficiente, con calidad, con calidez y con dignidad a la dimensión de servicio público esencial de salud, se propone, básicamente, la transformación del actual modelo de salud colombiano con

base en los caros principios, características y elementos que estructuran el hoy reconocido *derecho fundamental a la salud*.

Esto es, un *sistema de salud* que se base en tal concepción y en el reconocimiento del ser humano como prerrogativa esencial del mismo. Un modelo basado en los determinantes sociales de la salud, en promoverla y en prevenir la enfermedad.

Un modelo sin regímenes y sin mediaciones, con la participación privada y pública en la prestación de servicios. Con una gobernanza firme, una inspección, control y vigilancia fortalecida e independiente del Ministerio de Salud y Protección Social, y un sólido y eficiente manejo de los recursos, con una sostenibilidad administrativa y financiera fuerte en función de toda las personas y de su salud.

En general un sistema basado en los *principios de dignidad humana*, calidad de vida, buen vivir y del principio *pro homine*.

Conclusiones del avance

- El *derecho a la salud*, luego de pasar por un tortuoso recorrido conceptual, doctrinal, jurisprudencial y legal, ha sido, finalmente, reconocido como un derecho humano fundamental autónomo e irrenunciable en los individual y en lo colectivo.
- El reconocimiento del derecho a la salud como fundamental autónomo dinamiza los principios, características y elementos, en especial, el concepto de acceso y de accesibilidad real y material en el marco de nuestro Estado social de derecho.
- Pese a la integralidad del derecho fundamental a la salud y de la reconsideración de la accesibilidad como elemento esencial de su goce efectivo, múltiples han sido las negaciones de su dimensión como servicio público esencial en la figura de las barreras de acceso.
- Las barreras de acceso no solo hacen nugatorio el goce efectivo de los

servicios públicos y esenciales de la salud, sino que también y, por el contrario vulnera el caro principio de la dignidad humana en su concepción de derecho, de principio y de valor, el cual se encuentra en la misma esencia del bienestar y del buen vivir de todas las personas. Negativa que, posiblemente, sea más sensible en las poblaciones de alta vulnerabilidad.

- Es preciso recomendar la transformación del actual modelo de salud hacia una concepción, seriamente, fundamental del derecho a la salud.

Referencias bibliográficas

Agudelo, Gómez, Montes y Pelayo (2013). *Barreras de acceso a los servicios de salud en el régimen subsidiado del Municipio de San Gil – Santander*. (Tesis de grado). Universidad Autónoma de Bucaramanga – Universidad CES Bucaramanga, Colombia.

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.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

Congreso de Colombia. (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.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1122_2007.html

Congreso de Colombia. (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

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (22 de enero de 2007). Sentencia T-016. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-016-07.htm>

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

Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de abril de 2010). Sentencia C – 252. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-252-10.htm>

Corte Constitucional. (28 de abril de 2010). Sentencia C – 302. [MP Juan Carlos Henao Pérez]. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-302-10.htm>

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

Corte Constitucional. (21 de septiembre de 2016). Sentencia C-520. [MP María Victoria Calle Correa]. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-520-16.htm>

Defensoría del Pueblo. (2015). *Informes defensoriales. La tutela y el derecho a la salud 2011-2014.*

Gañán E, Jaime León (2013). *Los Muertos de la Ley 100. Prevalencia de la Libertad Económica sobre el Derecho Fundamental de la Salud: Una razón de su ineficacia. Caso del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo.* Medellín, Colombia: Imprenta Universidad de Antioquia.

¿Un precedente regresivo?: Análisis crítico de la SU-075/2018¹

Manuel José Gómez Restrepo², Adriana Patricia Arboleda López³,
Teresa Bízkova Bachelor⁴

Resumen

En Colombia la protección a las trabajadoras en estado de embarazo o lactancia tiene raíces tanto en el derecho internacional, la legislación interna, la Constitución Política de 1991 y la jurisprudencia de las Altas Cortes.

Esta protección ha sido entendida por distintos juristas como la unión de varios derechos, siendo dos los más importantes: por un lado, el derecho subjetivo e individual a la igualdad de la trabajadora, que se materializaría en no ser despedida solo por su estado de gravidez, que se ha venido entendiendo como el derecho al fuero de maternidad; y por el otro, el derecho social y económico de protección a la primera infancia, que se concreta a través de la licencia de maternidad.

El presente capítulo producto de investigación, estudia cuáles son específicamente esas raíces en el derecho internacional y en la jurisprudencia colombiana y como la sentencia SU-075 de 2018 presenta un cambio regresivo sobre los derechos fundamentales de las trabajadoras en estado de embarazo.

Palabras clave: Corte Constitucional, fuero de maternidad, progresividad,

1 Capítulo de libro de investigación resultado del proyecto titulado “Teorías presentes en la protección de los derechos laborales de las mujeres gestantes y lactantes en Colombia” financiado por la Corporación Universitaria Americana, cuyo investigador principal es Manuel José Gómez Restrepo.

2 Politólogo de la Universidad de Antioquia. Abogado de la Universidad Eafit. Máster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Docente-Investigador Corporación Universitaria Americana, Medellín, Colombia. Contacto: mjgomez@americana.edu.co

3 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. Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo. Docente investigadora de la Corporación Universitaria Americana, directora del Centro de Conciliación Americana. E-mail: aarboleda@americana.edu.co.

4 Of Area Studies from Charles University in Prague, Master in Defence Development & Diplomacy from Durham University, Researcher at the American University Corporation, Medellín, Colombia. Contact: terezkabizkova@seznam.cz

licencia de maternidad, SU-075/18, Constitutional Court, maternity leave, progresivity, right to the jurisdiction of maternity, SU-075/18.

Introducción

En Colombia la protección a las trabajadoras en estado de embarazo o lactancia tiene raíces tanto en el derecho internacional, la legislación interna, la Constitución Política de 1991 y la jurisprudencia de las Altas Cortes.

Esta protección ha sido entendida por distintos juristas como la unión de varios derechos, siendo dos los más importantes: por un lado, el derecho subjetivo e individual a la igualdad de la trabajadora, que se materializaría en no ser despedida solo por su estado de gravidez, que se ha venido entendiendo como el derecho al fuero de maternidad; y por el otro, el derecho social y económico de protección a la primera infancia, que se concreta a través de la licencia de maternidad.

El presente capítulo producto de investigación estudiara cuáles son específicamente esas raíces en el derecho internacional y en la jurisprudencia colombiana y como la sentencia SU-075 de 2018 presenta un cambio regresivo sobre los derechos fundamentales de las trabajadoras en estado de embarazo.

Desarrollo

En el campo del derecho internacional podemos decir que la protección de las mujeres trabajadoras embarazadas ha sido fundamental para la OIT desde su fundación en 1919. En efecto, el tercer Convenio adoptado, fue el Convenio sobre la protección de la maternidad de 1919 (C003), acogido tan solo después del que limitaba la jornada de trabajo a 8 horas diarias (C001) y el de desempleo (C002).

En este Convenio se presentan distintas protecciones a las mujeres trabajadoras de los sectores comerciales e industriales, como por ejemplo, exigir a los Estados crear normas que prohíban el trabajo de la mujer durante las 6 semanas posteriores al parto, que a la mujer que presente un certificado médico, en el cual se identifique que su parto se presentará en las próximas 6 semanas se

le permita dejar su trabajo sin repercusión, que en los dos periodos mencionados anteriormente se le pague dinero suficiente para su sostenimiento y el de su hijo, que sea ilegal su despido durante estos dos periodos y por último que durante su horario de trabajo se le permita la lactancia durante 30 minutos dos veces al día (Organización Internacional del Trabajo, 1919).

Por fuera de la OIT, es necesario mencionar otro avance de gran relevancia para la protección de las trabajadoras en estado de embarazo, la firma de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) en 1979, Convención que empezó a regir en 1981 y ha sido ratificada por casi todos los países miembros de la ONU. Entre otras muchas e importantes protecciones a las mujeres, los Estados partes se obligan a:

“Eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo (...) A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales. (...) d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella. (Organización de Naciones Unidas, 1975).

En Colombia la CEDAW fue ratificada mediante la Ley 51 de 1981, pero al no incorporarse expresamente en el Código Sustantivo de Trabajo ni en ningún otro esfuerzo codificado esta Ley no tuvo mayor aplicación en la práctica “sólo valió para formar parte del gran arsenal legislativo de papel, sin aplicación práctica, que ha caracterizado la normativa nacional relativa a los derechos de las mujeres.” (Moreno Flórez, 2015, p. 218). Fue reglamentada por el decreto 1398 de 1990, el cual tampoco se aplicó, y a pesar de la actividad judicial de la Corte Constitucional en reconocerlo como parte del bloque de constitucionalidad, para algunos autores “la CEDAW sigue siendo una normativa desconocida en Colombia, tanto por infringirse, como por ignorarse,

por parte operadores jurídicos, agentes sociales y buena parte de la doctrina nacional” (Moreno Flórez, 2015, p. 219).

En el año 2000, la OIT, consciente de la necesidad de actualizar sus normas sobre la protección de las trabajadoras en estado de embarazo, adoptó el Convenio 183 del 2000, tomando como base toda la normatividad, Convenios y declaraciones de Derechos Humanos que se habían escrito en las décadas anteriores.

Las principales novedades del Convenio 183 son, en primer lugar, ampliar a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente; en segundo lugar, sube de 12 a 14 semanas la licencia de maternidad, que se pueden distribuir entre la etapa prenatal y la post parto. También se puede establecer una licencia antes o después del periodo de licencia de maternidad si hay complicaciones, riesgo de complicaciones o enfermedades como consecuencia del embarazo o del parto; en tercer lugar, se traslada la responsabilidad de las prestaciones pecuniarias establecida en Convenios anteriores del empleador a los fondos de seguridad social con el fin de no afectar la estabilidad laboral; en cuarto lugar amplía la prohibición de despido no solo al periodo de la licencia de maternidad sino también al de lactancia y después del reintegro al trabajo. Si se produce el despido le corresponde demostrar al empleador que fue por motivos ajenos al embarazo, nacimiento del hijo o la lactancia; en quinto lugar, otra novedad es la prohibición de exigir a la mujer que aspira a un trabajo, prueba de embarazo o certificado de haberse practicado dicha prueba; por último, se establece por primera vez que la mujer pueda regresar una vez terminada su licencia de maternidad a su actividad normal recibiendo el mismo salario percibido con anterioridad (Organización Internacional del Trabajo, 2000).

La llegada del neoliberalismo y del Consenso de Washington a Colombia, tuvo como efecto en el área laboral, que se empezara a hablar sobre la necesidad de modificar la legislación, ya que esta era “rígida y proteccionista” y se necesitaban normas flexibles, acordes con los nuevos tiempos. Estos impulsos se concretaron en la Ley 50 de 1990, conocida como la Reforma Laboral. En efecto, esta Ley implementó, entre otros “contratos de corta duración que evitan las indemnizaciones, contratos laborales con empresas temporales, desmonte de la acción de reintegro por más de 10 años, abolición de la retroactividad de las cesantías, salario integral en determinados casos, etc.” (Berrocal Duran, Reales Vega, 2016, p. 103).

En materia de maternidad, la reforma no fue significativa y en general se mantuvo el Regimen del Código Sustantivo del Trabajo, con solo algunas pequeñas modificaciones como la ampliación de la licencia de maternidad de 8 a 12 semanas (es decir, se recuperó lo establecido mediante la Ley 129 de 1931 y el Convenio C003 de la OIT), se permitió licencia de maternidad a la madre adoptante del menor de 7 años, y se dio la posibilidad a que la madre donara una de sus semanas de licencia al padre en la época del parto.

Lo más interesante de esta reforma, además de volver a tener las 12 semanas de licencia, es el cambio jurídico de incluir al padre en la licencia de maternidad, que muestra los inicios de un cambio cultural que se da en la sociedad colombiana al considerar que el padre también es importante en el nacimiento de los hijos, es el comienzo de la redefinición de los clásicos roles tradicionales. Esto se continuó y se amplió con la Ley 755 de 2002, la llamada Ley María donde se introdujo la licencia remunerada de paternidad sin la necesidad de que la madre perdiera sus semanas al transferirlas. Ciertos tipos de restricciones que imponía la Ley, como por ejemplo la obligación de una convivencia mayor a dos años en caso de que la mujer fuera compañera permanente y no cónyuge y la disminución de los días de la licencia de paternidad si la mujer no estaba cotizando al sistema de seguridad social, serían posteriormente declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional por medio de las sentencias C-273/2003, C-680/2003 y C-174/2009.

Pero sin duda, el cambio más importante de todos estos años ha sido la Constitución Política de 1991. Esta nueva carta política, no solo fue el fruto de un movimiento ciudadano (el de la séptima papeleta), sino también fue un esfuerzo de la sociedad y de la ciudadanía para fortalecer al Estado y a sí misma para poder responder a las gravísimas amenazas de los grupos armados ilegales y de la parálisis institucional. La nueva Constitución puso en primer plano a los derechos fundamentales y la democracia participativa. Adoptó una amplísima carta de derechos, creó instituciones como la Corte Constitucional y acciones ciudadanas como la revocatoria directa, la acción colectiva y la acción de tutela.

En materia de maternidad, la Constitución trajo varios cambios importantes. Primero, reforzó el fuero de maternidad, ya que en su artículo 13, sobre el derecho a la igualdad, sostiene que nadie puede ser discriminado por razón de su sexo, raza, religión, lengua u opinión política, y que el Estado se compro-

mete a promover las condiciones para que exista una igualdad real y efectiva, da fuerza a la posición de que la trabajadora que se encuentre en estado de embarazo no puede ser discriminada por su estado excepcional. Segundo, en el artículo 43 se consagra la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, volviendo a repetir que la mujer no puede ser discriminada por su condición y constitucionaliza la licencia de maternidad. Tercero, en el artículo 53 se establece los principios que debe seguir el Congreso al expedir un nuevo Estatuto del Trabajo, entre los que se encuentran protección especial a la mujer y a la maternidad.

En efecto, como lo ha reconocido la misma Corte Constitucional:

“En desarrollo de los postulados del Estado Social de Derecho, la Constitución ha considerado que la mujer en estado de embarazo, conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. En consecuencia, se consagran, entre otros, el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado (C.P. art. 16 y 42); a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo (C.P. art. 13, 43 y 53), a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez (C.P. art. 43 y 53); y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto (C.P. art. 1, 11, 43)” (T-373/98).

En el orden jurídico colombiano, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado es considerada fuente de derecho. La Corte Constitucional a partir “de los derechos fundamentales a la dignidad y la igualdad (Arts. 1 y 13), y su incidencia en el establecimiento del Estado Social de Derecho, (...) ha elevado en su jurisprudencia a la categoría de fundamentales a derechos que en estricto sentido la Constitución no los reconoce como tales, entre los que se hallan: el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada por razón de maternidad” (Moreno Flórez, 2015, p. 117).

El derecho a la maternidad de la trabajadora ha sido creado a través de una larga línea jurisprudencial que se remonta a 1992 y que no ha sido homogéneo ya que al estar inspirada, como toda la jurisprudencia de la Corte

Constitucional, en la fórmula política del Estado Social de Derecho, no sólo es una interpretación jurídica, sino también una interpretación política, esto ha sido entendido así por la doctrina cuando afirma que “El Estado Social de Derecho como fórmula política ha sido objeto por parte de la Corte Constitucional, de un amplio y permanente estudio y a propósito de los más diversos temas. Su correcta caracterización permitirá entender el proyecto que orienta de manera integral la norma de normas. La solución del caso más difícil de todos podrá resolverse, en última instancia, recurriendo a la fórmula política. Con razón se ha dicho que toda interpretación jurídica es siempre una interpretación política” (Pinilla, 2002, p. 250).

En los primeros años de la Corte Constitucional, entre 1992 y 1997, esta no reconocía todavía la existencia de un derecho fundamental de las trabajadoras a la maternidad, y tampoco su arista a una estabilidad reforzada, ya que consideraba que la estabilidad en el empleo por estar ubicado en el capítulo referente a los derechos económicos sociales y económicos era un derecho no fundamental y por lo tanto no podía ser defendido por medio de la acción de tutela.

La sentencia más importante, y con la que empieza la línea sobre la creación de este derecho fundamental es la Sentencia de Constitucionalidad 470 de 1997. En esta se decide la exequibilidad del Artículo 239 ordinal tercero del Código Sustantivo del Trabajo que determinaba el tipo de sanción económica contra el empleador que despidiera a una mujer por motivos de embarazo o lactancia.

La parte demandante considera que esta norma desconoce la protección constitucional a la trabajadora embarazada ya que faculta su despido. Para resolver esta cuestión la Corte se hace la siguiente pregunta: “¿la indemnización prevista por el ordinal acusado es un mecanismo de protección suficiente para amparar el derecho constitucional que tiene toda mujer embarazada a una estabilidad laboral reforzada?” (C-470/97). La respuesta de la Corte es que no es suficiente, por varias razones.

Primero porque, aunque expresamente la protección constitucional a la trabajadora embarazada no se encuentre como tal en la Constitución, esta protección tiene múltiples fundamentos constitucionales como son “la búsqueda de una igualdad real y efectiva entre los sexos y la protección de la

maternidad, la vida, la familia y el cuidado de los niños (CP Arts 5º, 13, 42, 43 y 44)” (C-470/97). Segundo estos múltiples fundamentos constitucionales tienen la importante consecuencia jurídica que el ordenamiento jurídico le debe dar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo. Esta protección debe ser en todos los campos, pero “adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral ya que, debido a la maternidad, la mujer había sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo. Por tal razón, la Constitución, y múltiples Convenios internacionales de derechos humanos, ordenan un especial cuidado a la mujer y a la maternidad en este campo” (C-470/97). Esta protección especial implica que se dé una protección mayor a la que goza cualquier otro trabajador.

Por lo tanto, para la Corte existe un verdadero derecho fundamental a la maternidad “el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever en favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado de la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada” (C-470/97).

En ese momento el único mecanismo al que tenían acceso las mujeres que eran despedidas por motivo de su embarazo o lactancia era a una indemnización. Para la Corte Constitucional este instrumento es insuficiente, ya que esta es la misma protección que tiene cualquier otro trabajador, y la trabajadora en estado de gravidez debe tener una protección especial porque existe un derecho fundamental a la maternidad.

La Corte llega a la conclusión que declarar la inexequibilidad de la norma no es la solución correcta ya que generaría una mayor desprotección, por lo que decide hacer una sentencia integradora donde proyecte “los mandatos constitucionales en la regulación legal” (C-470/97). Por lo tanto:

“la Corte Constitucional concluye que la única decisión admisible en este caso es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre la igualdad (CP art 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP arts 43 y 53), de suerte que debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspon-

diente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz” (C-470/97).

Al hacer esta interpretación constitucional que genera una mayor protección se ha producido una diferencia hermenéutica y de interpretación con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que algunos autores han llamado un choque de trenes (Goyes, 2011) ya que para este órgano el embarazo no es una enfermedad, por lo cual no puede darse la protección jurídica que prevé el ordenamiento para las personas que son despedidas por motivo de su enfermedad sino la prevista para despido por motivo de embarazo el cual es simplemente una indemnización. Por lo tanto, para la Corte Suprema la única consecuencia jurídica posible en un despido de una mujer embarazada por motivo de este es la respectiva indemnización y no la nulidad de ese despido como sí lo considera la Corte Constitucional.

Para poder acceder al reintegro basta con interponer una acción de tutela, siendo los requisitos establecidos por la Corte: en primer lugar, que el despido haya sido ocasionado por motivo de embarazo o lactancia, en segundo lugar que exista conocimiento del empleador de la condición de la trabajadora, en tercer lugar, que el despido se haya dado sin la respectiva autorización del Inspector del Trabajo y por último en cuarto lugar que exista una vulneración al mínimo vital como consecuencia de tal situación.

La protección que ha hecho la Corte del derecho a la estabilidad laboral reforzada por motivo de embarazo o lactancia no ha sido estática, sino que con el estudio de nuevos casos ha evolucionado. Podemos concluir que estos cambios han ampliado y fortalecido la protección al derecho fundamental. Siendo los dos cambios más emblemáticos: el conocimiento del embarazo por parte del empleador y segundo la ampliación a todas las formas de trabajo.

Con respecto al conocimiento que tenga el empleador de la condición de gravidez de la trabajadora, encontramos un cambio radical, ya que, en las primeras sentencias de la Corte, encontramos como una obligación de la trabajadora para acceder a la protección constitucional, que hubiera puesto en

conocimiento a su empleador de su estado de embarazo. Sin embargo, se genera una evolución jurisprudencial donde la Corte ha considerado que no hay obligación de notificar al empleador en los casos en que el embarazo es un hecho notorio, ya sea por cambios físicos en la mujer o porque se entere por otros medios.

Por lo tanto, para la Corte se generan dos niveles de protección; en el primero, donde el empleador tenga conocimiento del embarazo, se produce una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en un factor de discriminación en razón del sexo; el segundo nivel se produce cuando no haya conocimiento por parte del empleador, lo que dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, donde se deben garantizar los aportes a la seguridad social, para que la trabajadora tenga acceso a la licencia de maternidad.

En la SU-070 de 2013 la Corte Constitucional a partir del estudio de 33 casos diferentes sistematiza, unifica y organiza los criterios jurisprudenciales para la protección del derecho fundamental a la estabilidad reforzada de la trabajadora en estado de embarazo o lactancia dependiendo del tipo de contratación: si es a término indefinido, término fijo, contrato por obra o labor, contrato con empresas de servicios temporales y contratos de prestación de servicios.

Aunque la Corte estaba aplicando el derecho fundamental a la maternidad en modalidades contractuales cuyas causales de terminación no suponen el despido, como los contratos a término fijo (T-426/98, T-1153/00, T-872/04, T-169/08); los contratos de obra o labor (T-221/07; T-169/08, T-406/12); los de empresas de servicios temporales (T-862/03, T-889/05, T-550/06, T-824/08) y los contratos de prestación de servicios que escondan un verdadero contrato laboral (T-484/12, T-598-12, T-1097/12). Lo estaba haciendo de una manera poco sistemática y uniforme, de ahí la importancia de la SU-070/13.

En sus primeros acercamientos a la licencia de maternidad, la Corte encontró que, a pesar de que tradicionalmente se ha considerado un derecho económico y social, la licencia de maternidad se hace necesaria para el disfrute de otros derechos de carácter fundamental como el de la salud, la dignidad

humana, los derechos de los niños y el mínimo vital. (T-996/02). Es importante analizar con mayor profundidad este último derecho, ya que este ha sido el principal argumento utilizado por la Corte para proteger directamente la licencia de maternidad.

El derecho al mínimo vital no se encuentra como tal en la Constitución, es una construcción jurisprudencial de la Corte como un derecho subjetivo consecuencia de las condiciones de vida digna establecida en la Constitución. En efecto, es “consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución.” (T-426/92). Este derecho al mínimo vital está constituido “por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante, su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano.” (T-011/98).

Ya en la primera sentencia de tutela, en la que la Corte trata el tema de la licencia de maternidad, establece que en ciertas circunstancias en que el único ingreso de la madre sea la licencia de maternidad, esta protege el mínimo vital, por lo tanto, a pesar de que la acción de tutela en principio no es procedente “podría convertirse en el cauce procesal idóneo para exigir su cancelación de modo que la prestación cumpla la finalidad para la cual fue instituida” (T-568/96).

Más recientemente en sus últimas sentencias, la Corte Constitucional ha elevado la importancia de la licencia de maternidad al categorizarla como un “derecho fundamental constitucional y un derecho humano y por tanto, de orden prevalente”. (T-503/16) Este reconocimiento empezó con la sentencia C-543/10, donde fue reconocido como un derecho constitucional “la licencia de maternidad es un derecho constitucional que se conecta de modo estrecho con otros derechos constitucionales fundamentales” (C-543/10).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el fuero de maternidad establecido en la SU-070/13 se mantuvo estable hasta el 26 de julio de 2018,

cuando la Corte Constitucional en la SU-075 cambió su postura frente a la estabilidad laboral de la trabajadora que se encuentra en estado de embarazo. La sentencia aclaró que la protección solo aplica cuando el empleador tiene conocimiento de la gestación de la trabajadora, pues en caso contrario no se genera una discriminación en su contra. Es decir, la Corte acaba con el segundo nivel de protección, el más débil, el que existía para garantizar los aportes a la seguridad social, para que la trabajadora tenga acceso a la licencia de maternidad.

Para cambiar el precedente, la Corte recuerda la diferencia entre dos tipos de precedente: precedente horizontal y vertical, el horizontal “es aquel compuesto por aquellas Sentencias dictadas por el mismo operador judicial o autoridades de la misma jerarquía.” El vertical “se relaciona con los fallos proferidos por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción” (SU-075/18).

En este caso específico, se trata de un precedente horizontal, ya que la Corte en sus sentencias ha encontrado que Sala Plena puede apartarse de sus decisiones ya que le corresponde sólo a ella cambiar el sentido de la línea jurisprudencial aplicable al caso bajo estudio. Así las cosas, este Tribunal es la única instancia que puede modificar el precedente vinculante que en sus fallos haya adoptado. Pero el cambio de jurisprudencia se restringe a unos pocos eventos, específicamente:

“(i) se haya reformado el parámetro normativo constitucional cuya interpretación dio lugar al precedente; (ii) existan transformaciones en la situación social, política o económica que vuelvan inadecuada la interpretación que la jurisprudencia había hecho sobre determinado asunto; o (iii) cuando cierta jurisprudencia resulta contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en estas circunstancias, se deben presentar razones fundadas en relación con la decisión que se pretende cambiar y que primen sobre el principio de seguridad jurídica e igualdad que sustentan el principio esencial del respeto del precedente.” (SU-075/18)

En esta sentencia la Corte no usa específicamente uno de estos eventos, sino que la base de su argumentación se justifica en dos puntos, primero que el Estado Colombiano ha creado unas medidas de política pública que protegen a la mujer durante su embarazo, por lo cual la mujer que no tenga su licencia de maternidad no queda totalmente desprotegida y segundo, que el argumento utilizado en la SU-013 para generar el segundo nivel de protección era el de la solidaridad, en palabras de la Corte “En tal sentido, la protección derivada del fuero de maternidad muta para convertirse en una acción afirmativa exclusivamente destinada a la familia. De este modo, se desplaza hacia el empleador la carga económica asignada al Estado por el artículo 43 de la Constitución, en virtud de la cual debe asumir la faceta prestacional de los derechos contemplados para la mujer embarazada” (SU-075/18).

La Corte, hace la diferenciación que se había hecho al principio de este capítulo de libro, sobre el origen, los objetivos y los fundamentos del fuero de maternidad y de la licencia de maternidad, ya que mientras el primero impide a la mujer ser discriminada por ser madre, el segundo tiene unos fines prestacionales con el fin de que la mujer cuide al recién nacido. Por lo tanto, para la Corte “cuando se escinde el fundamento principal del fuero de maternidad, el cual representa una protección de la mujer respecto de la discriminación en el ámbito del trabajo, para cobijar otros supuestos, es decir, cuando se otorga, como en este caso, una protección exclusivamente basada en el deber de solidaridad, la acción afirmativa pierde sustento y se desdibuja la garantía de no discriminación de las trabajadoras” (SU-075/18).

Por lo tanto, la Corte Constitucional argumenta que un adecuado entendimiento de la Constitución, es que las consecuencias de la estabilidad laboral reforzada para las mujeres gestantes no pueden otorgarse cuando no se fundamenten en una protección para las trabajadoras respecto de la discriminación laboral. Ya que “la obligación de asumir el pago de las cotizaciones en seguridad social impone una carga económica desproporcionada para el empleador, toda vez que la desvinculación de la trabajadora no responde a su estado de gravidez, sino al ejercicio de su libertad contractual.” Y continúa la Corte diciendo que no existirá una desprotección para las mujeres gestantes, “en la medida en que la obligación de garantizar sus derechos al mínimo vital y a la salud recaerá sobre el Estado, en los términos del artículo 43 Superior” (SU-075/18).

Conclusiones

Aunque la Corte sostiene que esta decisión no implica un desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas y de sus hijos menores de edad, en nuestra opinión esto no es verdad, ya que al quitar la protección débil está restringiendo y desconociendo unos derechos que antes tenían las mujeres embarazadas y en estado de lactancia que antes tenían.

Este precedente termina siendo regresivo, desconociendo el principio de progresividad en derechos fundamentales, principio que se encuentra establecido en artículo 4º del Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Su alcance ha sido ampliamente analizado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en su Observación General No. 3, relativa a la naturaleza de las obligaciones contraídas por los Estados que suscribieron el Pacto y, en el orden interno, por la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional. El principio de progresividad prescribe que la eficacia y cobertura de las facetas prestacionales de los derechos constitucionales debe ampliarse de manera gradual, de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico. Inherente a esto, es la prohibición de regresividad, o la imposibilidad de devolverse por el camino ya recorrido.

La misma Corte ha establecido cuáles son los eventos en los que una medida se entiende regresiva, “(1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho;(3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho” (C-630/2011).

En el caso de estudio, eliminar el segundo nivel de protección, tiene unas consecuencias importantes sobre la mujer en estado de embarazo y lactancia ya que limitan en ciertos casos su posibilidad de obtener la licencia de maternidad cuando no tiene los recursos, como lo reconoce el salvamento de voto del magistrado Alberto Rojas “Ni las prestaciones por desempleo, ni las de la política “de cero a siempre” previstas en la Ley 1804 de 2016, son suficientes para equilibrar a la mujer que queda sin sustento económico, pues aquellas no protegen la misma contingencia y además no garantizan el ingreso básico, en un momento determinante para la mujer y su familia, de allí que, desde mi

óptica, ello corresponda a componentes de asistencia social, pero no tienen la dimensión integral del derecho social de protección a la maternidad” (SU-075/18).

Otro problema, es que la sentencia se apoya en supuestos no cobrados, como es que la esfera de protección actual disminuye los chances de que las mujeres sea contratadas por futuros trabajadores, ya que, aunque la sentencia cita estudios, ninguno logra demostrar que sean los derechos fundamentales de las mujeres los que impidan a esta ser contratada. Como también lo menciona en su salvamento de voto el magistrado Rojas:

“En retrospectiva, puede comprobarse, la transformación que las políticas sobre maternidad han tenido, baste indicar que cuando se emitió el Convenio 003 de 1919, tan solo 2 países las acogían y a la fecha, el 56% de los países han implementado la licencia de maternidad a través de los sistemas de seguro social, el 25% lo asume exclusivamente el empleador, el 17% tiene un sistema de responsabilidad mixta, y el porcentaje restante dispone que sea el empleador el que cancele la totalidad de las prestaciones cuando las mujeres no se encuentran cubiertas por el seguro social, esto derruye la tesis según la cual las prestaciones de maternidad restringen per se el acceso al trabajo y por el contrario dan cuenta de que ha sido motor de cambio y de transformación de las relaciones sociales en el trabajo” (SU-075/18).

Por lo tanto, esta sentencia es un paso hacia atrás, un precedente regresivo que lo único que ha logrado es devolver al sistema jurídico colombiano a niveles anteriores a los de la SU-070 de 2013.

Referencias bibliográficas

Berrocal, J. y Reales, R. (2016) “La licencia de maternidad en el derecho comparado”, *Justicia Juris*, 12(1), p 103.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-426 de 1992. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia T-568 de 1996. Bogotá.

- Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia C-470 de 1997. Bogotá
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia T-011 de 1998. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia T-373 de 1998. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C-543 de 2010. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-503 de 2016. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia de Unificación 075 de 2018. Bogotá.
- Goyes, I. (2011). *Mujer y maternidad en Colombia. Evolución legislativa y jurisprudencial con perspectiva de género*, San Juan de Pasto, Universidad de Nariño.
- Moreno, S. (2015). *La construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales de los trabajadores en Colombia*. Tesis doctoral dirigida por Wilfredo Sanguinetti Raymond. Salamanca, Universidad de Salamanca.
- Organización Internacional del Trabajo (29 de noviembre de 1919). Convenio sobre la protección de la maternidad [C003]. Recuperado de: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003> [Fecha de consulta: 20 de julio de 2018].
- Organización Internacional del Trabajo (15 de junio de 2000). Convenio sobre la protección de la maternidad (C183). Recuperado de: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183> [Fecha de consulta: 20 de julio de 2018].
- Organización de Naciones Unidas (18 de diciembre de 1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperado: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>> [Fecha de consulta: 20 de julio de 2018].
- Pinilla, E. (2002) “¿Es viable el estado social de derecho en la sociedad colombiana?” Pensamiento Jurídico, 15. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Análisis jurídico y económico del Acuerdo Municipal CM-100-02-01-022 del Municipio de Amagá-Antioquia, frente al favorecimiento de terceros y la irretroactividad tributaria¹

María Liliana Álvarez Mejía², John Mario Diez Maldonado³,
Miguel Ángel Valenzuela Soto⁴, Cesar Augusto Bedoya Ramírez⁵

Resumen

La presente investigación, se enmarca en un ejercicio de análisis jurídico y económico de del Acuerdo Municipal CM-100-02-01-022 del 18 de diciembre de 2016 del Municipio de Amagá, con el fin identificar si este pretende fomentar el asentamiento de empresas en la zona, generando oportunidades de empleo para la comunidad, o por el contrario, es un medio que permite el favorecimiento a la empresa privada, desconociendo la normativa colombiana.

Para ello, se analiza si la exoneración de impuestos realizada desde la administración municipal de Amagá a las actividades comerciales, industriales y de servicios, enunciadas en el acuerdo municipal en mención, a empresas nuevas asentadas en el municipio, vulnera los principios de igualdad e irretroactividad tributaria, contemplando una extralimitación de funciones a raíz de lo contemplado en los artículos 338 y 363 de la Constitución Política de Colombia.

Palabras clave: beneficios, exoneración, impuestos, principio de irretroactividad, y recursos públicos.

1 Capítulo de libro Producto del desarrollo de la investigación titulada “Análisis jurídico del Acuerdo Municipal Cm-100-02-01-022 del 18 de diciembre de 2016 frente al favorecimiento de terceros en materia tributaria en el Municipio de Amagá- Antioquia” desarrollada entre los semestres 2018-1 y 2018-2 en el grupo de investigación Innovación jurídica.

2 Estudiante del décimo semestre de Derecho en la Corporación Universitaria Americana. E-mail: lili3148@gmail.com.

3 Estudiante del décimo semestre de Derecho en la Corporación Universitaria Americana. E-mail: monitodiez@hotmail.com

4 Estudiante del décimo semestre de Derecho en la Corporación Universitaria Americana. E-mail: valenzuela3392@hotmail.com

5 Abogado, especialista en Derecho Administrativo. Docente tiempo completo e investigador del semillero innovación Jurídica del Programa de Derecho la Corporación Universitaria Americana. E-mail: cbedoya@americana.edu.co

Introducción

El impuesto sobre la renta, es un tributo nacional cuya regulación y control están bajo diferentes dependencias de la administración del mismo (Reyes, 2014). Fue implementado en Colombia en el siglo XX a través de la Ley 56 de 1918 presentando desde 1918 a la fecha 36 reformas, entre las cuales cabe mencionar la Ley 81 de 1931 que incrementó las tarifas del impuesto de renta gravando la renta de las sociedades de personas y de las sociedades limitadas. La Ley 14 de 1983 que le atribuyo la facultad de crear varios impuestos al concejo de Bogotá; y Ley 84 del 2015 que otorgó autorización a todos los concejos municipales del país para que crearan ciertos impuestos (Junguito, 2012).

Con relación a la forma como se debe hacer la aplicación tributaria, la Constitución Política de 1991 atribuye a las asambleas departamentales y concejos municipales esta función, conforme lo establecen los artículos 150 (numeral 12), 287 (numeral 3), 338 y 300 (numeral 4), donde se faculta a las entidades territoriales, como entes que gozan de autonomía, a establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

No obstante, es importante hacer precisión sobre el principio de irretroactividad tributaria contemplado en el artículo 338 constitucional y la excepción a la aplicación del mismo como lo contempla la Ley 218 de 1995 conocida como la Ley Páez, la cual establece los parámetros para la exención de impuestos a través de “*situaciones jurídicas consolidadas*”, para aquellas regiones de la geografía colombiana que sean afectadas gravemente mediante devastación por un hecho de la naturaleza que amerite la reconstrucción social y económica de la zona, exención tributaria que es potestad del Congreso de la Republica cumpliendo los parámetros legales y constitucionales.

En torno a ello, en la presente investigación ilustra sobre las consecuencias económicas del Acuerdo Municipal CM-100-02-01-022 del 18 de diciembre de 2016 ha generado al municipio de Amagá y su connotación como método eficaz para atraer la inversión privada. Situación que nos obliga a estudiar los artículos 4, 5 y 6 del mencionado acuerdo, toda vez que los beneficios tributarios que en ellos se establecen configuran exenciones parciales del impuesto de industria y comercio que no pueden ser otorgados por las asambleas departamentales ni por los Concejos Municipales, por expresa prohibición constitucional.

Desarrollo

Antecedentes que dieron origen al Acuerdo Municipal CM-100-02-01-022 de 18 de diciembre de 2016

El municipio de Amagá, ha sido por tradición zona de minería del carbón (Arroyave, 2017). Desde la liquidación de la empresa Industrial Hullera S.A, en el año 1998, y la combustión interna de los mantos de carbón denominados uno, dos y tres de la columna estratigráfica de la región y asociados al incendio activo de la mina la Gualí, la zona comprendida entre los sectores la Clarita, Minas, la Ferrería, jurisdicción de Amagá e incluyendo la parte que corresponde a la estación que colinda con el municipio de Angelópolis, se han visto seriamente afectadas en aspectos sociales, económicos, ambientales, culturales, agregando a esto la irracionalidad técnica de la minería y por siguiente las consecuencias con respeto a la seguridad minera que ha tomado relevancia, debido a los fenómenos de emanación de gases, subsidencias, inundaciones que ya, no solo generan un deterioro paisajístico, sino que pone en riesgo la vida y la salud de los pobladores y mineros artesanales.

Debido a la liquidación de la empresa Industrial Hullera S.A, se incrementó en la región un desajuste económico tanto como para los ex trabajadores de la extinguida empresa, como a comerciantes y población en general. En busca de alternativas de sustento los mineros vacantes, consolidaron sus propias unidades mineras propagando la minería informal, acrecentando un problema que confronta desde las exigencias normativas y las que involucran los derechos de los habitantes, ya que los problemas tanto de incendio e inundaciones, generan un alto riesgo para la infraestructura que se encuentran en superficie y las personas que habitan el lugar, al igual que las emisiones atmosféricas que salen de este incendio deteriorando el medio ambiente y la salud de toda una población.

Sumado a esto, la deflación en el precio del carbón no permite que los mineros informales estén vinculados a la seguridad social integral, ni cumplan los debidos controles expedidos por los ministerios de minas, medio ambiente y de la protección social; por ende ofrecen un mineral a más bajo precio en el mercado, que es apetecido por la industria antioqueña, generado caos e impacto económico a la minería legal.

El día 30 de octubre de 2014, se presenta en la mina La Cancha una tragedia minera donde pierden la vida nueve mineros hechos por el cual, las entidades territoriales determinan mediante el Decreto 034 del 1 de enero del 2014, realizar el cierre técnico de todas las unidades mineras ilegales, las cuales dejan un número de 277 personas cesantes en sector de la Ferrería (Censo Municipal, 2016). Estos hechos y ante la difícil situación de desempleo que se prevé se presentara en el municipio, preocupa tanto a las autoridades territoriales como a la población Amagacita y se busca determinar la viabilidad de continuar con la minería enfocada desde otros polígonos o por lo contrario realizar una diversificación económica en el modo productivo.

Razón por la cual, se determina abrir el espacio a varias empresas asentadas en el Valle del Aburrá, las cuales presentan cierta necesidad de trasladarse por motivos de orden técnico y legal hacia la zona industrial del municipio de Amagá. Entre estas empresas, llega Cueros Vélez, una empresa curtumbre cuestionada a nivel local por su alto grado de contaminación y de la cual se esperaba empleara casi en su totalidad la mano de obra cesante, en ocasión al cierre técnico de las unidades mineras productivas.

Se realizaron los trámites administrativos, se otorgaron las licencias y se inició el montaje de la nueva planta, esta inicia su etapa productiva en el mes de noviembre del año 2016, siendo el 20 de abril del 2017, el día en que se inaugura la nueva planta por un valor de 55.000 millones de pesos, con una meta de copar 30.000 unidades de pieles con destino a la exportación a mercados de Estados Unidos, Italia y Australia, ya que el 50% está destinado al consumo interno (Revista Portafolio, 2017).

A raíz de la llegada de Cueros Vélez, se presenta una oportunidad de alianza estratégica entre el ejecutivo municipal, el Concejo y la empresa privada, con participación de los ediles que a la fecha de celebración del Acuerdo Municipal CM-100-02-01-022 de 18 de diciembre de 2016, a través del cual se establecieron unos beneficios, estímulos y alivios tributarios por concepto de pronto pago de los impuestos predial e industria y comercio de la vigencia 2017 y el otorgamiento de beneficios a las empresas nuevas que se asienten en el municipio de Amagá y/o aquellas que comiencen a pagar el impuesto de industria y comercio a partir del primero de enero de 2017.

Cabe notar, que la empresa Cueros Vélez tiene se creó desde el año 1986, hecho por el cual se aleja de lo planteado en el acuerdo municipal, con respecto a que sea una empresa Nueva, para calificar a los beneficios tan prometedoros del Acuerdo municipal No CM-100-02-01-022.

Implementación Acuerdo municipal CM-100-02-01-022 de 18 de diciembre de 2016

El Concejo municipal de Amagá realizó una serie de debates con el ánimo de implementar el Acuerdo municipal CM-100-02-01-022, mostrándolo como una alternativa para atraer la inversión de los empresarios a través de la exoneración de impuestos, para la época en que se firma el acuerdo ya la empresa Cueros Vélez había entrado en etapa de producción. El Acuerdo fue presentado por el alcalde municipal y radicado ante la Secretaría del Concejo el día 13 de diciembre del año 2016, según el acta 100-01-02-008 del Concejo municipal el proyecto fue presentado con la finalidad que las empresas que fueran beneficiarias de dicho Acuerdo, acogieran un 30% del personal a vincular oriundos del municipio o que estuviesen radicados en él, en acta anteriormente mencionada aprobada por la comisión tercera, se debate si este porcentaje es el que se debe acoger mediante el acuerdo o por lo contrario se debe modificar, presentándose dos opciones con porcentajes mayores a la vinculación laboral, las cuales fueron descalificadas, siendo sus opositores a incrementar la cifra los concejales que en su momento trabajaban para la empresa Cueros Vélez.

El día 18 de diciembre del 2016, en sección de categoría Extraordinaria, mediante el acta 100-01-01-80 se da el sí al proyecto de acuerdo con un solo voto en contra, 11 favorables y una abstención que corresponde a quien fue el ponente del proyecto y propone a su vez modificar el estatuto tributario municipal ya que por su profesión es amplio conocedor del tema.

Incidencia de la implementación del Acuerdo en el municipio de Amagá

La irretroactividad tributaria como uno de los principios constitucionales reguladores del sistema tributario en Colombia, contemplado en el artículo 363 inciso final, indica que *“Las leyes tributarias no se aplicarán con retroac-*

tividad” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art.363). No obstante, esta afirmación no es absoluta y al tenor de la sentencia C-549 de 1993 de la Corte Constitucional, es posible afirmar que:

La esencia del principio de irretroactividad de la ley tributaria es la imposibilidad de señalar consecuencias jurídicas a actos, hechos o situaciones jurídicas que ya están formalizados jurídicamente, salvo que se prescriba un efecto más perfecto tanto para el sujeto de derecho, como para el bien común, de manera concurrente, caso en el cual la retroactividad tiene un principio de razón suficiente para operar (Corte Constitucional, 1993, V. Naranjo).

Tácitamente, por mandato constitucional en Colombia las leyes tributarias no son retroactivas, para ello, el último párrafo del artículo 338 establece el procedimiento, para que sin equívoco, las normas tributarias expedidas no sean retroactivas, valiéndose de la periodicidad que tiene todo tributo; de esta manera las leyes, ordenanzas y acuerdos que establezcan tributos y cuyo hecho generador ocurra en determinado período, solo se aplicarán a partir del período siguiente al inicio de la vigencia de la norma.

Lo anterior, nos lleva a colegir que el acuerdo municipal CM-100-02-01-022 de 18 de diciembre de 2016, implementado por el alcalde y el Concejo municipal de Amagá, nace de la interpretación aislada que hacen del artículo 338 y la sesgada interpretación de los artículos 287 numeral 3 y 313 numeral 4 de la Constitución política de Colombia, respecto de los cuales hizo una precisión el Consejo de Estado

...Si bien es cierto los entes territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y tienen derecho entre otras cosas, a establecer los tributos dentro del ámbito de su jurisdicción, dicha autonomía debe ejercerse “dentro de los límites de la Constitución y la ley”, tal y como expresamente lo dice la norma en comento (Consejo de Estado, 1996, Expediente AI-07).

Así las cosas, la función prevista en el artículo 338 de la C.N., en el sentido de que los concejos municipales fijen a través de sus acuerdos los elementos esenciales de los tributos, es decir, el elemento genera-

dor (hecho gravado), el elemento personal (sujetos activo y pasivo) y los elementos determinantes del objeto (base gravable y tarifa), se encuentra subordinada a la ley, y no puede por tanto ejercerse en forma autónoma (Consejo de Estado, 1996, Expediente AI-07).

En este sentido, el ejecutivo y el Concejo municipal de Amagá frente a la validez de los artículos cuarto, quinto y sexto del Acuerdo Municipal CM-100-02-01-022 de 18 de diciembre de 2016, no avizoraron que estos beneficios tributarios, configuran exenciones parciales del impuesto de industria y comercio que no pueden ser otorgados por las asambleas departamentales ni por los concejos municipales, por expresa prohibición constitucional y ni siquiera el congreso de la república tiene potestad absoluta en esta materia por cuanto tienen limitantes del ordenamiento superior ,a no ser que exista “una situación jurídica consolidada” que hubiese que respetar a favor de algún contribuyente de los diferentes impuestos ,caso que no se evidenció en el municipio de Amagá antes de la implementación del acuerdo.

Respecto de las limitantes constitucionales y de la soberanía fiscal que tiene el Congreso de la República en materia tributaria, es pertinente referenciar algunas partes de la sentencia C-602 de 2015 de la Corte Constitucional, así:

La soberanía fiscal que ejerce el legislador, no por amplia puede reputarse absoluta, sino que por el contrario se encuentra sujeta a los límites y condicionamientos que emanan directamente de la Constitución Política.

Sobre el particular, la Corte ha destacado que al legislador le corresponde, a iniciativa del gobierno, evaluar la conveniencia y oportunidad de excluir a ciertas personas o actividades del pago de un tributo determinado, ya sea para estimular o incentivar ciertas actividades o comportamientos o con el propósito de reconocer situaciones de carácter económico o social que ameriten el otorgamiento del beneficio fiscal.

La validez de los beneficios tributarios, está adherida a la justificación que cada medida pueda tener en el ordenamiento constitucional. Esto implica, por supuesto, que cualquier beneficio debe con-

tar con la iniciativa del Gobierno, el trámite correspondiente en el Congreso, la Asamblea o el Concejo que corresponda, la definición de los elementos mínimos del instrumento y el cumplimiento de las restricciones que eviten la consagración de fueros o privilegios injustificados (Corte Constitucional, 2015, J. Palacio)

La sentencia C-748 de 2009 definió este instrumento en los siguientes términos:

“Concretamente, a través de las exenciones tributarias, el legislador impide el nacimiento de la obligación tributaria en relación con determinados sujetos o disminuye la cuantía de la misma, por consideraciones de política fiscal. Así, si bien en principio, respecto del contribuyente, se concreta el hecho generador del tributo, éste se excluye de forma anticipada de la obligación tributaria, por disposición legal, mediante una técnica de desgravación que le permite al legislador ajustar la carga tributaria, de manera que consulte los atributos concretos del sujeto gravado o de la actividad sobre la que recae la obligación tributaria, siempre con sujeción a criterios razonables y de equidad fiscal” (Corte Constitucional, 2009, R. Escobar).

En palabras de Acosta (2011)

Una nueva ley que imponga o agrave una carga impositiva en función de una capacidad contributiva que ya no existe por cuanto el hecho generador ocurrió en el pasado, sería abiertamente injusta y por ende inconstitucional; empero si la nueva ley es un desgravamen o disminución de la carga impositiva al contribuyente, a pesar de que la capacidad contributiva demostrada con anterioridad permitía un mayor gravamen, en virtud del principio de la favorabilidad se hace necesario restringir la aplicación de la ley antigua para dar paso a la aplicación retroactiva de la ley nueva que es notablemente más favorable para el contribuyente (Acosta, 2011, p. 62).

No obstante, los beneficios otorgados al contribuyente deben ser dados conforme al ordenamiento jurídico colombiano, respetando las jerarquías normativas.

Análisis económico del Acuerdo municipal CM-100-02-01-022 del Municipio de Amagá

El artículo cuarto del acuerdo municipal No CM-100-02-01-022 de 18 de diciembre de 2016, en su esencia propone una rebaja en el impuesto de industria y comercio a las personas naturales y jurídicas que se hayan asentado en el municipio de Amagá (Antioquia) a partir del 1° de enero de 2016 y/o aquellas que comiencen a pagar el impuesto de industria y comercio a partir del 1° de enero de 2017, rebajando dicho impuesto del 7x1000 (Siete por mil) al 3x1000 (tres por mil) para las actividades industriales, comerciales y de servicios, contemplados en el estatuto tributario municipal, así: Actividad gravada con el código 101 industria de alimentos y bebidas; Actividad gravada con el código 103 industria de cueros; Actividad gravada con el código 106 industria de los textiles; Actividad gravada con el código 304 servicios de empleo temporal .

De esta forma, se ven afectadas ostensiblemente las finanzas públicas de Amagá entre el año 2018 y 2025, sumado al último bimestre de 2016 como base gravable para el año 2017 en aproximadamente 19.942.520.000 (diecinueve mil novecientos cuarenta y dos millones quinientos veinte mil) pesos, lo que equivale en promedio a más de 2.443.936.275 (dos mil cuatrocientos cuarenta y tres millones novecientos treinta y seis mil doscientos setenta y cinco) pesos anuales ,cálculo hecho con un IPC (índice de precios al consumidor) promedio de 4,52% anual entre el año 2005 y 2016 y proyectando un crecimiento anual del 15%, por debajo de la expectativa de Cueros Vélez que según sus directivos va a ser del 20% anual, recibiendo un trato preferencial tributario, injustificado y discriminatorio, que vulnera abiertamente el principio de igualdad, respecto de todas las personas naturales y jurídicas que desarrollan su actividad comercial e industrial y pagan el respectivo impuesto de industria y comercio en el municipio de Amagá desde antes del 1° de enero de 2016; fecha que inexplicablemente y en contravía del principio constitucional de irretroactividad contemplado en los artículos 338 y 363.

Teniendo como base las publicaciones mediante las cuales la empresa Cueros Vélez reporta su crecimiento económico en los medios de comunicación tales como la Revista Semana, la Revista Dinero, El Colombiano, según las ediciones relacionadas a continuación se toma como base para realizar los cálculos que permiten visualizar el daño flagrante a las finanzas del municipio a lo referente

a sus recursos propios de libre destinación. Periódico El Colombiano 15 de febrero de 2017, publicación revista dinero del 27 de abril de 2017, revista Semana publicación del 11 de febrero de 2018.

La cuantía dejada de percibir mediante la implementación del Acuerdo Municipal

La base para presupuestar el impuesto de industria y comercio para la vigencia fiscal del año 2017 son los ingresos de noviembre y diciembre del 2016, según publicación 15 de febrero del 2017, donde se facturan ventas por 360.000.000.000 (treientos sesenta mil millones de pesos). para lo cual por no tener una información real de las ventas y de los otros ingresos se hace el calculo a traves de una regla de tres simple que arroja como ingresos subsetibles de ser gravados por industria y comercio la suma de 60.000.000.000 (sesenta mil millones de pesos) durante los dos meses de operación del año 2016.

INCIDENCIA DEL ACUERDO CM -100-02-01-22 DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2016 EN EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO VIGENCIAS FISCALES 2017-2025						
Año	Ventas	IPC Promedio	Base Gravable	Impuesto 7 por mil	Impuesto 3 Por mil	Impuesto 4 Por mil
	en millones	2005-2016 (4,52%)	en millones(80%)	en millones	en millones	en millones
2017	60.000,00	2.712,00	50.169,60	351,19	150,51	200,68
2018(1)	430.000,00	19.436,00	359.548,80	2.516,84	1.078,65	1.438,20
2019(2)	494.500,00	22.951,40	419.481,12	2.694,97	1.240,44	1.633,52
2020(3)	568.675,00	25.704,11	475.503,29	3.328,52	1.426,51	1.902,01
2021(4)	653.976,25	29.559,73	546.828,78	3.827,80	1.640,45	2.187,32
2022(5)	752.072,59	33.993,69	628.853,10	4.401,97	1.886,56	2.515,41
2023(6)	864.883,59	39.092,74	723.181,06	5.062,27	2.169,54	2.892,72
2024(7)	994.616,13	44.956,65	831.658,22	5.821,61	2.494,97	3.326,63
2025(8)	1.143.808,55	51.700,15	956.406,96	6.694,85	2.869,22	3.825,63
TOTALES	5.962.532,21	259.506,46	4.985.630,93	34.895,42	14.956,85	19.942,52

Fuente: elaboración propia.

Presiciones

1. La empresa Cueros Velez, según publicación estima ventas en el año 2017 por 430.000.000.000 (cuatrocientos treinta mil millones de pesos) y se toma como referente de ventas para el periodo fiscal 2018.
2. A partir del 2019 hasta el año 2025 se estima un crecimiento del 15% anual, porcentaje inferior al anunciado por la empresa Cueros Velez que anunciaban el 20% de incremento de las exportaciones.

3. El IPC (índice a precios del consumidor) entre 2017 y 2025 es del 4.52% y corresponde al promedio entre los años 2005 al 2016.
4. La base gravable es el 80% de la sumatoria de los valores de las ventas y IPC (Índices de Precios al Consumidor) que es para el año 2018 el 18% $(430.000+19436)= 359.548,80$ y para el 2015 es el 80% $(1.143.808,55+51.700,15)= 956.406,96$
5. La cifra de 19.942,52 en millones de pesos del impuesto del cuatro por mil, es la suma desde 200,68 en el año 2017 hasta 3825,63 en el año 2025 y es el resultado del impuesto de industria y comercio dejado de cobrar a la empresa Cueros Vélez con la implementación del Acuerdo Municipal No CM-100-02-01-022 de 18 de diciembre de 2016, durante 8 años y dos meses de las ventas de noviembre y diciembre del año 2016 donde iniciaron la actividad productiva y los ocho años van desde el año 2018 hasta el año 2025.
6. Para determinar la base gravable a las ventas totales se le restaron las exportaciones las cuales se estimaron en el 20% del valor de dichas ventas más el IPC (Índice de Precios al Consumidor) por el 80% (100 % 20%).

Incidencia económica del Acuerdo Municipal No CM-100-02-01-022 de 18 de diciembre de 2016, en el impuesto de Industria y comercio en millones de pesos en vigencias fiscales 2017 al 2025.

AÑO	VENTAS	IPC PROMEDIO	BASE GRAVABLE	IMPUESTO	IMPUESTO	IMPUESTO
		2005-2016 (4,52%)	88%	7 POR MIL	3 POR MIL	4 POR MIL
2017	60.000,00	2.712,00	55.186,56	386,31	165,56	220,75
2018(1)	430.000,00	19.436,00	395.503,68	2.768,53	1.186,51	1.582,01
2019(2)	516.000,00	23.323,20	474.604,42	3.322,23	1.423,81	1.898,42
2020(3)	619.200,00	27.987,84	569.525,30	3.986,68	1.708,58	2.278,10
2021(4)	743.040,00	33.585,41	683.430,36	4.784,01	2.050,29	2.733,72
2022(5)	891.648,00	40.302,49	820.116,43	5.740,82	2.460,35	3.280,47
2023(6)	1.069.977,60	48.362,99	984.139,72	6.888,98	2.952,42	3.936,56
2024(7)	1.283.973,12	58.035,59	1.180.967,66	8.266,77	3.542,90	4.723,87
2025(8)	1.540.767,74	69.642,70	1.417.161,19	9.920,13	4.251,48	5.668,64
TOTAL	7.154.606,46	323.388,21	6.580.635,32	46.064,45	19.741,91	26.322,54

Precisiones

1. El impuesto que debiera cobrarse a la empresa Cueros Vélez, para la vigencia fiscal 2017 al año 2025 \$46.064.450.000 Impuesto que se pretende cobrar a la empresa Cueros Vélez \$19.741.910.000. Afectación a las finanzas pública mediante la implementación al realizar el Acuerdo Municipal No CM-100-02-01-022 de 18 de diciembre de 2016, \$26.322.540.000. La base para presupuestar el impuesto de industria y comercio para la vigencia fiscal del año 2017 son los ingresos de noviembre y diciembre del 2016, según publicación 15 de febrero del 2017, donde se facturan ventas por \$360.000.000.000 (trescientos sesenta mil millones de pesos) . En esta misma fecha hacen saber que estiman ventas por \$430.000.000.000 (cuatrocientos treinta mil millones de pesos), obteniendo \$60.000.000.000 $(360.000 \times 2) \times 12\%$ que son las ventas para el año fiscal 2017, cifra que esta por debajo de las ventas de fin de año.
2. El incremento en las ventas a partir del año 2019, se estima en el 20% y el valor de las exportaciones se calcula en el 12% , según calculo informado por el Gerente de la empresa Cueros Vélez, en publicaciones citadas anteriormente.
3. A partir del 2019 hasta el año 2025 se estima un crecimiento del 15% anual, porcentaje inferior al anunciado por la empresa Cueros Vélez que anunciaban el 20% de incremento de las exportaciones.
4. El IPC (índice a precios del consumidor) entre 2017 y 2025 es del 4.52% y corresponde al promedio entre los años 2005 al 2016. La cifra de 26.322,54 en impuestos del 4 por mil, es la suma desde 220,75 en el año 2017 hasta 5.668,64 en el año 2025 y es el resultado del impuesto de Industria y Comercio dejado de cobrar a la empresa Cueros Vélez con la implementación del Acuerdo Municipal No CM-100-02-01-022 de 18 de diciembre de 2016, durante 8 años 2 meses estos dos meses correspondientes al inicio productivo en el año 2016.
5. Para determinar la base gravable, a las ventas totales se le restan las exportaciones las cuales se estiman en el 12% del valor de dichas ventas,

razón por la cual se multiplica el valor de las ventas más el IPC (Índice de Precios al Consumidor) por 88% (100%-12% de exportaciones)

La estructura financiera de los municipios y departamentos la definen los ingresos tributarios y no tributarios los otros ingresos que reciben son el producto del sistema general de participaciones y cualquiera que sea el gobernante va administrar los recursos provenientes del gobierno nacional y departamental.

La tasa de alumbrado público, que es el motivo de análisis en la vigencia fiscal del 2016 es el 40.78% de los recursos no tributarios, es decir por cada (mil pesos) que recibe el municipio, casi \$ 408 (cuatrocientos ocho) pesos, corresponden al alumbrado público y en el año 2017 la tasa de alumbrado público es el 47.6% de los recursos no tributarios, lo que significa que por cada \$ 1000 (mil) pesos que recibe el municipio por recursos no tributarios, \$ 476 (cuatrocientos setenta y seis) pesos corresponden al recaudo de alumbrado público.

Conclusiones

Realizado este análisis Jurídico y económico del Acuerdo Municipal CM-100-02-01-022 de 18 de diciembre de 2016, se logra determinar la flagrante violación al compendio normativo constitucional, que parte de la inadecuada interpretación y aplicación de los artículos 338, 287 numeral 3 y 313 numeral 4 de la Constitución Política de Colombia. En atención a las funciones y atribuciones del ejecutivo, el legislador (Congreso de la República) y las atribuciones asignadas a los Consejos Municipales frente a los impuestos de industria y comercio. Ello implica, que los artículos 4, 5 y 6 del acuerdo en mención, se pretenda la nulidad de los mismos a través de una demanda de nulidad por inconstitucionalidad.

A partir del análisis económico de la incidencia de los artículos 4, 5 y 6 del acuerdo en estudio, es posible evidenciar un favorecimiento tributario alarmante, que conlleva a una disminución de los recursos públicos que pudiere percibir el municipio en este sentido; por lo tanto, ante la inconstitucionalidad de los artículos antes mencionados de manera residual, es posible recuperar

los ingresos tributarios, de los recursos propios de libre destinación para la inversión social del municipio afectado.

Finalmente, es preciso mencionar que, si bien la jurisprudencia nacional es permisiva en la aplicación del principio de favorabilidad para el contribuyente, estas consideraciones no deben ser aplicadas sin analizar las consecuencias que ello trae para el municipio y comunidad en materia de inversión social, bajo el entendido de que prima el interés general sobre el particular.

Referencias bibliográficas

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de 1991*. Legis.

Acosta, C. (2011). ¿Es absoluto el principio de irretroactividad de la ley tributaria? *Revista de Derecho Fiscal*. 2 (1).

Arroyave, A. (2017). *Regalías del carbón en Amagá, 2010-2014: un estudio de caso*. Recuperado de: <http://bdigital.unal.edu.co/57028/1/1128398947.2017.pdf>

Corte Constitucional. (1993). Sentencia C-549 del 29 de noviembre de 1993. Bogotá.

Corte Constitucional. (2015). Sentencia C-602 del 16 de Septiembre 2015. Bogotá

Corte Constitucional. (2009). Sentencia C-748 del 20 de Octubre de 2009. Bogotá

Consejo de Estado-Sala Plena. (1996). *Expediente No. AI-07 del 16 de octubre de 1996*. Bogotá.

Consejo Municipal de Amagá. (2016). Acuerdo Municipal CM-100-02-01-022 de 18 de diciembre de 2016.

Junguito, R. y Rincón, H. (2004). *La política fiscal en el siglo XX en Colombia*. Fedesarrollo y Banco de la República.

Revista Portafolio (20 de abril de 2017). Exportar pieles, el nuevo reto de Cueros Vélez. Recuperado de: <https://www.portafolio.co/negocios/empresas/exportar-pieles-el-nuevo-reto-de-cueros-velez-505123>

Reyes, C. (2014). Acercamiento histórico y desarrollo técnico de la estructura tributaria de Colombia y España delimitada al impuesto de renta para las personas naturales.

Estatuto y sistema nacional anticorrupción. *Análisis y derecho comparado entre Colombia y México*

Andrés Felipe Sanmartín Sanmartín¹, Carlos Mario Uribe Ángel²

Resumen

Abordar el tema de la corrupción nos remite a comprender que este asunto es tan antiguo como complejo, y sin lugar a duda ha sido objeto de múltiples discusiones tanto a nivel filosófico, jurídico, económico, social, cultural y político.

En este sentido, se debe afirmar que los mismos medios de comunicación se han encargado de hacer denuncias e inventario de las múltiples formas en las que se suele presentar este fenómeno, confirmando con ello que si bien esta práctica se comprendía en función de ciertos grupos sociales o instituciones políticas, hoy día teniendo en cuenta su proliferación cualquier persona, sin necesidad de pertenecer a una determinada institución, puede verse envuelta en dicha conducta.

Un aspecto tan importante como el fomento y la práctica de los valores éticos y morales a nivel familiar y social queda cuestionado al ver que en el día a día no se percibe equilibrio entre la palabra y las acciones, entre el ejercicio de las funciones y la ejecución de las mismas, entre la promesa y su eventual cumplimiento.

Ahora bien, desde la mencionada importancia de los valores y la reflexión en torno a la expresión del Alemán Lotze (1841) sobre la idea de que “los valores no son, los valores valen”, nos preguntamos: ¿Qué papel ocupan los principios y los valores en la construcción de nuestra historia como Estado? ¿Qué lugar ocupa la defensa de los derechos fundamentales, sociales, políti-

1 Filósofo (UPB), Magister en Filosofía (UPB), Doctorando en Filosofía (UPB), Estudiante de Derecho por la Corporación Universitaria Americana (novenno semestre). E-mail: ociovitalismo@gmail.com

2 Magister, Abogado y Docente de la Facultad de Derechos de la Corporación Universitaria Americana. E-mail: curibe@americana.edu.co

cos, culturales y del ambiente en la construcción de nuestra sociedad? ¿A qué le damos valor como sociedad?

Bajo esta perspectiva, cabe resaltar que si bien la corrupción como fenómeno encuentra regulación jurídica y a su vez también es objeto del control social que nos favorece el ejercicio de la democracia como sujetos activos de la sociedad, a la luz del presente estudio se desea proponer un análisis jurídico sobre el tema en comentario bajo la orientación de un derecho comparado entre Colombia y México, con el cual se observa cómo a través de las diferentes constituciones ambos países tienen interés en regular, prevenir y sancionar este flagelo que va en detrimento no solo del erario público sino también de la buena gestión administrativa, el buen gobierno, la distribución de la riqueza, la equidad, la justicia y, sobre todo, del ejercicio de la democracia.

Palabras clave: corrupción, Estado, estatuto anticorrupción y sistema nacional anticorrupción.

Introducción

Ya en la antigüedad clásica expresaba Aristóteles que (...), “todas las cosas sensibles se corrompen” (Metafísica. Libro III, capítulo 4, 999b). En este sentido, el hombre como un ser sensible y generado no escapa de esta situación, pues como ser dotado de razón comprende la naturaleza de sus acciones, situación que le permite intervenir la realidad que lo circunda en virtud de regular el comportamiento a través de la aplicación de los conocimientos teórico - prácticos que posee.

En palabras de Platón, se puede aseverar que la importancia de la vida en la *polis* (ciudad-estado), implicaba hablar de una serie de sistemas de gobierno que condicionaban, no solo la estructura de la sociedad a través de la organización administrativa y de justicia, sino también el tipo de hombre que se pretendía obtener a través de la aplicación de dichos sistemas. En los Libros VIII y IX de la República, Platón expone las diferentes constituciones o formas de gobierno posible desde su generación hasta su degeneración o corrupción, dejando sentada la idea mediante la cual es posible comprender que *todo ser*

que se genera se corrompe, y de esta afirmación no son ajenas las instituciones que el mismo hombre crea para dirigir la sociedad.

En el sentido de la correcta dirección de la *polis*, a través de los diferentes sistemas o formas de gobierno, tanto Platón como Aristóteles advierten que estas estructuras albergan interés dependiendo de los ideales políticos que tengan los dirigentes, sin embargo, también son susceptibles de corromperse o degenerarse, situación que atentaría directamente contra los principios fundamentales que sostienen el orden social, a saber: la justicia (*dike* - *diké*), la equidad (*epiekeia* - *epiekeia*), la verdad (*alhqeia* - *aletheia*), la felicidad (*eudaimonia* - *eudaimonia*), el bien (*kalos* - *kalos*), lo común (*koinos* - *koinos*), la participación (*isegoria* - *isegoria*), la igualdad (*isonomia* - *isonomía*), la libertad (*eleutheros* - *eleutheros*) y la virtud o excelencia (*arete* - *areté*).

Si bien en la antigüedad, la distinción entre verdad y opinión estuvo precedida por múltiples discusiones mediante las cuales se buscaba preservar la verdad como principio fundamental que acompaña el ejercicio de la justicia, hoy día, nuestros sistemas sociales de gobierno también procuran conservar esta estructura, sin embargo, el factor que influye negativamente en la consecución de este propósito, es entonces, la poca aprehensión y vivencia de los valores y principios que hemos definido particularmente desde el contexto de la democracia.

En consecuencia, tantos son los hechos de corrupción anecdóticos que se pueden contar del pasado, que incluso la mitología griega desde los relatos que se conservan de Homero y Hesíodo traían implícita la idea de que los dioses compartían con los hombres sus sentimientos, emociones, deseos, y entre ellos era común la envidia, la ira, el engaño, la venganza y la trampa.

De esta forma, si nos adentramos un poco más en la génesis de este problema, nos extrañaríamos al dar un brevísimo repaso por algunos de aquellos episodios que incluso, se podría afirmar, guardan relación con los hechos actuales más bochornosos e irreprochables. Mencionemos dos ejemplos para que se comprenda en contexto como se manifestaba la corrupción, veamos:

En Grecia juzgan a Sócrates por corromper a los jóvenes. Acusado por Anito, Meleto y Licon, es llevado ante un consejo de jueces que luego de escuchar

su defensa deciden por diferencia de seis votos condenarlo a beber la cicuta, luego de probar públicamente que su intención no es otra que actuar conforme a una misión educadora, consistente en hacer ver la importancia de ejercitar los verdaderos principios éticos y políticos que en su momento eran contrarios a las relaciones de poder de los grupos dirigentes de Atenas.

En un segundo momento, si miramos las figuras de Emperadores Romanos tales como Calígula, Nerón, Cómodo, entre otros, se puede observar a través de ellos, la forma en que la ley puede ser burlada o acomodada a fines particulares, verbigracia, se recuerda como el Emperador Calígula obsesionado por su Caballo (*incitatus*) termina por convertirlo Cónsul de Roma.

Hoy día, entonces, recordamos que este flagelo de la corrupción en cualquiera de sus posibles manifestaciones no escapa a nuestra condición humana, pues en el contexto de Colombia y México bajo la orientación de un sistema democrático, en donde el pueblo tiene el poder, tal parece, solo queda una simple y quieta estructura semántica, que nos recuerda desde la raíz etimológica el deber ser de ese concepto que dejó de ser imperativo práctico a nivel social, es decir, ha sido tal el desencanto por la administración de justicia, por los partidos políticos y por la acción del Estado a través de la administración pública, que la misma democracia ha venido perdiendo el sentido ético - político encargado de generar y promover identidad y sentir de patria.

Ahora bien, no por consuelo sino por ser fiel a la verdad, se debe afirmar que actualmente el panorama mundial en materia de corrupción, no exime a ningún país de este fenómeno, por tanto, se observa que bajo esta mirada global hay unos más afectados que otros, razón que nos lleva a preguntarnos por las causas de esta realidad. En este orden de ideas, si bien se puede reflexionar sobre estos asuntos, la misma sensibilidad por lo humano y por el uso teórico y práctico de la razón en la construcción de la sociedad, nos debería favorecer, no solo rechazarla unánimemente independiente del país en el que estemos, sino también denunciarla, atacarla con todas nuestras fuerzas y hacer lo suficiente por erradicarla a través del cultivo de los valores y principios.

En consecuencia, y debido a que nuestro objeto de estudio se enmarca en un derecho comparado que busca contextualizar las formas jurídicas mediante las cuales tanto Colombia como México buscan contrarrestar este fenómeno, damos paso a nuestro derecho comparado.

Desarrollo

EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN

Análisis y derecho comparado con Colombia

Para dar inicio al tratamiento del tema de la Corrupción en Colombia, se presentarán las cuatro bases jurídicas que orientan su regulación, a saber:

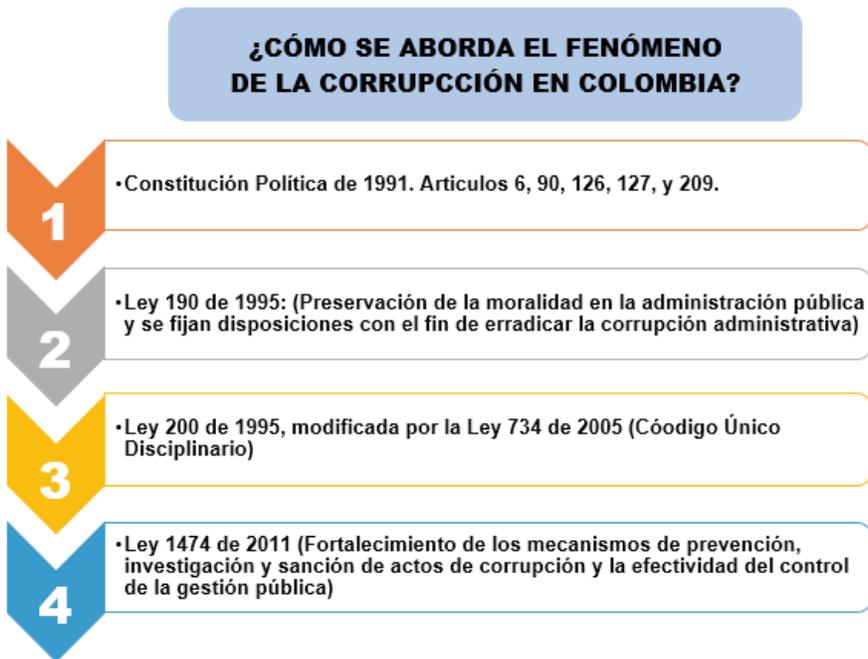


Figura 1. Base normativa a partir de 4 elementos para combatir la corrupción en Colombia.

Conforme lo anterior, es importante mencionar que nuestra primera base jurídica se encuentra en la Constitución Política de 1991.

Constitución Política de 1991

En el mandato expresado por el constituyente primario, dentro de los aspectos más relevantes, que dieron pie a la Constitución Política de 1991, es-

taba la lucha frontal contra la corrupción ocasionada por diversos factores políticos, económicos, sociales y jurídicos.

Es así, como el Presidente de la República de la época, César Gaviria Trujillo lo expresó al clausurar las secciones de la Asamblea Constituyente:

Hay que subrayar también las nuevas Instituciones de la Procuraduría General y la Contraloría Nacional, con herramientas eficaces para defender el patrimonio del Estado, velar por la eficiencia en las entidades públicas y sancionar de manera ejemplar la corrupción. (ESAP-Centro de Publicaciones, 1992).

Ahora bien, a partir del artículo 6, se establece y diferencia la responsabilidad de los particulares y la de los servidores públicos teniendo como premisa un Estado Social y de Derecho, en la medida que éstos tienen que dar ejemplo y, por ende, responden penal, fiscal, disciplinaria y políticamente.

Seguidamente, en el artículo 90, nos indica la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputados, ya bien sea por la acción u omisión de las entidades u organismos estatales o de sus agentes. Que el Estado responda por toda actuación u omisión en que haya incurrido por el solo hecho de haberle causado un daño a un individuo, carga que éste no debe soportar; y no solo responda en los casos en que quede probada la conducta antijurídica, esto es, la culpa o dolo, ámbito donde se desarrolla la falla del servicio.

Del anterior artículo, se desprende que el daño antijurídico, es el verbo rector de toda responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, ya que la administración no está legitimada para producir el daño y por su parte el ciudadano no tiene por qué soportar dicho perjuicio. Por su parte, el Consejo de Estado en Sentencia del 8 de junio de 1999 con Consejero Ponente Manuel Suárez Hernández, manifiesta frente a la responsabilidad patrimonial del Estado, que ésta tiene su fundamento normativo en el artículo 90 Constitucional, la cual se deriva del daño antijurídico el cual surge sin necesidad de que se configure la culpa o la falla, ya que estos caracteres subjetivos podrán darse o no para que se configure el daño, desprendiéndose de lo anterior que así no se dé la culpa existirá responsabilidad de la administración por el solo hecho de haberse ocasionado un daño en cabeza de un particular.

Por otra parte, la corte constitucional, en reiteradas sentencias de constitucionalidad, entre ellas, la Sentencia C-918 de 2002, destaca que el integrado con los principios rectores del Estado Social de Derecho.

En este orden de ideas, se destaca que los artículos 126° y 292°, de igual manera, estatuyen un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, para los servidores públicos con relación a los nombramientos en las entidades y organismos del Estado y teniendo como referencia la normativa en materia civil sobre aspectos de consanguinidad y afinidad. Al respecto, la Corte Constitucional, manifestó:

Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Sentencia C-671 de 2004).

Sin embargo, es el Código Civil Colombiano, el que nos define las expresiones consanguinidad, afinidad y primero civil, así:

Artículo 35. Parentesco de consanguinidad. Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidas por los vínculos de la sangre (Congreso de la República. Ley 57 de 1887).

Conforme lo anterior, se debe afirmar que de consanguinidad en línea recta (bisabuelo, abuelo, padre, hijo, nieto, bisnieto) puede ser ascendiente y descendiente. Cada generación representa un grado. Para calcular los grados de la línea colateral, es decir, la existente entre dos parientes que no descienden de un tronco común, se cuentan y suman las generaciones que hay desde cada uno de los dos parientes hasta el ascendiente común.

Y en la misma norma civil, también se expresa que:

Artículo 37. De los grados de consanguinidad. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.

Artículo 47. Afinidad legítima. (Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer.)

Artículo 48. Afinidad ilegítima. (Es afinidad ilegítima la que existe entre una de las personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra.). (Congreso de la República. Ley 57 de 1887).

Conforme lo anterior, se debe recordar que este último artículo se declaró Inexequible por la Corte Constitucional Sentencia C-595 de noviembre 6 de 1996, pues el texto se prestaba para equívocas interpretaciones de la expresión ilegítimo y desvirtuaba toda la jurisprudencia sobre la imposibilidad de tratos discriminatorios por razón del origen familiar, es por ello que la Corte declaró su inconstitucionalidad, entre otras razones, porque el inciso primero del artículo 42 de la Constitución reconoce igualdad entre la familia natural y la jurídica, de tal suerte que no existe consanguinidad ilegítima a causa de la inexistencia del matrimonio.

En dicha Sentencia C-595 de 1996 también se expresó que:

(...), se advierte que la declaración de inexequibilidad del artículo 48 no implica la desaparición de la afinidad extramatrimonial, es decir, la originada en la unión permanente a que se refieren los artículos 126 y 179 de la Constitución, entre otros. Para todos los efectos legales, la afinidad extramatrimonial sigue existiendo (Corte Constitucional, 1996).

En efecto, respecto al artículo 50 del Código Civil colombiano se dirá que:

Artículo 50. Parentesco civil. Parentesco civil es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas (Congreso de la República. Ley 57 de 1887).

Ahora bien, la consecuencia directa de verse inmerso en una inhabilidad genera como consecuencia para quien aspira a acceder a un empleo público, la no designación en el mismo y la declaratoria de insubsistencia, en caso de estar ocupando el cargo o de ser nombrado, mediante acto administrativo debidamente motivado. Aquí es importante entrar a diferenciar si la inhabilidad o incompatibilidad es sobreviniente o no. Una causal de inhabilidad es sobreviniente cuando una persona ocupa un empleo público y se presentan situaciones que la Ley contempla como supuestos de hecho de una inhabilidad y los mismos son de ocurrencia posterior.

Por su parte, el estatuto disciplinario contemplado en la Ley 734 de 2002, definió el concepto de la siguiente manera:

Artículo 37. Inhabilidades e incompatibilidades. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias (Congreso de la República, 2002).

Igualmente, la Ley 190 de 1995, anterior estatuto anticorrupción establece en su Artículo 6° que: En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio. Por tratarse de inhabilidades sobrevinientes, en caso de presentarse una situación de esta naturaleza, la norma prevé un mecanismo de solución diferente a la declaratoria de nulidad, al señalar en su inciso segundo que:

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar (Congreso de la República, 1995).

De otro lado, el artículo 292 de la Constitución Política, establece: “No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

En este sentido, las dos normas constitucionales no se excluyen, sino que por el contrario comparten una misma finalidad, haciéndose compatibles en su aplicación. En efecto, el artículo 126 prohíbe a todo servidor público nombrar a sus parientes dentro de ciertos grados de consanguinidad o afinidad. Para que esta prohibición opere, se requiere entonces que el servidor público sea el nominador y su pariente el nominado, por ello, la norma constitucional dice “los servidores públicos no podrán nombrar” (...).

En cambio en el enunciado del artículo 292, consagra la prohibición para ciertos ciudadanos de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos de la respectiva entidad territorial, cuando en la misma ejercen su actividad como diputados o concejales personas con quienes tienen un vínculo matrimonial o de unión permanente de hecho o parentesco en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

De esta forma, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1148 de 2007, modificando en lo pertinente las leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 en donde se reitera la prohibición contemplada en la constitución política artículos 126 y 192.

Consecuentemente, dice el artículo 1o. de la Ley 1148 de 2007, por medio del cual se modificó el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, que:

Artículo 1. El artículo 49 de la ley 617 de 2000 quedará así: Artículo 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales.

(...). Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

(...). Parágrafo 1o. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa. (...). (Congreso de la República, 2000).

Así las cosas, es necesario referirnos concretamente a las inhabilidades en que pueden incurrir las personas o los servidores públicos con relación a los empleos que son de elección popular.

Finalmente, se debe recordar que el artículo 127°, por su parte, contempló un régimen de contratación estatal orientado a el cumplimiento de los fines estatales y a los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209° Constitucional, así:

(...). La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Ley 190 de 1995

Esta ley dicta normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.

De esta forma, se constituye en la primera norma producto de la constitución política de 1991, con el fin de dotar al estado colombiano y las nuevas instituciones creadas para tal efecto, de las herramientas necesarias para la preservar la moralidad en la administración pública y en los servidores públicos y con el propósito de acabar con la corrupción en todos los niveles de la administración pública.

Ley 200 de 1995

Esta ley da origen al Código Disciplinario Único.

Primero, debemos enmarcar el derecho disciplinario como el régimen jurídico encargado de regular el comportamiento de las personas que prestan los servicios en las entidades y organismos estatales, establecer los deberes, derechos y prohibiciones, además, la titularidad de la potestad disciplinaria en cabeza del Estado, así como establecer las sanciones para quienes incumplan los mandatos constitucionales y legales. Ahora bien, dentro de las diversas definiciones, encontramos:

El conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo (Sentencia C-721 de 2015).

Finalmente, se debe afirmar que esta norma permite comprender la importancia que cobra para la administración pública desde el ejercicio de las funciones que cumplen los servidores públicos en virtud de ir construyendo una cultura de transparencia más fuerte y consolidada en el tiempo que favorezca a su vez la necesidad de darle mayor solidez a la responsabilidad social a la luz del correcto ejercicio de las funciones que orientan una imagen del gobierno, pues desde esta ley, se establece todo el proceso disciplinario a la luz de los principios que orientan la correcta gestión pública.

Ley 734 de 2004

Con esta ley, se expide el código disciplinario único, de esta forma se puede afirmar que el régimen disciplinario está ligado a la función pública en Co-

lombia, en la medida, que regula el comportamiento o responsabilidad en que pueda incurrir un servidor público por la acción u omisión en sus funciones o por extralimitación en el ejercicio de sus funciones o por el incumplimiento de un deber legal.

Lo anterior, se ve reflejado, en la potestad sancionadora estatal que se concreta en la posibilidad de desplegar un control disciplinario, cuando la actividad va en contra de la ética del servidor público o contra los principios de moralidad, eficiencia y eficacia.

Es así, como, es el Estado quien ejerce dicha función a través de las Oficinas de Control Disciplinario y de los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos o entidades del Estado. Igualmente, es la Procuraduría General de la Nación, quien ejerce el poder preferente disciplinario y, por lo tanto, podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación disciplinaria de competencia de los entes disciplinarios.

Esta potestad, también está radicada en las Personerías Municipales y Distritales de acuerdo con las normas que regulan los conflictos de competencia y el debido proceso y que no se podrá juzgar ni sancionar dos veces por un mismo delito.

Los principios que regulan la acción disciplinaria son: la legalidad, debido proceso, respeto por la dignidad humana, presunción de inocencia, culpabilidad, favorabilidad, igualdad, derecho de defensa y proporcionalidad; tienen contenido constitucional, procurando siempre salvaguardar la moralidad y la ética pública, pero a la vez rodeando de garantías a quienes son investigados a través del estatuto disciplinaria.

Quienes cumplen con una función pública, se les exige más, precisamente por esa condición de ser a la vez ciudadano y servidor público en la medida que responden por acción, omisión, extralimitación en sus funciones o por el incumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, tanto en el territorio nacional o en el extranjero e incluso una vez se está retirado del servicio; es así que los destinatarios de acción disciplinaria los servidores públicos, los indígenas que manejan recursos públicos, los particulares que ejercen funciones públicas y los representantes legales de asociaciones, fundaciones, coopera-

tivas y corporaciones en donde el Estado tenga participación mayoritaria de acuerdo a la normativa que regula la materia.

Igualmente, se regula los casos, donde se exime de responsabilidad al existir una causa legal de caso fortuito o fuerza mayor; en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia; en cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales; por insuperable coacción ajena o miedo insuperable con la convicción errada e invencible que su comportamiento no constituye falta disciplinaria o en situación de inimputabilidad, sin embargo, también, se regula lo referente a las causales o causas en donde se extingue la acción disciplinaria como lo son: la muerte del investigado y por prescripción de la acción disciplinaria, que son cinco años. Igual término para la sanción disciplinaria contados a partir de la fecha de ejecutoria del fallo.

En este sentido, cabe señalar que las faltas disciplinarias están clasificadas en: gravísimas, graves y leves. Las gravísimas están contempladas de manera taxativa en la ley, es decir, de forma detallada en la medida que se regulan demasiados comportamientos y por lo tanto, los mismos son relacionados concretamente. Con relación a la leves o graves, se deberá acudir a unos criterios establecidos en la ley: el grado de culpabilidad, el grado de perturbación del servicio, la naturaleza esencial del servicio, la jerarquía o cargo que tenga dentro de la entidad pública, la trascendencia social o el perjuicio causado, las modalidades o circunstancias en que se dio la comisión de la falta o que la misma se realice con participación de otras personas particulares o servidores públicos.

Ahora bien, la sanción disciplinaria está dada de la siguiente manera: para las faltas gravísimas dolosas o con culpa gravísima destitución o inhabilidad general; para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas suspensiones en el ejercicio del cargo o inhabilidad especial; para las faltas graves culposas suspensión; para las faltas leves dolosas, multa y para las faltas leves culposas, amonestación escrita.

La acción disciplinaria se inicia cuando se recibe una queja por parte de cualquier persona; o de oficio cuando la información la suministra otro servidor público o de otro medio que tenga credibilidad. De igual manera procede,

aunque la persona ya no esté prestando el servicio público respectivo y en caso de no poder cumplirse la sanción, ésta, se registrará en la hoja de vida de la persona y en la base de datos que para tal efecto lleve la Procuraduría General de la Nación.

En efecto, recordemos que en cualquier etapa de la investigación disciplinaria sí se determina que la falta no existió, que el sujeto disciplinable no la cometió o que existe una causal que exime la responsabilidad, inmediatamente se archivarán las diligencias.

Por último, la competencia para adelantar la acción disciplinaria está dada por los siguientes criterios, así: la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, el factor funcional y el factor de conexidad, la calidad del sujeto disciplinable: a las entidades y órganos del estado, a la administración central y descentralizada territorialmente y por servicios. A los particulares los investiga la Procuraduría General de la Nación, el factor territorial está dado por el territorio en donde se cometió la falta disciplinaria, la competencia por razón de conexidad se determina cuando un servidor público comete varias faltas disciplinarias conexas.

El procedimiento administrativo lo componen las siguientes etapas: indagación preliminar, investigación disciplinaria; evaluación de la investigación disciplinaria; descargos, pruebas y fallo; segunda instancia y ejecutoria del fallo. En cada una de las etapas del proceso disciplinario, permanentemente, se busca es la verdad real sobre unas pruebas aportadas, practicadas y ajustadas, al debido proceso y respetando el derecho a la defensa y a la contradicción, es decir, que realmente se ha infringido la norma disciplinaria y que hay un responsable de dicha infracción y, por lo tanto, es destinatario de la sanción disciplinaria. Se conoce dentro de los medios de prueba: la confesión, la peritación, la inspección judicial, aporte de documentos, entre otros.

Ley 1474 de 2011

Con esta ley se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Ahora bien, es importante mencionar que con esta norma se hace énfasis en la ampliación de términos y plazos en los respectivos procesos disciplinarios y contractuales, en cuanto al tema de las inhabilidades de los ex servidores públicos comúnmente denominada la silla giratoria y modificaciones al estatuto contractual estatal y al código único disciplinario, establecido, mediante la Ley 734 de 2002.

En este sentido, se debe recordar que:

El Estatuto Anticorrupción establece en sus dos primeros capítulos una serie de medidas administrativas dirigidas a prevenir y combatir la corrupción. Bajo el entendido de que “la Administración Pública es el ámbito natural para la adopción de medidas para la lucha contra la corrupción” (Congreso de la República, 2010). Asimismo, la Ley 1474 de 2011 establece una serie de inhabilidades para contratar con el Estado, refuerza la acción de repetición, hace énfasis en la necesidad de que haya un control interno más independiente y efectivo en las entidades de la Rama Ejecutiva y plantea la necesidad de un sistema de control más eficaz para la lucha contra la corrupción en el sector salud. Todo ello con el ánimo de evitar que los recursos públicos lleguen a las manos de los corruptos y de esta manera se desangre al Estado (Presidencia de la República, 2016).

Seguidamente, para el Consejo de Estado, en Sentencia de la sección quinta de la sala de lo contencioso administrativo, se expresó que:

(...), la consagración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se justifica en la prelación de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, transparencia e imparcialidad que deben imperar en la actuación de los sujetos que desempeñan la función pública, o de quienes aspiran o pretendan acceder a la misma. En efecto, el desarrollo indigno del poder, la influencia negativa de la posición, el privilegio indebido con olvido del Interés público, de la legalidad, de la buena administración, del patrimonio público y de la probidad en las actuaciones, constituyen, sin duda, razones para establecer restricciones a la libertad y a los derechos de los sujetos en el ámbito del derecho público,

tendientes a evitar la vinculación a la función pública o el ejercicio de ésta en las diferentes ramas del Poder público, de personas cuya conducta o situación pueda ser lesiva a esos intereses, principios y valores (Consejo de Estado, 2009).

De otro lado, se establece una inhabilidad para contratar con el Estado a las personas que financien campañas políticas a la presidencia de la república, gobernaciones y alcaldías municipales, y a las personas que se encuentran dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo grado de afinidad, o primero civil, de la persona que ha financiado la campaña política. Se entiende por consanguinidad “es la relación de sangre entre dos personas: los parientes consanguíneos son aquellos que comparten sangre por tener algún pariente común”, y por afinidad “los parientes no consanguíneos son aquellos que no presentan un vínculo de sangre, pero que son parientes por un vínculo legal matrimonio.

Por consiguiente, se modifica el numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 tendrá un nuevo literal k), el cual quedará así:

Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las Gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores a los dos puntos cinco por ciento (2,5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato (Congreso de la República, 1993).

Conforme lo anterior, se debe afirmar que el presente Estatuto Anticorrupción se orienta a través de una serie de principios que orientan su gestión y que sirven de sustento jurídico para el correcto actuar dentro de la administración pública por parte de todos los servidores públicos y que a su vez también se extienden a los ciudadanos que como veedores de las acciones de que el Estado ejecuta a través de sus funcionarios no solo deben proyectar sino también exigir. Estos principios son: *transparencia, eficiencia, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*, a saber:



Figura 2. Principios del Estatuto Anticorrupción

Finalmente, se debe indicar que si bien se conciben cuatro bases fundamentales que fundamentan y sirven de sustento jurídico para atacar, sancionar, investigar y prevenir conductas de corrupción, también se conciben cuatro pilares que coadyuvan para hacerle frente a este fenómeno, a saber:

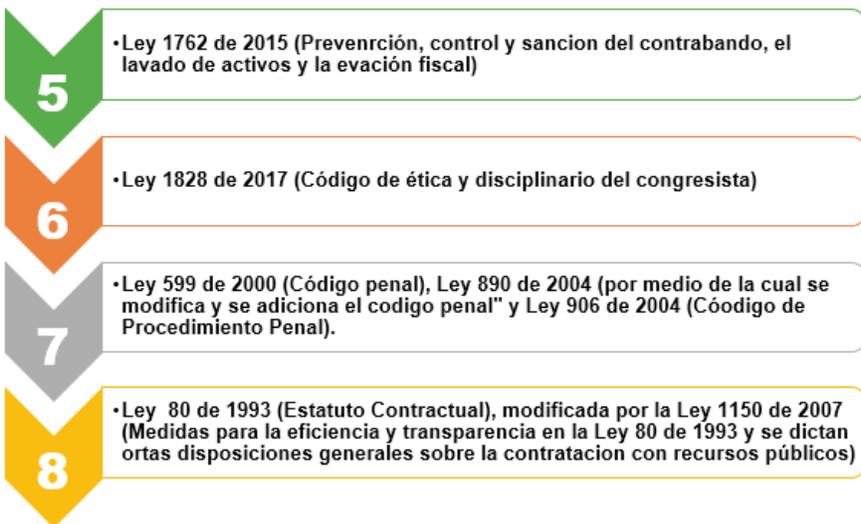


Figura 3. Estructura normativa a partir de 4 pilares para combatir la corrupción en Colombia.

EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

Análisis y derecho comparado con México

Inicialmente se dirá que actualmente México cuenta con ocho herramientas jurídicas que buscan contrarrestar el problema de la corrupción.

A continuación, se presenta la figura 4 que nos puede aproximar de forma detallada a los primeros cuatro elementos que estructuran la base de este panorama normativo, a saber:

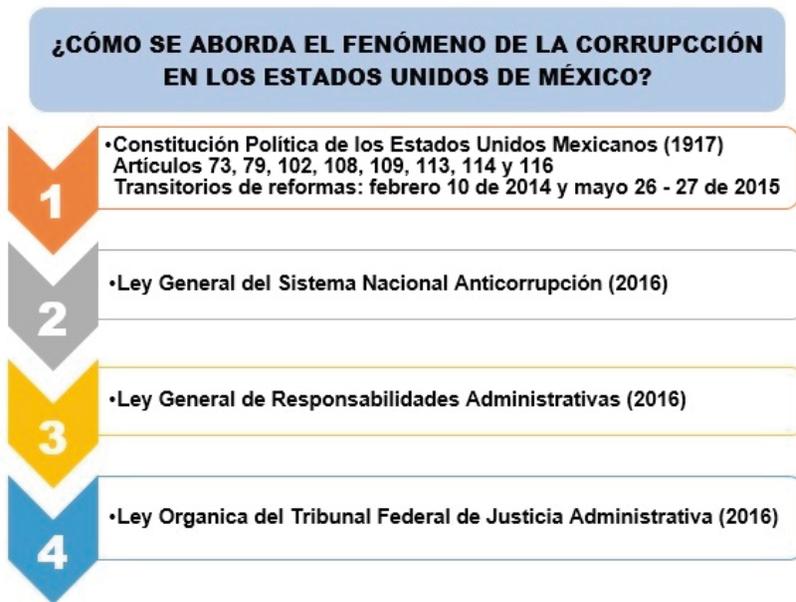


Figura 4. Base normativa a partir de 4 elementos para combatir la corrupción en México.

Como puede observarse, los cuatro elementos base o que constituyen el suelo sobre el cual se erige la estructura del tratamiento al problema de la corrupción en México son: La Constitución Política (1917), luego la ley específica que orienta todo la creación del Sistema Nacional Anticorrupción (*en adelante SNA*), posteriormente, la Ley General de Responsabilidades Administrativas (2016) y por último, la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (2016).

Nótese como los fundamentos normativos No. 2, 3 y 4 tienen como motivación inicial una reforma al tema de la transparencia, la buena gestión administrativa y el buen gobierno impulsados por el actual Presidente de los Estados Unidos de México, el Sr. Enrique Peña Nieto en el año 2016, quien ha propuesto más de cincuenta modificaciones a la Constitución y un sin número de reformas a otras leyes, dentro de las que se destaca el Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1931).

Ahora bien, en virtud de esclarecer cuáles son los aportes que estos cuatro fundamentos normativos brindan y que se comprenden como la base de la lucha contra la corrupción en México, se presenta a continuación una aproximación o análisis, a saber:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)

Los principales aportes que se derivan de la Carta Política de los Estados Unidos de México se encuentran configurados así:

Sección III. De las facultades del Congreso.

Artículo 73. (...). XXIV. Para expedir las leyes que regulen la organización y facultades de la Auditoría Superior de la Federación y las demás que normen la gestión, control y evaluación de los Poderes de la Unión y de los entes públicos federales; así como para expedir la ley general que establezca las bases de coordinación del Sistema Nacional Anticorrupción a que se refiere el artículo 113 de esta Constitución. *Fracción reformada DOF 30-07-1999 y 27-05-2015* (Congreso Constituyente, 1917).

El primer aporte que se haya en la Carta Política, tiene relación directa con el poder o facultades que se le brindan al Congreso, por esta razón se encuentra en la fracción XXIV la tarea que se le impone a esta corporación en virtud de expedir y establecer las bases necesarias que sirvan de orientación al Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) como directriz necesaria para cuidar, velar y preservar los principios que sostienen la transparencia respecto de la gestión

administrativa y gubernamental que emana del Estado en cabeza de sus instituciones y funcionarios.

A continuación, el segundo aporte Constitucional:

Sección V. De la Fiscalización Superior de la Federación.

Artículo 79. La Auditoría Superior de la Federación podrá solicitar y revisar, de manera casuística y concreta, información de ejercicios anteriores al de la Cuenta Pública en revisión, sin que por este motivo se entienda, para todos los efectos legales, abierta nuevamente la Cuenta Pública del ejercicio al que pertenece la información solicitada, exclusivamente cuando el programa, proyecto o la erogación, contenidos en el presupuesto en revisión abarque para su ejecución y pago diversos ejercicios fiscales o se trate de revisiones sobre el cumplimiento de los objetivos de los programas federales. Las observaciones y recomendaciones que, respectivamente, la Auditoría Superior de la Federación emita, sólo podrán referirse al ejercicio de los recursos públicos de la Cuenta Pública en revisión. (*Párrafo reformado DOF 27-05-2015*).

Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, en las situaciones que determine la Ley, derivado de denuncias, la Auditoría Superior de la Federación, previa autorización de su Titular, podrá revisar durante el ejercicio fiscal en curso a las entidades fiscalizadas, así como respecto de ejercicios anteriores. Las entidades fiscalizadas proporcionarán la información que se solicite para la revisión, en los plazos y términos señalados por la Ley y, en caso de incumplimiento, serán aplicables las sanciones previstas en la misma. La Auditoría Superior de la Federación rendirá un informe específico a la Cámara de Diputados y, en su caso, promoverá las acciones que correspondan ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción o las autoridades competentes. (*Párrafo reformado DOF 27-05-2015*) (Congreso Constituyente, 1917).

En virtud de lo anteriormente expuesto, fiscalizar se comprende como una forma de revisión o auditoría que tiene por objeto confrontar los fondos y re-

cursos del Estado y de las diferentes entidades públicas que este requiere para la correcta función administrativa. Con esta acción, se busca no solo generar una buena gestión en virtud de una correcta inversión de los recursos públicos sino también generar un sentido más profundo de responsabilidad social respecto a la destinación final de estos.

Respecto al artículo 102, cabe destacar que allí el Ministerio Público se organiza en una Fiscalía General de la República como órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propios, y concretamente en el numeral VI se nos expresa respecto a las funciones de dicha fiscalía que: (...). “contará, al menos, con las fiscalías especializadas en materia de delitos electorales y de combate a la corrupción, cuyos titulares serán nombrados y removidos por el Fiscal General de la República”. (Congreso Constituyente, 1917).

Con esta función, se da poder especial a la fiscalía para perseguir a aquellas personas, funcionarios e instituciones que se desvíen del cumplimiento de la ley bajo la orientación de una justicia pronta y expedita que pueda darle tratamiento al problema de la corrupción a la luz de penas ejemplares configuradas en la ley penal.

Seguidamente, de los artículos 108 al 114 encontramos en el Título Cuarto, *las responsabilidades de los servidores públicos, particulares vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción, y patrimonial del estado*. De allí destacamos lo siguiente:

Artículo 109. Los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado, serán sancionados conforme a lo siguiente:

(...). II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público o particulares que incurran en hechos de corrupción, será sancionada en los términos de la legislación penal aplicable. (...). III. Los entes públicos federales tendrán órganos internos de control con las facultades que determine la ley para prevenir, corregir e investigar actos u omisiones que pudieran constituir responsabilidades administrativas; para sancionar aquéllas distintas a las que son competen-

cia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; revisar el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de recursos públicos federales y participaciones federales; así como presentar las denuncias por hechos u omisiones que pudieran ser constitutivos de delito ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción a que se refiere esta Constitución. (...) (Congreso Constituyente, 1917).

En efecto, se destaca del citado artículo 109 la vinculación al proceso penal de todos aquellos funcionarios o particulares vinculados con la administración que cometan delitos de corrupción, situación que debe estar articulada al proceso de control interno que caracterizan la organización administrativa de los entes públicos federales, por tanto, el sentido de responsabilidad pública se entiende en dos direcciones, a saber: en un primer momento, desde el proceso disciplinario interno que adelanta la entidad a partir de las investigaciones que tienen por objeto revisar los ingresos, egresos, el manejo la custodia y aplicación o finalidad de los recursos públicos y en un segundo momento desde la denuncia penal que tiene por objeto sancionar la conducta conforme los principios y preceptos constitucionales y normativos.

Finalmente, se encuentra el artículo 113, en el cual se presenta la configuración del SNA, su definición y las bases mínimas que articulan su naturaleza jurídica, a saber:

Artículo 113. El Sistema Nacional Anticorrupción es la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos. Para el cumplimiento de su objeto se sujetará a las siguientes bases mínimas: I. El Sistema contará con un Comité Coordinador que estará integrado por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación; de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción; de la secretaría del Ejecutivo Federal responsable del control interno; por el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; el presidente del organismo garante que establece el artículo 60. de esta Constitución; así como por un repre-

sentante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana; II. El Comité de Participación Ciudadana del Sistema deberá integrarse por cinco ciudadanos que se hayan destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción y serán designados en los términos que establezca la ley, y III. Corresponderá al Comité Coordinador del Sistema, en los términos que determine la Ley: a) El establecimiento de mecanismos de coordinación con los sistemas locales; b) El diseño y promoción de políticas integrales en materia de fiscalización y control de recursos públicos, de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, en especial sobre las causas que los generan; c) La determinación de los mecanismos de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información que sobre estas materias generen las instituciones competentes de los órdenes de gobierno; d) El establecimiento de bases y principios para la efectiva coordinación de las autoridades de los órdenes de gobierno en materia de fiscalización y control de los recursos públicos; e) La elaboración de un informe anual que contenga los avances y resultados del ejercicio de sus funciones y de la aplicación de políticas y programas en la materia. Derivado de este informe, podrá emitir recomendaciones no vinculantes a las autoridades, con el objeto de que adopten medidas dirigidas al fortalecimiento institucional para la prevención de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como al mejoramiento de su desempeño y del control interno. Las autoridades destinatarias de las recomendaciones informarán al Comité sobre la atención que brinden a las mismas. Las entidades federativas establecerán sistemas locales anticorrupción con el objeto de coordinar a las autoridades locales competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción. *Párrafo adicionado DOF 14-06-2002 - Artículo reformado DOF 28-12-1982 y 27-05-2015 (Congreso Constituyente, 1917).*

Este sistema del que trata el artículo 113 Constituyente va a dar origen a la denominada Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA, 2016), ley que más adelante tendremos oportunidad de abordar a la luz del presente análisis.

Para finalizar este primer análisis acerca de los aportes que desde la Constitución Política de los Estados Unidos de México se orienta al tema de la prevención, detección y sanción de la corrupción como fenómeno jurídico, social y cultural se observan una serie de principios que dan fundamento al tema a saber: se habla de la transparencia, el acceso a la información, la definitividad y la imparcialidad como las bases generales, sin embargo, desde la gestión y funciones que cumple la Fiscalía general de la República se observan otros principios que definen no solo el sentido misional de dicha entidad sino que de forma especial sirven como soporte a la política de lucha contra la corrupción esbozada en el denominado SNA. Estos principios son: la legalidad, la confiabilidad, la objetividad, la eficiencia, el profesionalismo, la honradez y el respeto a los derechos humanos.

Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (2016)

Inicialmente se dirá que esta ley específica que regula el tema de la corrupción en México da origen al denominado SNA (Sistema Nacional Anticorrupción), que a la vez tiene origen en la reforma constitucional del año 2015 y que se refleja en el ya mencionado artículo 113.

Esta ley consta de 60 artículos estructurados de la siguiente forma:

En el Título 1, capítulo 1 que va de los artículos 1 al 4 se nos habla acerca del objeto de la ley (*ley de orden público y de observancia en todo el territorio nacional que busca crear las bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, los municipios y alcaldías de la ciudad de México para el funcionamiento del SNA*), el cual se expresa a través de la prevención, investigación y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción.

Seguidamente, el artículo 2 nos habla de diez objetivos fundamentales que sustentan el SNA dentro de los cuales se destacan: (...).

Artículo 2. (...). VII. Establecer las bases y políticas para la promoción, fomento y difusión de la cultura de integridad en el servicio público, así como de la rendición de cuentas, de la transparencia, de la fiscalización y del control de los recursos públicos.

VIII. Establecer las acciones permanentes que aseguren la integridad y el comportamiento ético de los Servidores públicos, así como crear las bases mínimas para que todo órgano del Estado mexicano establezca políticas eficaces de ética pública y responsabilidad en el servicio público. (Congreso General, 2016)

En este sentido, los artículos 3 y 4 nos hablan, respectivamente de algunas definiciones básicas que orientan el tema del SNA y de los sujetos que busca regular esta ley (*entidades públicas*).

En el capítulo 2 que comprende el artículo 5 se nos hablan de los principios que le dan estructura al SNA, a saber: legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia, equidad, eficacia, transparencia, economía, integridad y competencia por mérito.

La siguiente imagen nos ayuda a ilustrar la importancia que cobran estos principios:



Figura 5. Principios del SNA

En este orden de ideas, encontramos el Título II, capítulo I que comprende los artículos 6 (*objeto del SNA*) y 7 (*los integrantes del SNA, compuesto por el comité coordinador, por el comité de participación ciudadana, por el comité rector del sistema nacional de fiscalización y por los sistemas locales*).

El capítulo II del presente título, comprende los artículos del 8 al 14. Allí se encuentra configurada la definición del comité de coordinación (*artículo 8*), las facultades de dicho comité (*artículo 9*), quienes lo integran (*artículo 10*), lo relacionado al tiempo de duración del presidente del comité que se propone por un año y además es rotativo entre los miembros del comité de participación ciudadana (*artículo 11*), las atribuciones del presidente (*artículo 12*), las reuniones del comité y periodicidad de las mismas (*artículo 13*) y finalmente, lo relacionado a las decisiones que se toman de forma participativa a través del voto en dicho comité de coordinación (*artículo 14*).

El capítulo III nos remite al comité de participación ciudadana y comprende los artículos del 15 al 23. El capítulo IV regula lo relacionado con la Secretaría Ejecutiva del SNA, dividida en tres secciones, a saber: Sección I (Organización y funcionamiento: artículos del 24 al 29). Sección II (Comisión Ejecutiva: artículos del 30 al 32) y Sección III (Secretario Técnico: artículos del 33 al 35).

En el capítulo V nos habla de los sistemas locales (*artículo 36*).

El Título III presenta el Sistema Nacional de Fiscalización (SNF), comprendido en un capítulo único que va de los artículos 37 al 47, nos define que el objeto de este sistema consiste en:

Artículo 37. (...), establecer acciones y mecanismos de coordinación entre los integrantes del mismo, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoverán el intercambio de información, ideas y experiencias encaminadas a avanzar en el desarrollo de la fiscalización de los recursos públicos. Son integrantes del Sistema Nacional de Fiscalización: I. La Auditoría Superior de la Federación; II. La Secretaría de la Función Pública; III. Las entidades de fiscalización superiores locales, y IV. Las secretarías o instancias homólogas encargadas del control interno en las entidades federativas. (Congreso General, 2016).

Para culminar en lo que respecta a la estructura de la ley, se dirá que en el Título IV se regula la plataforma digital nacional en un capítulo único que comprende los artículos del 48 al 56, y en el Título V se observan las recomendaciones del comité coordinador en un capítulo único que comprende los artículos del 57 al 60.

Sobre esta ley, entonces se debe afirmar: existe una gran esperanza no solo desde la mirada de la gestión gubernamental y de las diferentes entidades federales mexicanas, sino también de parte de la sociedad en general, pues surge en un momento crucial para el país, razón por la cual se busca controlar la gestión del gasto y la inversión de los recursos públicos en virtud de fortalecer aspectos tales como la transparencia, la honradez y la responsabilidad social, situación que se traduce en una política pública ética que toca directamente a la administración en cabeza de los servidores públicos pero también a la ciudadanía en general, pues busca recobrar la confianza en las entidades federales a través de una serie de comités (comité coordinador del SNA, comité de participación ciudadana) que articulados al Sistema Nacional de Fiscalización ponen especial atención y custodia en las acciones y omisiones que puedan verse relacionadas con hechos y/o faltas administrativas corruptas.

Un aspecto que se deriva de este sistema, implica destacar el principio de responsabilidad, ello por fue una condición fundamental en el desarrollo de esta ley lo consagrado en el artículo 108 y ss., de la Constitución Política de los Estados Unidos de México que nos habla de las responsabilidades de los servidores públicos, particulares vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción y patrimonial del Estado, según el cual hay todo un tratamiento disciplinario y penal a aquellos servidores públicos que en el ejercicio de sus funciones puedan llegar a ser responsables por el manejo indebido de recursos públicos y la deuda pública, entre otros.

A continuación, se debe expresar que esta ley encuentra relación directa tanto con la Ley general de Responsabilidades Administrativas, como la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, ambas emitidas en el mismo año en el que surge a la vida jurídica la Ley del SNA, es decir, el año 2016.

En este orden de ideas, se revisan a renglón seguido estas dos leyes que para nuestro estudio se consideran bases jurídicas de nuestra reflexión:

Ley General de Responsabilidades Administrativas (2016)

Esta ley que se considera de orden público y de observancia general en toda la República tiene por objeto:

(...). distribuir competencias entre los órdenes de gobierno para establecer las responsabilidades administrativas de los Servidores Públicos, sus obligaciones, las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que estos incurran y las que correspondan a los particulares vinculados con faltas administrativas graves, así como los procedimientos para su aplicación (Congreso General, 2016, artículo 1).

En este sentido, se colige que los sujetos a quienes se dirige esta ley son los servidores públicos, quienes hayan ocupado cargo como servidores públicos y también los particulares vinculados a faltas graves administrativas.

Seguidamente, esta ley se orienta bajo una política de gestión que busca en los servidores un excelente y decoroso comportamiento conforme a los postulados de la ética, el buen ejemplo y la responsabilidad social se sustenta en los siguientes principios, a saber: *disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia*. Principios que son semejantes a los que incorpora el SNA en la lucha contra las conductas, hechos o faltas que involucren el fenómeno de la corrupción respecto a la buena gestión, la administración de los recursos y el servicio integral, gratuito, diligente, profesional y oportuno que se espera de parte de las entidades que representan al Estado en todo el territorio federal.

Conforme lo anterior, hay se observa una relación directa entre esta Ley General de Responsabilidades Administrativas y el ya mencionado SNA, de forma especial en lo que respecta a los mecanismos de prevención de conductas o faltas graves al interior de la administración o de las funciones propias que ejercen los servidores públicos. Esta relación, conforme la orientación de la observancia de un código de ética al interior de las entidades, nos permite hablar de la rendición de cuentas como un proceso de revisión necesario que nos ayuda a evaluar la gestión del servidor, en aras de evaluar o calificar su servicio, veamos:

Artículo 15. Para prevenir la comisión de faltas administrativas y hechos de corrupción, las Secretarías y los Órganos internos de control, considerando las funciones que a cada una de ellas les corresponden y previo diagnóstico que al efecto realicen, podrán implementar acciones para orientar el criterio que en situaciones específicas deberán observar los Servidores Públicos en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, en coordinación con el Sistema Nacional Anticorrupción. (...).

Artículo 16. Los Servidores Públicos deberán observar el código de ética que al efecto sea emitido por las Secretarías o los Órganos internos de control, conforme a los lineamientos que emita el Sistema Nacional Anticorrupción, para que en su actuación impere una conducta digna que responda a las necesidades de la sociedad y que oriente su desempeño.

El código de ética a que se refiere el párrafo anterior, deberá hacerse del conocimiento de los Servidores Públicos de la dependencia o entidad de que se trate, así como darle la máxima publicidad.

Artículo 17. Los Órganos internos de control deberán evaluar anualmente el resultado de las acciones específicas que hayan implementado conforme a este Capítulo y proponer, en su caso, las modificaciones que resulten procedentes (...).

Artículo 18. Los Órganos internos de control deberán valorar las recomendaciones que haga el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción a las autoridades, con el objeto de adoptar las medidas necesarias para el fortalecimiento institucional en su desempeño y control interno y con ello la prevención de Faltas administrativas y hechos de corrupción (...). (Congreso General, 2016)

Finalmente, respecto a la importancia que cobra esta ley en relación con al tema de la corrupción y su eventual tratamiento al interior de la administración pública, se observa en ella toda una estructura jurídica que regula lo que tiene que ver con la integridad de las personas morales, los instrumentos de rendición de cuentas, sin embargo, también define los sujetos obligados a

presentar declaración patrimonial y de intereses, el régimen de los servidores públicos que participan en contrataciones públicas.

En efecto, aborda de forma detallada el tema de las faltas administrativas de los servidores públicos y los actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves, no graves, los actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves, las faltas de particulares en situación especial, la prescripción de la responsabilidad administrativa, las sanciones a los servidores públicos y particulares, y sobre todo, la investigación y calificación de las faltas graves y no graves y del procedimiento de responsabilidad administrativa.

Como se puede observar, la responsabilidad de la que trata la ley en comentario se orienta a buscar la integridad del servidor público respecto de sus funciones al interior de la administración, situación que debe favorecer un sentido pleno de confianza y transparencia al interior de las entidades federales que la República dispone para el ejercicio normal de la democracia que según la Constitución se erige (...), “como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo” (Congreso Constituyente, 1917, artículo 3).

Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (2016)

Con esta ley se define el Tribunal Federal de Justicia Administrativa en los siguiente términos:

Artículo 1. La presente Ley es de orden público e interés general y tiene por objeto determinar la integración, organización, atribuciones y funcionamiento del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. El Tribunal Federal de Justicia Administrativa es un órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus fallos y con jurisdicción plena.

Formará parte del Sistema Nacional Anticorrupción y estará sujeto a las bases establecidas en el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley General correspondiente y en el presente ordenamiento (Congreso General, 2016).

Ahora bien, conforme al tema de la corrupción esta ley define también las facultades y competencia de dicho Tribunal (*19 acciones que se configuran en el artículo 3*). Sobre este asunto, en el artículo 4 se observa como este tribunal destaca lo siguiente:

Artículo 4. El Tribunal conocerá de las Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y Particulares Vinculados con Falta Graves promovidas por la Secretaría de la Función Pública y los Órganos Internos de control de los entes públicos federales, o por la Auditoría Superior de la Federación, para la imposición de sanciones en términos de lo dispuesto por la Ley General de Responsabilidades Administrativas. Así como fincar a los responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Federal o al Patrimonio de los entes públicos federales (Congreso General, 2016).

Lo anterior se vincula directamente con los fines del SNA y la responsabilidad administrativa en tanto los fallos emitidos por este tribunal se ajustan a los principios de *honestidad, responsabilidad, eficiencia, eficacia, transparencia, rendición de cuentas, austeridad, racionalidad*, además se puede comprender como a través de finalidad que cumple el Tribunal en comento y teniendo en cuenta el ejercicio de los principios mencionados se llevará a cabo la evaluación y el control de los diferentes órganos correspondientes que conforman las entidades de la República.

Finalmente, en esta ley se regula también lo relacionado a la integración, el funcionamiento y las atribuciones del personal del tribunal y, sobre todo, de los precedentes, tesis y jurisprudencia que este emite en el ejercicio de sus funciones.

A modo de recuento, se debe mencionar que las cuatro normas que se desarrollaron constituyen la base o cimientos jurídicos que orientan el tratamiento de la corrupción como un fenómeno o problema que debe ser atacado con toda las herramientas normativas, que favorezcan el ejercicio pleno de la democracia, por tanto, hay una relación directa entre ellas que dejan entrever una serie de principios que se complementan y se dirigen a consolidar una política pública encaminada a fortalecer la confianza, la transparencia y el

actuar ético tanto de la administración del Estado federal como de todos los miembros de la sociedad.

Renglón seguido se presentan los 4 pilares que sirven para combatir la corrupción en México. Estos cuatro pilares encajan de forma organizada y estratégica en las cuatro bases que sustentan la regulación al tema en comento. De esta forma, veremos como estos cuatro pilares también se relacionan entre sí a través de la consecución del fin jurídico del que venimos reflexionando, recordemos que consiste en *prevenir, corregir, investigar y sancionar la corrupción*, a saber:

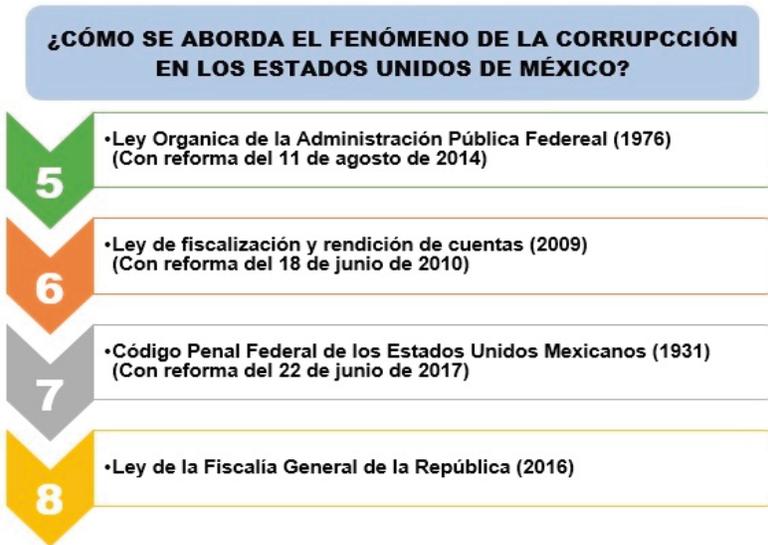


Figura 6. Estructura normativa a partir de 4 pilares para combatir la corrupción en México

El presente derecho, comparado bajo la orientación del tema de la corrupción que tanto en Colombia como en México encuentran sustento constitucional, comportan regulación específica, a saber: mientras en Colombia se denomina Estatuto Anticorrupción a la Ley 1437 de 2011 y busca fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, en México se denomina Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) que se denomina una ley de orden público y de observancia en todo el territorio nacional ya que busca crear las bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas,

los municipios y alcaldías de la ciudad de México para el funcionamiento del SNA, el cual se expresa a través de la prevención, investigación y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción.

Mientras en México a través del Presidente de la República, el Sr. Enrique Peña Nieto se adelantaron una serie de reformas Constitucionales y normativas en virtud de darle origen al SNA en el año 2016 y a otras leyes que ayudaran a contrarrestar el fenómeno de la corrupción tales como la Ley General de Responsabilidades Administrativas (2016), la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (2016) y la Ley de la Fiscalía General de la República (2016), en Colombia se han venido dando intentos de reformar fundamentos normativos, pero sin lugar a duda se adelantó en el domingo 26 de agosto del año 2018 una consulta popular anticorrupción a través e siete preguntas que buscaban la aprobación del pueblo para la creación de una ley que pudiera regular el asunto de una forma más contundente, sin embargo, la consulta no pasó el umbral necesario y quedó el “sinsabor” en muchos de los colombianos respecto al futuro normativo que buscaba hacerle frente al tema de la corrupción desde el interior de los cargos públicos escogidos por voto popular.

En la actualidad, el tema de la corrupción viene discutiéndose desde la orientación de la Presidencia de la República de Colombia y en compañía de algunos partidos políticos en virtud de consolidar un nuevo proyecto de ley que recoja la intención inicial que tenía dicha consulta popular.

En función de lo anteriormente expuesto, se puede concluir también que:

Para el caso colombiano, en el mandato expresado por el constituyente primario, dentro de los aspectos más relevantes, que dieron pie a la Constitución Política de 1991, estaba la lucha frontal contra la corrupción ocasionada por diversos factores políticos, económicos, sociales y jurídicos.

Para el caso mexicano, el Presidente Enrique Peña Nieto ha promovido más de cincuenta modificaciones a la Constitución, observándose que el primer aporte que se haya en la Carta Política tiene relación directa con el poder o facultades que se le brindan al Congreso, por

esta razón se encuentra en la fracción XXIV la tarea que se le impone a esta corporación en virtud de expedir y establecer las bases necesarias que sirvan de orientación al Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) como directriz necesaria para cuidar, velar y preservar los principios que sostienen la transparencia respecto de la gestión administrativa y gubernamental que emana del Estado en cabeza de sus instituciones y funcionarios.

De esta forma, el artículo 113 Constitucional crea el SNA en México como una respuesta a este poder concedido al Congreso.

En Colombia, el Estatuto Anticorrupción se orienta a través de una serie de principios que organizan la gestión (*transparencia, eficiencia, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*) y que sirven de sustento jurídico para el correcto actuar dentro de la administración pública por parte de todos los servidores públicos y que a su vez también se extienden a los ciudadanos que como veedores de las acciones de que el Estado ejecuta a través de sus funcionarios no solo deben proyectar sino también exigirlos.

En México, los principios que le dan estructura al SNA son: *legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia, equidad, eficacia, transparencia, economía, integridad y competencia por mérito*.

Las cuatro bases jurídicas que orientan la regulación de la corrupción en Colombia son: *la Constitución Política de 1991, la Ley 190 de 1995, la Ley 200 de 1995 modificada por la Ley 734 de 2005 y la Ley 1474 de 2011 actual Estatuto Anticorrupción*.

Ahora bien, los cuatro pilares que se erigen de esta base jurídica y que complementan la lucha contra la corrupción en Colombia son: *la Ley 1762 de 2015, la Ley 1828 de 2017, la Ley 599 de 2000 (en armonía con la 824 de 2004 y la Ley 906 de 2004) y la Ley 80 de 1993*.

Y Finalmente, las cuatro bases jurídicas que orientan la regulación de la corrupción en México son: *la Constitución Política de 1917, la ley específica que orienta todo la creación del Sistema Nacional Anticorrupción (2016), la Ley General de Responsabilidades Administrativas (2016) y por último, la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (2016)*.

Por tanto, los cuatro pilares que se erigen de esta base jurídica y que complementan la lucha contra la corrupción en México y que a su vez buscan *prevenir, corregir, investigar y sancionar* este fenómeno, son: *la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (1976), la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas (2009), el Código Penal General de los estados Unidos Mexicanos (1931) y la Ley de la Fiscalía General de la República (2016).*

Referencias bibliográficas

- Aristóteles. (1994). *Metafísica*. Trad. Tomás Calvo Martínez. Madrid: Ed. Gredos.
- Colombia. (1991). Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de 1991*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Colombia. (1887). Congreso de la República. *Ley 57 de 1887*. Bogotá: Ed. Legis.
- Colombia. (1993). Congreso de la República. *Ley 80 de 1993*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Colombia. (1995). Congreso de la República. *Ley 90 de 1995*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0190_1995.html
- Colombia. (1995). Congreso de la República. *Ley 190 de 1995*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0190_1995.html
- Colombia. (1995). Congreso de la República. *Ley 200 de 1995*. Recuperado de <https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/L-200-95.htm>
- Colombia. (2000). Congreso de la República. *Ley 599 de 2000*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Colombia. (2000). Congreso de la República. *Ley 617 de 2000*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0617_2000.html

- Colombia. (2004). Congreso de la República. *Ley 734 de 2004*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html
- Colombia. (2004). Congreso de la República. *Ley 890 de 2004*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0890_2004.html
- Colombia. (2004). Congreso de la República. *Ley 906 de 2004*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_09060_204a.html
- Colombia. (2007). Congreso de la República. *Ley 1148 de 2007*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1148_2007.html
- Colombia. (2011). Congreso de la República. *Ley 1474 de 2011*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html
- Colombia. (2015). Congreso de la República. *Ley 1762 de 2015*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1762_2015.html
- Colombia. (2017). Congreso de la República. *Ley 1828 de 2017*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1828_2017.html
- Colombia. (2009). Consejo de Estado. *Sentencia con radicación No. 11001-03-15-000-2007*. Recuperado de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-15-000-2007-00581-00\(PI\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-15-000-2007-00581-00(PI).pdf)
- Colombia. (1996). Corte Constitucional. *Sentencia C-595 de 1996*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-595-96.htm>
- Colombia. (2002). Corte Constitucional. *Sentencia C-918 de 2002*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-918-02.htm>
- Colombia. (2002). Corte Constitucional. *Sentencia C-671 de 2004*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-671-04.htm>
- Colombia. (2015). Corte Constitucional. *Sentencia C-721 de 2015*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-721-15.htm>

- Colombia. (2016). Presidencia de la República. *Avances y desafíos tras cinco años de su expedición*. Recuperado de <http://www.anticorrupcion.gov.co/Documents/Publicaciones/estatuto-anticorrupcion-ley-1474-2011.pdf>
- ESAP (1992). *Manual de funcionamiento*. Recuperado de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/MANUAL%20DE%20FUNCIONAMIENTO.pdf>
- México. (1917). Congreso Constituyente. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Recuperado de <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>
- México. (1931). Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. *Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos*. Recuperado de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/mx/mx148es.pdf>
- México. (1976). Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*. Recuperado de <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/L291276.html>
- México. (2009). Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. *Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas*. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRCF.pdf>
- México. (2016). Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. *Ley General de Responsabilidades Administrativas*. Recuperado de
- México. (2016). Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. *Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción*. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA.pdf>
- México. (2016). Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. *Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa*. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOTFJA.pdf>

Lotze, R. H. (1841). *Metaphysik*. Leipzig: Weidmann

Platón. (1988). *La república*. Trad. Conrado Eggers Lan. Madrid: Ed. Gredos.

El concepto de seguridad. Un nuevo paradigma para México¹

Omar Huertas Díaz², Filiberto R. Manrique Molina³, Christian Benítez Núñez⁴,
Rodolfo Bautista Jiménez⁵, Luis Fernando Garcés Giraldo⁶

Resumen

La seguridad se ha convertido en una asignatura totalmente abandonada. A pesar de que esta noción es tan frecuente en nuestro entorno debido a los acontecimientos actuales en los que estamos inmersos (altos índices delictivos, elevada tasa de homicidios, problemas de inseguridad, violaciones graves a los derechos humanos, corrupción, crimen organizado, narcotráfico, terrorismo, una situación económica inestable, contingencias ambientales a nivel global y, recientemente, políticas ofensivas provenientes de otros países), gran parte de la sociedad e inclusive, lo que es más preocupante, autoridades o funcionarios públicos llegan a desconocer la trascendencia que tiene este térmi-

1 Capítulo resultado de investigación en la estancia de investigación doctoral y posdoctoral en cooperación entre el Doctorado en Derecho y Globalización de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, PNPC- CONACYT de México y el Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN de la Universidad Nacional de Colombia, Reconocido y Clasificado en A COL-CIENCIAS 2017.

2 Curso Postdoctoral en Derecho, Doctor en Derecho y Profesor Asociado de la Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Ciencias de la Educación Universidad Simón Bolívar. Magíster en Derecho Penal, Universidad Libre. Doctor en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, Universidad de Alcalá. Magíster en Educación, Universidad Pedagógica Nacional y Universidad Nacional. Líder del Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN. ohuertasd@unal.edu.co.

3 Ph.D. en Derecho y Globalización por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos-México; Maestro en Derecho e investigación, abogado, realiza estudios de posdoctorado en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia- sede Bogotá; Candidato a Investigador Nacional SNI – CONACYT, ha participado en seminarios e impartido conferencias en México, Perú y Colombia. ID ORCID. <https://orcid.org/0000-0001-9407-6548> E-mail: fmanrique@unal.edu.co.

4 Ph.D. en Derecho y Globalización por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos-México; Mg. en Derecho, realiza estudios de posdoctorado en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia- sede Bogotá; Candidato a Investigador Nacional SNI – CONACYT. E-mail: christianbenitez@uaem.mx.

5 Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM), México. Becario del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) del Programa Educativo Doctorado en Derecho y Globalización UAEM, México. rbautista1204@gmail.com.

6 Posdoctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Posdoctor en Filosofía en la Universidad Pontificia Bolivariana. Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. E-mail: lugarces70@gmail.com

no. La principal problemática de no contar con un panorama claro sobre esta asignatura, repercute de manera directa no solo al Estado sino principalmente a la sociedad que es aquella que padece los embates de una crisis mundial que cada vez se hace más aguda.

Palabras clave: México, seguridad, defensa nacional, seguridad interior.

Introducción

“Actualmente, el mundo se enfrenta a la peor recesión, los países están sufriendo un impacto grave, la pobreza y el hambre van en aumento, los niños, las mujeres, los trabajadores, los migrantes y personas ya desfavorecidas son los más vulnerables. Existe un mayor riesgo de degradación ambiental acelerada y las tensiones sociales van en aumento” (Naciones Unidas, 2009).

Ante todos estos acontecimientos, es claro que aquel concepto se encuentra en constante evolución, ha sufrido una transformación con el paso del tiempo. Esta versatilidad se encuentra estrechamente relacionada con aquellos fenómenos globales y nuevas tecnologías. En la actualidad, al abordar estas nociones debe realizarse de una manera integral tomando en consideración aquellas nuevas amenazas que difícilmente pueden ser combatidas por un Ejército o cuerpos policiales, su estudio debe encerrar aquellos riesgos originados por los avances tecnológicos y a un sin fin de factores que nos obligan a concebirlas de una manera diferente. No hay que olvidar que la globalización, de acuerdo con lo descrito por el doctor Omar Huertas Díaz “ha provocado importantes incrementos de los flujos migratorios, además de otros flagelos como el terrorismo, el tráfico de drogas y armas y el lavado de activos” (Huertas Díaz, Omar, 2016, p. 113).

En ese sentido, el incremento de los niveles de inseguridad en Latinoamérica es una realidad, es por ello, por lo que debe asumirse la responsabilidad de poner como temas preponderantes términos como seguridad nacional, seguridad interior, seguridad pública, seguridad humana y seguridad ciudadana. Es decir, ante las circunstancias adversas por las que atraviesa el país, se exige una revisión y redefinición de estos conceptos para que se construyan nuevos avances.

Dicho lo anterior, la seguridad es uno de los desafíos primordiales que tienen que enfrentar los Estados. Particularmente México, ha buscado hacerlo estableciendo la premisa de poner en manos de las fuerzas armadas la defensa nacional, la seguridad interior y, actualmente, la seguridad pública. Es decir, las fuerzas armadas se han transformado, además, en una “fuerza policial” para controlar el orden público, bajo la teoría del combate a la criminalidad organizada. Esta postura que ha sido asumida por el gobierno federal y respaldada por el Pleno de la Suprema Corte demuestra que no hay un límite claro entre los terrenos que conforman la seguridad.

Ante este panorama, es claro que el análisis de estos conceptos puede llegar a tornarse complejo, su constante versatilidad y su amplio panorama hace que su estudio gire alrededor de la globalización, geopolítica, la situación externa e interna que permea en nuestro país y a diversos factores que implican su observancia no solo desde el ámbito teórico, sino también desde un enfoque práctico que nos ayude a abordar estos conceptos de una manera más clara y objetiva.

La seguridad interior en el contexto actual

En estos últimos años, los reflectores de la comunidad nacional e internacional se han volcado en México tras la aprobación de un marco jurídico que pretendía legitimar y otorgar certidumbre a las funciones de las fuerzas castrenses en materia de seguridad interior. A pesar de ello, el término seguridad interior pareciera no haber caminado por la alfombra roja, pareciera ser que no es el personaje estelar en esa legislación que ha generado controversia.

En efecto, la *Ley de Seguridad Interior* que fue aprobada en México el 21 de diciembre de 2017, fue concebida por el representante en México de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos como “la continuidad a la política de legalizar la militarización de la seguridad pública, de una política de violencia, control social y violatoria de los derechos humanos”.⁷ También, se ha insistido que “la Ley consolida un modelo

⁷ Jan Jarab, representante en México de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM), boletín de prensa no. 2227, 21 de marzo de 2018.

de seguridad que no ha dado los resultados esperados y ha causado un gran sufrimiento a las personas en el país”⁸. No obstante, ¿Quién se ha pronunciado sobre el término empleado de seguridad interior? ¿Quién ha puesto cuidado a la noción de seguridad interior que redactaron los legisladores?

De manera anticipada anunciamos que, por fortuna, tras ser catalogada como la legislación más impugnada en la historia de México, el más alto tribunal jurisdiccional, aunque no precisamente por el inminente peligro que ocasionaría a los derechos humanos, declaro la inconstitucionalidad en su totalidad de la legislación en materia de seguridad interior. No obstante, será el precedente indispensable que trazará la línea para analizar el concepto de seguridad interior, los alcances que puede llegar a tener, así como la importancia de conocer su amplitud.

A pesar de estar en boga, la seguridad interior continúa siendo un término poco explorado, simplemente pareciera no existir en el modelo jurídico mexicano. Nuestra norma constitucional federal tan solo la menciona en una ocasión y solo lo hace para categorizarla, o bien como facultad, o bien como obligación del presidente de la república (Instituto Belisario Domínguez, 2017, p. 13). Por otra parte, la Suprema Corte, como máxima instancia jurisdiccional y último interprete de la constitución mexicana, hasta el momento, no ha entrado a detalle sobre el concepto y los alcances que puede llegar a tener dicha expresión.

Ahora bien, el concepto de seguridad interior ha sufrido una importante transformación. Para comprenderlo de una mejor manera, trataremos de categorizarlo en dos vertientes. Primero, aquella seguridad interior que tiene como objeto central de preocupación la seguridad del Estado. Es decir, su finalidad primordial es buscar “la preservación de la integridad, estabilidad y permanencia del Estado”, una seguridad interior que está implícitamente contemplada en la concepción de la seguridad nacional. Por otro lado, el concepto de seguridad interior se asocia a la seguridad de las personas o grupos sociales. En este contexto, “la seguridad interior significa la protección de las personas y de los valores de libertad y democracia, para que todos puedan

8 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, ONU-DH: la ley de seguridad interior consolida un modelo de seguridad que no ha dado los resultados esperados, comunicado de prensa 18 de diciembre de 2018, p. 01.

disfrutar de sus vidas cotidianas sin temor. También refleja la visión de los desafíos de hoy y nuestra determinación de hacer un frente común para encarar las amenazas” (Barbosa, 2017).

En suma, lo que diferencia un criterio de otro es básicamente el objetivo que persigue. Por un lado, una seguridad interior que tiene como principal propósito el procurar la seguridad del Estado y, por otra parte, aquella seguridad interior que tiene como objeto central de preocupación la seguridad y protección de las personas. Así, la distinción que se presenta entre ambas posturas lo expone claramente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos:

En los regímenes autoritarios. En estos últimos, el concepto de seguridad está asociado a los conceptos de “seguridad nacional”, “seguridad interior” o “seguridad pública”, los que se utilizan en referencia específica a la seguridad del Estado. En los regímenes democráticos, el concepto de seguridad frente a la amenaza de situaciones delictivas o violentas, se asocia a la “seguridad ciudadana” y se utiliza en referencia a la seguridad primordial de las personas y grupos sociales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 8).

En ese sentido, debe comprenderse que, una seguridad interior ligada fundamentalmente a la protección de la vida, la seguridad y el bienestar de los ciudadanos, es vinculada con los regímenes democráticos donde “existe consenso en que perdura un fuerte vínculo entre democracia y respeto efectivo y protección de los derechos humano” (Meza y Soto, 2009, p. 242). Ante ello, Carolina Ortega Contreras refiere que: “surgen nuevas visiones que introducen normas o valores orientados a gobernar la seguridad desde diversas alternativas. En otras palabras, por la búsqueda de nuevas formas de manejar las violencias, bajo concepciones de seguridad que van más allá de lo meramente militar y policial, como es el caso de la seguridad ciudadana” (Ortega, 2016).

Desde luego, la seguridad interior desde una perspectiva de “la seguridad ciudadana se enfoca hacia la prevención, hacia una visión integral del problema; asumiendo que no solo mediante armas y grupos policiales se podrá disminuir el problema de la violencia en todas sus manifestaciones” (Estrada, 2013). Es decir, frente a los principales riesgos y amenazas que pudiera pade-

cer la seguridad interior⁹, como el terrorismo, la delincuencia organizada, el tráfico de drogas, la ciberdelincuencia, la trata de personas, el tráfico de armas y la criminalidad transnacional que se adaptan al desarrollo científico y tecnológico, se debe “dar respuesta a esos desafíos bajo el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el Estado de Derecho, la democracia, el diálogo, la tolerancia, la transparencia y la solidaridad” (Pérez, 2015).

Por ello, la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha reiterado que: “la necesidad de que el Estado mexicano ponga en práctica medidas que atiendan realmente la crisis de violencia que vive el país, combatan las graves violaciones de derechos humanos y erradiquen la impunidad que reproduce la criminalidad. Sólo con la adopción de un enfoque de seguridad ciudadana, el fortalecimiento e independencia de la procuración de justicia, la profesionalización y dignificación de las corporaciones policiales y el establecimiento de una política efectiva de rendición de cuentas, entre otras acciones, es que México superará la situación crítica en que se encuentra”¹⁰.

9 Artículo 4o., fracción II, de la Ley de Seguridad Interior.

Artículo 4. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

I. Acciones de Seguridad Interior: Aquellas que realizan las autoridades federales, incluyendo las Fuerzas Armadas, por sí o en coordinación con los demás órdenes de gobierno, orientadas a identificar, prevenir, atender, reducir y contener riesgos y amenazas a la seguridad interior;

II. Amenazas a la Seguridad Interior: Las que afecten los principios establecidos en el artículo 3 y las contenidas en el artículo 5 de la Ley de Seguridad Nacional que tienen su origen en territorio nacional; las emergencias o desastres naturales en un área o región geográfica del país; las epidemias y demás contingencias que afecten la salubridad general; o las que afecten los deberes de colaboración de las entidades federativas y municipios en materia de seguridad nacional;

III. Riesgo a la Seguridad Interior: Situación que potencialmente puede convertirse en una Amenaza a la Seguridad Interior;

IV. Declaratoria de Protección a la Seguridad Interior: El mandato ejecutivo que habilita la intervención de la Federación, incluidas las Fuerzas Armadas, para que por sí o en coordinación con otras autoridades, realicen acciones de Seguridad Interior para contener y reducir Amenazas a la Seguridad Interior;

V. Fuerzas Armadas: El Ejército, Armada y Fuerza Área;

VI. Fuerzas Federales: Las instituciones policiales federales;

VII. Inteligencia para la Seguridad Interior: El conjunto de conocimientos obtenidos a partir de la recolección, procesamiento, diseminación y explotación de información para la toma de decisiones en materia de seguridad interior;

VIII. Seguridad Interior: Lo previsto en el artículo 2 de la presente Ley;

IX. Seguridad Nacional: Lo previsto en la Ley de Seguridad Nacional, y

X. Uso legítimo de la fuerza: La utilización racional y proporcional de técnicas, tácticas, métodos, armamento y protocolos que realiza el personal de las Fuerzas Federales y, en su caso, las Fuerzas Armadas, para controlar, repeler o neutralizar actos de resistencia, según sus características y modos de ejecución.

10 Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH), *Comunicado de prensa: la ley de seguridad interior consolida un modelo de seguridad que no ha dado los resultados esperados*, 18 de diciembre de 2017, p. 02.

Ahora bien, las interrogantes que toca plantearnos son ¿Bajo qué enfoque se percibe el término seguridad interior? ¿Será desde la óptica de la seguridad del Estado, o bien, desde la protección primordial de las personas o grupos sociales? Sin duda alguna, la legislación en materia de seguridad interior, al referir de inicio que: la seguridad interior es la condición que proporciona el Estado mexicano que permite salvaguardar la permanencia y continuidad de sus órdenes de gobierno e instituciones (artículo 2o.), habilitando la intervención de las Fuerzas Armadas (numeral 4o., fracción IV), “dicha Ley propone un modelo contrario a una política de seguridad ciudadana. Preocupa el establecimiento de medidas irrazonables y desproporcionadas, propias de un Estado autoritario”.¹¹

Una vieja verdad es la relativa a que las fuerzas armadas no constituyen un medio adecuado para su empleo en operaciones de seguridad interior. La dimensión, composición, organización, doctrina y adiestramiento de estas fuerzas no son aptos para operaciones policiales; y su utilización tiene consecuencias que van desde excesivas pérdidas humanas y materiales hasta injerencia militar en el gobierno de los países que recurren a esta práctica (Uguarte, 2008, p. 61). Ante ello, la ONU-DH frecuentemente ha exigido a nuestro país “poner fin a la estrategia de guerra y asumir un enfoque de seguridad ciudadana”.¹²

Pese a todas estas observaciones, México continúa apostándole a la estrategia de emplear las Fuerzas Armadas para responder a los retos actuales y amenazas que padece la seguridad interior, reflejando una estrategia contraria al valor común del respeto de los derechos humanos. Y no solo eso, sino, además, evidencia un programa ineficaz, contraproducente, poco útil que de nada sirve frente a los desafíos actuales que genera la evolución científica y tecnológica.

En efecto, pensar en una legislación que postula a las Fuerzas Armadas para preservar la seguridad interior, demuestra una estrategia anticuada, incapaz, que difícilmente puede hacer frente ante los nuevos retos que se presentan, frente a las amenazas que han evolucionado debido a la transformación

11 Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, “Ley de Seguridad Interior propone un modelo contrario a una política de seguridad ciudadana”, *Dirección General de Comunicación por los Derechos Humanos*, boletín de prensa 28/2018, 02 de marzo de 2018, p. 01.

12 Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH), *Palabras de Jan Jarab para la Segunda Conferencia Internacional “Seguridad y justicia en democracia: hacia una política de Estado centrada en los derechos humanos”*, 26 de febrero de 2018, p. 03.

que trajeron aparejada la globalización y la difusión de nuevas tecnologías de las comunicaciones.

Ahora, el cuestionamiento que debemos plantearnos sería ¿Qué podría hacer el Ejército frente a una delincuencia transfronteriza, ante un narcotráfico que se ha transnacionalizado? Porque es cierto, como lo reitera el doctor Omar Huertas Díaz: “el problema de las drogas ilícitas es un problema transnacional cuya solución supone actuar simultáneamente tanto al interior del país como en coordinación y con el compromiso de la comunidad internacional. Para enfrentar el reto del crimen organizado asociado al narcotráfico y el lavado de activos, es necesario poner en marcha políticas y programas para desactivar los factores y mecanismos que estimulan y mantienen el problema de la producción y comercialización de las drogas ilícitas lucrándose de la misma” (Huertas, 2017, p. 160).

Claro está que las Fuerzas Armadas no podrían hacer nada frente a problemas transnacionales, ha problemas que han desdibujado las fronteras territoriales como el lavado de activos en el narcotráfico, pero no porque nuestro Ejército sea incapaces de hacerlo, sino simplemente porque la sofisticación tecnológica que se emplea suele ser prácticamente desconocida. Confirmando una vez más que, las armas no son la solución. Apostarle todo a las Fuerzas Armadas de nada sirve, poco pueden hacer ante los riesgos y amenazas actuales que acometen a la seguridad interior.

En ese contexto, es conveniente contrastar lo anterior con diversos programas implementados en otros sitios. De manera particular, observaremos aquel plan empleado por Estados Unidos (EE. UU.) y la Unión Europea (UE), ya que cuentan con una bien elaborada estrategia para hacer frente a todos estos retos que abordan a la seguridad interior, programas que se distinguen por ser claros y bien organizados. Lo anterior, con la finalidad de conocer cuál es el objetivo fundamental que persigue, qué amenazas son consideradas y cuáles son las medidas utilizadas para preservar la seguridad interior.

ESTADOS UNIDOS ¹³	UNIÓN EUROPEA
<p>EE. UU. contempla una estrategia clara y bien organizada sobre seguridad interior, traducida como <i>Homeland Security</i> (HS). El Departamento de Seguridad Nacional (The Department of Homeland Security-DHS), es el encargado de su preservación, cuya misión vital es “salvaguardar al pueblo estadounidense”. Para ello, la visión de la seguridad interior es garantizar una patria que sea segura y resistente contra peligros o amenazas. Hay cinco misiones principales:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Prevenir el terrorismo y mejorar la seguridad: Los terroristas buscan medios de ataque sofisticados, que incluyen armas químicas, biológicas, radiológicas, nucleares y explosivas, y ataques cibernéticos. Los esfuerzos del Departamento para prevenir el terrorismo se centran en un enfoque en capas basado en el riesgo para la seguridad en nuestros sistemas de transporte de pasajeros y carga, y en nuestras fronteras y puertos de entrada. Incluye nuevas tecnologías para: detectar explosivos y otras armas; ayuda a proteger las redes cibernéticas del ataque; construir asociaciones de intercambio de información. 2. Asegure y administre las fronteras: Proteger las fronteras de la nación -tierra, aire y mar- de la entrada ilegal de personas, armas, drogas y contrabando es vital para la seguridad de nuestra patria, así como para la prosperidad económica. DHS ha desplegado niveles sin precedentes de personal, tecnología y recursos. Proteger al pueblo estadounidense es la más alta prioridad de nuestro gobierno y este Departamento. 3. Hacer cumplir y administrar las leyes de inmigración: Nuestro objetivo principal es fortalecer la seguridad y la integridad del sistema de inmigración a través de adjudicaciones eficientes y consistentes de beneficios, detección de fraude. 4. Salvaguardar y asegurar el ciberespacio: sofisticados actores cibernéticos y naciones-estado explotan vulnerabilidades para robar información y dinero y están desarrollando capacidades para interrumpir, destruir o amenazar la entrega de servicios esenciales. 5. Asegurar la resiliencia a los desastres. Recuperarse de un desastre es un proceso gradual. La seguridad es un problema primordial, al igual que el bienestar mental y físico. La asistencia por desastre es dinero o asistencia directa para individuos, familias y empresas cuya propiedad ha sido dañada o destruida y cuyas pérdidas no están cubiertas por el seguro. Está destinado a ayudarlo con los gastos críticos que no pueden cubrirse de otras maneras. Proporcionar asistencia por desastre: <i>Vivienda temporal</i> (un lugar para vivir por un período limitado de tiempo): hay dinero disponible para alquilar un lugar para vivir, o una unidad de vivienda provista por el gobierno. <i>Reparación:</i> el dinero está disponible para los propietarios para reparar el daño del desastre. <i>Reemplazo:</i> el dinero está disponible para los propietarios para reemplazar su hogar destruido. <i>Construcción de vivienda permanente.</i> <i>Otras necesidades:</i> costos médicos, dentales, funerarios y de entierro relacionados con el desastre; combustibles para una fuente primaria de calor; ropa y artículos para el hogar; herramientas requeridas para su trabajo; y materiales educativos necesarios. 6. Tráfico humano: El DHS es responsable de investigar el tráfico de personas, arrestar a los traficantes y proteger a las víctimas. <p>¿Cuál es la medida que EE. UU. emplea para preservar la seguridad interior? Todo el gobierno, el sector privado y otras organizaciones no gubernamentales, todos, son responsables de la ejecución de estas misiones. Estos profesionales de seguridad nacional deben tener una idea clara de lo que se necesita para lograr la visión general articulada anteriormente. Los deberes son muy variados y el objetivo es claro: mantener a los Estados Unidos a salvo.</p>	<p>La estrategia de la UE demuestra el firme compromiso de “afrontar los siguientes desafíos: proteger los derechos y libertades; priorizar la prevención y la anticipación; atender a las causas de la inseguridad y no sólo los efectos; implicar a todos los sectores, que de una forma u otra, desempeñen una función en la protección pública (político, económico, social, etc.); comunicando las políticas de seguridad a los ciudadanos; y, por último, reconocer la interdependencia entre la seguridad interna y externa en la construcción de un enfoque de “seguridad global” en relación con terceros países”.¹⁴</p> <p>“Los mayores desafíos para la seguridad interior de la UE. La delincuencia aprovecha las condiciones ofrecidas por una sociedad globalizada, como las comunicaciones de alta velocidad, la alta movilidad, y las transacciones financieras instantáneas. Asimismo, hay fenómenos que tienen un impacto transfronterizo sobre la seguridad dentro de la UE. Por lo tanto, hay una serie de importantes amenazas comunes que se pueden identificar: El terrorismo, con alcances globales; la delincuencia organizada; la corrupción como amenaza a las bases del sistema democrático; la ciberdelincuencia como amenaza global, transfronteriza; la delincuencia transfronteriza; <i>los desastres naturales, y los causados por el hombre.</i>”¹⁵</p> <p>“Enfoque amplio e integral de la seguridad interior de la UE. La seguridad interna debe considerarse que engloba un amplio conjunto de medidas con una doble dimensión: horizontal y vertical. La dimensión horizontal: Para alcanzar un nivel adecuado de seguridad interior en un entorno global y complejo se requiere la participación de las autoridades policiales y de gestión de fronteras, con el apoyo de la cooperación judicial, los organismos de protección civil, y también de los sectores políticos, económicos, financieros, sociales y privados, incluidas las organizaciones no gubernamentales. Asimismo, debemos tener en cuenta la dimensión vertical de la seguridad a varios niveles: la cooperación internacional, las políticas y las iniciativas de seguridad de la UE, la cooperación regional entre los Estados miembros y las propias políticas nacionales, regionales y locales de los Estados miembros.”¹⁶</p> <p>“Entre los principales objetivos de la Estrategia de Seguridad Interior de la UE están <i>la prevención y anticipación sobre la delincuencia</i> y los desastres naturales y los causados por el hombre, así como mitigar su potencial impacto. La prevención de la delincuencia implica abordar las raíces de las causas y no sólo los actos delictivos y sus consecuencias. Las políticas de seguridad, especialmente las de prevención, deben adoptar un enfoque amplio, que incluye no sólo las agencias policiales, sino también las instituciones y a los profesionales, tanto a nivel nacional como local. Por lo tanto, debe obtenerse cooperación con otros sectores como escuelas, universidades y otras instituciones educativas, a fin de prevenir que los jóvenes desarrollen conductas delictivas.”¹⁷</p>

En suma, tanto EE. UU. como la comunidad política de la UE, contemplan una seguridad interior cuya misión primordial es la protección de los derechos y libertades. Partiendo de ello, los desafíos que se atienden en ambas propuestas son variados, va desde el terrorismo, ciberespacio, tráfico de humanos, la violencia en sí misma, hasta contemplar de manera notable, los desastres naturales como un problema de seguridad interior. Cada una de estos riesgos o amenazas, además de contemplarse con una visión actual que considera las ventajas y desventajas de una sociedad globalizada, proporcionan una asistencia bien organizada para combatirla.

Lo que es resaltable en ambos programas de seguridad, es la importancia que se otorga a las medidas utilizadas para la preservación de la seguridad interior. EE. UU., señala que la responsabilidad recae en cientos de miles de personas del gobierno federal, estatales, locales, tribales y territoriales, el sector privado y otras organizaciones no gubernamentales, todos, son responsables.

De manera general, tanto EE. UU. como la UE cuentan con una bien enramada estrategia de seguridad interior, un plan que requiere la colaboración de todas las autoridades de gobierno, sector privado, político, económico, financiero, incluidas las organizaciones no gubernamentales. Y, por supuesto, también la cooperación regional e internacional. Todos, son responsables de la preservación de la seguridad interior. Además, le apuestan a la prevención y anticipación de la delincuencia, lo que “implica abordar las raíces de las causas y no sólo los actos delictivos y sus consecuencias”.

Contrastando con lo anterior, en nuestro país es notorio que la visión que se tiene del término seguridad interior, no se aproxima en absoluto a conformar una estrategia bien definida y estructurada de colaboración y participación de los distintos sectores, siendo casi imposible pensar que se busque una cooperación con los organismos no gubernamentales. Está claro que el concepto que se perfila en México, que yace en la legislación en materia de seguridad interior, no está ni siquiera asociado al respeto de los derechos o li-

13 Homeland Security (DHS). Disponible en: <<https://www.dhs.gov/>>.

14 Consejo de la Unión Europea, Proyecto de Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea: “Hacia un modelo europeo de seguridad”, Bruselas, 23 de febrero de 2010, 5842/2/10, p. 20.

14 *ibídem*, p. 33-14.

15 *ibídem*, p. 21.

16 *ibídem*, p. 22.

17 *ibídem*, p. 23.

bertades, mucho menos está enfocado a perseguir la seguridad de las personas o grupos sociales. Es evidente que nuestra manera de concebir la seguridad interior es distinta.

Pensar la seguridad interior en México es todo lo contrario. Lejos de apostarle a una estrategia de prevención y anticipación, es apostarle a una “estrategia de guerra”, de combate, de ataque, de perseguir delincuentes. Lejos de buscar una estrategia bien definida y estructurada de colaboración y participación de los distintos sectores, es confiarle todo a las Fuerzas Armadas para que sean los únicos encargados de preservar la seguridad interior. Lejos de asociar la seguridad interior con la seguridad de las personas o grupos sociales, es procurar la preservación de la integridad, estabilidad y permanencia del Estado.

En conclusión, en México la seguridad interior está exclusivamente entregada a un régimen policiaco militar, donde ilusamente se ha llegado a pensar que la solución a los problemas de seguridad que padecemos debe ser solucionado por la disciplina castrense, a través de un “brazo armado”. No obstante, debido a las repercusiones que esto ha generado, debemos empezar a concebir la seguridad interior desde otra perspectiva, dando lugar a nuevas formas de manejar la violencia, enfocada hacia la prevención o anticipación, hacía una visión integral del problema, debemos buscar un enfoque desde la seguridad ciudadana, donde lo primordial es transitar de la seguridad del Estado a la seguridad de las personas.

La seguridad nacional desde una perspectiva integral

La indefinición de seguridad nacional trajo consigo grandes repercusiones sociales que se encuentran subrayadas en la historia de nuestro país, dicha expresión “pudo ser utilizada por los gobiernos en turno de manera que ésta se acomodara a sus intereses y no a los de la nación o del Estado mismo. En el pasado, en México, dicha expresión podía ser utilizada para justificar acciones represivas e ilegales contra los opositores, con el argumento de que se defendía la nación (Angulo, 2014, pp. 03-04).

En el caso mexicano, quizá el acotamiento más emblemático donde el término seguridad nacional fue utilizado para justificar una acción represiva, fue

la coacción del movimiento estudiantil de 1968. En esta acción represiva conocida como la matanza en la Plaza de las Tres Culturas de Tlatelolco, el presidente en turno Gustavo Díaz Ordaz, tergiverso de tal manera la expresión “seguridad nacional” para justificar el asesinato cometido por policías, militares y paramilitares de un gran número de estudiantes, quienes se manifestaban en contra del gobierno autoritario y clamaban el respeto de la autonomía universitaria. Al respecto, el doctor Carlos Montemayor refiere:

(A) lo largo de treinta años ha sido imposible descubrir los motivos irrazonables de la masacre de Tlatelolco porque en nuestro sistema político se confunde la tarea del gobernante con una especie de privilegio privado que él puede ejercer en cualquier circunstancia y momento. Pero las tareas públicas y el poder no son patrimonio personal. No puede estar la memoria histórica, institucional, de México, a merced del capricho, buena disposición, valentía o generosidad privada. ¿Por qué aceptamos que las tareas de seguridad nacional permanezcan supeditadas a los intereses de los grupos de poder en turno? Deben estar claras e institucionalmente delimitadas para servir al país (Montemayor, 2017).

De esta manera, “el concepto de seguridad nacional estaba sesgado, ya que era matizado en términos políticos, dando como resultado que los enemigos del régimen, o sea, los opositores, se convirtieran en los enemigos de la seguridad nacional, éstos eran disuadidos, reprimidos o neutralizados para justificar actos ilegítimos de autoridad, cuyo único propósito era procurar la continuidad del régimen” (Lima, 2011, p. 403-404).

No contar con un criterio definido sobre la conceptualización, fines, alcances y limitaciones de la expresión “seguridad nacional”, provocó que el Estado, de manera “discrecional”, determinara cuáles eran aquellos actos o circunstancias que tienen que cumplirse para considerar una amenaza real a la seguridad de la nación. Es decir, el término seguridad nacional quedaba sujeto al arbitrio del Estado. Por tanto, se hace sustancial entrar a detalle sobre cuál es el término de seguridad nacional, contemplando las aristas actuales que trae consigo.

En México, la noción de seguridad nacional pareciera estar detenida en el tiempo, pareciera ser que el surgimiento de nuevas teorías no abona en nada

en su construcción. Aparentemente ha sido sembrada en un suelo infértil, estéril, donde no brotan pensamientos nuevos. En una superficie desértica, donde el término de seguridad nacional aún continúa encausándose hacia la preservación de la permanencia del Estado, sus intereses e instituciones.

En efecto, la noción de seguridad nacional que impera en nuestro país tiene un enfoque anticuado, donde, si bien, se ha dejado atrás la idea de que las amenazas se limitan exclusivamente a los ataques provenientes de otros Estados, aún continúa un planteamiento obsoleto, al percibir de una manera muy concreta, las amenazas internas acotadas básicamente al tradicional terrorismo, espionaje, sabotaje, rebelión, traición a la patria.

Es conveniente mencionar que, nuestro sistema jurídico cuenta con una legislación en materia de seguridad nacional (LSN) (Cámara de Diputados, 2005, pp. 1-16), donde, de manera particular, conceptualiza este término como “las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano” (artículo 3o.). Dejando en descubierto que, por lo que toca a la frase “seguridad nacional”, ésta se refiere exclusivamente a la protección del Estado, siendo la primera preocupación, relativa a la seguridad, su propia supervivencia (Guerrero, 2015, p. 11).

Ciertamente, esto ha provocado que el concepto de seguridad nacional sea muy acotado en cuanto a los objetivos y alcances que debe atender. Pues, no debe olvidarse que en la actualidad los cambios geográficos y políticos, la variación y globalización de los escenarios y también la utilización generalizada de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han llevado a una transformación de los conceptos y, consecuentemente, a la evolución de las necesidades, con la aparición de nuevos actores y amenazas, impactando directamente en las doctrinas, métodos y técnicas de la seguridad (2013, p. 147).

Ante este panorama, el concepto de seguridad nacional debe evolucionar, debe trascender, debe superar aquella visión estática asociada a la protección del Estado, sus intereses e instituciones, la preservación de su soberanía, territorio y gobernabilidad, para ser concebida ahora desde en un enfoque distinto, desde una visión dirigida hacia la protección de las personas, hacia la protección de los derechos humanos.

Por ello, “las visiones estatocéntricas clásicas de la seguridad nacional han evolucionado, transformándose en concepciones más antropocéntricas, en donde el objeto referente de protección deja de ser exclusivamente el gobierno o el territorio y el espectro de protección se amplía hacia las personas y hacia otros ámbitos de la vida humana” (Rodríguez, 2007, p. 16). Es decir, la concepción de la seguridad nacional ha dado un giro para considerar a la ciudadanía y el respeto a los derechos humanos como ejes fundamentales de esta nueva visión.

En este escenario, la seguridad nacional debe ser observada “más allá de la estrecha percepción definida en términos de amenazas y protección de los objetivos estratégicos de la política exterior y adoptar una visión de la seguridad desde el punto de vista de las vidas de las personas” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2016, p. 3). En otras palabras, la seguridad nacional no solo debe tener como objeto de defensa la integridad, estabilidad y permanencia del Estado, sino, además, debe tener como fundamento prioritario la preservación de los derechos humanos y el mantenimiento de las condiciones materiales que permitan el desarrollo y el bienestar.

Por tanto, “la nueva concepción de la seguridad nacional es de alcance multidimensional, incluye las amenazas tradicionales y las nuevas amenazas, preocupaciones y otros desafíos a la seguridad de los Estados, incorpora las prioridades de cada Estado, contribuye a la consolidación de la paz, al desarrollo integral y a la justicia social, y se basa en valores democráticos, el respeto, la promoción y defensa de los derechos humanos, la solidaridad, la cooperación y el respeto a la soberanía nacional” (Organización de los Estados Americanos, 2003, p. 2).

Ahora bien, cuando se trata de conceptualizar la seguridad nacional por supuesto no podemos olvidar referir los riesgos que la acometen; esto debe hacerse con una perspectiva integral que involucre diversos rubros, problemas nacionales (dependencia comercial, alimentaria, financiera, tecnológica y pérdida de soberanía nacional), “el deterioro de los recursos humanos (desempleo, la pobreza y la migración) y los naturales, mediante la destrucción del medio ambiente y la privatización o extranjerización de tales recursos (minerales, bosques, entre otros) y de infraestructura estratégica como aeropuertos, ferrocarriles, puertos marítimos y carreteras” (Piñeyro, 2010, p. 178). Simplemente, la seguridad nacional debe preocuparse por garantizar “aquella

situación donde la mayoría de los sectores y clases sociales de la nación tienen garantizadas sus necesidades materiales vitales”. (Piñeyro, 2010, p. 178).

Por ello, cuando se plantee el cuestionamiento de ¿Cuáles son los riesgos o amenazas a la seguridad nacional? Debe contemplarse distintos panoramas, no observados desde un enfoque tradicional vinculada únicamente a las amenazas violentas, internas o externas, sino además debe incluirse aquellos riesgos actuales generados ante escenarios globales y la utilización de las TIC que han hecho surgir nuevas amenazas. Por ejemplo, “el crimen organizado, el tráfico de armas, personas y estupefacientes, los riesgos medioambientales y fenómenos sociales de escala global como las migraciones masivas y las epidemias, es decir, se debe siempre procurar el resguardo de la seguridad humana” (Santos, 2010, p. 10).

En efecto, la seguridad nacional debe ser observada bajo el enfoque de la seguridad humana. Esto es, además de procurar la preservación del Estado, debe otorgarse como carácter prioritario la protección de los derechos humanos. Para cimentar este planteamiento, el Informe de Desarrollo Humano aprobado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) introduce el concepto de seguridad humana, señalando que no basta con evitar la guerra entre Estados, sino se ha de buscar la protección de los seres humanos, pronunciándose en términos así de contundentes: “la seguridad humana no es una preocupación por las armas; es una preocupación por la vida y la dignidad de las personas” (Ramos-Paúl, 2015).

Esta idea se sustenta básicamente en el *Informe sobre Desarrollo humano 2006*, del PNUD, en cuya parte que interesa establece:

En el mundo de principios del siglo XXI, las preocupaciones de seguridad nacional dominan las agendas internacionales. Los conflictos violentos, las preocupaciones sobre las amenazas terroristas, la proliferación de armas nucleares y el crecimiento del comercio ilícito de armas y drogas representan desafíos de gran importancia. En este contexto, es fácil olvidar algunas necesidades humanas básicas, incluidas las relacionadas con el agua. Los 1,8 millones de muertes infantiles anuales relacionadas con el agua y la falta de saneamiento eclipsan las muertes asociadas a los conflictos violentos. Ningún acto

de terrorismo genera tanta devastación económica como la crisis de agua y saneamiento (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006, p. 3).

En ese sentido, en cada noción de seguridad nacional debe introducirse como una parte fundamental para su conservación algo muy importante, la seguridad humana. En otras palabras, sí, no debe perderse de vista la importancia de la protección del Estado, la preservación de su soberanía, territorio e instituciones; sin embargo, debe de prevalecer como parte de ella, la seguridad humana, donde las condiciones materiales, sociales, políticas y culturas sean adecuadas para priorizar los derechos humanos.

Ante ello, surge la siguiente interrogante ¿Cómo se lograría que la seguridad nacional este orientada hacia la seguridad humana? Se debe otorgarles a los problemas de pobreza, impunidad, corrupción, inseguridad, inclusión social, migraciones forzadas, conflictos, enfermedades, medio ambiente, desarrollo económico, como categorías amenazantes de la seguridad nacional.

De manera específica, ¿Cómo sería una seguridad nacional con un enfoque de seguridad humana? Sencillo, se debe considerar que los 53.4 millones de mexicanos en situación de pobreza (Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, 2018, p. 22) que el 76.8% de la población mexicana que vive insegura (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2018, p. 5), que más de 20 millones de personas sin acceso a una atención médica, o de 70 millones de personas sin acceso a la seguridad social (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas México, 2018) que las 20,390 personas que padecieron en los últimos años desplazamiento interno forzado en México (Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, 2018, p. 9), que las estimaciones actualizadas que muestran que 7 millones de personas mueren cada año por la contaminación del aire (Organización Mundial de la Salud, 2018), que el bien ganado primer puesto en la lista de países del continente americano con el más alto índice de impunidad y el cuarto lugar del Índice Global de Impunidad (IGI-2017) con 69.21 puntos (Universidad de las Américas Puebla, 2018, p. 7), que la posición 135 de 180 que ocupa nuestro país como altamente corrupto en el Índice de Percepción de la Corrupción 2017;¹⁸ todo esto, debe ser prioritario en una agenda de seguridad nacional,

18 Transparency International. The global coalition against corruption, *Corruption Perception Index 2017*.

debe otorgarse carácter de riesgo o amenaza a la seguridad de la nación. Sin duda, este panorama haría que la seguridad nacional tuviera un enfoque de seguridad humana.

Claro, esto no es sencillo. La agenda de seguridad nacional en nuestro país, aunque se trate de un paso milimétrico, ya empieza a considerar como problemas de naturaleza diversa: “combate a la pobreza, educación con calidad, de prevención y atención de enfermedades, de equilibrio ecológico y protección al ambiente, de promoción del desarrollo económico, social y cultural”.¹⁹ No obstante, esto solo yace plasmado en papel, aún falta llevarlo a cabo, falta dar ese gigantesco paso, aquel cambio ideológico donde la seguridad nacional deje de estar ligada exclusivamente a la protección del Estado, para tener como primera preocupación, los derechos humanos.

Una aproximación a la situación de la seguridad pública en México

La “seguridad pública es una de las mayores preocupaciones en la actualidad; la población vive aterrorizada con la creciente criminalidad y la total falta de seguridad. Nadie está protegido contra la violencia; el país se zambulló en la inseguridad y el miedo. En las grandes metrópolis la violencia alcanza índices alarmantes y ha afectado nuestra vida cotidiana, despertando actitudes de sumisión, revuelta y resignación” (Zippin, 2009, pp. 144-145). Al respecto, Ignacio Cano refiere:

“El incremento notable de la delincuencia trajo el tema de la seguridad pública a la agenda política y social, de la cual ya no saldrá más. El fracaso de las políticas tradicionales para controlar el delito y la violencia abrió espacio para reformas y propuestas innovadoras. Inclusive, algunas voces comenzaron a levantarse pidiendo un cambio completo de paradigma en la seguridad pública. La idea de una seguridad pública más democrática, una mayor atención a la prevención, el surgimiento de nuevos actores, la noción de policía comunitaria o, simplemente, de una policía que compatibilizase eficiencia con respeto a los derechos humanos son todos ellos síntomas de este nuevo período de debate y efervescencia” (Cano, 2016, p. 137).

¹⁹ Diario Oficial de la Federación (DOF), Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, DOF: 20/05/2013.

En efecto, ante los crecientes acontecimientos de violencia e inseguridad que se han suscitado a lo largo del territorio nacional, la noción de seguridad pública está siendo modificada o flexibilizada a tal grado que, aunque equivocadamente, está siendo equiparada al de seguridad interior, lo que genera que este problema que originalmente es de la competencia de las autoridades civiles de seguridad, pasen a ser ahora atribuciones y competencia de las fuerzas armadas; claro, esto conlleva que nuestro país “esté librando una guerra en contra de la delincuencia organizada, en la cual, bajo el parámetro del ejercicio de la mayor fuerza pública, también se evidencien excesos en el uso de dicha fuerza” (Barrón, 2012).

Ante este panorama, en los últimos años hemos asistido a un cambio de la doctrina de la seguridad pública. “Como función del Estado, la seguridad pública es el mecanismo idóneo para la realización de ese valor supremo del derecho que es la seguridad en su concepción genérica. Así, el Estado, mediante la coordinación de actividades, como prevención, persecución, sanción de delitos y reinserción del delincuente, salvaguarda la integridad y derechos de las personas, preserva las libertades y mantiene el orden y la paz públicos” (González, 2002, p. 127).

Ahora, la transformación que ha sostenido el término de seguridad pública evidencia que en la actualidad es más completa. Es decir, en un principio era dable “identificar la seguridad y el orden públicos, éste entendido como un estado de legalidad normal en el que la autoridad ejerce sus atribuciones y los gobernados obedecen sin protesta. Sin embargo, esta concepción ha resultado insuficiente, por lo que actualmente el concepto de seguridad pública, además de garantizar el orden público, debe garantizar el ejercicio de los derechos y las libertades de la colectividad” (González, 2002, p. 127).

Por ello, cuando se trata de conceptualizar a la seguridad pública en estos momentos, se requiere introducir un tema de suma importancia que se traduce en la salvaguarda de los derechos humanos y la preservación de las libertades de las personas. Pues, “no se puede dar, de ninguna manera, una contraposición entre los derechos humanos y la seguridad pública, pues se estaría afectando el fin mismo y último de su existencia. Del mismo modo, las autoridades encargadas de ejercer estas tareas deben procurar que la sociedad los vea como aliados y defensores de las personas, que tienen a su cargo su protección al proporcionarles ese entorno en el que ni su vida, ni su integridad

o patrimonio idealmente se pueda ver violentado o sufrir afectación alguna, lo cual constituye su papel esencial, y no, como en algunos casos sucede, con desconfianza o como potenciales violadores de derechos humanos”²⁰

Así pues, “partimos de la idea de que la seguridad pública es una función del Estado en todos sus ámbitos de gobierno, es decir, en tanto en el federal, como el estatal y el municipal, que tiene como objetivo prevenir, investigar y dar seguimiento a las infracciones o delitos, e imponer las consecuencias jurídicas que resulten, todo ello a fin de que los habitantes convivan con la certeza de que sus derechos, libertades y bienes se encuentran seguros” (Peña, 2011, p. 29).

Claro que esta aplicación efectiva de las consecuencias jurídicas a las que nos referimos no debe estar basada sólo en la idea del castigo, sino más bien en la prevención. Es decir, transitar de la seguridad de la represión o del castigo hacia la seguridad de la prevención, donde se “propone generar dinámicas sociales adecuadas para que los miembros de la comunidad puedan integrarse a ella a partir de un sentimiento de pertenencia, identidad y mutuo compromiso. A través de estrategias como la recuperación de espacios públicos que promueve la rehabilitación de espacios para la convivencia social con libertad y seguridad” (Secretaría de Seguridad Pública, 2007, pp.06-07).

En suma, “la conceptualización de la seguridad pública ha sido redefinida a la luz de principios fundamentales que conforman el derecho de los derechos humanos, ya que como es sabido, en los modelos de Estado autoritario la seguridad pública era entendida en función de los intereses del poder” (Álvarez, 2005, p. 33). Ahora, la seguridad pública debe estar dirigida hacia la salvaguarda de la vida y la integridad de las personas, hacia la preservación de los derechos y libertades, así como del mantenimiento del orden y la paz públicos, todo esto mediante la coordinación de actividades desarrolladas por el Estado, a través de la prevención, persecución, sanción de delitos y reinserción del delincuente.

Ahora bien, de acuerdo con el texto vigente del artículo 3o. de la Ley General del Sistema de Seguridad Pública,²¹ la función de la seguridad pública

20 Ponencia del Luis Raúl González Pérez, Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, con motivo de la sesión conjunta de la Conferencia Nacional de Secretarías de Seguridad Pública y la Conferencia Nacional del Sistema Penitenciario, 11 de diciembre de 2015, p. 04.

21 Artículo 3o. de la Ley General del Sistema de Seguridad Pública. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNSP_170616.pdf.

correrá a cargo de las instituciones policiales, misma que deberá encontrarse debidamente formada y capacitada, dirigida por una autoridad estatal que cumpla los fines esenciales dentro de las políticas de seguridad. “El avance del crimen organizado, los niveles de corrupción policial y la sensación de desgobierno presentes en muchas de nuestras ciudades deben ser enfrentados con políticas claras y contundentes de consolidación de las instituciones policiales profesionales. No cabe duda de que los diversos contextos nacionales requieren un análisis específico de acuerdo a la magnitud de los problemas criminales, pero en cualquier circunstancia, la apuesta por elevar el nivel de respuesta policial se percibe como una medida correcta para enfrentar el problema” (Secretaría General. Organización de los Estados Americanos, 2008, p. 63).

Por ello, las políticas públicas de seguridad tienen que comenzar con disuadir los índices de desconfianza que la ciudadanía proyecta sobre las instituciones de seguridad. Pues, de acuerdo con el *informe Latinobarómetro 2017*, las instituciones policiales en México alcanzan el menor valor de confianza en autoridades a cargo de la seguridad pública en todo América Latina, con un grado de confianza del 21% catalogándola como “poco confiable” (Corporación Latinobarómetro, 2017, p. 23).

Además, las deficiencias en el área de seguridad pública se hacen cada vez más visibles, entre ellas podemos destacar:

- Falta de inversión suficiente, lo que se traduce, entre otras cosas, en bajos salarios para los rangos inferiores de las policías.
- Formación deficiente de los agentes policiales, sobre todo de los policías de niveles jerárquicos inferiores;
- Herencia autoritaria, según la cual la policía era un órgano de protección del estado y de las élites que lo dirigen contra los ciudadanos que representan un peligro para el *status quo*.
- Insistencia en el modelo de la guerra como metáfora y como referencia para las operaciones de seguridad pública. Así, el objetivo continúa siendo, en muchos casos, el aniquilamiento del “enemigo”, frecuentemente sin reparar en los costos sociales.

- En el contexto anteriormente mencionado, no es de extrañar la existencia de numerosos abusos a los derechos humanos, particularmente referidos al uso de la fuerza.
- Numerosos casos de corrupción policial, desde pequeños sobornos para no aplicar multas de tránsito hasta protección a narcotraficantes. En muchas ocasiones, el abuso de fuerza está también vinculado a los casos de corrupción (Cano, 2006, p. 137).

En consecuencia, “se hace indispensable y urgente un replanteamiento integral de las políticas públicas actuales en materia de seguridad pública” (Aguilera, 2011), donde se fomenten “políticas de Estado en materia de seguridad pública de largo plazo, integrales y con pleno respeto a los derechos humanos, así como fortalecer, en el marco de estas políticas, la capacidad de nuestros Estados para responder eficazmente a la inseguridad, la delincuencia y la violencia adecuando, según sea necesario, su marco jurídico, estructuras, procedimientos operativos y mecanismos de gestión” (Organización de los Estados Americanos, 2003, p. 2).

Ahora bien, como lo refiere Gabriela Pérez García: “durante las transiciones a la democracia del fin del siglo XX, la reforma del aparato de seguridad se convirtió en un tema prioritario para los procesos de democratización. Garantizar el control civil del aparato de seguridad y alejarlo de las prácticas autoritarias y arbitrarias del pasado se volvieron metas inmediatas de los gobiernos democráticos emergentes. Un ejemplo de ello es el cambio de nomenclatura ya que actualmente en muchos países latinoamericanos se habla de seguridad ciudadana en vez de seguridad pública. Esto evidencia la democratización de este concepto y la esperanza de mayor participación ciudadana en la formulación y evaluación de las políticas de seguridad” (Pérez, 2004, p. 5).

Dicho de otro modo, en los últimos años hemos asistido a un cambio de la doctrina de la seguridad pública a una política que se llama “seguridad ciudadana”, en otros países “seguridad urbana”. Una de sus características principales es que está centrada en la protección de las personas y ya no en la protección del Estado (Dammert, 2007, p. 111). Es decir, se deja atrás un modelo de Estado autoritario de seguridad pública donde la autoridad ejercía sus atribuciones y los gobernados obedecían sin protesta para dar paso a la inclusión de los ciudadanos en la política pública de prevención del delito, de allí que se

llame ahora seguridad ciudadana, como un término que quiere señalar la participación directa de los ciudadanos en estos temas (Núñez, 2016, pp. 12-13).

Y es aquí donde sucede algo interesante, surgen dos pensamientos que se contraponen, dos corrientes ideológicas que se confrontan. Por un lado, aquella idea que se muestra favorable a la transición de seguridad pública a seguridad ciudadana. Y, por otro, aquel pensamiento que se opone a ese cambio, aquel planteamiento que considera adecuado continuar con la seguridad pública y todo lo que ello conlleva.

Por una parte, autores como Massimo Pavarini, posicionándose con una ideología a favor de la transición, señala que:

“El pasaje de la tónica del orden público a la de seguridad ciudadana, implica un énfasis sobre el derecho del ciudadano a la seguridad no más garantizado por la pretensión estatal a la obediencia del derecho, es como decir, que el derecho a la seguridad es en sí otra cosa o cuando menos, ello no se agota en la obediencia del ciudadano a las leyes del estado. El Estado se defiende la de la criminalidad, porque también históricamente en ella toma siempre un atentado a su autoridad; los ciudadanos quieren defenderse de la criminalidad, porque ella atenta contra sus intereses. Es como decir que, a través del orden público, se garantiza la tranquilidad pública, esto es, del Estado, mientras a través de la seguridad ciudadana, se protege siempre de cualquier manera, a los individuos” (Pavarini, 2006, pp. 46-47).

De igual manera, Emilio Álvarez Icaza, con una postura que lo coloca como favorable a la transición de seguridad pública a la seguridad ciudadana, establece que:

“La relación entre seguridad ciudadana y derechos humanos se da precisamente bajo el concepto de seguridad ciudadana con el cual se supere el de seguridad pública. El concepto de seguridad pública esta vinculado a una visión autoritaria del Estado que se preocupa por garantizar el orden por el orden mismo. En tanto expresión de la fuerza y de la supremacía del poder del Estado, la seguridad pública se identifica históricamente con los Estados autoritarios o francamente

dictatoriales que se valen de cuerpos centralizados militarizados. La seguridad ciudadana en cambio es propia de los Estados democráticos que promueven los modelos policiales acordes con la participación de las y los habitantes” (Álvarez, 2005, p. 37).

En contraste, Samuel González Ruiz, oponiéndose a ese cambio, aquel planteamiento que considera adecuado continuar con la seguridad pública, apunta que:

“No tiene razón asumir el cambio de seguridad pública a la seguridad ciudadana. El concepto constitucional vigente, que no tiene carga negativa todavía hoy, es el de seguridad pública. Y lo público es lo de todos. Los ciudadanos son los que tienen la ciudadanía en sentido del artículo 34 constitucional, y como es evidente hay clases de personas en los países que no son ciudadanos como los extranjeros y los menores de edad. Por eso en México mientras no exista razón de fondo para cambiar el concepto se debe seguir utilizando el de seguridad pública, no el de ciudadana” (González, 2005, pp. 284-285).

Ante estas dos visiones, consideramos que la seguridad pública debe ser concebida ahora desde un enfoque distinto, debe transitar de la represión o del castigo hacia la prevención de la violencia y controlar el fenómeno del delito. Una seguridad donde el Estado tenga la capacidad necesaria de garantizar y proteger los derechos y libertades. Donde se le otorgue una nueva visión desde la perspectiva de los derechos humanos. Donde, además del intervencionismo policial, se introduzcan nuevos actores, como la participación ciudadana, como los observatorios ciudadanos o las organizaciones no gubernamentales (ONG). Una seguridad pública con una visión de seguridad ciudadana donde los habitantes tengan la certeza de que sus derechos, libertades y bienes se encuentran seguros.

Una seguridad pública que transite de aquel tradicionalismo que “se centraban casi con exclusividad en la estabilidad estatal y la conservación del régimen, corren y amplían su foco de atención hacia el bienestar de las personas y los derechos humanos, reposicionando a la ciudadanía como el principal objeto de la protección estatal” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2008, p. 10).

¿Por qué es importante esta transición? Porque el contexto de la inseguridad que se vive en nuestro país ha “generado un clima de incertidumbre y desconfianza entre la población. Clima que es uno de los principales factores de descomposición de la relación entre la población y las instituciones públicas, así como de convivencia social” (Montero, 2015). Una situación que lidera en la alarma social, tal y como lo demuestran todas las estadísticas que indican índices muy altos de violencia, así como una percepción negativa de la sociedad con respecto a su situación de seguridad. Al mismo tiempo, se mantiene una desconfianza hacia las instituciones de seguridad pública, lo cual constituye uno de los mayores escollos para la solución del problema (Núñez, 2016).

Ante esto, se hace urgente iniciar con esta transformación, donde la seguridad pública ceda el paso a aquella seguridad donde la sociedad esté libre de amenazas, donde las personas pueden gozar plenamente y ejercer integralmente sus derechos y libertades. El cuestionamiento sería, ¿Por qué es urgente este cambio? Para muestra de ello, iniciaremos exponiendo los datos que arroja el Índice de Paz Global (por sus siglas en inglés GPI), que clasifica las naciones del mundo según su nivel de paz, utilizando como parámetros: el nivel de seguridad y protección en la sociedad, el alcance de los conflictos internos e internacionales y el grado de militarización. Tal y como lo apreciamos en ilustración que se muestra a continuación:

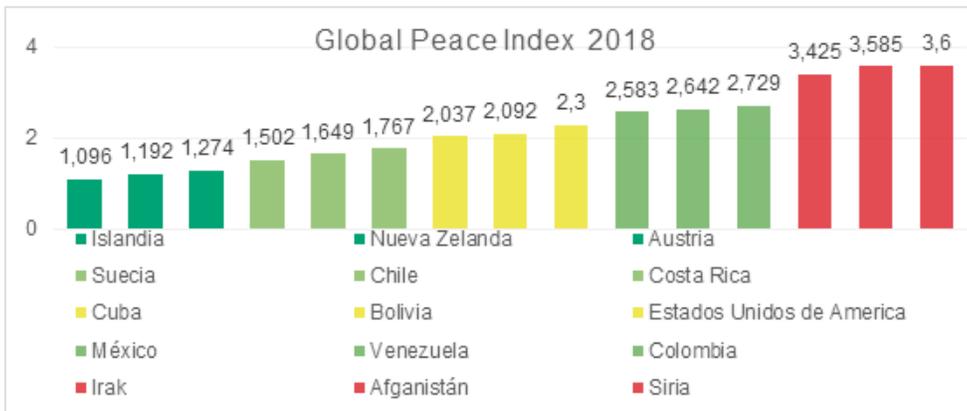


Figura 1. Dentro de esta ilustración, se realiza la comparación entre las puntuaciones y el posicionamiento de algunos países con índices de paz muy alto: Islandia (1°), Nueva Zelanda (2°) y Austria (30); incidencia de paz alta: Suecia (14), Chile (28) y Costa Rica (40); índice de paz mediano: Cuba (81), Bolivia (94) y Estados Unidos de América (121); incidencia de paz

baja: México (140), Venezuela (143) y Colombia (145); y, muy bajo: Irak (160), Afganistán (162) y Siria (163).²²

Para comprender mejor el tema de la inseguridad en nuestro país, realizaremos una comparación de los últimos once años sobre los resultados que ha obtenido México en el GPI periodo 2007-2018. Sobre esa base, podemos apreciar la escalada que ha tenido México en este indicativo, pues a pesar de ocupar en el año 2007 el puesto 79, transitó a ocupar actualmente el sitio 140 en el 2018. Aunque, nuestro país ocupa el antepenúltimo lugar en el continente americano, colocándose por encima Venezuela y Colombia; no obstante, México es el país que ha tenido la mayor disminución en la zona, pasando de una puntuación considerada como media de 2.125, a una valoración baja de 2.583, en tan solo ese periodo. Para corroborar lo anterior, se expone la ilustración que expone dichos datos:

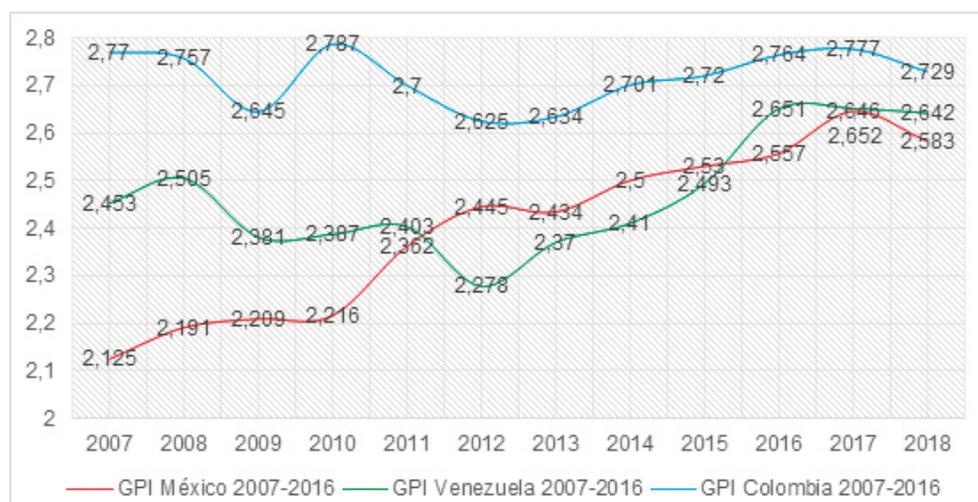


Figura 2. México escaló 61 posiciones en tan solo once años en el GPI. A pesar de posicionarse en el antepenúltimo lugar del continente americano (encontrándose por encima Venezuela y Colombia), ha sido el país con la mayor escalada en puntuación en el periodo 2007-2018.

De acuerdo con el GPI ¿Cuál es la causa de que México se encuentre posicionado con una incidencia de paz baja? El *Institute for Economics and Peace*

²² Institute for Economics and Peace, Global Peace Index (GPI). Ten Years of Measuring Peace 2018, pp. 08-09. Disponible en: <http://visionofhumanity.org/app/uploads/2018/06/Global-Peace-Index-2018-2.pdf>.

(Instituto de Economía y Paz), señala que: “Las amenazas a la paz están profundamente arraigadas. Los problemas centrales de la región son el crimen organizado, desde el narcotráfico transnacional en México que han logrado corromper las fuerzas de la ley y el orden y el cuerpo político”.²³ La “creciente presencia militar y de seguridad y el aumento del número de personas desplazadas como resultado de la guerra contra las drogas en curso”.²⁴

Según las últimas cifras proporcionadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), México es el país miembro que ocupa el segundo lugar en la tasa de homicidios (el número de asesinatos por cada 100.000 habitantes) con 17.9 asesinatos, cifra mucho mayor que el promedio de la OCDE de 3.6. Es decir, México ocupa el lugar 37 de los 38 miembros que conforman la OCDE, tal como se muestra en la ilustración siguiente:

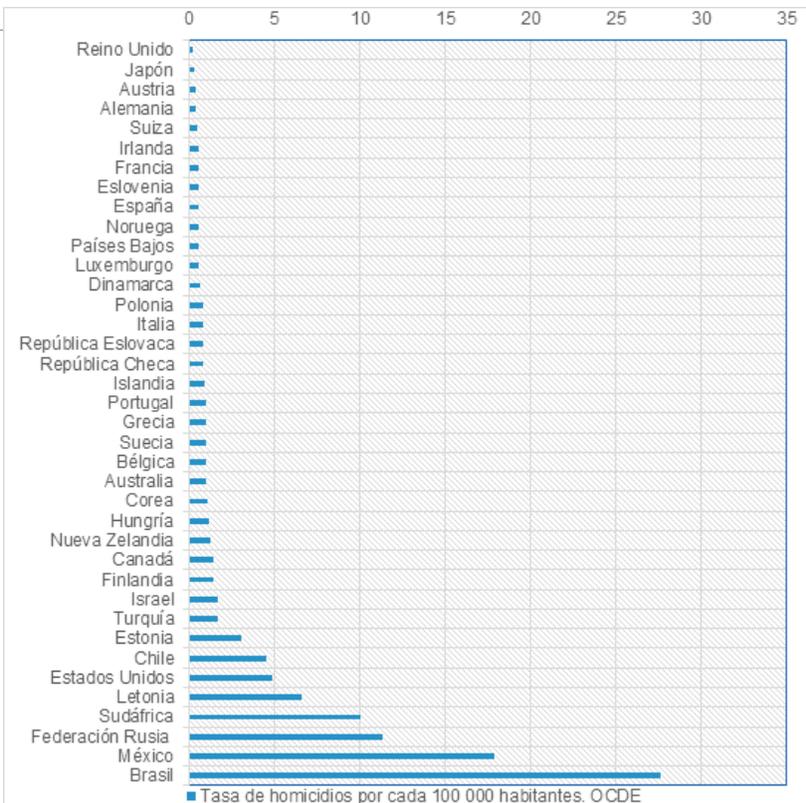


Figura 3. Tasa de homicidios integrantes OCDE por cada 100.000 habitantes. Esta ilustración muestra el posicionamiento de México en el penúltimo lugar con una cifra de 17.9 homicidios,

colocándose por encima Brasil con 26.7. Las cifras de los países del continente americano son: Estados Unidos 4.9, Chile 4.5 y Canadá 1.4. Asimismo, Reino Unido y Japón son los países con la tasa de homicidios más baja registrada por la OCDE, con tan solo 0.2 y 0.3, respectivamente (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2017).

Otro dato importante, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (ENSU), realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), el 76.8% de los mexicanos considera que vivir en su ciudad es inseguro.



Figura 4. Percepción social sobre inseguridad pública

Citando la declaración para México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, del 07 de octubre de 2015: “Para un país que no se encuentra en medio de un conflicto, las cifras calculadas son, simplemente impactantes”.²⁵ Por ello, necesitamos transitar de un modelo de

23 Institute for Economics and Peace, *Global Peace Index (GPI). Ten Years of Measuring Peace 2018*, pp. 08-09. Disponible en: <http://visionofhumanity.org/app/uploads/2018/06/Global-Peace-Index-2018-2.pdf>.

24 Institute for Economics and Peace, *Global Peace Index (GPI). Ten Years of Measuring Peace 2016*, p. 149. Disponible en: http://economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2016/06/GPI-2016-Report_2.pdf.

25 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Declaración del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, con motivo de su visita a México, 07 de octubre de 2015.*

seguridad pública, meramente reactivo, a un modelo de seguridad ciudadana, que ponga en su centro, que ponga en el centro a la persona humana”.²⁶

La seguridad ciudadana como un nuevo modelo de política de seguridad

“Desde la perspectiva de los estudios para la paz, un modelo de seguridad debe estar basado en la prevención y no en la represión, y para garantizar el éxito de la seguridad, es necesaria la reconstrucción del tejido social, involucrar a la ciudadanía y lograr el empoderamiento social si el propósito es que exista una seguridad eficaz y duradera. Todas estas características son piezas fundamentales de la seguridad ciudadana, que incluye en sí misma la participación social” (Palacios y Sierra, 2014, p. 47). Pese a ello, “las políticas de seguridad implementadas en numerosos Estados de las Américas se han caracterizado, en términos generales, por su desvinculación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos y en muchos casos, en nombre de la prevención y el control del crimen y la violencia, se ha apelado al uso de la fuerza en forma ilegal y arbitraria” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009, p. 12).

Aunque sorpresivamente haya voces que aún digan lo contrario, nuestro país es un caso representativo de un modelo de seguridad basado en la represión, desvinculado de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, que le ha apostado todo al uso de la fuerza arbitraria. Esto, lo podemos apreciar de manera clara, cuando, a través de la legislación en materia de seguridad interior, se les otorgó a las fuerzas armadas una de las exigencias más sentidas de la población, aquel rubro que forma parte esencial del bienestar de una sociedad: la seguridad.

Para colmo, escuchamos al presidente de México, Peña Nieto, decir: “La protección de nuestra población es prioritaria. Por ello, las Fuerzas Armadas de nuestro país continuaran en labores de apoyo a la seguridad ciudadana, en tanto concluye el proceso de consolidación y restructuración total de las policías estatales” (Roncken, 2014, p. 162). Ilustrando la *incoherencia* con la que representantes de Estado, suelen tratar el tema de la seguridad ciudadana. Se reconoce la complejidad de la problemática de la inseguridad, pero al mis-

²⁶ Secretaría de Gobernación (SEGOB), *Discurso que ofreció el Lic. Renato Sales Heredia, durante el Foro Nacional: “La seguridad pública que a México le urge”*, 26 de febrero de 2018.

mo tiempo, se respalda la promoción de respuestas simplistas, autoritarias y cortoplacistas. No hay nada más contrario a la política pública de seguridad ciudadana que la idea de la guerra contra el delito, el combate contra la droga, etcétera, o sea, son conceptos no inocuos en términos de su consecuencia práctica.

Así, “el discurso político progresista, en torno a la seguridad, es fragmentado prácticamente en toda la región. Que resulta casuístico y recurrente en apelaciones a la eficiencia operativa de las policías y a la búsqueda de mayor punibilidad. En general, carece de una base doctrinal democrática desarrollada y de una línea argumental clara”. Por ello, consideramos que es indispensable adentrarse en un tema como lo es “seguridad ciudadana, con todas las aristas que conlleva.

Principalmente, cabe resaltar que, la seguridad ciudadana -como hecho y concepto- no siempre existió. El concepto de seguridad estaba asociado únicamente a la defensa del Estado y la seguridad ciudadana, del habitante y de la comunidad, era secundaria. Sin embargo, en estos momentos se está produciendo un proceso de mutación mundial, cuya característica es el reforzamiento de la protección y el desarrollo de las personas y la comunidad, y no el Estado como único fundamento o fin.

Sobre este particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su *informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, ha señalado que:

En este orden de ideas, la Comisión entiende pertinente recordar que la expresión seguridad ciudadana surgió, fundamentalmente, como un concepto en América Latina en el curso de las transiciones a la democracia, como medio para diferenciar la naturaleza de la seguridad en democracia frente a la seguridad en los regímenes autoritarios. En estos últimos, el concepto de seguridad está asociado a los conceptos de “seguridad nacional”, “seguridad interior” o “seguridad pública”, los que se utilizan en referencia específica a la seguridad del Estado. En los regímenes democráticos, el concepto de seguridad frente a la amenaza de situaciones delictivas o violentas, se asocia a la “seguridad ciudadana” y se utiliza en referencia a la seguridad primordial de

las personas y grupos sociales. Del mismo modo, contrariamente a los conceptos también utilizados en la región de “seguridad urbana” o “ciudad segura”, la seguridad ciudadana se refiere a la seguridad de todas las personas y grupos, tanto en las zonas urbanas como rurales. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es importante destacar que el concepto de “seguridad pública”, se utiliza ampliamente en los Estados Unidos y Canadá, para hacer referencia también a la seguridad de las personas y grupos que componen la sociedad. Por el contrario, como se ha señalado en los párrafos anteriores, la misma expresión “seguridad pública”, en América Latina hace referencia a un concepto diferente que alude a la seguridad construida desde el Estado o, en ocasiones, a la misma seguridad del Estado (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 8).

Por esta razón, los modelos de seguridad en los regímenes democráticos están dando un giro para considerar a la ciudadanía y el respeto a los derechos humanos como ejes fundamentales de esta nueva visión de seguridad ciudadana, donde el Estado u orden político dejan de ser el objeto central de protección para así volcar la mirada hacia algo más esencial, la persona humana. Así, la “seguridad ciudadana” surge como la preocupación por la calidad de vida y la dignidad humana en términos de libertad, acceso al mercado y oportunidades sociales.

En efecto, “la concepción de seguridad ciudadana está centrada en el bienestar de las personas y considera que la provisión de seguridad ciudadana es un requisito indispensable para su desarrollo humano. Asimismo, subraya el papel central que tiene la vigencia real y la tutela de una serie de derechos humanos que son exigibles frente al Estado”. Así, “la pobreza y la falta de oportunidades, el desempleo, el hambre, el deterioro ambiental, la represión política, la violencia, la criminalidad y la drogadicción pueden constituir amenazas a la seguridad ciudadana” (Arriagada, 2002, p. 111).

Entendemos que la violencia, criminalidad, represión política o drogadicción sean amenazas a la seguridad ciudadana. Pero, un cuestionamiento que quizás surge es ¿Por qué la pobreza y el desempleo son considerados como amenazantes de la seguridad ciudadana? Para dar respuesta a esta interrogante recurriremos a lo expresado por la Comisión Económica para América La-

tina y el Caribe (CEPAL), en su *informe sobre seguridad ciudadana y violencia en América Latina*, en cuya parte que interesa señala:

La *pobreza* se convierte en un problema de seguridad no porque ser pobre convierta a las personas en delincuentes, sino porque puede producir fragmentación social y convertirse en un obstáculo para el desarrollo. Así lo han entendido algunas autoridades de ciudades de la región que incorporan como parte de las medidas para enfrentar la inseguridad ciudadana el mejoramiento de las condiciones de vida de los sectores más pobres en la región.

La *generación de empleos* es otra medida relevante, especialmente en el caso de la población joven, para enfrentar la violencia delictual como un problema de integración y oportunidades de desarrollo. Entre esta población, un foco prioritario de las políticas dirigidas a disminuir la violencia es la relación “educación-empleo-ingreso”.

Asumiendo la importancia del trabajo en términos de integración social y proyecto de vida para muchos jóvenes, las políticas dirigidas a disminuir la violencia deben plantearse el desafío mayor de incorporar laboralmente a la gran cantidad de jóvenes sin trabajo de la región (Godoy y Arriagada, 1999, p. 36).

Sobre este particular, “el Estado tienen el deber de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en el área de la seguridad ciudadana, a través de planes y programas de prevención, disuasión y, cuando ello sea necesario, de medidas de represión legítima respecto a los hechos de violencia y criminalidad”. Para cimentar esta idea, es importante citar al doctor Marcelo Fabián Saín cuando refiere:

Las políticas de seguridad ciudadana son, por un lado, aquellas políticas públicas estrictamente dirigidas a proteger a la ciudadanía de actos violentos y delictivos provenientes de otros individuos a través de medidas de prevención, control y persecución de dichos actos (eje sustantivo); y por otro, aquellas políticas orientadas a reformar y modernizar las instituciones del sistema de seguridad ciudadana (eje instrumental).

El objetivo último de la seguridad ciudadana es producir una situación social libre de riesgos y conflictos violentos, en cuyo seno las personas puedan gozar plenamente de sus libertades y derechos tanto civiles, como políticos y sociales. Conforme a esta finalidad se estructura el sistema institucional de seguridad ciudadana, es decir, el conjunto de actores estatales y sociales, y los mecanismos estipulados para llevar adelante la estrategia de control de la violencia y el delito (eje sustantivo de las políticas de seguridad) (Saín, 2005).

Pero no solo el Estado tiene participación dentro del tema de seguridad ciudadana, sino que incluye a todos los ciudadanos con una participación directa en estos temas. En otras palabras, “la seguridad ciudadana exige la implementación de políticas públicas integrales que involucran diferentes áreas de gobierno, con amplia participación de la sociedad civil (comunidad, ONG’s, sector privado, academia) para lograr mayor impacto, resultados y sostenibilidad” (Departamento de Desarrollo Social para América Latina y el Caribe del Banco Mundial, 2001, p. 20).

Ante este panorama, la construcción de una política sobre seguridad ciudadana debe procurar un entretrejo entre policías, fuerzas armadas, fiscalías, universidades, empresas y ciudadanos, así como organizaciones no gubernamentales (ONG’s) y observatorios ciudadanos. Donde puedan aplicarse “acciones para la represión criminal”, con operaciones especialmente policiales, militares, etcétera; y, “actividades de movilización social”, con una campaña de conciencia en televisión, campañas educativas y apoyo comunitario y red de protección por parte de ONG’s.

Como se puede observar, el término seguridad ciudadana “es un concepto más abstracto y amplio que el de prevención del delito, que no implica simplemente la reducción de las tasas delictivas sino que también abarca políticas destinadas a mejorar la calidad de vida de la población, sistemas judiciales accesibles, ágiles, efectivos, y la promoción de una educación basada en valores de convivencia pacífica, el respeto por el Estado de derecho, los derechos humanos y la construcción de cohesión social” (Méndez y Tenca, 2018, p. 33).

Quienes promueven el término seguridad ciudadana apuntan una serie de ventajas:

- a. La prevención del delito no es solamente una responsabilidad de la policía o del Estado, sino que también implica agrupaciones locales de ciudadanos, organizaciones de vecinos y comerciantes, organizaciones no gubernamentales, etcétera.
- b. Este término también implica reconocer que el delito no ocurre en un vacío, sino que toma su forma en un contexto comunitario sobre el que a su vez repercute. Es decir, la delincuencia local está condicionada por el contexto en el que se manifiesta, y las condiciones sociales y económicas de los barrios son, a su vez, afectadas por los niveles de criminalidad en los mismos. No se puede separar, por tanto, la delincuencia de su contexto comunitario o ecológico.
- c. El término también es abogado por quienes consideran que la dimensión local de la delincuencia requiere una forma distinta de gobernanza de soluciones.
- d. Finalmente, la noción de seguridad ciudadana evoca que no es suficiente desarrollar políticas de seguridad orientadas a reducir la delincuencia, de ahí el énfasis en el término “seguridad”, que tiene una dimensión objetiva, pero también una dimensión subjetiva. En la medida en la que no existe una relación directa entre niveles de objetivos de delincuencia, o seguridad, y sentimientos de inseguridad ciudadana o de miedo al delito, es preciso desarrollar intervenciones que tengan como objetivo combatir los sentimientos de inseguridad y la ansiedad frente al delito al margen o de forma complementaria al desarrollo de políticas orientadas a prevenir la comisión de actos delictivos (Medina, 2011, pp. 21-22).

“La seguridad ciudadana pone énfasis en las labores de prevención y control –antes que de represión– de los factores que generan violencia e inseguridad. Trabajando y demandando una mayor eficiencia en el aparato judicial, una mejor presentación de servicios públicos, entre otras funciones del Estado, estaremos atendiendo el problema de la inseguridad de las personas” (Palacios y Sierra, 2014, p. 60).

En suma, utilizando estos términos a la seguridad ciudadana, podemos abordar las siguientes percepciones:

1. Las políticas de seguridad no siempre pueden dan resultados de inmediato. Podremos distinguir políticas de corto, de mediano y de largo plazo.
2. La elección de la política adecuada debe basarse en la correcta identificación de los factores causantes.
3. Las políticas de seguridad no exigen siempre la utilización del recurso a la organización policial. Seguridad no es sinónimo de policía.
4. Aunque deben contemplarse políticas reactivas, la pauta general deben ser las políticas preventivas, y desde el convencimiento de que otras políticas en otros ámbitos pueden repercutir positiva o negativamente en la seguridad local. Los pilares fundamentales de un país son la educación, la sanidad, el empleo, la justicia y la seguridad. Además, entre ellos guardan una relación intrínseca muy relevante.
5. Finalmente, y relacionado con el anterior punto, debe modularse la intensidad de la política de seguridad en atención a la interferencia o afección de los derechos ciudadanos. Por ende, los responsables políticos deben elegir primeramente políticas menos invasivas (Martínez, 2016, pp. 36-37).

“La falta de seguridad ciudadana constituye una de las principales amenazas a la estabilidad, la gobernabilidad democrática y el desarrollo humano sostenible”. “La seguridad ciudadana es una condición esencial para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las leyes”. No hay seguridad ciudadana sin derechos, sin respeto a esos derechos y sin autoridad capaz de hacerlos valer. Ésa es la tarea y el gran desafío.

Conclusión

Actualmente, el objetivo clásico de la seguridad ha sufrido influencias y transformaciones. El concepto de seguridad exige un replanteamiento impor-

tante. Está claro, en estos días donde los fenómenos sociales y la globalización influyen cada vez más en nuestros días, el término seguridad, con todas sus vertientes, debe ser replanteado. Con el acortamiento de distancias y el desvanecimiento de las fronteras culturales y territoriales, no podemos concebir que la seguridad es un concepto estático, sino que estamos frente a un término dinámico que se transforma día a día.

En ese sentido, debemos empezar a explorar todos aquellos riesgos o amenazas que la globalización ha traído y que sin duda influyen directamente en la seguridad. Un terrorismo global, una delincuencia organizada transnacional, contingencias ambientales mundiales, narcotráfico transfronterizo, lavado de activos, son algunos de los delitos actuales que han evolucionado, que conjugadas con las nuevas tecnologías se han potencializado, simplemente han adquirido una amplitud global.

Ante este panorama debemos empezar a concebir nuevas maneras de ver el término seguridad, una seguridad que este dirigida no solo a la preservación de la integridad, estabilidad y permanencia del Estado y sus instituciones, sino, además, una seguridad que está implícitamente contemplada a la protección de las personas o grupos sociales, una seguridad que se dirija a la protección de los valores de libertad y democracia.

Referencias bibliográficas

- Aguilera Portales, Rafael y González Cruz, Joaquín. (2011). “Introducción”, en Aguilera Portales, Rafael y González Cruz, Joaquín (coords.). *Políticas de seguridad pública. Análisis y tendencias criminológicas y políticas actuales*, México: Porrúa.
- Álvarez Icaza Longoría, Emilio. (2005). Seguridad pública, constitución y Derechos Humanos. En Peñaloza, Pedro José (coord.). *Seguridad pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*. México: Porrúa.
- Angulo Jacovo, Juan Manuel. (2014) Seguridad nacional y derechos humanos en México (1917-2008). México: Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).

- Arriagada, Irma. (2002). Seguridad ciudadana y violencia en América Latina. En Carrión, Fernando (ed.). *Seguridad ciudadana ¿Espejismo o realidad?*, Ecuador, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLAC-SO) sede académica de Ecuador.
- Barbosa Huerta, Luis Miguel Gerónimo. (2017). Iniciativa que expide la Ley de Seguridad Interior, Sistema de Información Legislativa de la Secretaría de Gobernación, 11 de enero de 2017.
- Barrón Cruz, Martín Gabriel. (2012). *Violencia y seguridad en México en el umbral del siglo XXI*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión. (2005). *Ley de Seguridad Interior, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de enero de 2005, última reforma 26-12-2005*, pp. 1-16.
- Cano, Ignacio (2006). Políticas de Seguridad Pública en Brasil: tentativas de modernización y democratización versus la guerra contra el crimen”, Sur. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 05(3), 137.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, Organización de los Estados Americanos (OEA), OEA/Ser.L/V/II., Doc. 57
- Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH)-Fundación Panamericana para el Desarrollo (PADF)-Del Pueblo de los Estados Unidos de América (USAID). (2018). *Episodios de Desplazamiento Interno Forzado Masivo en México*, informe 2017, mayo 2018, p. 09.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL). (2018). *Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social 2018*, México: CONEVAL.
- Corporación Latinobarómetro, (2017). *Informe 2017*. Argentina: Corporación Andina de Fomento (CAF), Inter-American Development Bank (IDB).

- Dammert, Lucía. (2007). *Perspectivas y dilemas de la seguridad ciudadana en América Latina*, vol. 2, Ecuador: Flacso-Quito, Alcaldía Metropolitana.
- Davara, Fernando (2013). Las TIC y las amenazas a la seguridad nacional; ciberseguridad. En Fernández Hernández, Antonio (coord.). *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Departamento de Desarrollo Social para América Latina y el Caribe del Banco Mundial, et. al., (2001). *Alianzas público-privadas y seguridad ciudadana. Guía para la acción*.
- Estrada Rodríguez, José Luis. (2013). Democracia, Estado y seguridad ciudadana. Descripción teórica sobre la ruptura en el paradigma del Estado como garante exclusivo de la seguridad. *Alegatos*, 84.
- Godoy, Lorena y Arriagada, Irma, Seguridad ciudadana y violencia en América Latina: diagnóstico y políticas en los años noventa, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Chile, 1999, p. 36.
- González Fernández, José Antonio. (2002). La seguridad pública en México. En Garza Salinas, Mario A. y Peñaloza, Pedro José (coords.). *Los desafíos de la seguridad pública en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ-UNAM)*, Serie Doctrina Jurídica, núm. 120.
- González Ruiz, Samuel. (2005). Seguridad pública y Derechos Humanos: acciones positivas estatales para su efectiva garantía. En Peñaloza, Pedro José (coord.), *Seguridad pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*. México: Porrúa.
- Guerrero Gutiérrez, Eduardo. (2015). Transparencia y seguridad nacional, 18 cuaderno de transparencia, México, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).
- Huertas Díaz, Omar. (2017). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Colombia: Ibáñez.

- Huertas Díaz, Omar, et. al. (2016). Globalización, derecho penal mínimo y privación de libertad a 250 años de la obra cumbre de Beccaria, *Revista Prolegómenos. Derechos y valores*, XIX(38).
- Instituto Belisario Domínguez. Senado de la República. (2017). Seguridad interior. Elementos para el debate, temas estratégicos 39, segunda quincena.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2018). Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana: cifras correspondientes a marzo de, p. 05.
- Lima Malvido, María de la Luz. (2011). De la política criminal a la seguridad nacional. En García Ramírez, Sergio y De González Mariscal, Olga Islas (coords.). *La situación actual del sistema penal en México*. XI jornadas sobre justicia penal, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)/Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)/Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), 2011.
- Martínez Espasa, José. (2016). *Las políticas públicas de seguridad ciudadana. Análisis y propuestas desde la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Medina Ariza, Juanjo. (2011). Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana, Argentina, EDISOFER-B.
- Méndez Ortiz, Emiliano y Tenca, Mariano. (2018). “Introducción a la prevención del delito y la seguridad ciudadana”, en Méndez Ortiz, Emiliano y Tenca, Mariano (com.), *Manual de prevención del delito y seguridad ciudadana*, Argentina.
- Meza O., Lucía y Soto M., Daniel. (2009). “Seguridad, derechos humanos y democracia: ¿Un nuevo paradigma?”, *Revista IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos)*, 49(2).
- Montero Zendejas, Daniel, (2015). La crisis del Estado y de la seguridad. En Cabrera Dircio, Julio, González Chévez, Héctor y Montero Zendejas, Daniel (coords.). *Las reformas constitucionales y su impacto en el Municipio*. México: Fontamara/Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM).

- Montemayor, Carlos. (2007). *La guerrilla recurrente*. México: Debate.
- Naciones Unidas. (2009). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre la crisis financiera y económica mundial y sus efectos sobre el desarrollo*, junio 2009, p. 01. Disponible en: <<http://www.un.org/es/ga/econcrisissummit/background.shtml>>.
- Núñez Torres, Michael Gustavo. (2016). Acerca de la difícil relación entre seguridad pública y derecho constitucional. En Núñez Torres, Michael Gustavo (coord.). *Derechos humanos, seguridad pública y Constitución*, México: INACIPE.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas México. (2018). Discurso de Jan Jarab para el Foro “Revisión 2018: México ante el Comité DESC de la ONU”, 26 de abril de 2018.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (2003). Conferencia especial sobre seguridad, OEA/Ser.K/XXXVIII, CES/dec.1/03 rev. 1, 28 octubre 2003, p. 02.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (2003). Primera reunión de ministros en materia de seguridad pública de las américas, OEA/Ser.K/XLIX. 1, MISPA/doc. 7/08 rev. 4, 29 octubre 2008, p. 03.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2018). *Nueve de cada diez personas de todo el mundo respiran aire contaminado*. Disponible en: <<http://www.who.int/es/news-room/detail/02-05-2018-9-out-of-10-people-worldwide-breathe-polluted-air-but-more-countries-are-taking-action>>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2017). Índice para una vida mejor. Disponible en: <<http://www.oecdbetterlifeindex.org/es/#/111111111111>>.
- Ortega Contreras, Carolina. (2016). El tránsito de seguridad del Estado a seguridad ciudadana en Colombia (1991-2013): una aproximación desde los referenciales de política pública. *Revista Ciudades, Estados y Política*, 3(2).

- Palacios Arzate, José Luis y Sierra Velázquez, José de Jesús. (2014). El concepto de seguridad ciudadana: una perspectiva desde los estudios para la paz. En Estrada Rodríguez, José Luis (coord.). *Seguridad ciudadana: visiones compartidas*, México, Instituto de Administración Pública del Estado de México (IAPEM), Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM).
- Pavarini, Massimo. (2006). Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad. Una visión entre el centro y el margen”, en Tenorio Tagle, Fernando, et.al., *Seguridad pública. Tres puntos de vista convergentes*, México: Coyoacan.
- Peña Razo, Francisco Javier. (2011). *La seguridad humana para la reconstrucción del concepto de seguridad pública en México*. México: Miguel Ángel Porrúa.
- Pérez Francesch, Joan Lluís y Gil Márquez, Tomás. (2015). Las estrategias de seguridad: instrumentos para la lucha por un mundo más libre y seguro. Una visión desde España. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte Barranquilla.
- Pérez García, Gabriela. (2004). Diagnóstico sobre la seguridad pública en México. Fundar - Centro de Análisis e Investigación.
- Piñeyro, José Luis. (2010). Las Fuerzas Armadas mexicanas en la seguridad pública y la seguridad nacional. En Alvarado, Arturo y Serrano, Mónica (coords.). *Seguridad nacional y seguridad interior*, vol. XV, México, El Colegio de México.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2006). *Informe sobre Desarrollo Humano. Más allá de la escasez: poder, pobreza y la crisis mundial del agua*. Nueva York
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD- (2008). *Proyecto Regional de Gobernabilidad Local en América Latina, Gobernabilidad local, convivencia y seguridad ciudadana*. Marco para la acción.

- Ramos-Paúl de la Lastra, Ignacio y Bernárdez Cabello, Olaf. (2015). Retos de la tutela judicial efectiva frente a las ciberamenazas. En De Tomás Morales, Susana (dir.), *Retos del derecho ante las nuevas amenazas*, Madrid: Dykinson.
- Rodríguez Sánchez Lara, Gerardo. (2007). Antiguas y nuevas amenazas a la seguridad de American Latina. *Bien Común*, 13(152).
- Roncken, Theo. (2014). El sistema nacional de seguridad ciudadana y sus alcances para el vivir bien”, en Zavaleta Betancourt, José Alfredo (coord.). *El laberinto de la inseguridad ciudadana. Bandas criminales, seguridad de fronteras y regímenes penitenciarios en América Latina*. Buenos Aires: CLACSO.
- Saín, Marcelo Fabián. (2005). Guía de evaluación del estado de la seguridad ciudadana en América Latina, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)-Centro Regional de Conocimientos y Servicios para el Desarrollo en América Latina y el Caribe (SURF LAC), octubre 2005.
- Santos Villareal, Gabriel Mario, Seguridad nacional: un concepto ampliado y complejo, México, Subdirección de Política Exterior del Centro de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputados, 2009, p. 10.
- Secretaría de Seguridad Pública, Programa de seguridad. (2007). *Estrategia integral de Prevención del Delito y Combate a la Delincuencia*, SSP, marzo 2007, pp.06-07.
- Secretaría General. Organización de los Estados Americanos (OEA). (2008). *La seguridad pública en las américas. Retos y oportunidades*. 2ª ed., OEA/Ser.D/ XXV.2, 2008, p. 63.
- Universidad de las Américas Puebla (UDLAP)-Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia (CESIJ). (2018). Índice Global de Impunidad México 2018. La impunidad subnacional en México y sus dimensiones IGI-MEX 2018, Le Clercq Ortega, Juan Antonio y Rodríguez Sánchez Lara, Gerardo (coords.), México.

Zippin Filho, Dálio. (2009). Ombudsman, derechos humanos y seguridad pública. Oliveira de Barros Leal, César (coord.). *Prevención criminal, seguridad pública y procuración de justicia. Una visión del presente y del futuro*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), 2009, pp. 144-145.

Análisis crítico de la ley de cuidados paliativos. Aspectos legales de la Ley 1733 de 2014 y normativa reglamentaria por el Ministerio de Salud¹

Carlos A. Gómez-García², Silvia H. Muñoz-Cortina³

“Nunca nos situamos en el tiempo presente. Recordamos el pasado; anticipamos el porvenir... así pues nunca vivimos, sino que esperamos vivir; y, puesto que siempre nos disponemos a ser felices, es inevitable que nunca lo seamos”

Andre Comte-Sponville citando a Pascal

Resumen

Este escrito, busca exponer de manera sistemática la legislación colombiana sobre los cuidados paliativos a partir de la expedición de la Ley 1733 de 2014 y los diferentes derechos de los pacientes vistos tanto desde la bioética y el bioderecho. Este artículo busca dar una explicación crítica al cuidado paliativo como una forma de brindar acompañamiento adecuado para las personas con una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible. Basado en la hipótesis de si son los cuidados paliativos una alternativa para garantizar el respeto de los derechos humano y la dignidad humana en el transito final de la vida y dan la posibilidad de mejorar la calidad de vida y el bienestar de los pacientes y de sus familias cuando se enfrentan a enfermedades en su fase terminal. Los cuidados paliativos son importantes pues atacan no solamente las complicaciones biológicas del paciente moribundo y con dolores indescriptibles sino también contribuye a mejorar las condiciones afectivas

1 trabajo producto de la investigación denominada Implicaciones legales de la política farmacológica nacional creada a partir de la expedición Ley Estatutaria 1751 Del Año 2015, adscrito al grupo de investigación en derecho GRID de la Universidad Pontificia Bolivariana sede Medellín.

2 Abogado egresado de la Universidad de Antioquia, Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros, con Maestría en Bioética y Bioderecho y docente asociado de tiempo completo de la Universidad Pontificia Bolivariana correo de contacto carlos.gomezgarcia@upb.edu.co, carlosgomez777@gmail.com.

3 Abogada de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho privado de la misma universidad, estudiante del Master en Mediación y Gestión del Conflicto de la Universidad Internacional de Valencia –España, docente asistente de tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana sede Medellín, asesora en conciliación del consultorio jurídico de dicha institución, correos de contacto smunoz@americana.edu.co, silviamuz30@gmail.com

y socio-familiares del mismo y que inciden en su situación de sufrimiento, buscando mitigar el dolor y otros síntomas, proporcionando apoyo espiritual, familiar y psicológico desde el momento del diagnóstico hasta el final de la vida y durante el duelo.

El cuidado paliativo responde a dimensiones tanto éticas como políticas en oposición a la eutanasia y aunque ambos pareciera que compartieran la misma raíz argumentativa en el derecho a morir con dignidad, cuando nos referimos al cuidado paliativo nos referimos a mejorar la calidad de vida y el bienestar de los pacientes y de sus familias, buscando mantenerlo con vida y dándole el mayor bienestar posible sin acelerar ni retrasar su proceso de muerte, mientras que, la eutanasia radica en ayudar a morir de manera tranquila o apacible y a petición de paciente.

Palabras clave: bioética, bioderecho, derecho médico, dignidad humana, derecho a morir dignamente, cuidado paliativo, cuidados al final de la vida.

Introducción

Las diversas normatividades que se han venido creando en todo el mundo alrededor del cuidado paliativo exponen que dentro de sus finalidades está el entendimiento por parte de los distintos legisladores de una transformación epidemiológica que nos confronta al envejecimiento sistemático de la población y con esta, el incremento de las enfermedades crónicas e incurables que ocasionan una modificación importante en la calidad de vida de la sociedad.

En este contexto surge el cuidado paliativo, como una oportunidad de brindar alivio al sufrimiento de las personas con enfermedad en fase terminal o con enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida, controlando los síntomas para mejorar su bienestar y calidad de vida, tanto de los pacientes, como de sus familiares, mediante un tratamiento integral del dolor, brindando apoyo psicopatológico, físico, emocional, social y espiritual.

Igualmente, el cuidado paliativo desde un plano jurídico comporta el derecho del paciente a renunciar de manera voluntaria y anticipada a tratamientos médicos innecesarios, extraordinario o fútiles que no cumplan con los

principios de proporcionalidad terapéutica y no representen una los derechos humanos del enfermo.

La importancia de los cuidados paliativos radica en la posibilidad de mejorar la calidad de vida y el bienestar de los pacientes y de sus familias, que se enfrentan a “enfermedades amenazantes que debilitan y provocan múltiples complicaciones biológicas, afectivas y socio-familiares que generan una situación de sufrimiento, mitigando el dolor y otros síntomas, proporcionando apoyo espiritual y psicológico desde el momento del diagnóstico hasta el final de la vida y durante el duelo” (OMS, 2017).

Materiales y métodos

Esta es una reflexión de corte cualitativa, que conjuga la revisión narrativa con métodos transdisciplinarios entre la hermenéutica y la dogmática jurídica, para precisar una reflexión desde la bioética y el bioderecho respecto de la normatividad sobre el cuidado paliativo y su evolución a partir de la expedición de la Ley 1733 de 2014 y su reglamentación. Intentando un abordaje expositivo - descriptivo de la normatividad y su reglamentación que permita el entendimiento de la normatividad del cuidado paliativo en el contexto del respeto de los derechos del paciente que está próximo a morir.

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

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

Ámbito de aplicación de la norma

En la legislación colombiana la primera definición de cuidado paliativo fue dada por la Ley 1384 de 2010, también conocida como Ley Sandra Ceballos,

por la cual se establecen las acciones para la atención integral del cáncer, dicha regulación se definió como “Atención brindada para mejorar la calidad de vida de los pacientes que tienen una enfermedad grave o que puede ser mortal. La meta del cuidado paliativo es prevenir o tratar lo antes posible los síntomas de la enfermedad, los efectos secundarios del tratamiento de la enfermedad y los problemas psicológicos, sociales y espirituales relacionados con la enfermedad o su tratamiento. También se llama cuidado de alivio, cuidado médico de apoyo y tratamiento de los síntomas”, pero solamente hasta la expedición de la Ley 1733 de 2014 se pudo establecer que el cuidado paliativo además de una atención es un saber interdisciplinar, un derecho del paciente y una obligación del sistema de salud.

De acuerdo con el Ministerio de Salud y Protección Social para ser considerado un candidato al cuidado paliativo se requiere que el diagnóstico emitido por el médico tratante esté enmarcado dentro de dos categorías, la enfermedad terminal, por un lado y la enfermedad crónica por el otro, teniendo cada una un grupo de requisitos muy específicos para su diagnóstico así:

- a. Para hablar de la enfermedad en fase terminal es necesario que desde el punto de vista diagnóstico se establezca:
- b. Portador de una enfermedad o condición patológica grave que haya sido diagnosticada en forma precisa por un médico experto.
- c. Que demuestre un carácter progresivo e irreversible.
- d. Pronóstico fatal próximo o en plazo relativamente breve.
- e. Que no sea susceptible de un tratamiento curativo y de eficacia comprobada, que permita modificar el pronóstico de muerte próxima;
- f. Cuando los recursos terapéuticos utilizados con fines curativos han dejado de ser eficaces.

Igualmente, frente a este último numeral, resulta interesante que si bien estos criterios no se encuentran directamente en alguna de las resoluciones del Ministerio de Salud, en los documentos de dicha entidad como es el caso de Abecé Cuidados Paliativos (Minsalud, 2016), es recurrente el uso de dicha

“lista de chequeo” para que el personal de salud pueda llegar a la conclusión ya plantada, sin embargo no sobra recordar que el origen de la misma se encuentra en el documento Estrategia en Cuidados Paliativos del Sistema Nacional de Salud elaborado en el año 2007 por el Ministerio Español de Sanidad y Consumo.

Un enfermo terminal, es aquel paciente con una enfermedad “médicamente comprobada avanzada, progresiva, incontrolable que se caracteriza por la ausencia de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento, por la generación de sufrimiento físico-psíquico a pesar de haber recibido el mejor tratamiento disponible y cuyo pronóstico de vida es inferior a 6 meses” (Minsalud, 2016).

Por otro lado, para hablar de una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida se requieren estos requisitos:

- a. Es de larga duración.
- b. Que ocasione grave pérdida de la calidad de vida.
- c. Que demuestre un carácter progresivo e irreversible que impida esperar su resolución definitiva o curación.
- d. Que haya sido diagnosticada en forma adecuada por un médico experto.

Relación del cuidado paliativo con la limitación del esfuerzo terapéutico (LET)

La limitación del esfuerzo terapéutico (LET) es el límite de los tratamientos curativos, ya que, cuando una persona tiene grandes padecimientos, la principal orientación del personal de salud será intentar la curación con todos los medios disponibles, sin embargo, cuando la enfermedad se torna terminal o crónica todo el panorama de tratamiento se debe reorientar, a fin de preservar el principio bioético de no maleficencia. En otras palabras, se restringen determinados procedimientos que pueden resultar más dañinos que beneficiosos.

Así la LET es una decisión orientada a evitar las medidas “extraordinarias o desproporcionadas para la finalidad terapéutica que se plantea en un paciente con mal pronóstico vital y/o mala calidad de vida” (Herrerosa, Palacios, & Pacho, 2012, 136).

Tipos de LET

A la limitación del esfuerzo terapéutico, se podrá llegar por dos vías; la primera se conoce como *withholding* y consistirá en que el equipo médico desde el comienzo decida no iniciar determinadas medidas curativas ya que, desde el comienzo se sabe que la enfermedad es terminal o crónica, por otro lado, existe el *withdrawing* consistente en retirar un tratamiento que ya ha sido aplicado pues, se decide que ya no será eficaz.

Cabe resaltar que como lo sostienen Herrerosa, Palacios y Pacho (2012, 136), aunque psicológicamente es más difícil retirar que no instaurar y por ende, tanto el paciente como su familia requerirán de mayor acompañamiento, desde el punto de vista bioético, no existe diferencia entre uno y otro.

Tabla 1. Tipos de Limitación del esfuerzo terapéutico	
Fuente: Elaborado por el autor, a partir de revisión de literatura de (B. Herrerosa, G. Palacios, & Pacho, 2012, pág. 136)	
tipo	definición
Medida extraordinaria	Medida poco disponible, que requiera una tecnología compleja o experimental con poca evidencia sobre su efectividad
Medida desproporcionada	Medida en la cual es desproporcionado el riesgo al que se somete al paciente frente al beneficio que recibiría.
Obstinación profesional (diagnóstica o terapéutica)	Intento de prolongar la vida mediante medios extraordinarios o desproporcionados distansia, ensañamiento o encarnizamiento terapéutico
Inutilidad terapéutica	Correctamente aplicado y con indicación precisa, no obtiene el resultado esperado.
Futilidad terapéutica	Desde el principio no puede proporcionar un beneficio.

Fuente: elaboración propia

Esta tipología de la LET, nos puede indicar que cuando se decide no continuar con tratamientos curativos la siguiente alternativa que se le debe plantear al paciente es el cuidado paliativo, ya que, aunque se establezca la fase terminal o crónica de un padecimiento, no quiere decir que el personal de salud no pueda continuar trabajando en mejorar la calidad de vida de quien sufre.

La pendiente resbalosa entre el cuidado paliativo y la eutanasia

Podemos encontrar una similitud profunda entre el ámbito de aplicación del cuidado paliativo y la eutanasia, esto pues, las definiciones son completamente coincidentes entre el paciente candidato a cuidado paliativo, que como se estudió previamente es aquel que se encuentra en una enfermedad terminal o quien padece una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida. Sin embargo, el artículo 2 de la resolución 1216 de 2016 sobre eutanasia comparte el mismo ámbito de aplicación.

Por tal motivo, las sentencias C-239-97 y T-970 -2014 junto con la Resolución 1216 de 2016 del Ministerio de Salud pareciera coincidir en el mismo estribo con la regulación del cuidado paliativo y que ambas estuviesen atravesadas como aplicación directa de la noción de dignidad humana la cual es fundante de la constitución política.

Así, al encontrar coincidencias tan patentes en la legislación, se le deja un peso mayor al poder diagnóstico por parte de los médicos tratantes de una persona vulnerable por su patología terminal, ya que será este quien orientará la decisión, bien, del cuidado paliativo o bien, de la eutanasia.

Sin embargo, la noción de dignidad humana se encuentra en el centro de una discusión filosófica, teológica y política (personalismo y utilitarismo diría la bioética) en donde alguien entenderá que existe un derecho a morir con dignidad y otros, entenderán que la dignidad radica en la vida y la muerte es solo el final de esta.

Jurídicamente es muy fácil afirmar que todos tenemos derecho a la dignidad, pero es muy complejo intentar una definición y precisar unos alcances para este derecho, el profesor de Teoría del Derecho Henry Solano afirma al respecto:

“La dignidad humana es el valor que le asiste al hombre debido a su condición; la condición humana consiste en que el hombre es, por esencia, un ser incrustado, circunstanciado, finito, limitado, que resbala, que se tropieza fácilmente con su circunstancia; en suma, un ser que fracasa, que claudica con facilidad. La condición humana, cuya explicación metafórica se halla en la caída original, radica en que el

hombre no es “Adán en el paraíso”, sino un “yo” incrustado, cautivo prisionera en una circunstancia, en un mundo lleno de adversidades para su despliegue existencial. Solo cuando el hombre muere, su “yo” se desincrusta del cuerpo, de la circunstancia, disolviéndose en el ser, en la nada...” (Solano Vélez, 2012, p. 125).

Empero, las diferencias entre ambos son evidentes, así cuando nos referimos al cuidado paliativo fundamentalmente hacemos referencia a mejorar la calidad de vida y el bienestar de los pacientes y de sus familias, es decir, que el núcleo del derecho a la dignidad del paciente radica en mantenerlo con vida, dándole el mayor bienestar posible y sin acelerar ni retrasar su proceso de muerte, mientras que el concepto eutanasia está compuesto por las raíces griegas *eu* y *thanatos*, que significan bueno y muerte; es decir que el núcleo del derecho a la dignidad del paciente radica en ayudarlo a morir de manera tranquila o apacible y a petición de él.

Así lo reconoce la Corte Constitucional en la sentencia T-970 -2014 cuando afirma: “lo primero que hay que decir es que el procedimiento para garantizar el derecho a morir dignamente puede ser múltiple. En algunos casos, la fórmula no será la eutanasia sino otro que se ajuste a la voluntad del paciente. Por ejemplo, cuando el enfermo padezca dolores insoportables pero su decisión no sea en lo absoluto terminar con su vida, los cuidados paliativos serán la alternativa”.

Por tal motivo, el artículo 16 de la Resolución 1216 de 2016 consagra un trámite para solicitar el “derecho a morir con dignidad” en el siguiente sentido:

Establecida la condición de enfermedad terminal y la capacidad del paciente, el médico tratante, con la documentación respectiva, convocará, de manera inmediata, al respectivo comité. El comité, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la presentación de la solicitud, deberá verificar la existencia de los presupuestos contenidos en la Sentencia T-970 de 2014⁴ para adelantar el procedimiento y, si

4 En este sentido el Ministerio de Salud definió un protocolo para la aplicación de la eutanasia y que define siete requisitos para dicho procedimiento de acuerdo a la implementación de la sentencia citada, este se encuentra disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Protocolo-aplicacion-procedimiento-eutanasia-colombia.pdf>

estos se cumplen, preguntará al paciente, si reitera su decisión.

En el evento de que el paciente reitera su decisión, el Comité autorizará el procedimiento y este será programado en la fecha que el paciente indique o, en su defecto, en un máximo de quince (15) días calendario después de reiterada su decisión. Este procedimiento tiene carácter gratuito y, en consecuencia, no podrá ser facturado.

De dicho procedimiento, se dejará constancia en la historia clínica del paciente y esta documentación será remitida al Comité. El Comité, a su vez, deberá enviar un documento al Ministerio de Salud y Protección Social reportando todos los hechos y condiciones que rodearon el procedimiento a fin de que el mismo realice un control exhaustivo sobre el asunto.

Ante esta disparidad, y las dificultades hermenéuticas pareciera que el legislador quisiera darles gusto a todos y deja la labor de definir qué es lo más indicado en manos del paciente, su familia, grupo de apoyo, pero por sobre todo en la asesoría del personal de la salud y el poder diagnóstico. Un ejemplo evidente de esta situación son los pacientes Esclerosis lateral amiotrófica quienes padecen grandes sufrimientos producto de lo degenerativo de su padecimiento, razón por la cual dependiendo la asesoría que reciban en unos casos optar por una u otra opción.

Derechos de los pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles de alto impacto en la calidad de vida

Derecho a la información: sin ninguna duda, es uno de los derechos más importante luego de recibir la noticia respecto de la enfermedad pues, consiste en recibir información clara, detallada y comprensible, por parte del médico tratante, sobre su diagnóstico, estado, pronóstico y las alternativas terapéuticas de atención paliativa propuestas y disponibles, así como de los riesgos y consecuencias en caso de rehusar el tratamiento ofrecido.

En todo momento la familia del paciente, igualmente tendrá derecho a la información sobre los cuidados paliativos y a decidir sobre las alternativas te-

rapéuticas disponibles en caso de incapacidad total del paciente que le impida la toma de decisiones.

Derecho al cuidado paliativo: tiene derecho a solicitar libre y espontáneamente la atención integral del cuidado médico paliativo.

¿Cuáles son las acciones que hacen parte de la atención en cuidados paliativos?

De conformidad con la Organización Mundial de la Salud (OMS), se siguen las siguientes pautas:

- Aliviar el dolor y otros síntomas angustiantes⁵. Afirmar la vida y considerar la muerte como un proceso normal, es de resaltar, que recibir alivio respecto de los síntomas puede ser considerada una situación en contra de los derechos humanos, y el abandono de los pacientes en esta condición sería a todas luces jurídicamente reprochable.
- No intentar, ni acelerar, ni atrasar la muerte.
- Integrar los aspectos psicológicos y espirituales del cuidado del paciente.
- Ofrecer un sistema de apoyo para ayudar a los pacientes a vivir tan activamente como sea posible hasta la muerte.
- Ofrecer un sistema de apoyo para ayudar a la familia a adaptarse durante la enfermedad del paciente y en su propio duelo.
- Utilizar un enfoque de equipo para responder a las necesidades de los pacientes y sus familias.

5 Los síntomas y signos frecuentes que se controlan en la atención en cuidados paliativos, según lo definido en la Guía de Práctica Clínica adoptada por el Ministerio de Salud y Protección Social son: -dolor, -astenia, - anorexia, caquexia, - deshidratación, - síntomas respiratorios (Tos, Disnea), síntomas neuropsicológicos y psiquiátricos: delirium, Insomnio, ansiedad, depresión, convulsiones, -síntomas digestivos: mucositis, boca seca, candidiasis, disfagia, náuseas y vómito, diarrea, estreñimiento, obstrucción intestinal, ascitis, hipo. Lesiones de la piel: prevención y tratamiento de las úlceras de presión, - síntomas urinarios: tenesmo vesical, incontinencia, obstrucción urinaria (Minsalud, 2016)

- Mejorar la calidad de vida y pueden también influir positivamente en el curso de la enfermedad.
- Brindar, en una fase inicial de la enfermedad y en la medida de lo posible, otros tratamientos que pueden prolongar la vida, como la quimioterapia o la radioterapia, e incluir las investigaciones necesarias para comprender y manejar mejor, complicaciones clínicas angustiosas

Los síntomas y signos frecuentes que se controlan en la atención en cuidados paliativos, según lo definido en la Guía de Práctica Clínica adoptada por el Ministerio de Salud y Protección Social son: -dolor, -astenia, - anorexia, caquexia, - deshidratación, - síntomas respiratorios (Tos, Disnea), síntomas neuropsicológicos y psiquiátricos: delirium, Insomnio, ansiedad, depresión, convulsiones, -síntomas digestivos: mucositis, boca seca, candidiasis, disfagia, náuseas y vómito, diarrea, estreñimiento, obstrucción intestinal, ascitis, hipo. lesiones de la piel: prevención y tratamiento de las úlceras de presión, - síntomas urinarios: tenesmo vesical, incontinencia, obstrucción urinaria (Minsalud, 2016).

Derecho a una segunda opinión: el paciente afectado por una enfermedad a las cuales se refiere esta ley, podrá solicitar un segundo diagnóstico dentro de la red de servicios que disponga su EPS o entidad territorial.

Derecho a suscribir el documento de voluntad anticipada: toda persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales, con total conocimiento de las implicaciones que acarrea el presente derecho podrá suscribir el documento de Voluntad Anticipada. En este, quien lo suscriba indicará sus decisiones, en el caso de estar atravesando una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de no someterse a tratamientos médicos innecesarios que eviten prolongar una vida digna en el paciente y en el caso de muerte su disposición o no de donar órganos.

Para María Laura Malespina estos se definen como: “Los documentos de voluntades anticipadas (DVA), que han tomado cierta relevancia en las últimas décadas, constituyen una forma más de empoderamiento del paciente que toma un rol protagónico en el proceso de su propia enfermedad” (Malespina, 2017, p. 244).

En primer lugar, debemos decir que, en este instrumento, la persona que los suscribe no renuncia a un tratamiento que implique una cura a la enfermedad que padece, o sobre su vida, no es un suicidio ni una denegación de tratamientos que le ayudarán a recobrar la salud sino de una decisión en donde el paciente deja sentado la forma de afrontar un hecho inevitable, como es la muerte, entendida esta como un fenómeno natural del ciclo vital. Esto se debe entender en el contexto de una voluntad de renunciar a ciertos tratamientos, de acuerdo con el precepto objetado, será aplicable únicamente en los casos que relata la Corte Constitucional (Sentencia C 233 de 2014).

Este tema ya ha sido desarrollado para la obra Tópicos selectos de Bioética y Bioderecho en donde se afirmó que desde el punto de vista jurídico la voluntad anticipada deberá ser catalogada como un acto jurídico unipersonal que consta por escrito en un documento privado, ya que para que este instrumento se entienda perfeccionado, basta únicamente la manifestación de voluntad de paciente sin que se requiera de la aceptación de la familia o del médico tratante para que este instrumento sea válido. Es una excepción al consentimiento para los tratamientos que otorga la familia de un paciente cuando este se encuentra inconsciente o bajo un grave estado de salud o enfermedad terminal. (Gómez, 2017, pp. 19-30).

Derecho a participar de forma activa en el proceso de atención y la toma de decisiones en el cuidado paliativo: los pacientes tendrán el derecho a participar de forma activa frente a la toma de decisiones sobre los planes terapéuticos del cuidado paliativo.

Derechos de los Niños y Adolescentes: si el paciente que requiere cuidados paliativos es un niño o niña menor de catorce (14) años, serán sus padres o adultos responsables de su cuidado quienes elevarán la solicitud. Si el paciente es un adolescente entre catorce (14) y dieciocho (18) años, él será consultado sobre la decisión a tomar.

Para los pacientes menores de edad y que se presume la presencia de cáncer o con un diagnóstico confirmado también, se puede considerar un derecho, el consagrado en el artículo 14 de la ley 1384 de 2010 como Servicio de Apoyo Social. Reglamentado parcialmente por la Resolución del Min. Salud 1440 de 2013. El cual consiste en contar con los servicios de un hogar de paso, pago del costo de desplazamiento, apoyo psicosocial y escolar, de acuerdo con sus

necesidades, certificadas por el Trabajador Social o responsable del centro de atención a cargo del paciente.

En este sentido, la legislación sobre el cuidado de niños con cáncer entiende por hogar de paso un servicio de apoyo social, parte integral de la asistencia social del menor y en donde se brinda alojamiento de manera transitoria al paciente con presunción diagnóstica o diagnóstico confirmado de cáncer y a un familiar o acudiente quien será su acompañante y el cual podrá brindar el soporte necesario para la atención en salud a través de servicios de salud debidamente habilitados por estos o por la entidad responsable de garantizar la atención en salud.

La Ley 1388 de 2010 desarrolla el tema del derecho a la vida los niños con cáncer en Colombia

Artículo 3°. Garantía de la Atención. El Ministerio de la Protección Social, en un término de 6 meses, reglamentará la creación y puesta en marcha de una base de datos para la agilidad de la atención del menor con Cáncer.

De manera que el médico que tenga la presunción diagnóstica de cáncer en un menor, beneficiario de la presente ley, lo incluirá en esta base de datos, que podrá ser consultada en tiempo real y que le permitirá a la EPS, ARS o Entidad Territorial a cargo, según los regímenes de la seguridad social en salud vigentes en el país, encontrar al paciente en el sistema.

En esta base de datos se especificará que cada beneficiario de la presente ley, contará, a partir de ese momento y hasta que el diagnóstico no se descarte, con la autorización de todos los procedimientos, de manera integral e inmediata.

Parágrafo. Estos procedimientos, serán entendidos como todos los elementos y servicios que se requieran para la atención de los beneficiarios de la presente ley como consultas, exámenes de apoyo diagnóstico, medicamentos, intervenciones quirúrgicas y el seguimiento al paciente.

Todos los procedimientos tendrán un manejo equivalente a los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, por parte del asegurador o ente territorial.

Si el paciente pertenece al grupo de los denominados vinculados al sistema de seguridad social en salud, será afiliado de manera inmediata, a una Empresa Promotora de Salud de este régimen. Si ello no fuere posible, por cualquier causa, seguirá recibiendo esta atención integral, a cargo de la entidad territorial.

Derecho de los familiares. Si se trata de un paciente adulto que está inconsciente o en estado de coma, la decisión sobre el cuidado paliativo la tomará su cónyuge e hijos mayores y faltando estos, sus padres, seguidos de sus familiares más cercanos por consanguinidad.

Obligaciones de las entidades promotoras de salud (EPS) y las instituciones prestadoras de salud (IPS) públicas y privadas.

La primera obligación que tienen las entidades de salud es informar y garantizar a sus afiliados la existencia y prestación del servicio de cuidado paliativo, como una forma de respetar no solamente los derechos sino además la autonomía de los pacientes.

Por otro lado, estos tratamientos tienen un especial trato por parte del legislador en atención a la entidad de los derechos que desarrolla, en tal sentido, estas entidades están en la obligación de brindar un trato especial en su cobertura, equidad, accesibilidad y calidad dentro de su red de servicios en todos los niveles de atención por niveles de complejidad, de acuerdo con la pertinencia médica y los contenidos del Plan Obligatorio de Salud.

Así las cosas, las obligaciones fundamentales de las entidades de salud están reglamentadas taxativamente tal y como lo muestra la tabla 2, en la cual, se muestra los diferentes desarrollos reglamentarios de este tema y que crean nuevas obligaciones para las entidades de salud.

Tabla 2. Desarrollo reglamentario del derecho al cuidado paliativo

Fuente: Elaborado por el autor, a partir de revisión de la reglamentación del Ministerio de Salud	
Las actividades y servicios integrales del cuidado paliativo se deberán prestar de acuerdo al Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud y Las guías de manejo que adopten el Ministerio de Salud y Protección Social y la CRES (Minsalud, 2016).	
CIRCULA	TEMA
Circular 023 de 2016	Instrucciones respecto de la garantía de los derechos de los pacientes que requieran cuidados paliativos.

Resolución 1441 de 2016	Por la cual se establecen los estándares, criterios y procedimientos para la habilitación de la Redes Integrales de Prestaciones de Servicios de Salud.
Resolución 1051 de 2016	Por medio de la cual se reglamenta la Ley 1733 de 2014 en cuanto al derecho a suscribir el Documento de Voluntad Anticipada
Resolución 1416 de 2016	Por la cual se adiciona el Manual de Inscripción de Prestadores y Habilidadación de Servicios de Salud adoptado por la Resolución 2003 de 2014.
Circular 022 de 2016	Lineamientos y Directrices para la gestión del acceso a medicamentos opioides para el manejo del dolor.

Fuente: elaboración propia

La obligatoriedad de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), del Régimen Subsidiado, Contributivo y Régimen Especial y de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), tanto públicas como privadas, de tener una red de servicios de salud que incluya la atención integral en cuidados paliativos, de acuerdo al nivel de complejidad, y desarrollará las guías de práctica clínica de atención integral. También deberá reglamentar la atención de estos tratamientos especializados para la atención de los niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, aunque el desarrollo del tema en el derecho colombiano ha sido muy favorable, resulta preocupante el poco empeño que el legislador pareciera prestarle a incentivar la formación de equipos interdisciplinarios especialistas en el cuidado paliativo.

Frente al talento humano para el cuidado paliativo, dice la Resolución 1416 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social en su artículo 1º referente al Estándar Criterio Talento Humano:

En los servicios diferentes a consulta externa, especialidades médicas, donde se atiendan pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles, a los cuales se les decida como conducta médica o por solicitud del paciente, el manejo del dolor y cuidado paliativo el médico tratante deberá contar con certificado de formación para el manejo del dolor y cuidado paliativo, cuando no sea especialista en dolor y cuidado paliativo.

De la lectura de esta norma, se colige que no todos los profesionales encargados de la atención dentro de los equipos interdisciplinarios encargados de la atención del cuidado paliativo deberán ostentar el título de especialista ya que, bastaría con un curso sobre este tema de unas cuantas horas. Con esto pare-

ciera que el legislador intentara abaratar el costo que conlleva esto, evitando la cualificación del talento humano.

Por último, dentro de las obligaciones propias de las entidades de salud respecto del cuidado paliativo, está la reglamentación respecto de la habilitación de los diferentes servicios en donde este se puede prestar, esta se detalla en la tabla 3:

Tabla 3. Servicios que atienden cuidado paliativo	
Fuente: Elaborado por el autor, a partir de revisión de la Resolución 2003 de 2014 y las guías del (Minsalud, 2016)	
HABILITACIÓN	DISPOSICIÓN
Consulta Externa de dolor y cuidado paliativo	Cuando se trate de pacientes oncológicos se requerirá, para ser habilitado, previa visita por parte del Ministerio.
Hospitalización de mediana y alta complejidad	Estándar de procesos prioritarios asistenciales Cuando se oferte hospitalización en oncología (aunque no le es exclusivo), exige que se cuente con protocolos de manejo de detección y manejo de dolor y cuidados paliativos.
Unidad de quemados adultos y pediátricos	Se exige guías de manejo del dolor y utilización de escalas del dolor debidamente documentada y socializados en el recurso humano.
Atención Institucional de paciente crónico	“El servicio se define como: “Servicio independiente y autónomo o al interior de una IPS con servicios hospitalarios o ambulatorios para el manejo de pacientes con procesos crónicos e incurables, con una gran carga social tanto desde el punto de vista económico como desde la perspectiva de dependencia social e incapacitante, de etiología múltiple y con desarrollo poco predecible. Incluye manejo de pacientes con patología crónica y o terminal sin ventilación y pacientes con patología crónica y o terminal con ventilación. Corresponden a servicios institucionales que desarrollan planes individualizados de cuidado y rehabilitación (estableciendo potencial rehabilitador), con apoyo de equipos de profesionales y tecnología apropiada, en busca de mantener funciones, prevenir el deterioro, promover la recuperación e independencia funcional en el menor tiempo posible así como el cuidado paliativo integral, cuando su condición clínica lo amerite” (Minsalud, 2016)
Atención Domiciliaria	Procesos prioritarios asistenciales, se exige que se cuente con guías, protocolos o procedimientos para el manejo de dolor y cuidado paliativo
Cirugía Ambulatoria	“Dentro del estándar de procesos prioritarios asistenciales, se exige procedimiento, identificación y gestión del dolor. Adicional a lo anterior la Resolución 1416 de 2014 “Por la cual se adiciona el Manual de Inscripción de Prestadores y Habilitación de Servicios de Salud adoptado por la Resolución 2003 de 2014”, incluyo, para “todos los servicios” que atiendan pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles, criterios al Manual de Prestadores y Habilitación de Servicios de Salud, adoptado por la Resolución 2003 de 2014, relacionados con los estándares de Talento Humano y Procesos Prioritarios; con lo cual se garantiza mayor cobertura de atención para los pacientes que requieran el cuidado paliativo. Tal como se observa, dentro de los servicios donde es posible atender pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida, se definieron exigencias explícitas para abordar el dolor y el cuidado paliativo, lo cual resulta acorde a las exigencias de la Ley 1733 de 2014” (Minsalud, 2016).

Fuente: elaboración propia

La Superintendencia Nacional de Salud vigilará que las Entidades Promotoras de Salud (EPS), del Régimen Subsidiado, Contributivo y Especial incluyan en sus redes integradas la atención en cuidados paliativos según los

criterios determinantes de las redes de servicios de salud que garanticen el acceso a este tipo de cuidados de forma especializada, a través de sus profesionales y sus Unidades de Atención. Además, las Direcciones Departamentales y Distritales de Salud tendrán en cuenta el mismo criterio, referente a las redes integradas, al aprobar y renovar el funcionamiento de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), tanto públicas como privadas, salvo las excepciones definidas en la norma que competan al Ministerio de Salud y Protección Social.

Conclusiones

El cuidado paliativo es tanto un derecho de los pacientes, una obligación del sistema de salud, pero por encima de todo es una oportunidad de ofrecer consuelo al sufrimiento de las personas con enfermedad en fase terminal o con enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida, controlando los síntomas para mejorar su bienestar y calidad de vida, tanto de los pacientes, como de sus familiares, mediante un tratamiento integral del dolor, brindado apoyo psicopatológico, físico, emocional, social y espiritual. Este derecho no solamente incluye los tratamientos sino también la posibilidad de renunciar de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos innecesarios, extraordinario o fútiles que no cumplan con los principios de proporcionalidad terapéutica y respeto de los derechos humanos del enfermo.

El cuidado paliativo se encuentra consagrado por oposición a la eutanasia y aunque ambos pareciera que compartieran la misma raíz argumentativa en el derecho a morir con dignidad, cuando nos referimos al cuidado paliativo nos referimos a mejorar la calidad de vida y el bienestar de los pacientes y de sus familias, buscando mantenerlo con vida y dándole el mayor bienestar posible sin acelerar ni retrasar su proceso de muerte, mientras que, la eutanasia radica en ayudar a morir de manera tranquila o apacible y a petición de paciente.

Cuando se habla del cuidado paliativo como un derecho este incluye el aliviar el dolor y otros síntomas angustiantes, ser considerada una situación en contra de los derechos humanos, y el abandono de los pacientes en esta condición sería a todas luces jurídicamente reprochable.

Es preocupante el poco cuidado que el legislador ha venido prestado al tema del talento humano en los equipos de cuidado paliativo al punto que da la impresión de estar intentando abaratar el costo que conlleva evitando la cualificación del talento humano.

Referencias bibliográficas

Malespina, M. L. (2017). Cuestiones jurídicas al final de la vida. *Persona y Bioética*, 243-258.

B. Herreros, c., G. Palacios, c., & Pacho, E. (2012). Limitación del esfuerzo terapéutico. *Rev. Clin Esp.*, 212(3), 134-40 .

Gómez García, C. A. (2017). Conceptualización del derecho a la voluntad anticipada en Colombia. En G. Villegas M, *Tópicos Selectos de Bioética y Bioderecho* (págs. 19-30). Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Minsalud. (2015). *Ministerio de salud y protección social. Obtenido de Protocolo para la aplicación de de eutanasia en Colombia*: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Protocolo-aplicacion-procedimiento-eutanasia-colombia.pdf>

Minsalud. (2016). Minsalud Biblioteca Digital. Obtenido de ABECÉ Cuidado Paliativo: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/abece-cuidados-paliativos.pdf>

OMS. (2017). Organización Mundial de la Salud. Obtenido de Cuidados paliativos: <http://www.who.int/cancer/palliative/es/>

Solano Vélez, H. R. (2012). Pulimento Racio vitalista del Concepto de Derecho. Medellín: Díké.

Colombia. Congreso de la República. ley 1733 (8 de septiembre de 2014). Ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermeda-

des terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida.

Colombia. Congreso de la República. ley 1384 (19 de abril de 2010). Ley Sandra Ceballos, por la cual se establecen las acciones para la atención integral del cáncer en Colombia.

Colombia. Congreso de la República. ley 1388 (26 de mayo de 2010). Por el derecho a la vida de los niños con cáncer.

Colombia. Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-239, del 20 de mayo 1997. MP. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-970, del 15 de diciembre de 2014. MP. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

La estética performativa en la construcción de la esfera pública y el sujeto político¹

Diego Alejandro Correa Correa², Luis Fernando Garces Giraldo³,
Conrado Giraldo Zuluaga⁴

Resumen

Este trabajo tiene como fin, mostrar los avances de la tesis doctoral que tiene como título: *La intimidad en la esfera pública: la constitución del sujeto político en el marco de una estética performativa desde una concepción neopragmática*. Que presenta una investigación cualitativa, con funciones desde la filosofía de la estética con una exploración y descripción del problema central de la tesis, que se enmarca en la intimidad en la esfera pública en la actualidad.

Hoy vemos en nuestra historia todo un suceso, que la intimidad, está a la merced de la historia de aquellos momentos dentro de la esfera pública, que ha sido violentada, ultrajada, puesta en la esfera pública como un premio de todos y para todos. Es aquí donde la investigación toma un rumbo diferente, las estadísticas a nivel mundial ofrecen datos que hoy los jóvenes solo por mencionar este aspecto de tantos, están supeditados al qué dirán y al qué puedes mostrar. No más espectáculos que no son útiles para el mundo actual.

La historia nos muestra que el lenguaje es una herramienta que se debe fortalecer y hacer posible un cambio y una trascendencia de todo el problema metafísico de los jóvenes de hoy. Este es el cambio de historia dentro de la esfera pública, la forma de hacer posible una performance de lo que se tiene dentro de lo que el mundo ofrece, y lo que se debería tener.

1 Capítulo de libro resultado de la Tesis Doctoral titulada “La intimidad en la esfera pública: la constitución del sujeto político en el marco de una estética performativa desde una concepción neopragmática”, de Diego Alejandro Correa Correa.

2 Candidato a Doctor en Filosofía UPB, docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. <https://orcid.org/0000-0001-9528-2853>. E-mail: dcorrea@americana.edu.co

3 Doctor en Filosofía (Summa Cumlaude de UPB, Posdoctor en Derecho de la UNAL- Bogotá, Posdoctor en Filosofía de la UPB. Investigador Señor de Colciencias. <https://orcid.org/0000-0003-3286-8704>. E-mail: lgarces@americana.edu.co

4 Doctor en Filosofía de la UPB, Docente Investigador del Grupo Epimeleia UPB. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1885-9158>. E-mail: conrado.giraldo@upb.edu.co

Palabras clave: Estética performativa; esfera pública; investigación; intimidad; sujeto político.

Introducción

Cuando se habla de la parte performativa, se debe de hacer hincapié a la forma como se experimenta la parte estética en la historia humana y la forma como se construye dentro del contexto histórico. Es aquí donde este pensamiento de análisis de la estética dentro de la forma performativa, es la construcción diaria del ser humano dentro de su contexto humano, considerado en otras palabras el que hacer diario de su vida. Partir del análisis estético performativo, es mostrar una nueva perspectiva de la filosofía dentro del campo estético, es aquel que muestra su desfiguración, dentro de su figura diaria, es cambiar el horizonte del pensamiento, es salirse de la esfera común y corriente, de lo que el mundo de hoy propone, una historia puesta a formación cultural, más no una formación metódica, una formación de preformas.

Esto no es una mascara, como en el mundo antiguo, del cual la palabra provenía del griego para significar la persona, las formas que en el teatro se construían para demostrar la historia cultural de cada persona, el que hacer, sus labores, sus roles, sus cuestiones, sus necesidades, sus gustos materiales, sexuales y hasta religiosos. Es la formación de la persona dentro de la historia humana. No se cambia, la forma de la personalidad en su esencia, o como lo determinan grandes pensadores sobre su esencia real y sustancial de cada uno.

Se puede hacer referencia al lenguaje, teniendo en cuenta, que esto es la parte performativa del ser humano, el que orienta su estructura y sus causas dentro de la historia misma del hombre. Así se puede expresar que el lenguaje hace la nueva visión del hombre actual. “En este contexto es donde se ubican las fuerzas que desencadena el lenguaje performativo que pretenden siempre dejar en evidencia, por lo menos, uno de estos tres aspectos. Primero que “el decir algo” es hacer algo; segundo, que “al decir algo” estamos haciendo algo; y el tercero, relacionado más claramente que los anteriores con la auto implicación, señala que “porque decimos algo” estamos haciendo algo. (Ramírez, 2015). De aquí lo que plantea José Luis Pardo cuando expresa en su texto *La Intimidad* el siguiente esquema sobre el lenguaje, que la idea es que uno que

piensa decir algo, pero, no es lo que realmente uno esta diciendo. Es aqui donde de la esfera publica se deb de realcionar con la intimidad.

Las falacias y su contexto con el lenguaje intimo en la esfera pública

El autor Pardo, J. Plantea las cuatro falacias que hacen referencia a la intimidad, de esto hace que la intimidad resalte de ese sin sentido humano que aparece dentro de la historia, viéndose reflejada por el grito, el gemido, el sollozo o el susurro, esto es lo que las personas desde su interior hacen para convertir lo íntimo en privado y lo mal llamado hoy en *mundo moderno* como en público. Se puede hablar de este modo sabiendo que el lenguaje humano tiene un doble movimiento de sentido- significado, animalidad- racionalidad, y es como lo menciona Pardo como la morada de la intimidad.

La primera falacia tiene que ver con el sentido de identidad, Pardo lo llama en su obra falacia de la intimidad o falacia de la identidad (p. 37). Esto es posible porque el hombre posee una identidad natural, o sencillamente que tiene una naturaleza idéntica. La falacia consistiría en que se confundan estos dos términos: intimidad e identidad. Teniendo en cuenta que el hombre se puede mirar en particular o miramos los hombres en general. Como dice:

La expresión lingüística de esta primera falacia es la idea de que toda palabra o toda frase tiene siempre un significado originario, natural, recto, y que por tanto todos los posibles significados divergentes son desviaciones de esa ley natural. Así pues, el vicio que produce esa falacia es la creencia (ilusoria o metafísica) en una identidad natural de los seres humanos o en un significado originario de las expresiones lingüísticas (Pardo, 1996, p. 38).

Esta primera falacia se puede pensarla una idea de lo que el otro me produce a mí como un ser que es idéntico y me hace perder mi identidad y mi intimidad. Por ende, la falacia es un recorte a la existencia con el otro, porque lo quiero imitar, seguir según sus condiciones (caprichos), es perder mi ritmo de vida y olvidar mi lenguaje propio creado sin la necesidad de la lógica clásica, sino la diferenciación de lo que me hace humano mi parte innata. Cuando no soy capaz de darme mi lugar y permito que se me mezcle la intimidad de él

con la mía, las cosas pierden sentido en mí que hacer y en mi ser, en la vida y hace que la relación con los otros sea un engaño, el no poder mostrar mi vida verdadera. Y es aquí donde puede dar paso a la siguiente falacia.

La segunda falacia está sostenida en la afirmación *el hombre se tiene a sí mismo*. Esto hace que la persona piense que es propiedad privada, la confusión que tenemos en esta falacia es la intimidad con la privacidad. Así denominamos esta como la falacia de la intimidad o falacia de la privacidad. Como lo menciona Pardo en su obra:

Si en el caso de la primera falacia las consecuencias nefastas se derivaban de concebir la intimidad como fuente de derecho público, como fundamento de leyes generales, en este otro caso la intimidad se arruina precisamente al considerarla como fuente del derecho (y, por lo tanto, de deberes) privados (Pardo, 1996, p. 38).

Esto tiene como sentido el hecho de cómo se maltrata al otro porque es nuestro amigo, o porque él o ella es mi amante, se tiene la posibilidad de hacerle daño, se hace, se permite por el sentido de la amistad se rompe los canales del lenguaje. Por no respetar su espacio, su intimidad y por ende no respetarse uno mismo. En este caso se utiliza al otro, lo cosifico, se hace una simple marioneta de nuestros antojos, tanto emocionales, como sexuales, por qué no, religiosos. Sabiendo que el derecho privado esta obligatoriamente tutelado por el derecho público o, en otras palabras, como lo menciona Pardo, la privacidad depende siempre de la publicidad, del cual en el mundo moderno se ha expuesto al juicio público y el juicio moral expuesto al escarnio de la vida humana por medio de las redes sociales.

Se debe tener cuidado en la expresión lingüística de esta falacia referente a la intimidad, pues es pensar que esta expresión “la intimidad de la lengua”, hace pensar que la vida sigue siendo una necesidad de lo que la cultura expone y propone. Aunque, en el siglo XXI se ejecute como una esclavitud que el otro hace sobre mí, porque quiere pasar mi intimidad utilizando mi privacidad al escarnio público. Pardo sigue hablando en su obra que de la primera falacia se derivan las demás. Sigue mencionando que de la intimidad con la identidad sale lo natural del yo, una confusión íntima que surge como muestra pública. Es así como en la tercera falacia, menciona la falacia de la intimidad o falacia de la limpieza étnica o de la infabilidad.

Si mi intimidad es mi identidad profunda y natural, que excluye las demás identidades diferentes de la mía, mi única relación posible con los otros (los que son de otra naturaleza que yo) es la violencia y la guerra, no puedo hablar con ellos porque, si no sienten lo que yo siento cuando digo yo, jamás podremos entendernos (Pardo, 1996, p. 39).

En esta declaración de la tercera falacia, hace recordar las vivencias que se tenía cuando el lenguaje era utilizado como niños, aquello que peleaba porque los otros no eran como nosotros, o porque no tenían lo mismo, o nosotros no teníamos lo mismo que ellos; es tener en cuenta que esto hay que solucionarlo, dejarlo a un lado, modificarlo de nuestra memoria, es pensar que esto se debe de superar para la ejecución idónea de la intimidad. Es rumiar que el otro me hace a mí un mundo nuevo, pero, no maneja mí mundo, como si lo hacían cuando éramos niños, en la época de los pares mencionada por los psicólogos. Que manipulan las formas de relacionar solo hombres o solo mujeres, es aquí donde empieza a modificar conductas, a manipular los estereotipos y formar la conciencia de la intimidad.

Se comprende que la tercera falacia lo que hace es una constante lucha entre uno y otros pensares, genios, mentalidades, posibilidades de ser, o el enfrentamiento constante de querer estar por encima del otro, es una falacia que se ha convertido en niños, no como el ejemplo citado en el párrafo anterior, pero en la adultez no se ha superado ese egoísmo que ha hecho hasta grandes guerras, así como algunos creen que uno de los principales inicios de la Segunda Guerra Mundial, el problema del lenguaje que condujo al mundo a uno de los peores genocidios de la historia. Con esto daríamos paso a la cuarta falacia.

Pardo menciona que la cuarta falacia tiene que ver con la segunda, pues esta se deriva porque la confusión de la intimidad con la propiedad privada convierte el habla en códigos para un uso privado. La cuarta falacia reza así: “La intimidad o falacia del solipsismo”. Así como lo menciona el autor, esta falacia, en la intimidad, es incompatible y solo se experimenta genuinamente en la más absoluta soledad y en el aislamiento de toda la vida social:

Si mi intimidad son esas convicciones que mantengo en secreto y en las que basa mi éxito social (mi personalidad), si las compartiese

con alguien perdería mi riqueza personal, como quien dilapida su fortuna en placeres mundanos olvidando la necesidad de ahorrar, y dejaría su ser socialmente valorado. (Pardo, 1996, p. 40).

En esta cuarta falacia vemos como de alguna manera se reúnen las anteriores, lo que hace es ver que unos cuantos han desmeritado el sentido de lo que uno puede ser, como lo hace el Estado cuando no presta o no da lo que es de interés común, o como lo ejecuta aquel padre abusivo que lo que hace es engañar a su hijo y no le brinda su necesaria compañía y empeño para formarlo como un ciudadano de bien, o aquel profesional que lo que hace es esconderse tras su poder y no permite que el que está a su lado aprenda o se pueda formar para encontrar un beneficio comunitario. A partir de su obra *La intimidad*, Pardo procura refutar filosóficamente todas estas falacias, lo cual permite pensar que el hombre quiera, o no quiera, necesita el levantamiento de su miseria y es allí donde de todos modos saca a relucir lo que es y cuánto puede ser, todo lo que ha escondido y no ha sido capaz de resolver. *La intimidad*, en estas falacias, servirá de aprendizaje personal para ampliar la capacidad comprensiva de cada cual para abordar su intimidad. Así concluye el mismo José Luis Pardo afirmando que:

El hombre no se sostiene en la quietud sino en la ebriedad, se tiene porque camina, porque reposa en su propio movimiento de decadencia, en su inquietud y en su flexibilidad. Cuando el hombre cae, no lo hace, como suele decirse, porque haya perdido el equilibrio sino, más bien al contrario, porque ha perdido el desequilibrio y se ha convertido en el desplomarse sobre la tierra, en un ser perfectamente equilibrado, en una naturaleza idéntica (Pardo, 1996, p. 41).

Como se ha indicado, esta liberación desde lo más idéntico de cada ser conduce a pensar que toda esta limitación es parte de cada uno, y aunque hable consigo mismo, la respuesta es la intimidad propia, es la forma de ser sí mismo y no permitir que nadie se haga dueño o pueda poseer a otro y controlar su intimidad, al igual que yo tampoco posea la del otro. Sería pensar lo que muchos jóvenes hoy viven en la relación de parejas, en el noviazgo, con frecuencia creen que son poseedores de una persona, como si la hubieran comprado, para poder auto dominarla de esa manera, el limitar y controlar su tiempo, su intimidad, sus relaciones y demás. El control de la intimidad es en este sentido un ejercicio social del poder individual.

Ejemplo de esto está en las casa: Los padres y progenitores, la sociedad en general, no pueden permitir esa explotación de intimidad frente estas nuevas generaciones, que lo que buscan es una orientación de las personas mayores (padres), cuya experiencia es decisiva y saben manejar las falacias de la vida, no de un par, sino de una persona que ha conocido que es ser padre o madre, o porque lo han vivido y saben cómo respetar al otro, pero no aquel joven que ha experimentado una relación de noviazgo sexual y cree poseer la vida del otro, porque supuestamente hay un amor, y saben que el amor es dominio del otro más no de sí mismo. Con lo que se ha dicho hasta aquí, bien podemos afirmar que la intimidad es diferente, no es un concepto romántico, es más bien un estudio de la vida propia, de lo que conlleva hacerla respetar. Conviene distinguir entonces fuera de las falacias, lo que hoy en día el mundo expone sobre intimidad.

La lengua tiene una dimensión pública (que suele acaparar todo el contenido racional o lógico del habla), un significado social y transparente que lo hace luminosamente accesible a todos sus usuarios, no puede ser efectivamente hablado (e incluso en ello: escrito) sin segregar una dimensión íntima (la acción del lenguaje sobre sí mismo, a la que se suelen relegar los contenidos –o quizá continentes- emocionales), un sentido opaco y singular inaccesible para todos salvo para quien lo habla desde dentro (Pardo, 1996, p. 51-52).

El lenguaje de la íntimo, es el propuesto que abre la posibilidad de dos caminos se hacen interesantes en el mundo de hoy, y en la cual a veces los hombres y mujeres son tan fascinantes que quieren transparentar los dos momentos, el de adentro y el de afuera. Suena como si fuera un problema lógico de exponer el lenguaje según los términos de la lógica. Hoy la historia muestra todo lo contrario no diferenciamos entre lo de afuera o lo de adentro, lo privado y lo público, lo interno y lo externo, lo que es propio y lo que no nos corresponde. La vida del hombre en su constante caminar, hace que todos tengan la posibilidad de hablar de una manera que a veces solo así mismo se entiende el misterio del lenguaje.

Por ende, el lenguaje genera un misterio, pero la intimidad resguarda este misterio de lo que caya el lenguaje, no es la historia abierta, que ayuda entender los problemas sociales, pero ahora, el hombre de hoy genera una historia frente al sistema de conectividad que rompe la estructura del misterio íntimo.

Es entonces, donde se debe de brindar una idea casi Platónica de lo que se debe de resguardar y lo que se debe de mostrar a través de imágenes dentro de la caverna cibernética del mundo de hoy. El hombre ha vuelto a la caverna, con la imaginación bien estructurada, pero las acciones encadenadas a la ignorancia de lo íntimo.

Se piensa que la intimidad es expuesta a la merced de los reflejos de la caverna cibernética llamada internet, pero no es una fuente que ayude a liberar de la ignorancia, de las cadenas de la cultura, de las cadenas de la historia sin límites, de las cadenas del relativismo actual y de los sinsentidos de la humanidad que hasta la forma de morir es un espectáculo expuesto en reflejos y acciones normales de la vida humana. Es retomar la definición de lo que produce la filosofía.

Por ello, el estudio ordenado, sistemático y fundamentado de la filosofía es muy recomendable para tener una visión correcta de la realidad y también proporciona suficiente criterio para saber discernir los aciertos y errores de las ideas predominantes en los ámbitos científicos, culturales y sociales. (Castillo Córdoba, 1980).

Si el hombre de hoy busca una historia performativa, debe de volver hacia la historia de lo que es filosofía, es retomar el inicio, la génesis de su sentir en el mundo, lo que es proporción referente a la historia humana, es brindarle una oportunidad de mejorar su condición de vida. Es salirse de lo que el mundo de hoy muestra es ser capaz de predominar en el mundo actual.

Barrendonner (1987) expone en su obra Elementos de pragmática lingüística, un punto de vista determinante, sobre el tema, al sustentar que el lenguaje por sí sólo carece de poder, pero que lo obtiene y adquiere capacidad performativa desde el carácter corporativo del que enuncia.

Un acto es por su naturaleza productor de resultado, y reemplazarlo por una enunciación verbal, es generalmente, renunciar a los medios gestuales que provocan dicho resultado, y perder así, la posibilidad de obtenerlo directamente. La sustitución de un hacer por el decir no será practicable si no existe, además, alguna garantía de que la enunciación será también seguida de un efecto. Esta garantía no se

encuentra en la lengua, sino en las instituciones. Por institución, entiendo la existencia de un poder normativo que someta mutuamente a los individuos a determinadas prácticas bajo pena de sanciones (Barrendonner, 1987: 78,79).

Hoy la estética performativa, posee un problema en gran escala tiene un enemigo que estaba dormido y que ha logrado escalar a gran escala su diferenciador dentro del lenguaje escrito y verbal. Es un logro del sistema de lenguaje binario, utilizado en las computadoras, ha roto el sistema de lo que se conocía como un lenguaje oculto, solo para personas expertas, ya todos puede generar un producto, vender, exponer, educar, trabajar, comunicarse a través de este lenguaje binario, con algoritmo que lleva al mercado en masa de toda la sociedad, en todos sus niveles. Desvirtuando lo estético y poniendo lo performativo en un sentido diferente.

Así, los medios, las creencias y las instituciones del Estado se muestran como una herramienta y a la vez una matriz de sentido que resignifica y da sentido al tiempo y al espacio determinando a priori lo que se debe sentir y pensar ante determinadas situaciones, caracterizadas performativamente desde la determinación estatal e institucional de lo que puede o no decirse, de lo que puede o no hacerse en un determinado lugar y a una determinada hora (Aguilar, 1981).

Hoy en día la parte performativa en el sentido estético del lenguaje es una transformación puesta por el poder que gobierne, o dirija el hecho de estado. Es entonces puesto a que la historia humana se ve manipulada, violentada en todos sus elementos humanos que, el arma de poder que es el lenguaje debe de responder a hechos, sucesos, y acciones de poder dentro de lo que el mundo propone. La subjetividad se ve permeada por este hecho de trabajo de poder, expuesto por el gobernante.

Si hoy en día la historia muestra al hombre subjetivado por los medios, por la economía, la política, la religión, la moda, los cambios de gobierno que son indiferentes a la política, por todos aquellos seres que se atreven a manipular la intimidad, a desfigurar la estética, a desorientar la parte performativa del hombre es un hecho de cosificación del mundo moderno, aquello que atropella la cultura y las costumbre desde la ética.

Por ello, no reviste ningún interés filosófico particular estudiar la “lógica” del lenguaje estético (la cuantificación en estética o la estética pasada por el tamiz de los mundos posibles). Lo que a nosotros nos interesa es más bien determinar cómo es que el lenguaje estético entra en nuestras vidas, cómo es empleado, cómo nos afecta, en conexión con qué reacciones y actividades, para lograr qué lo empleamos, etc. Es para responder a interrogantes como esos y a muchos otros más que el método de los juegos de lenguaje y las formas de vida es particularmente valioso (Blanco, 2013).

Es entonces, un signo de salirse de tradición lógica, cuando estéticamente el ser humano es desconfigurado por la programación actual que lo sostiene. Esta programación es un signo de cultura impuesta por el mercadeo de las cosas, las necesidades, los gustos de unos cuantos mal llamados famosos. Pero se olvidó la idea (estética) de los abuelos, las tradiciones (ética) familiares, la toma de decisiones (política) es la ciudad. No se presenta ahora en día lo que surge como una pregunta a esta propuesta doctoral, ¿si hoy se puede hablar, de ética, política y estética dentro de los sujetos modernos y la modernidad en general?

La estética performativa una construcción del sujeto dentro de la intimidad de hoy.

El sujeto de hoy este puesto al imaginario virtual de la vida cotidiana. Es el sujeto, que se tuvo que adherir a las observaciones de la red, no la red someterse a la observancia del sujeto y sus necesidades. Por tanto, es una suposición pensar hoy en día, en el mundo moderno que se pueda vivir sin conectividad. No es una contradicción decir esto. Pero siempre en el adagio popular se exponía que la maquina son las que están al servicio de la humanidad, y no viceversa, los humanos al servicio de las máquinas y la conectividad en red. Judith Butler ha denominado *Marcos*, a lo que el sujeto debe de vivir en la actualidad, por ende, se piensa el sujeto en otra escala diferenciadora de la realidad. “Por este vocablo se entiende una serie de normas de aceptación y patrones de reconocimiento personal y social, que condicionan íntimamente la construcción político-ontológica de los individuos (Molina Barea, 2018).

Es entonces la idea de la realidad en la que se mueve los seres humanos hoy, desde la perspectiva estética es la construcción de un sujeto nuevo en el mundo moderno, pero para esto necesita la intimidad. Esta intimidad, se diferencia de todas las acciones que sea coercitivas al cuerpo, así lo podemos mencionar y trabajar, porque será casi lo mismo que el mundo occidental de la tradición continental ha puesto en nuestros días.

Se trata de la formalización de diversas estrategias, de las cuales surgen nuevas alianzas corporales orientadas a la producción de identidades no normativas. No por casualidad, Butler señala que el cuerpo es el principal subyugado por el sometimiento a los marcos. Estos cuerpos, convertidos en protagonistas de las vidas precarias, son los llamados cuerpos abyectos.⁵ Rechazados por la norma, se tornan vulnerables, y por eso mismo, poderosos ante la regularización de los marcos (Molina Barea, 2018).

El cuerpo es la manifestación expresiva de lo que esta sucedió en la vida actual, la tradición continental expresa en palabras de Richard Shusterman, que, en este proceso de la filosofía desde la parte norteamericana, se debe de hacer una nueva categoría al sentido estético, y surge una nueva forma desde ver la estética dentro de la filosofía, es una categoría *Somaestética*. El cuerpo debe de hablar, de manifestar, de experimentar nuevos cambios y transformación, de historia, de cultura, de medicina, de religiosidad y posturas de nuevas tendencias culturales, inclusión del mundo moderno y sus actitudes dentro de la sociedad.

El sujeto político de hoy tiene un carácter estético bien interesante, es buscar las ideas de lo que se hace, de cómo ofrecerse en el medio en el cual, se está moviendo, la idea de cómo está expuesta su teoría dentro de lo que el propone para el medio, no le importa violentar la intimidad de sus ciudadanos, no le importa desfigurar el sujeto político de hoy. Por lo tanto, el sujeto esta puesto a la merced del lenguaje y de la función que se expone dentro de la realidad. “En otras palabras, la “performance” es una forma de legitimación, afirmación

5 Lo llamado abyecto por Butler es lo rechazado, lo considerado como no significativo, y como no visible. El cuerpo abyecto sería así un cuerpo no inteligible, un cuerpo que no importa. (Burgos Díaz, Elvira (2008), *Qué cuenta como una vida. La pregunta por la libertad en Judith Butler*, Antonio Machado Libros, Boadilla del Monte. Madrid).

y construcción de la identidad. Y como tal, un instrumento político al servicio de un grupo de personas que asumen su condición precisamente desde esta performatividad” (Aguilar, 1981).

Ahora bien, la idea del sujeto político de hoy es mostrado desde la perspectiva de una estructura impuesta por años, es de carácter inapropiado cuando el sujeto político violenta a sus iguales, a sus pares dentro de la ciudad, dentro de la poli, pero es así, como se tiene que observar unas nuevas tendencias de cuidado de la intimidad en el día de hoy. Los hombres de hoy caen en una estructura de las emociones y que hace perder la identidad del ser humano.

Hoy estas emociones se pueden pensar como lo piensa, (Garcés. 2020. P.31) en su texto *las Emociones en Aristóteles como facultades de realidades anímicas en las personas*. Partiendo de lo que expresan que las emociones pueden ser tratadas y valoradas de manera racional, teniendo en cuenta la sensatez, la rectitud practica o ética, y tenido de manera clara que esta no puede estar clasificada de forma verdadera y falsa. Y siguiendo esta lectura y lo que expresan del Estagirita todo acto de insensatez, cobardía, desenfreno y malhumor, cuando se exageran, se consideran como bestiales o estados mórbidos. El no hacer buen uso de la facultad de cuidar la intimidad, se cae en el mal uso de este valor que los seres humanos poseemos.

En la estética performativa, el concepto de somaestética, genera unas acciones que nos ayudan a brindar oportunidades de cambio y de visiones humanas dentro del contexto del hoy. Es aquí donde el cuerpo toma significado y generar unas nuevas definiciones desde la estructura de cambio del concepto de política, ética y estética. La expresión es actual, se debe de reestructurar dentro de las acciones del pensamiento, el actuar y el comportamiento.

La somaestética, dentro lo que cabe señalar, hoy se entiende en ese cuidado del ser mismo. La categoría de cuerpo retumba en un sentir cultural, histórico y humano. Es aquí donde el cuerpo es un instrumento de mejorar estéticamente el sentir histórico y la viabilidad de la humanidad.

El sujeto de hoy, a diferencia del moderno, encuentra un contexto en el que la presencia de medios de comunicación, las redes sociales, el capitalismo y el individualismo, hacen que su condición de intimidad esté desarticulada y afectada en su forma de constituirse porque se hace a partir de una suma de

fragmentos inconexos. En otras palabras, en su constitución no hay una relación intrínseca entre la ética, lo estético y la política. Tal situación, ponen en la tarea de repensar filosóficamente el sujeto político en su actuar en la esfera pública donde estas categorías estén vinculadas directamente en su práctica.

Los medios de comunicación hacen que el sujeto político se exponga a una nueva realidad en la que su condición de intimidad presenta nuevos retos y desafíos porque la estructuración de su ser ha sido invadida por las nuevas formas de las tecnologías de la información y la comunicación donde la radio, la televisión, la prensa, y ahora con las redes sociales, lleva a una confusión en la identidad en el campo de lo filosófico, ético, estético y político, es decir, en las forma de pensar, actuar, sentir y participar. Para que el hombre pueda encajar en el mundo, se ha creado la necesidad de incorporar en su vida las realidades virtuales a través de las cuales hoy es posible mostrar su historia personal, académica, profesional, familiar, social y hasta sus sentimientos. Asimismo, su presencia en un territorio y una nación en la que vincula su identidad. Esto explica la aparición de los perfiles en alguna red social.

Otra razón por la que los medios de comunicación afectan al ser humano tiene que ver la invasión a la cual se ve expuesto el sujeto violentando su privacidad. Ahora, es de aclarar que no es que el medio de comunicación sea el problema, sino la forma cómo se está utilizando. Según Pardo, en su texto (1996), el problema es la falta de intimidad, la forma de manipulación de la privacidad, que hace que la intimidad se vea manoseada, violentada y ultrajada. Hecho que repercute en la forma cómo se participa en la vida pública. Esta idea se refuerza también con Byung-chul Han, en su texto *La sociedad de la transparencia* (2013) en la que hace una crítica a la red social de Facebook porque únicamente expresa el sentimiento del botón de like, y no el botón de no 't like restringiendo la decisión democrática a un solo escenarios de participación perdiendo la libertad de escoger.

En el caso del capitalismo, coincide en un problema llamado generación del capital (dinero), que surge con la industrialización, esto desbordo la actitud del mundo de hoy, que genera una desarticulación en el hombre moderno, que abandono la familia, su comunidad, el tiempo de esparcirse libremente, y entra el desbordamiento, dando origen a diferentes problemas sociales, políticos, éticos y culturales. De esta manera, se convirtió en el centro de los esfuerzos para efectuar una reforma social radical. En este contexto, estaba obligada

la filosofía a contribuir con sus análisis y soluciones para entender esta situación del capitalismo, dentro de los modelos propuestos para el hombre de hoy, teniendo un control social de las acciones prácticas de la industria, sin perder la estructura de un progreso, una solvencia económica equilibrada para cada hombre y retribuirle un desarrollo digno para estos tiempos.

Del mismo modo, se mezclan todas estas apropiaciones del mundo de hoy donde la capacidad adquisitiva que se obtiene es equiparable con las acciones ya mencionadas del capitalismo. Se alude un segundo problema que se obtiene del capitalismo, que es la manipulación de la democracia actual, por el poder del dinero. Un ejemplo de esto se ve evidenciado en Colombia, la democracia se establece según el señor capital que se posea, el gusto político de conveniencia que atrae sus intereses capitales y sus ganancias, y se debe de sufragar según lo que este señor exponga para sus beneficios personales, para poder generar mayores negocios que sirva para ampliar su capital. El dueño del capital pone los controles democráticos y sociales a sus empleados, que se convierten en sus marionetas para la elección popular.

Y, finalmente, el individualismo genera una idea de desarticulación del hombre de hoy dentro de su intimidad, que desvirtúa la realidad en la cual se está moviendo, las formas de la acción por la acción llevando al ser humano a una práctica de actos no éticos, ni políticos y menos estéticos que están siendo manipulados. Teniendo en cuenta que la individualidad en los tiempos de hoy es un punto de referencia, si el sujeto político hoy tiene una acción y una práctica dentro de la esfera pública. Siguiendo la idea de Lipovetsky en su obra *La era del vacío: Ensayo sobre el individualismo contemporáneo* (1983): “el individuo es un ego hedonista alejado de la revolución y la rebelión, la seducción no se detiene, la indiferencia es pura”. Por lo tanto, el hombre y el sujeto político deben de luchar por su acción de vencer sus miedos, estar en la calle, proteger su intimidad y construir prácticas que no se modifique por los poderes políticos de nuestro tiempo.

Para concluir esta discusión, se plantea una ruta de trabajo que ayuda a la idea que encierra toda esta cuestión, ¿Cómo se constituye la intimidad del sujeto político hoy en la esfera pública? Desde una corriente neopragmática, sin poder desvincular la intimidad del campo de lo ético, lo estético y lo po-

lítico, llegando a una estética performativa de la realidad del hombre de hoy, que se mueve dentro de la esfera pública y le toca vivir acciones que violentan y rasgan las costumbres, los sentidos, el actuar, la práctica y la reflexión propia de su ser.

Conclusiones

Cuando nos encontramos frente a una situación clara de violencia de intimidad, debemos de tener muy claro cómo actuar dentro de lo que pasa, es así, como la vida hoy da pasos claros pero sigue en las falacias de una historia que no se muestra dentro de la realidad, por lo tanto, el ser humano hoy está en contante violencia de su lenguaje íntimo y no puede construir una per-formas de lo que de verdad quiere, de lo que le gustaría, de lo que sueña en ser, y le toca ser lo que no quiere, lo que no ha pensado y lo que no ha soñado. Por lo tanto, el ser humano hoy está expuesto a las condiciones de la cultura y la manipulación de los medios.

El hombre construye una realidad de cambio, le toca violentar su lenguaje, su historia, su intimidad, sus valores, pero ante todo, le toca mostrar una realidad dentro de la identidad, frente al tercer excluido de su historia, que lo obliga hacer y dejar de ser una persona auténtica, una persona que no sea capaz de ofrecer una realidad íntima sin que nadie la comente, sin que nadie la observe y sin que nadie apruebe o desaprobe su gestión. Es aquí donde la realidad del sujeto político se ve tocada y ante todo fuera de la esfera que el mundo de hoy pide. Si por la simple casualidad sale de anonimato que las redes sociales ofrecen, rompe su per-formas y empieza en el escarnio de lo público.

Hoy se debe de hacer posible que el hombre tome sus riendas de trabajo, de su historia, de su explicación dentro de la realidad y frente a la red cibernética, la forma como el ser se ofrece en el medio, debe de tener unos valores mínimos de respeto, no puede ser expuesto a los virus que el mundo ofrece para controlar la especie humana, menos lo que le mundo quiere para elevar los precios en los mercados mundiales, y aten todo caer en la medición de su intimidad según los *me gustas o no me gusta* de las redes mal llamadas sociales.

Referencias bibliográficas

- Aguilar, Hugo. (1981). *La performatividad o la técnica de la construcción de la subjetividad*. Recuperado de <http://www.unrc.edu.ar/publicar/borradores/Vol7/pdf/>
- Blanco, Carlos Nieto. (2013). Wittgenstein : Obra de Arte y Estética. 1–36.
- Castillo Córdoba, Genara. (1980). Primera Parte: ¿qué es la Filosofía?.
- Molina Barea, María Del Carmen. (2018). Judith Butler y Las Facetas de La ‘Vulnerabilidad’: El Poder de ‘Agencia’ *El Activismo Artístico*, 58, 221. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2018.058.12>.
- Pardo, J. (1996). *La Intimidad*. Barcelona: Paidós.
- Ramírez, Alberto R. (2015). El lenguaje en la revelación: performatividad y pragmática. *Theologica Xaveriana*, 65, 301–25. <https://doi.org/10.11144/javeriana.tx65-180.lrpp>.

Calidad en el Centro de Conciliación Americana Sede Medellín, para potenciar la solución de conflictos mediante acuerdos¹

Adriana Patricia Arboleda López², Sebastián Arboleda Cardona³,
Grecia Sofía Mancipe Vanegas⁴, Manuel J. Gómez Restrepo

“La mediación no es una utopía: es el revés de la utopía de la comunicación. Propone no lo fusional, sino la dignidad de la distinción: cada persona, cada pueblo es único; no invita a la búsqueda constante ni al aislamiento dorado, sino al lazo, al contacto; declara, no el derecho de saberlo todo, y la transparencia obligada sino el sentido del misterio y el respeto al secreto; rechaza que el hombre este atrapado en intercambios horizontales y en la superficie de espacios en dos dimensiones”

Jean François Six

Resumen

Atendiendo la corresponsabilidad de las universidades con la alta calidad, en la Corporación Universitaria Americana Sede Medellín, se promueve desde las unidades de prácticas jurídicas y de servicio social, la implementación de la calidad de servicios en el Centro de Conciliación, teniendo en cuenta los lineamientos de la Norma Técnica 5906 del año 2012, donde se establecen requisitos para la entidad promotora, para el Centro de Conciliación, y para la prestación del servicio, todo ello entendiendo que los centros de conciliación son entidades que prestan soporte operativo y administrativo³, autorizadas

1 Capítulo derivado del proyecto de investigación “El diálogo en la cultura de acuerdos: propuesta de medicación escolar interdisciplinaria, como estrategia pedagógica para promover la paz y la convivencia pacífica” realizado en la Corporación Universitaria Americana en el año 2018.

2 Abogada Conciliadora. Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo. Posdoctora en Derecho de la Universidad Nacional y en ciencias de la Educación con enfoque en investigación compleja y transdisciplinar de la Universidad Simón Bolívar. Docente investigadora de la Corporación Universitaria Americana, directora del Centro de Conciliación Americana. E-mail: aarboleda@americana.edu.co

3 Abogado Conciliador de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Comercial Universidad del Rosario. Magíster (C) en Propiedad Intelectual y Derecho de las Nuevas Tecnologías Universidad de la Rioja, España, Docente del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. Investigador en la línea de Derecho Privado Contemporáneo E-mail: sarboleda@americana.edu.co

4 Abogada conciliadora de la Universidad de la Corporación Universitaria Lasallista, Docente asesora del Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria Americana E-mail: asesconciliacion2@americana.edu.co

para su funcionamiento, vigiladas y controladas por el Ministerio de Justicia y del Derecho, con miras a garantizar el buen desarrollo de las funciones de los conciliadores, por ende se plantea la siguiente pregunta ¿ cómo se fortalece la calidad de servicios en las universidades, para fomentar habilidades y competencias en los futuros abogados que promuevan la solución de conflictos por medio de acuerdos?, por lo que en el presente documento se desarrollará la siguiente temática: Centros de Conciliación en Colombia, Calidad en el Centro de Conciliación Americana Sede Medellín, encontrando entre otras las siguientes conclusiones: en los centros de conciliación de las universidades se debe implementar la calidad del servicio para fomentar competencias y habilidades en los futuros abogados que promueven la convivencia pacífica en la solución dialogada de conflictos.

Palabras clave: calidad, conciliación, centros de conciliación, solución de conflictos.

Introducción

En la evolución del derecho procesal, se presentan búsquedas de soluciones procesales y extraprocesales que den pronta resolución a las desavenencias de las personas, es por ello que el abogado actual ha de conocer, dominar y aplicar nuevas variantes que le permitan contar con habilidades y competencias que promuevan la solución de conflictos a través de mecanismos que se ofrezcan como complementarios al tradicional sistema jurisdiccional, que los lleven a cumplir su responsabilidad social de ser promotores de la convivencia pacífica.

Uno de los espacios de práctica jurídica en Colombia son los Centros de Conciliación, en donde se tiene doble propósito, facilitar experiencias para el ejercicio profesional de los abogados prestando servicio gratuito para las personas necesitadas económicamente y promover la cultura de acuerdos, a través de este servicio social, para ressignificar el valor de la vida pacífica, en paz en donde se promueve el respeto por el otro.

Por ello, la intención de los autores es analizar los Centros de Conciliación en Colombia, en particular, plantear la importancia del servicio de conciliación con calidad, por lo que se profundizará en la Calidad en el Centro de

Conciliación Americana Sede Medellín, teniendo en cuenta que el soporte constitucional para la creación de los centros de conciliación en Colombia surge en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia (1991), en el cual se establece que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. Por ende, se plantea la siguiente pregunta ¿cómo se fortalece la calidad de servicios en las universidades, para fomentar habilidades y competencias en los futuros abogados que promuevan la solución de conflictos por medio de acuerdos?

En la actualidad para la creación de cualquier centro de conciliación, debe cumplir con los estándares del Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación – ICONTEC NTC 5906 en febrero de 2012, en donde se establecen los requisitos para una prestación del servicio en condiciones de calidad para fomentar la facilidad en la comunicación de las personas que acuden buscando soluciones rápidas a sus conflictos. Es por ello que, los objetivos son previos el diagnóstico del estudio de factibilidad, implementar la norma técnica de calidad en el Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria Americana, mediante el tipo de estudio hermenéutico analítico, ya que, se analizó la creación, el funcionamiento, actualización de reglamento, y el aporte social.

Como antecedentes, se toman los existentes en la Dirección de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos del Ministerio de Justicia y del Derecho entre el año 1991 a la fecha han autorizado aproximadamente seiscientos treinta y siete (637) Centros de Conciliación en el país, existiendo una tendencia de crecimiento en las ciudades capitales. Sin embargo, a partir del año 2012 con la entrada en vigencia de la norma de calidad NTC 5906 de 2012, y el Decreto 1829 de 2013, se ha disminuido el número de entidades que solicitan el aval de funcionamiento ante la entidad, existiendo una tendencia a la creación de centros de conciliación de entidades privadas, por encima del número de centros creados por entidades públicas.

Por todo lo anterior, se presenta a la comunidad académica el presente capítulo, que tiene como objetivo potenciar la calidad en la conciliación desde la práctica jurídica, por medio de análisis teórico y documental de

fuentes secundarias, que dan cuenta del sentir general por parte de diversos operadores jurídicos, respecto de la integralidad que ofrecen los escenarios por fuera del sistema judicial.

Centros de Conciliación en Colombia

En Colombia los Centros de Conciliación son regulados por la Ley 640 de 2001, en esta se contempla entre otras cosas su funcionamiento, el órgano de control y vigilancia, y quienes se encuentran autorizados para su creación. Esta norma estipula que en el caso de las universidades que cuentan con Consultorio Jurídico, estos centros son de obligatorio funcionamiento y prestan su servicio de manera gratuita como un servicio social a la comunidad.

La conciliación se presenta entonces como una figura que permite mayor agilidad a la hora de acceder a la justicia, además es flexible, lo que permite que prime la garantía de derechos sobre las formas y también contribuye a la descongestión de despachos judiciales.

Los Centros de acuerdo con la norma, cumplen una función pública que es contribuir a la reconstrucción del tejido social a través de la búsqueda de soluciones pacíficas a los conflictos, además de contribuir a la descongestión judicial, que es un problema que hoy aqueja a la jurisdicción en Colombia. Sí los conflictos son inherentes a las relaciones humanas, de acuerdo con Marqués (2013) la mediación y la conciliación son herramientas útiles para la solución de conflictos, que además, se pueden presentar en cualquier de las esferas de socialización de los seres humanos, como la familia, las relaciones comerciales, laborales, etc. La manera como se enfrentan estos conflictos, hace la diferencia en cuanto a las posibles soluciones que pueden vislumbrarse a la hora de formular un acuerdo, en este sentido, es de suma importancia que en los centros también se promueva la interdisciplinariedad de los conciliadores en cuanto al manejo de herramientas comunicativas, emocionales y habilidades de negociación.

La labor entonces de los Centro de Conciliación, es coadyuvar y complementar el ejercicio de administración de justicia, y en el caso de las universidades representan el cumplimiento de los fines sociales del Estado, además

de la labor de formación de los futuros abogados que desarrollan su práctica jurídica en los Consultorios Jurídicos y Centros.

De acuerdo a la norma vigente, se encuentran autorizados para crear centros de conciliación: Las personas jurídicas sin ánimo de lucro, las entidades públicas, y los consultorios jurídicos de las facultades o programas de Derecho. La Ley 23 de 1991, instauró criterios de calidad para las personas jurídicas que pretenden organizar sus propios Centros, más adelante con la Ley 446 de 1998 y la Ley 640 de 2001, estos criterios fueron modificados, y se establecieron también los asuntos que eran propios del conocimiento de las entidades públicas, además de incrementar los requisitos para la prestación del servicio en los Centros.

Posteriormente, con la expedición del Decreto 1829 de 2013 se regulo de forma más precisa la Creación de los Centros de Conciliación y Arbitraje, se crean las obligaciones que deben cumplir y elabora una unificación de criterios ya establecidos en otras normas respecto a la formación que los conciliadores deben acreditar, estipulando que dicha formación en todo caso debe estar avalada por el Ministerio de Justicia y del Derecho. También, establece un régimen de transición de seis meses contados a partir de su promulgación para que los Centros que se encontraran en funcionamiento pudieran modificar y ajustar sus reglamentos y condiciones en consonancia con lo previsto en este Decreto. Por último, crea y da funciones al Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia. Estos Centros entonces son el escenario en que se llevan a cabo los procesos de conciliación, las entidades y personas jurídica autorizadas para su creación y funcionamiento se denominan *Entidades promotoras* y su control y vigilancia es desarrollado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, de acuerdo con la norma técnica de calidad NTC 5906 y del Decreto 1829 de 2013. En ellos, se pueden tramitar todos los asuntos que son susceptibles de conciliación de acuerdo con la Ley 640 de 2001.

Entre el año 1991 a la fecha, han sido creados 637 Centros de Conciliación, esto evidencia que hay un incremento importante en la creación de centros posterior a la promulgación de la Ley 640 de 2001, sin embargo, este se vio notablemente disminuido con la entrada en vigencia de la norma de calidad NTC 5906 de 2012, y el Decreto 1829 de 2013. Además, sólo seis fueron creados por entidades públicas a diferencia de los que fueron creados en vigencia de la norma anterior.

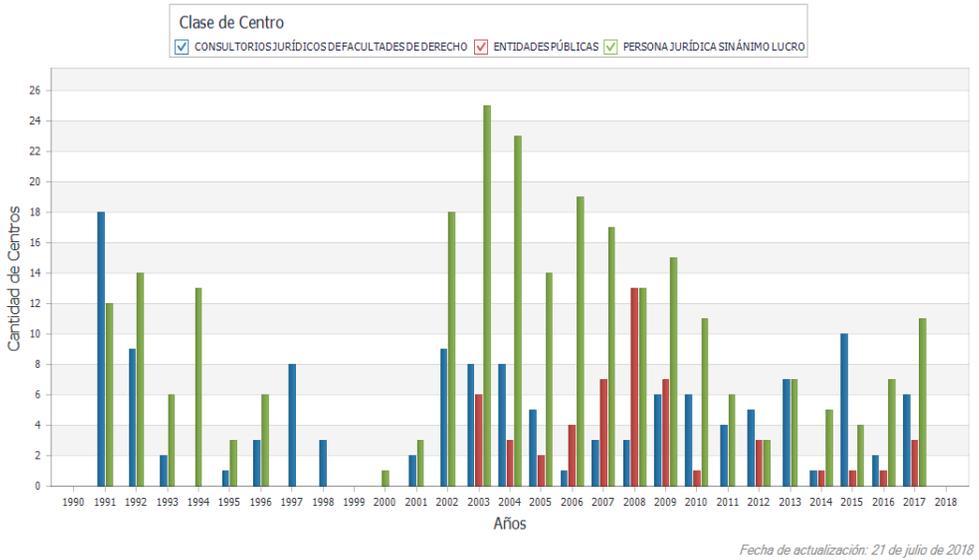


Figura 1. Centros de Conciliación creados por año

Fuente: Ministerio de Justicia y del Derecho, fecha: 21 de julio de 2018

Estas cifras, también muestran que el número de centros creados durante los años de entrada en vigencia de la norma se relaciona con la crisis en la administración de justicia por parte de los órganos jurisdiccionales y una tendente cultura del litigio y del conflicto que busca la intervención de un tercero para su resolución.

Requisitos de calidad para la creación de centros de conciliación

Como se ha expresado en otras oportunidades, se reitera que en Colombia la autorización de funcionamiento para los Centros de Conciliación la expide el Ministerio de Justicia y Derecho, quien se encarga de su control y vigilancia. Actualmente el Ministerio promueve y requiere calidad en los centros de conciliación teniendo en cuenta la aplicación de la NTC 5906 de 2012. Por ello para solicitar autorización de funcionamiento de los centros de conciliación conforme lo establecido en el artículo 10 de la Ley 640 de 2001, se debe acudir ante el Ministerio de Justicia y de Derecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 1829 de 2013 la cual en su artículo 3 determina que las personas autorizadas por la ley para crear centros de con-

ciliación, deben presentar una metodología de factibilidad que cumpla, entre otros, lo siguiente: Solicitud por escrito del Representante Legal de la entidad interesada en la autorización del centro dirigida al Ministerio de Justicia y Derecho, la cual debe ir acompañada del certificado de existencia y representación legal de la entidad, así como también se debe indicar la condición de persona jurídica sin ánimo de lucro, entidad pública o consultorio jurídico de universidad. Con dicha solicitud se debe adjuntar un estudio de factibilidad serio, coherente, actual que refleje la problemática jurídica de la zona de influencia y que se solucionará a través del centro de conciliación que se propone crear. Este estudio debe precisar: la ubicación del centro, tipología del conflicto, estimación de la demanda del servicio, organización administrativa del centro, estrategia de divulgación, sistema de evaluación y seguimiento, programación de educación continuada, recursos logísticos y físicos, recursos financieros como también el respectivo reglamento interno.

Según la NTC 5906 de 2012, establece requisitos específicos, para la entidad, promotora, para el centro de conciliación y para la prestación del servicio, así:

Requisitos para la entidad promotora

Atendiendo los parámetros de la NTC 5906 de 2012, establece que la entidad promotora (universidad, entidad sin ánimo de lucro, entidad privada o pública) debe planificar e implementar los procesos necesarios en forma permanente, para:

1. Asegurar disponibilidad de recursos (físicos, humanos, de información financieros).
2. Realizar acciones que divulguen los servicios del Centro de Conciliación y/o arbitraje.
3. Revisar periódicamente los dos ítems anteriores.
4. Asegurar que sus otras actividades no comprometan la efectividad de la prestación de los servicios del Centro de Conciliación y /o Arbitraje.

Es decir, que desde las directivas de la entidad promotora debe existir un compromiso y una decisión en trabajar en permanente estado de mejoramiento, brindando los apoyos logísticos y financieros para garantizar la prestación del servicio con calidad.

Requisitos para el Centro de Conciliación

De igual forma la referida NTC 5906 de 2012, establece entre otros, los siguientes requisitos para los centros de conciliación:

Identificar y establecer su población objetivo, teniendo en cuenta variables tales como: tipología del Conflicto, especialidad, ubicación, naturaleza del centro (público, privado, universidad), estrato, tipo de persona (natural o jurídica), legislación vigente aplicable.

Ser regido por un director, que asegure y demuestre que:

- Se han planificado las actividades para prestar el servicio.
- El Centro cumple con la legislación vigente.
- Se han implementado procesos, reglamentos y procedimientos internos.
- Se gestiona la documentación como apoyo a la gestión integral.
- Se realizan actividades de educación continuada para el personal
- Se realiza evaluación y seguimiento al servicio prestado por el Centro de Conciliación.

Planificar la prestación del servicio, incluyendo al menos: identificación de competencias y responsabilidades del personal, recursos financieros y de infraestructura, documentación y mecanismos de seguimiento para prestar el servicio, necesidades del personal y de los usuarios.

Lo anterior, visibiliza la responsabilidad que tiene la gestión y las funciones de un centro de conciliación que presta sus servicios bajo estándares de calidad, que en últimas, conlleva también en el caso del centro de universidades a cumplir con la alta calidad que se promueve hoy en Colombia para las Instituciones de Educación Superior.

Además, los centros de conciliación con calidad, deben contar con una infraestructura mínima para la prestación de los servicios, así:

- a. **Espacio físico:** espacios para la espera y atención, espacios de trabajo cómodos para funcionarios y usuarios, espacios sanitarios accesibles y con ventilación.
- b. **Equipos y mobiliario para prestar el servicio:** Por ejemplo, computador fotocopiador, teléfono, fax, impresora, conexión a internet y escáner, sillas y escritorios para áreas de espera y atención de los servicios
- c. **Ambiente de trabajo:** factores físicos, ambientales y de otro tipo tales como ruido, la temperatura, la humedad, la iluminación entre otras.
- d. **Condiciones de seguridad y mantenimiento:** plan de emergencia y personal capacitado para evacuación, mecanismos de extinción contra incendios, señalización segura, ruta de evacuación o de emergencia, buenas condiciones de iluminación, temperatura y humedad, programas de mantenimiento de muebles e instalaciones.

Documentar los perfiles para todos los funcionarios, teniendo en cuenta competencias, funciones, formación, responsabilidades y autoridades.

Mantener registros de la formación académica, habilidades y experiencia de los profesionales inscritos en las listas del Centro que prestan el servicio.

Documentar derechos y deberes de los conciliadores; procedimientos, sanciones para aplicar a conciliadores y árbitros, código de ética.

Establecer e implementar un proceso para conformar las listas de conciliadores o árbitros, y secretarios de tribunal arbitral.

Evaluar periódicamente el desempeño de los asesores.

Identificar la formación requerida y generada por sus actividades, por ejemplo:

- Información general sobre los MASC
- Consultas sobre casos particulares
- Retroalimentación del usuario frente a la presentación de quejas y la evaluación del mismo, entre otros.

En general, deberá identificar el medio y la mejor forma de comunicar esta información a la población objetivo, ya que los centros de conciliación funcionan por la población objetivo-necesitada, ya que lo que se pretende es promover la convivencia pacífica desde el derecho a través de la aplicación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Bajo la concepción desde el sentido de lo holístico que establece que la conciliación “no solo es un mecanismo jurídico, es una filosofía de vida fundamentada en la tolerancia, el respeto y el amor al ser humano. Implica la prevención, resolución y negociación pacífica de los desacuerdos y conflictos inherentes a la convivencia humana” (Quintero, 1997, p. 343).

Requisitos para la prestación del servicio

Para la presentación del servicio de conciliación, se deben tener en cuenta los siguientes elementos:

1. **Solicitud:** establecer mecanismos para que el usuario presente la solicitud del servicio (Presencial y/o virtual).
2. **Programación:** programar las audiencias teniendo en cuenta la disponibilidad de las salas, del conciliador y la duración estimada de la audiencia.
3. **Audiencia de Conciliación:** proporcionar el protocolo que el conciliador debe conservar dentro de la audiencia (Presentación de las par-

tes, reglas, objeto, alcance, beneficios, límites, papel de los apoderados, lenguaje que se debe utilizar, posibles resultados, entre otros aspectos).

4. **Registro del acta y documentación de constancias:** establecer un procedimiento para la entrega de resultados del proceso.
5. **Archivo:** gestionar la documentación conforme la legislación vigente (Conservación, retención, disposición final, entre otros).

A partir de lo anterior, se evidencia como desde la evolución del derecho procesal se posicionan cada vez más las soluciones mediante acuerdos, en Colombia bajo la orientación de un conciliador calificado, idóneo y neutral. Resaltando que los acuerdos se plasman en actas de conciliación que tienen fuerza vinculante para ambas partes, ya que prestan mérito ejecutivo y hacen tránsito a cosa juzgada, y cuando estas actas se suscriben en centros de conciliaciones que cumplen con los estándares de calidad, hay un mayor acercamiento entre las partes ya que el principio de la autonomía de las partes es quien guía y orienta el desarrollo y la puesta en marcha de la conciliación (Arboleda, 2014, p. 18), siendo el que lleva a dichas determinaciones, por ello se insiste en espacios agradables que inviten a la comunicación directa y asertiva, al control de las emociones, que facilite comprender las posiciones, las posturas y los intereses claros de cada uno de los intervinientes en una audiencia de conciliación, entendiendo que frente a esta figura diferentes autores la reconocen como procesal y otros discrepan de dicho criterio, por ejemplo tal como lo explica el profesor Junco (2007, p. 37), es una institución eminentemente del derecho procesal en tanto el Estado está presente en asuntos como su creación, la reglamentación, la procedibilidad y la identificación de los sujetos que intervienen en ella; además establece los efectos jurídicos de la acta de conciliación que produce mediante el cual se resuelven diferencias sobre derechos sustanciales disponibles. Y la profesora Bastidas (2007, p. 37), por su parte ha dicho que la conciliación no puede entenderse como una institución exclusivamente procesal en la medida que sólo adquiere dicho carácter cuando se realiza como requisito para la luego acceder al estrado judicial. Lo importante y para los autores de este documento la conciliación gestionada en centros de conciliación cumple con su naturaleza esencial, con el espíritu con que fue creada por la ley que no es otro diferente que promover la convivencia pacífica mediante la cultura de acuerdos soportados en las garantías propias del Estado Social de Derecho y tienden al aseguramiento de un orden social justo.

CALIDAD EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN AMERICANA – SEDE MEDELLÍN

El Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria Americana, se creó mediante el Acuerdo Nro. 014 de octubre 1 de 2013, expedido por el Consejo Directivo de la Institución, su funcionamiento fue autorizado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, mediante Resolución 0472 del 26 de junio de 2015 como una dependencia de carácter administrativa adscrita al Consultorio Jurídico el Programa de Derecho de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales; cuya administración y funcionamiento se encuentra bajo la responsabilidad del director del Centro de Conciliación.

Misión y Visión

Misión. El Centro de Conciliación por medio de los estudiantes conciliadores tiene como misión contribuir de forma ágil, eficiente, eficaz y justa a la solución de los problemas socio jurídicos que se presentan en la sociedad, en especial, a las personas de escasos recursos económicos cercanas al área de influencia de la Corporación Universitaria Americana; para esto, los conciliadores aportan soluciones dialogadas a los conflictos, orientando a las partes y a la comunidad en general por medio de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, en especial la mediación y la conciliación.

Visión. El Centro de Conciliación tiene como visión ser un espacio para la práctica, aprendizaje y la implementación de la conciliación como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos con los estudiantes del programa de Derecho para la comunidad en general, servicio que busca ser eficaz para la solución pacífica de conflictos; sobresaliendo por la calidad del servicio prestado, responsabilidad y agilidad en los procesos conciliatorios.

Para su funcionamiento, se regula por medio de un Reglamento, en el que se establecen los lineamientos generales para la parte administrativa, estudiantes, asesores y usuarios. Teniendo de presente que tiene dos propósitos fundamentales: espacio de práctica para los estudiantes inscritos en las asignaturas consultorio jurídico I, II, III y IV de los dos últimos años del Programa de Derecho, el segundo propósito es fungir como un espacio de proyección social de servicio gratuito para la comunidad de estratos socioeconómicos bajos. Pre-

sentando frente a los demás centros de conciliación de la ciudad las siguientes ventajas en pro de los usuarios y estudiantes: Excelente ubicación, pues está en el corazón de la ciudad de Medellín, en la avenida la Playa en la Calle 52 número 43-62, lo que facilita el acceso a las comunidades más vulnerables de los diferentes barrios y comunas en atención a que cuenta con varias rutas de acceso, tales como buses, metro, tranvía, entre otros.

El Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria Americana, es atendido por los estudiantes de último año de Derecho, bajo la orientación y acompañamiento de Conciliadores docentes asesores en los que se trabajó bajo los lineamientos de la NTC 5906 de 2012. En él se tramitan asuntos civiles, de familia, comerciales, entre otros, presentando en la siguiente gráfica una muestra de algunos de los indicadores establecidos según los planes de mejoramiento, y los resultados de autoevaluación.

Como una muestra de la calidad del servicio de conciliación en la Corporación Universitaria Americana, se presenta la siguiente gráfica:

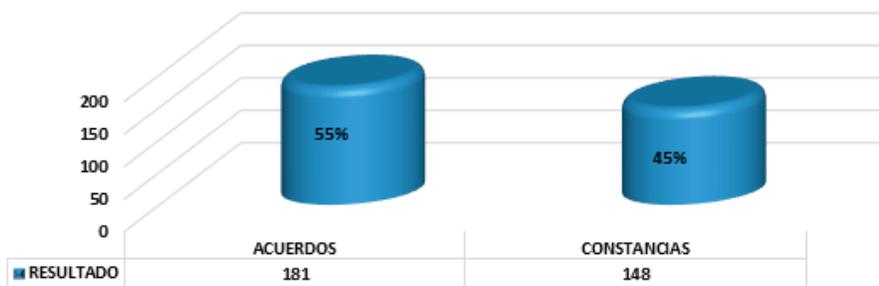


Figura 2. Resultados audiencias de Conciliación

Fuente: Creación propia, Corporación Universitaria Americana. Centro de Conciliación, (fecha de inicio 2 de agosto de 2016 - fecha de corte 9 de julio de 2018)

Teniendo de presente la estadística existente en el centro, que en los dos últimos años de funcionamiento se han realizado más actas de conciliación que constancias de inasistencia, de no acuerdo o de asuntos no conciliables.

Promover la calidad en los Centros de Conciliación, educa y transforma la sociedad en competencias de resolución concertada de conflictos, toda vez

que los recintos universitarios promueven permanentemente en sus estudiantes un proceso pedagógico que permite impulsar su actividad profesional, desde la perspectiva de la construcción de una cultura de acuerdos, al mismo tiempo, que permite fortalecer los saberes técnicos del ejercicio del derecho desde una perspectiva interdisciplinar, que privilegie la aplicación de mecanismos alternativos y complementarios a la hora de resolver conflictos.

Como se ha visto, la gran cantidad de requisitos y sus medios de verificación sometidos a control y vigilancia por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho hacen que los Centros de Conciliación en Colombia cuenten con niveles suficientes para prestar un servicio en las mejores condiciones y, lo más importante, sean promotores permanentes de la cultura de acuerdos a través del diálogo en los entornos que logran impactar. En otras palabras, el fundamento del éxito de estas Entidades soporta en el conocimiento de la realidad a intervenir, la gestión alrededor de las posturas e intereses en conflicto, logrando una comunicación abierta para, de manera posterior, obtener la solución de los conflictos (Silvera et al, 2015, p. 91).

El Centro de Conciliación Americana Sede Medellín, ha hecho una labor social integral, apostándole a la transformación social potenciando sus estudiantes de derecho con conocimientos, técnicos, y de calidad de servicios, facilitando espacios físicos con la infraestructura y tecnología necesaria para promover la convivencia pacífica, por medio de la figura jurídica de la conciliación.

Además de todo lo anterior, los centros de conciliación que trabajan con calidad de servicios deben estar en permanente plan de mejoramiento, implementando acciones correctivas, preventivas de acuerdo a los resultados de autoevaluación, sugerencias o quejas de usuarios, estudiantes, asesores y público en general. Confirmando por medio de evidencia objetiva el cumplimiento de los procedimientos establecidos, en este caso el procedimiento conciliatorio de la Corporación Universitaria Americana Sede Medellín.

Conclusiones

La puesta en marcha de la Norma Técnica de Calidad 5906 de 2012, en particular implementarla en los Centros de Conciliación de las universidades que

forman los futuros abogados del país, fortalece la conciliación como mecanismo jurídico por medio del cual se permite a los ciudadanos plasmar acuerdos con fuerza vinculante, teniendo de presente que los conciliadores cumplen una función transitoria de administrar justicia, significando un avance significativísimo en la distribución ciudadana de una competencia exclusiva por parte del Estado.

El Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria Americana implementó en su procedimiento conciliatorio la calidad de servicios establecida en la Norma Técnica 5906 de 2012, donde los estudiantes se fortalecen en competencias de resolución de conflictos y servicio social con calidad.

Los Centros de Conciliación se han estado posicionando en el mundo operativo jurídico poco a poco, lo que permite que cada vez más se tome conciencia en el respeto por el otro en el reconocimiento de sus derechos como ser humano.

Los Centros de Conciliación complementan el sistema judicial, y en el caso de las universidades representan el cumplimiento de los fines sociales del Estado, promoviendo la convivencia pacífica desde la práctica jurídica.

Es necesario difundir, promover e investigar en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, incluso no solo en el derecho sino en las diferentes disciplinas y ojalá desde los inicios de la educación infantil y primaria, para ir construyendo cultura de diálogo.

Referencias bibliográficas

Arboleda, A (2014). *La conciliación como una cultura de acuerdos*. Caldas: Editorial Lasallista.

Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*, Colombia. Bogotá.

Bastidas, R. (2002). *La cultura de la conciliación*. Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez

- Congreso de la República. (1991). Ley 23 por medio de la cual se instauró criterios de calidad para las personas jurídicas que pretenden organizar sus propios Centros. Bogotá.
- Congreso de la República. (1998). Ley 446 por medio de la cual se promueve la conciliación como descongestión judicial. Bogotá.
- Congreso de la República. (2001). Ley 640 por medio de la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. Bogotá.
- Junco, J. (2007). *La conciliación*. Colombia: Editorial Temis S.A.
- Fierro, L. (2007). *Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC): ética y deontología de la mediación*. Medios alternativos de solución de controversias. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Vol. N° 11. España: Universidad Autónoma de Madrid.
- Marqués, C. (2013). *La mediación*. España: Editorial Marcial Pons.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2013). Decreto 1829. Requisitos para la creación de Centros de Conciliación, Colombia, Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Bogotá.
- Ministerio de Justicia y del Derecho (2015), Resolución 047. *Programa nacional de Conciliación Extrajudicial en Derecho, Arbitraje y Amigable composición*, Colombia, Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Bogotá.
- Instituto Colombiano de Normas Técnica y Certificación – Icontec & Ministerio de Justicia y del Derecho. (2012). *Norma Técnica Colombiana NTC 5906 de 2012*. Colombia.
- Silvera, A. (junio de 2015). *La conciliación herramienta de interdisciplinariedad para exaltar la cultura de acuerdos en la solución de conflictos*. En Justicia Juris. Vol. 11 N° 1. Barranquilla, Colombia: Universidad Autónoma del Caribe.

Quintero, A. (junio de 1997). *La conciliación y la tolerancia como alternativa para prevenir y enfrentar el conflicto familiar*. En Revista Estudios de Derecho. Vol. 56, N° 128. Medellín, Antioquia, Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

La hermenéutica jurídica: un ejercicio social a partir de las sentencias

William Esteban Grisales Cardona¹, Diego Correa Correa²,
Walter Mauricio Montaña Arias³

Resumen

Con este texto, se pretende mostrar como desde el ejercicio de la hermenéutica se construye un lenguaje nuevo dentro de las sociedades. El derecho no puede ser solo un comprender normativo, sino que debe obedecer a su historicidad, tal como se observa en Gadamer, e igualmente tener presente que el juez es también un ser histórico. Solo con la conjugación de la historicidad del derecho y el juez como ser histórico se puede generar un comprender e interpretar que se ajuste a una realidad cultural, política y social.

Para ejemplificar lo anterior, se tomarán como ejemplo algunas de las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana en las cuales fue ponente el Doctor Carlos Gaviria Díaz, mostrando como a través de su argumentación generó un lenguaje jurídico, en el cual prevalecen los derechos fundamentales, de manera especial el derecho a la igualdad.

Palabras clave: hermenéutica, sociedad, sentencias, lenguaje, historicidad.

Introducción

Con este capítulo, se pretende dar un acercamiento al papel que juega la hermenéutica jurídica dentro de la construcción de las ciencias sociales en la actualidad, y a partir de allí generar un camino para comprender la realidad social dentro de un determinado conglomerado social, pero es necesario que dentro de las mismas comunidades se suscite una crisis que tendrá como principio y fin el mismo ejercicio hermenéutico. Para un desarrollo adecuado de

1 Abogado y Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Docente de la Corporación Universitaria Americana, wgrisales@coruniamericana.edu.co.

2 Docente Corporación Universitaria Americana. E-mail: dcorrea@americana.edu.co

3 Docente Corporación Universitaria Americana. E-mail: empresariosar@gmail.com

este texto, se propondrán tres temas, con los cuales se pretende responder a la pregunta: ¿Cuál es el papel de la hermenéutica jurídica en la construcción de sociedad a partir de las decisiones judiciales?

El primer tema por desarrollar, consiste en una base filosófica, la cual se construirá desde el pensamiento de Gadamer y Habermas, esto permitirá determinar la mirada de la sociedad dentro de una época posmoderna. El segundo aparte consistirá el mostrar el cambio que se ha suscitado en los últimos años en las sociedades como resultado del ejercicio hermenéutico jurídico en la creación de derecho (Sentencias). Finalmente, el tercer aparte mostrará como el lenguaje construido a través del ejercicio hermenéutico jurídico influye en la nueva sociedad, para ello se tomarán como ejemplo algunas sentencias de la Corte Constitucional colombiana en las cuales fue ponente en Dr. Carlos Gaviria Díaz, en ellas se observará un lenguaje constructivo de derechos fundamentales, en especial la igualdad.

Desarrollo

Una postura filosófica

Para dar inicio a este apartado, es necesario tener presente que “la nueva hermenéutica surge en el horizonte de un problema totalmente humano: la experiencia de encontrarnos frente a la totalidad del mundo como entorno de la propia existencia.” (Fernández, 1992, p. 41). El profesor Fernández-Largo en su texto referido a la hermenéutica jurídica de Gadamer, parte de un análisis del derecho como un producto de construcción social que nace de la misma sentencia judicial, la cual es producto de un ejercicio hermenéutico de los jueces.

Si bien es cierto, el planteamiento hermenéutico que proponen Gadamer y Habermas se ha mostrado como diferente, en algunos aspectos coinciden. Puede decirse que con la hermenéutica no se busca solo una interpretación de un texto o un determinado acto de habla. Con ella, lo que se quiere es modificar el mundo exterior que nos rodea, y no hablo de realidad social como tal, sino de aquella realidad que nace como consecuencia de la interpretación del mundo jurídico, mundo a través del cual se recogen las costumbres de una comunidad, de un país, punto en que coinciden los filósofos mencionados.

Para una mejor comprensión, debe decirse que la hermenéutica tiene una presencia griega, bien sea tomando su conexión con Hermes, o la búsqueda de algo oscuro. En este orden de ideas debe traerse a colación el pensamiento de Aristóteles, quien propone una relación de las palabras con los símbolos, cada palabra se identifica con un objeto, cada palabra corresponde a una imagen. Fernández Largo, citando Aristóteles señala: “Las palabras habladas son símbolos o signos de las afecciones o impresiones del alma” (Fernández, 1992, p. 50).

Es así como en Sapir (1954, p. 10) se encuentra “El habla es una actividad humana que varía sin límites precisos en los distintos grupos sociales, porque es una herencia puramente histórica del grupo, producto de un hábito social mantenido durante largo tiempo”. El habla, es especial la escrita debe estar en permanente cambio, las exigencias de diferente índole así lo exigen, y el campo jurídico no escapa a esa exigencia, y esto lo demuestra las distintas sentencias que se tomaran de ejemplo en un aparte posterior de esta ponencia, en la cual ya no solo se habla de la ley, sino de una serie de derechos de carácter fundamental a los cuales debe estar supedita la ley misma.

Un ejercicio del habla se refleja en lo que denominaban los griegos Retórica y ahora se llama Argumentación. Aristóteles en su libro “La Retórica”, presenta a la retórica como un ejercicio de convencimiento, el cual parte de un objeto, que para efectos de esta ponencia puede denominarse norma jurídica, y a partir de su ejercicio interpretativo en aras de logara un bien, se llega a la construcción de una nueva sociedad. Esa asociación entre símbolos (norma jurídica) y signos requieren ser interpretados y comprendidos. Esas acciones deben ser realizadas bajo la relación del contexto histórico y las normas jurídicas vigentes, cuyo resultado se ve reflejado en la decisión judicial, la sentencia.

Con el habla se da contenido a un concepto, sin embargo, para Gadamer, la tarea interpretativa y comprensiva de un texto (la norma) debe tener un punto de partida: la pre-comprensión. La idea inicial que se tiene sobre el objeto. Pero este camino del precomprender al comprender implica la utilización de un método, el cual debe estar fundado en componentes o elementos ciertos, o si se quiere, con una alta carga de veracidad. El precomprender está influenciado pero el comprender debe ser objetivo, es decir, tener una veracidad que supere argumentos espurios.

El objeto, como se dijo anteriormente, para el derecho es la norma, esta tiene una relación inicial con el sujeto, a este no puede serle totalmente desconocido. Se requiere saber del objeto y encontrarse frente a él en una situación angustiosa, de verse con el objeto en su existencia aun sin comprender. “Querer explicar lo fundamental significa precisamente arrebatarse su carácter fundamental, que consiste en ser el fondo a partir del cual todo se deja entender y explicar” (Grondin, 2003, p. 50).

Ese verse con el objeto es una fase anterior a la construcción de la norma (los hechos), ese verse con los hechos, radica con la creación misma de la norma, tarea que se encuentra en manos del legislador. Este debe realizar un trabajo de interpretación sobre una realidad social (hechos sociales) histórica, para luego determinar qué tipo de conductas pueden ser reguladas a través del derecho. Para este ejercicio, en el cual desaparece una sociedad y nace otra, recaen todos los prejuicios que posee el legislador, los cuales terminan reflejándose en la norma misma (el espíritu del legislador). Pero ese ejercicio parte de un comprender de la sociedad, cuya tarea queda cruzada por la historicidad. El legislador observa la conducta del hombre y mira cómo afecta a la misma sociedad cultural e histórica, y como de ello se hace necesario ir más allá de condiciones anteriores y proyectarse al futuro.

“Gadamer ha dado el debido énfasis a este giro filosófico, en virtud del cual la historicidad es el marco propio y exclusivo del entender, relegando como ineficaz el marco anterior, que procedía de una hipotética identificación, mediante la representación, del sujeto y el objeto” (Fernández, 1992, p. 53). Este mismo giro se percibe hoy en las sentencias de las altas Cortes y en especial en la Corte Constitucional, quien ha aceptado desde la interpretación y comprensión del texto constitucional los nuevos modelos sociales.

Es entonces necesario, conocer la sociedad y sus antecedentes, una pregunta sobre la existencia o lo fundamental de la misma. La historicidad de la sociedad se vuelve importante al momento de hacer hermenéutica sobre la misma, punto del cual debe partir el juez a la hora de la producción de la sentencia, para finalmente decir: la norma ha sido eficaz. Lo anterior quiere significar, que se parte de un mundo real, de un mundo social en del cual hace parte el juez como integrante de esa sociedad.

Además, debe reconocerse al juez como un sujeto histórico dentro de esa sociedad. De su misma historicidad dependerá la comprensión y la interpretación que se pueda hacer del orden jurídico y de los hechos sociales.

Recordando la postura de Gadamer cabe anotar: “¿No sería más obvio recurrir a la tradición del humanismo, a fin de comprender la pretensión de verdad y el modo de conocimiento de las ciencias humanas, en vez de partir del paradigma metodológico? (Grondin, 2003, p. 47). Se trata de una tradición presencializada, en la cual el pasado tiene una temporalidad y una finitud. El hombre como ser histórico se proyecta con su actuar al futuro. El hombre se proyecta a través de sus hechos, hechos que como se mencionó son la base de las normas jurídicas.

Con la implementación de nuevas normas, como resultados de nuevos hechos, se busca la creación de un discurso, con pretensión de universalidad dentro de la comunidad, con una pretensión de verdad, el cual está sometido a la posterior interpretación de los jueces, quienes harán la adecuación respectiva conforme los cambios sociales. No se trata de un método histórico, sino de plantear la lectura de esas normas con pretensión de validez desde los cambios que exige la sociedad conforme los cambios que le van sucediendo.

El lenguaje producto de la interpretación trasciende la norma misma y a la vez impone la necesidad de una nueva estructura social. El lenguaje mencionado proviene de un órgano de poder reconocido como tal entre la sociedad (los jueces), lo cual puede ser considerado un acto de la razón, un acto de interpretar con reconocimiento.

El cambio social a partir de una nueva construcción del derecho.

En este apartado, se muestra como el cambio en la forma de interpretar el ordenamiento jurídico lleva a la construcción de una nueva sociedad. La aparición de nuevas consagraciones legales, algunas de ellas provenientes de discursos jurídico políticos nacionales o extranjeros, generan la necesidad de que la sociedad entronice esos conceptos, o si se quiere decir, esos derechos suprasoberanos.

El reconocimiento de los derechos humanos, en muchas de las legislaciones en el ámbito mundial, generó un cambio en el lenguaje propio que se manejaba en el Estado. Se pasó del denominado Estado de Derecho al Estado Social de Derecho y recientemente al Estado Constitucional de Derecho. Pero no se habla solo del ingreso de estos modelos de Estado, también al interior de la sociedad se generó un cambio, puede decirse que se dio un lugar a una sociedad activa, mucho más pendiente de sus derechos, mucho más pendiente de los hechos que afectan su vida en comunidad, sus derechos.

Dentro del discurso novedoso, que genere una nueva concepción y praxis de los derechos están los denominados derechos sociales, económicos y culturales.

El Estado Social de Derecho establecido en la Constitución de 1991 se fundamenta en la definición y protección de los derechos individuales y colectivos. Acá de nuevo se pone de manifiesto un cuidadoso balance entre derechos individuales e interés general. Por una parte, se obliga al Estado y los ciudadanos a proteger una larga lista de derechos individuales de carácter fundamental o económico y social. Pero, de otra parte, se les obliga a proteger “los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica”. Cualquier ciudadano participar en su defensa a través de las acciones populares, un instrumento jurídico prestado de la tradición constitucional anglosajona, con algunos antecedentes en nuestro código civil de 1887. La Corte Constitucional ha sido cuidadosa en sopesar los derechos individuales y los derechos colectivos, cuando estos entran en conflicto, en particular en lo que respecta al medio ambiente, al espacio público y a la seguridad y salubridad públicas (Perry, 2011).

Con la nueva interpretación de las normas jurídicas y de los hechos que la conforman, se han generado espacios para distintos grupos sociales que antes no eran reconocidos, incluso se da paso a un discurso nuevo como el de la diversidad, en especial el reconocimiento de las parejas del mismo sexo y sus respectivos derechos. Lo anterior solo a manera de ejemplo.

Además de los derechos a una educación acorde con sus propias cosmovisiones que afirme su identidad cultural, al respeto a la propiedad colectiva de la tierra y a la preservación de sus valores culturales, la nueva Constitución avaló el derecho de las autoridades de los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de acuerdo con sus normas y procedimientos. Así mismo, reconoció modalidades especiales a los grupos étnicos para el ejercicio de sus derechos políticos, de manera que el país cuenta con representaciones de estos colectivos en el Senado, en el Congreso y en los diversos cuerpos colegiados sectoriales y locales. (Indígenas, 2011).

Desde el ejercicio social de la hermenéutica la actividad interpretativa que se hace dentro de la actividad judicial, actividad que varía dependiendo de la escuela jurídica que predomine en el respectivo país, -esto es: la escuela del derecho natural, escuela del derecho positivo, escuela de los derechos humanos- lleva a formar distintas ideas en la sociedad misma. En algunas sociedades solo importará la ley, en otras será más importante los derechos reconocidos a sus integrantes y algunas los hechos son los que deben ser interpretados.

En Colombia la escuela jurídica predominante es el positivismo jurídico, tal vez un poco moderado hoy día, teniendo en cuenta para esta afirmación las distintas sentencias de la Corte Constitucional donde da gran valor a los derechos fundamentales. Y en algunas de ellas donde se mezcla el concepto de moral y ética.

En los últimos años han llegado una serie de autores que han permeado el pensamiento de nuestros jueces, incluyendo en sus argumentos los planteamientos de ellos, a manera de ejemplo puede citarse a Ferrajoli, Habermas, Dworkin, Alexy, Comanducci. Todos ellos plantean un esquema positivista, el cual puede ser mirado en diferentes grados, así: positivismo ideológico, formalismo jurídico, positivismo metodológico, realismo jurídico. El derecho va de la mano con los cambios sociales, y no solo por la voluntad del legislador. En los cambios sociales implican reconocer nuevos comportamientos morales y éticos.

De acuerdo con las ideas planteadas anteriormente, se debe buscar al sujeto dentro de cada individuo porque allí es donde está presente como exigencia

universal de libertad y de igualdad. (Touraine, 2016, p. 21) La individualización del individuo se logra con la interpretación de los derechos que le corresponden como miembro de la sociedad. Por ello y siguiendo a Gadamer se debe anotar: “(...) que el comprender se hace siempre desde una situación histórica y que, si nos posicionamos como totalmente extraños y fuera del juego inducido por el texto, no hay posibilidad alguna de comprensión” (Fernandez Largo, 1992, p. 79).

Lo que ha hecho el juez constitucional fue comprender e interpretar los derechos fundamentales desde el actual momento histórico y de esta forma lograr un desarrollo real de ellos en la sociedad. También se reconoce con su aplicación los cambios sociales que se han presentado, como, por ejemplo, la nueva visión de la familia, el nuevo concepto de las relaciones entre parejas, sin importar su sexo, etc.

Desde los términos de Gadamer se podría decir:

“La razón práctica es la que también postula un acceso comprometido a la interpretación. El intérprete accede a la norma en una relación vital, ya que llega con una precomprensión y un problema desde el que interroga, y, simultáneamente, lo interpretado le va a comprometer en su actividad.” (Fernandez, 1992, pp. 86-87).

Al hablar de una relación vital se hace referencia a esa relación entre la historicidad del ser y el juez como un ser histórico, y como desde esa posición histórica se hace la respectiva comprensión e interpretación de la norma jurídica. Pero debe tenerse presente que esta tarea se realiza cuando la pregunta de la cual se parte es clara, su enunciación no deja lugar a dudas. El resultado de la interpretación depende en gran parte de la precisión en que se formule la inquietud jurídica.

La pregunta debe llevar a lograr una evolución de la norma misma, es decir, que trascienda de su contexto histórico o de la intensión primigenia que le inculco el legislador. De ahí, la nueva producción del derecho está en la sentencia y no solo en la función legislativa. El papel que hoy día se le brinda a la decisión judicial, de carácter creador, de obligatoria, de vinculante se da en torno a ese papel innovador del comprender y del interpretar.

El Derecho y una nueva sociedad.

Las premisas señaladas anteriormente, muestran como con el cambio de lectura del ordenamiento jurídico llegan a configurarse un modelo de sociedad y de Estado distinto al inicialmente planteado a través de la norma. Las sociedades no son pétreas, al contrario, son cambiantes. Con lo anterior, se puede afirmar que la sociedad está en un permanente devenir.

...los valores culturales mismos los que sustituyen a las normas sociales institucionalizadas. Por lo general dichos valores se oponen directa y firmemente a la lógica del lucro y del poder. Estos valores o principios no son sociales; se sitúan por encima de las instituciones e incluso de las leyes. Podemos calificarlos de morales... (Touraine, 2016, 14).

De lo anterior, se extrae que no se trata solo de la construcción de sociedad desde la norma jurídica, se requiere siempre unir los preceptos morales, o se quiere los preceptos éticos con el fin de adecuar el derecho y la sociedad a las exigencias o retos que se le plantean desde la praxis, desde la evolución que ella misma va teniendo.

Es importante resaltar, que en muchas de las decisiones la Corte Constitucional Colombiana realiza una interpretación extensiva de los distintos enunciados jurídicos, la cual conlleva a ir un poco más allá de los postulados del positivismo jurídico, en el cual la prevalencia de la ley es ineludible. Esto quiere decir, que solo se puede aplicar la ley sin tener en cuenta consideraciones de otra índole, como por ejemplo la moral o la ética. Sin embargo algunos autores manifiestan que: “(...) los jueces deben recurrir a normas y principios morales para resolver cuestiones que no están claramente resueltas por las normas jurídicas” (Nino, 2013, p. 17). Bajo este criterio no debe plantearse una división tajante entre derecho, moral y ética, porque el sistema jurídico parte para la elaboración de los enunciados normativos de las concepciones culturales, políticas, éticas y morales, que existen en una comunidad en una época determinada. El legislador reconoce esas situaciones a través de la ley. El autor antes citado señala: “(...) las normas de un sistema jurídico deben reconocer y hacer efectivas las pautas morales vigentes en la sociedad, cualquiera que sea la validez de tales pautas desde el punto de vista de una moral crítica o ideal (Nino, 2013, p. 17).

Tomando los anteriores criterios, debe el juez no solo quedarse con los enunciados normativos, sino ir más allá de ello y construir normas que sirvan de base para la construcción de una nueva sociedad, por ello hoy las cortes sale del modelo continental y reciben las ideas del modelo anglosajón, generando así la existencia de un modelo mixto. El juez cuenta con un mayor grado de autonomía para definir (interpretar) el enunciado aplicable a los hechos controvertidos.

Debe realizar el juez una contextualización del ordenamiento jurídico, que significa esto, realizar una interpretación que incluya los principios constitucionales, los derechos fundamentales y los enunciados jurídicos completos, así lograra el juez plantear reglas más justas para una nueva sociedad. Pero la sociedad que se crea en muchas de las ocasiones termina aplicando las decisiones judiciales, sus principios, sus derechos.

La variación en la forma de ver el derecho por parte de los actuales Tribunales, bien sean de la jurisdicción especial constitucional o de la jurisdicción ordinaria, está en el modelo de Estado que impera en la actualidad. En el caso colombiano, a partir de 1991 se estableció un modelo de Estado Social de Derecho, el cual ha sido definido de diversas formas (1997)⁴, pero lo que cabe resaltar dentro de esta ponencia es la que afirma que hay en este una prevalencia de los derechos fundamentales, con lo cual se sugiere que se haga una lectura de los enunciados normativos desde la Constitución misma y surgió a su vez una nueva sociedad, sociedad de derechos, si se puede decir una sociedad de ‘derecho humanismo’, que siguiendo los planteamientos de Manuel Atienza debe cumplir una serie de requisitos: “a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales, b) ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan

(...) la producción, la interpretación y la aplicación del derecho, c) mecanismos de control constitucionales de la leyes” (Atienza, 2005, p. 11).

4 Corte Constitucional. Sentencia SU 747 de 1.997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. “Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.”

De lo anterior, la primera interpretación que se exige al juez es la interpretación de la Constitución y luego determinar cómo esa interpretación es aplicable o no a los enunciados jurídicos. Si se quiere pensar de otra forma, se puede decir, que lectura interpretativa se le debe dar al enunciado jurídico para que este sea acorde con el texto constitucional, y no se puede olvidar las exigencias de la sociedad desde sus distintos aspectos.

De ahí que: “En toda comprensión nos estamos incorporando a una historia actuante, la cual nos precede y nos superará, pero que, en cualquier caso, no avanzará sin nuestro eslabón interpretativo.” (Fernandez, 1992, p. 73). Esa tarea es la que hace la Corte Constitucional como un juez histórico dentro de la historicidad de la misma sociedad.

La lectura de la Constitución, debe ir más allá de la lectura literal de la norma, más allá de un simple acogimiento de los postulados del positivismo jurídico. Pero no es posible apartarse del todo del positivismo, de ahí que debe emplearse una teoría que este en un punto medio, esto es tomar ideas de lo que se ha denominado Neopositivismo jurídico, en el cual se acepte una posible unión entre la moral, el derecho y la ética, que son elementos estructurales de la sociedad. La sociedad como estructurante del derecho y su cultura son bases necesarias para una adecuada comprensión de la norma.

La decisión judicial principal en el proceso, por medio de la cual se resuelve la controversia, la sentencia, no puede considerarse como una posición objetiva de la ley, por el contrario, es esta la que revive el contenido implícito de la norma, la actualiza, cuando se entiende que ella tiene una estructura abierta, y cuyo centro es un principio. La sentencia es un reflejo de la historia, de una realidad cultural, política y social de la sociedad.

Finalmente, la tarea de interpretación corresponde a un dialogo permanente, es como algunos definen el proceso, como un quehacer dialógico, pero ese quehacer no es entre dos partes en iguales condiciones, sino entre la norma es su sentido histórico y la exigencia de una sociedad actual. Esto nos lleva a plantear un cambio en la forma de ver el derecho, ya no solo como una ciencia normativa, sino el derecho como una ciencia aplicativa a una realidad.

De la lectura de las sentencias C-221 de 1994, C-239 de 1997, C-87 de 1998, C-22 de 1996, C-410 de 1994, C-371 de 2000, T-321 de 1993, C-404 de 1998,

C371 de 1994, SU-47 de 1999, C-456 de 1997, C-563 de 1995, SU-747 de 1998, T-523 de 1997, T349 de 1996, T-1736 de 2000, T-212 de 2001, C-83 de 1995, C486 de 1993, C651 de 1997; en las cuales funge como ponente el Dr. Carlos Gaviria Díaz, se observa una evolución en el manejo del concepto derechos fundamentales, el cual pasa de su lugar de criterio auxiliar y se convierte en una guía orientadora en la interpretación y comprensión del ordenamiento jurídico.

En ellas se encuentra el paso de un juez aplicador del derecho a la de un juez creador de derecho, expresión que causa aún hoy día en algunos tratadistas y profesores de derecho escozor, tal razón está en no aceptar el paso de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho e incluso hoy se manifiesta la presencia de un Estado Constitucional de derecho. Principios como la igualdad, la libertad, el debido proceso y el entendimiento del orden jurídico desde las nuevas bases, si se quiere, del neopositivismo, implican una construcción de un lenguaje diferente, el cual a su vez modificara las bases sociales en cuanto a la comprensión de los derechos que le corresponden y como pueden buscar su protección. Se pasa de un lenguaje casi silencioso de los derechos humanos a un lenguaje expreso y clara desde las sentencias de la importancia social, cultural y política de estos derechos.

Conclusiones

La participación de la teoría hermenéutica de los profesores Gadamer y Habermas, hoy por hoy se encuentra mucho más viva, porque es necesario hacer una lectura de la norma jurídica reconociendo su historicidad, solo de esta manera puede realmente comprenderse. Pero no solo es reconocer la historicidad misma de la norma, sino también entender al juez como un ser histórico que busca interpretar un texto y a la vez logra una identificación con la comprensión de este, y ese discurso tienda a convencer una sociedad, que se convierta en un criterio de verdad.

A través de la praxis hermenéutica del derecho, se construyen nuevas sociedades, el derecho no es ya solo una interpretación normativa, es un derecho aplicado de acuerdo a la evolución de la sociedad y las necesidades que se deben regular. Es por ello que debe existir una comprensión de la cultura, la política, la moral y la ética de cada grupo cultural integrante de la sociedad. Y

lo anterior, se percibe en la sentencia como fuente creadora de derecho y un nuevo lenguaje protector de los derechos humanos.

Referencias Bibliográficas

Atienza, M. (2005). *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: UNAM.

Fernandez Largo, A. O. (1992). *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid.

Grondin, J. (2003). *Introducción a Gadamer*. (C. R. Garrido, Trad.) Madrid: Herder.

Nino, C. S. (2013). *Introducción al análisis del derecho*. Bogota: Astrea.

Perry, G. (21 de 06 de 2011). *Focoeconomico.or*. Obtenido de <http://focoeconomico.org/2011/06/21/la-constitucion-de-1991-y-el-desarrollo-economico-y-social>

Sapír, E. (1954). *El lenguaje. Introducción al estudio del habla*. México: Fondo de cultura económica.

Touraine, A. (2016). *El fin de las sociedades*. México: Fondo de cultura económica.

Derechos fundamentales y principios que orientan la atención integral a personas “trans” con disforia de género¹

Andrea Catalina Castañeda Mejía², David Carolina Vásquez³,
Carolina Fernanda Jordán Mosquera⁴

Resumen

En el mundo contemporáneo, el reconocimiento a la diversidad sexual ha conseguido cada vez más importancia desde la garantía y respeto por los derechos a la orientación sexual y la identidad de género reconocidos en la Declaración de los Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; lo cual va de la mano de los avances de la ciencia médica en torno a la condición sexual de las minorías.

En este sentido, Colombia no es ajena a este tipo de fenómenos sobre la búsqueda de la plena identidad sexual, y se ha vuelto común que personas con trastornos catalogados como *disforia de género* acudan a instancias jurídicas para que les sea autorizada a la reasignación del sexo. No obstante, un estudio cualitativo de este fenómeno a la luz de la normatividad colombiana vigente nos llevó a colegir que aún existe mucho por hacer frente a la determinación de garantías y lineamientos normativos que conlleven a un goce efectivo de los derechos fundamentales de la población transgénero en virtud de que puedan acceder de manera oportuna a las diferentes instituciones sin sufrir ningún tipo de discriminación, ni obstáculo y sobre todo para que puedan

1 Capítulo de libro de investigación resultado del proyecto titulado “Análisis jurisprudencial sobre la atención integral a personas transgénero que solicitan cambio de sexo en el ordenamiento jurídico colombiano”, realizado en el segundo semestre del año 2018 en el semillero de investigación innovación jurídica del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana - Sede Medellín.

2 Médico y Cirujano de la U.P.B, Especialista en Gerencia de IPS de la Universidad del CES, Actualmente me desempeño como Analista médico de servicios No POS (SURA EPS). Estudiante de Derecho (novenno semestre) - Corporación Universitaria Americana, Sede Medellín. E-mail: sarama213@gmail.com

3 Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana y especialista en Derecho de Familia, docente tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana sede Medellín. E-mail: dvasquez@americana.edu.co

4 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

encontrar una verdadera inclusión en la sociedad que les permita una participación activa en los diferentes contextos en aras de lograr una mejor calidad de vida bajo el amparo que les ofrecen los principios constitucionales.

Palabras clave: atención integral, derechos fundamentales, disforia de género, personas transgénero y principios.

Introducción

Cuando se aborda un tema tan sensible como el de la disforia de género, hay que destacar la relación directa que hay entre este y el concepto de *transexualidad*, pues se colige que es este trastorno característico por la inconformidad que se tiene respecto a la identidad sexual biológica (Bergero et al, 2008 citado por Basterrechea et al, 2017) se acentúa a través de la búsqueda de una nueva identidad que logre orientar la sexualidad respecto a las necesidades y vivencias; por tanto, disforia se comprende en su mínima expresión como una situación adversa, difícil de soportar o de asumir.

En la mayoría de los casos, esta situación se presenta en personas mayores de edad, quienes han tenido una experiencia de vida respecto a la vivencia de su sexualidad con mayor consciencia, quienes en realidad pueden presentar dicho trastorno y por ende recibir un tratamiento o atención conforme a sus necesidades u orientación sexual. No obstante, Cuando hablamos de la búsqueda de la identidad sexual y la correspondencia con el ser interior y el deseo de la realización de cada plan de vida, el niño, niña y adolescente es un ser determinante a la hora de verificar su consentimiento con respecto al cambio y modificación de nombre y sexo, además de la toma de decisión con respecto a la transformación quirúrgica con el fin de reafirmar su sexo.

En este entendido, este derecho concuerda con el interés superior del niño que a través de la Constitución Política y la jurisprudencia se determina como principio prevalente por encima de cualquier determinación, considerándolo como sujeto de derechos y garantías especiales (Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 2014, M. González).

El presente capítulo de libro, expone los antecedentes conceptuales y científicos del tema en comento en relación con los fundamentos jurídicos que

permiten garantizar un tratamiento a la disforia de género en Colombia bajo un análisis constitucional. Para ello, esta línea de trabajo, bajo la orientación de una metodología cualitativa basada en el rastreo documental, propende analizar de qué forma el Estado colombiano garantiza la atención integral a las personas transgénero para cambio de sexo y si el alcance normativo de nuestro ordenamiento jurídico se ajusta a las necesidades de esta comunidad y genera sentido para la garantía de sus derechos como parte de la sociedad, dentro del respeto por la igualdad y dignidad humana, contemplando la transformación de la persona no solo desde el ámbito físico o psicológico, sino también desde el relacionamiento en la sociedad a partir del amparo que también se colige de los principios constitucionales.

Desarrollo

En Colombia aún existe mucho por hacer con respecto a la determinación de garantías y lineamientos normativos que la permitan de manera oportuna, a la población transgénero, tener acceso a las diferentes instituciones sin sufrir ningún tipo de discriminación u obstáculo, fomentando la participación activa en los diferentes espacios y sobre todo logrando con ello el mejoramiento de la calidad de vida de esta población.

Ahora bien, con relación a los derechos fundamentales que contempla la Constitución Colombiana de 1991 cuyo fin último es la convivencia en paz de todas y cada una de las personas que hacen parte de la sociedad, a través de un orden justo que proteja y garantice todos y cada uno de los derechos fundamentales del ser humano desde la participación activa de los ciudadanos en la construcción de una sociedad mejor e incluyente. Analizaremos algunos derechos fundamentales que guardan relación con el tema de la disforia de género:

La dignidad humana

La dignidad como derecho fundamental contemplado en el artículo 1 de la Constitución Política de 1991, se esgrime como la base central del Estado, que insta por el reconocimiento a la pluralidad y la diversidad de cada una de las personas que hacen parte de la sociedad, dentro de un marco democrático y participativo en el que se otorgue accesibilidad a cada una de las institucio-

nes sin ningún “*tipo de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*”(Asamblea Nacional Constituyente, 1991,art.11). En ese sentido, tal como lo afirma Ferrajoli (2005):

La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado... El poder público no puedes ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial (Ferrajoli, 2005 citado por Balzán, Morrillo y Gonzáles, 2015, p.3-14).

El derecho a la vida

Tiene estrecha relación con el ejercicio de la dignidad, la autonomía individual y el derecho a la salud, ya que la garantía de este derecho converge en dos ámbitos diferentes: el primero en lograr un acceso oportuno a la atención en salud en condiciones dignas y humanas para la población trans que presenta o se identifica con situaciones diferentes a las que plantea la denominación binaria (Hombre - Mujer) y que en procura de orientación y tratamiento protege la vida de estas personas en condición de vulnerabilidad.

En segundo lugar, al proteger la vida se prolonga y da continuidad al abanico de diversidad sexual y cultural de las personas trans que dejen como legado establecido para futuras generaciones y representen significancia en la evolución de normas que protejan sus derechos fundamentales en todos los ámbitos.

Derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución de 1991, los artículos 2, 4 numeral 1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “*implica que todas las personas que son miembros de una misma co-*

munidad tienen garantizados los mismos derechos constitucionales” (Cardona, 2016, p.85); enmarca reconocer en el otro un ser diverso y distinto, denotado por modelos culturales y fisiológicos diferentes que determinan su manera de ser y de exteriorizarse en la comunidad.

De esta forma, el no reconocimiento de la diversidad e identidad sexual de las personas pertenecientes a la comunidad LGTB por parte de las instituciones y de las demás personas que hacen parte de este Estado, ahondan aún más los malos tratos y la discriminación que sufre esta población, por el no reconocimiento de sus derechos desde un nivel superior.

Finalmente, recordemos que el derecho a la libertad es conmutativo y recíproco al principio de igualdad y no discriminación, por tanto, corresponde al Estado garantizarlo y llevar al goce efectivo del mismo hasta su máxima expresión, ya que involucra la caracterización de cada individuo desde el ámbito más interno de su ser, proporcionando elementos para el desarrollo de su personalidad, donde la manera de auto determinarse, le proporciona de manera simultánea exteriorizar su forma de ser y de proyectarse ante la sociedad.

En este sentido, la limitación de este derecho se configura en una barrera para el desenvolvimiento personal e intransferible que cada ser desde su plan de vida requiere para desarrollarse, proyectarse e intervenir en comunidad. Lo anteriormente mencionado hace que esa persona se margine y no pueda desplegar de manera plena los demás derechos fundamentales.

Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

El reconocimiento de la personalidad jurídica está íntimamente relacionado con el derecho a la igualdad, se traduce conforme al artículo 17 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en que: *“Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”*. (Organización de los Estados Americanos, 1948, art.17)

Bajo ese entendido, el nombre como atributo de la personalidad es la conexión que cada ciudadano tiene para ser reconocido en sociedad como individual y único, brindándole una la distinción y participación activa en los

diferentes procesos y asuntos administrativos, sociales, culturales y de índole económica que surgen en el quehacer de cada ciudadano.

Para ello, se hace necesaria la identificación de cada individuo en el Registro Civil, el cual podrá ser modificado en las situaciones puntuales que establece el Decreto 1260 de 1970, modificado por el Decreto 999 de 1988. Al respecto el artículo 94 indica que “*El propio inscrito podrá disponer, por una sola vez, mediante escritura pública, la modificación del registro, para sustituir, rectificar, corregir o adicionar su nombre, todo con el fin de fijar su identidad personal*” (Presidente de la República de Colombia, 1988, art.6). No obstante, la Corte Constitucional a través de sentencia C-114 de 2017, indica que “*tal restricción no será aplicable en aquellos eventos en que exista una justificación constitucional, clara y suficiente*” (Corte Constitucional, Sentencia C-114 de 2017, A. Linares).

En este entendido, el Estado establece la protección de este derecho, sin afectar la seguridad jurídica de las personas y garantizando que la plena identidad de cada ciudadana este conforme a la ley y a los asuntos que cobija la constitución. Pero lo anterior, no significa que en el caso de las personas transexuales no sea este un obstáculo para acceder de manera concreta a la modificación del nombre y del sexo, de acuerdo con la identidad sexual acogida por este en el entendido del respeto por el otro y su modo de vivir.

Derecho a la intimidad

Para la construcción de la identidad sexual que cada una de las personas realiza desde su interior, acompañado de su entorno, se forman condiciones de vida diferentes a las establecidas en el orden binario (hombre-mujer), de personas que transitan entre estos dos géneros y que por su propia determinación y convencimiento, sienten que su sexo biológico genotípicamente establecido desde el nacimiento no encuadra con su identidad de género o sexual según la vivencia de cada uno. Lo anterior conlleva a que el ser humano despliegue el principio de autodeterminación mejorando su sentido y siendo coherente con la orientación de su ser.

Para ello, el Estado a través de la Constitución Política defiende el derecho y el respeto por la intimidad personal como elemento especial de la personali-

dad, sin lugar a recibir ningún tipo de segregación por pertenecer en este caso a la comunidad LGTB.

Finalmente, digamos que el derecho a la intimidad está estrechamente relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ello porque el derecho a la intimidad representa desde el fuero interior el modo de ser y de pensar de cada persona, un lugar donde ningún ordenamiento jurídico puede tener alcance para llegar a gobernar o imponer su voluntad, ya que el ser humano está condicionado de carácter y autonomía única, que le da poder para decidir cómo quiere vivir su vida y el rol que quiere desempeñar en sociedad de acuerdo con la identidad sexual que va construyendo y al modo de sentirse consigo mismo, posicionando con ello el libre desarrollo de la personalidad.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Sobre este asunto, debemos indicar que conforme los preceptos constitucionales, el Estado Colombiano debe de garantizar el libre desarrollo de la personalidad de todos y cada uno de los ciudadanos. Ahora bien, este derecho está íntimamente relacionado con el derecho que tiene las personas a la libre expresión y a difundir su pensamiento.

La libertad de expresión es uno de los matices en los que se pronuncia y define la diversidad humana en todas sus formas, elemento fundamental del que no es ajeno a la comunidad LGTB, ya que ello determina la manera de desplegar su pensamiento, sus sentimientos y decisiones, valoraciones íntimamente relacionadas con la orientación e identidad de sexo que desde el a cotidianidad logra constituir permitiéndole corresponder y adaptarse a un mundo que le es hostil en su esencia por parte de la no aceptación por parte de sus semejantes, que conlleva al no reconocimiento de la diferencia y con ello a no tener en cuenta sus intervenciones en los diferentes ámbitos de la sociedad, pretendiendo con ello silenciar su pensamiento.

Derecho a la libertad de conciencia

La libertad de conciencia se configura en el artículo 18 Constitucional, veamos: *“Artículo 18. Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado*

por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

En síntesis este derecho configura el poder de autonomía y de decisión del ser humano, que trasciende los ordenamientos jurídicos de los pueblos, que inicia desde la apreciación del fuero interno y toma posesión del pensamiento a través de la voluntad.

Por tanto, negar la posibilidad de pensar diferente o de expresar un sentir diferente coarta en forma directa el derecho fundamental a la libertad de conciencia. Aún en la actualidad persisten aberraciones y mitos con respecto a las personas que piensan diferente a un orden cultural, social y moral establecido, que no reconoce en el otro su diversidad y diferencia, exhibiéndose como una de las mayores causas de discriminación y marginación de personas LGTB, quienes distan del pensamiento preferente y normalizado en una sociedad estereotipada y colmada de prejuicios que no permiten evolucionar en el reconocimiento de los derechos fundamentales basados en el principio de igualdad y de oportunidad que cada individuo requiere para su desenvolvimiento.

Derecho a presentar peticiones respetuosas

En este punto, es necesario hacer alusión a que es un deber con los ciudadanos que las instituciones públicas y privadas den respuesta de fondo a las peticiones formales suscitadas por las personas como lo establece la Constitución, independiente de su identidad sexual y de género, sin ser un obstáculo para la garantía del reconocimiento de derechos fundamentales, sin generar ningún tipo de discriminación ni trato diferencial y con respuestas coherentes a las necesidades planteadas por todas y cada una de las personas.

Derecho al trabajo

El derecho fundamental al trabajo, se configura como rector dentro de la organización y los fines del Estado. El trabajo se convierte además en garantía para el desarrollo y respeto por los demás derechos involucrados como: la dignidad humana, por el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y el

derecho al mínimo vital contemplado también en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

Ahora bien, en el ámbito y dinámica de la sociedad el derecho al trabajo y la oportunidad para el mismo, además de la libre escogencia de la profesión u oficio están directamente relacionados con el aporte a la calidad de vida, la construcción del futuro de cada individuo y su desarrollo en sociedad, aportando no solo de manera económica sino también al crecimiento profesional de la personas trans que desean la exteriorización de su ser, para poner en práctica su rol establecido dentro de un ámbito social en continuo crecimiento.

Derecho a tener una familia

Sobre este asunto, debemos insistir que la familia como núcleo central de la sociedad está en la obligación de proveer protección y apoyo a sus integrantes independiente de su identidad sexual.

Ahora bien, el Estado deberá velar por que se den garantías por el respeto de los derechos de las personas trans a través de planes y políticas de entendimiento enfocadas a mejorar la vida en familia y sociedad, a través de la construcción de tejido social que permita que a pesar de la diferencia y la diversidad de genero existen otras oportunidades y posibilidades, para mejorar el sentido de su ser aceptándolo tal y como es.

En consecuencia, se advierte que en nuestra sociedad actual existen aún mitos acerca de las personas trans y su relacionamiento, por ello son objeto de discriminaciones, la construcción en familia de su ser es un punto vital y de apoyo para mejorar la exteriorización de su ser en comunidad.

Y en este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23, numeral 1 nos reitera que: *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*. (ONU, 1966)

Derecho de protección de los derechos fundamentales por medio de la tutela

En la actualidad, para Colombia este es uno de los estándares fundamentales en la consecución y garantía por el reconocimiento y respecto de los derechos fundamentales de las comunidades LGTB, ya que a través de ella la jurisprudencia viene dinamizando los conceptos para un mejor entendimiento e inclusión de las necesidades que presenta esta comunidad hoy en día.

Un ejemplo de ello, se configura el cambio del sexo en el registro civil, ya que para poderse realizar tal modificación se debe de recurrir a un proceso de jurisdicción voluntaria al considerarse una alteración en el estado del registro civil, del cual no se puede cambiar vía notarial. Por lo anterior, este trámite se surte ante la jurisdicción para que un juez constitucional determine según las pruebas acotadas si se procede a la modificación del sexo en el registro, trámite que hoy en día es dilatorio y expone a la persona a probar con dictámenes médicos su condición.

Un segundo ejemplo en el que la acción de tutela se condensa corresponde a la solicitud de tratamientos y procedimientos quirúrgicos necesarios para dar continuidad a su proceso de reafirmación sexual. Lo anterior se configura en un trámite más a la hora de ejercer el goce efectivo al derecho a la salud acorde con lo establecido en el artículo 49 de la Constitución Política Colombiana 1991.

Colombia como Estado parte y miembro de los distintos estamentos internacionales ha firmado y ratificado Pactos y Convenciones que propenden la no violación de los derechos fundamentales y el respecto por el mismo. Con ello el compromiso a través del mundo globalizado se enfoca en un mismo objetivo y es que ante la presentación de diversidad sexual el desafío para las nuevas sociedades es generar ambientes de no discriminación ni segregación por causa de la religión, forma de pensar, la cultura, la política y entre otras la identidad sexual.

Lo anterior, denota una configuración en cabeza del Estado a proteger los derechos fundamentales no solo desde la firma de acuerdo y tratados internacionales, sino como veedor y garante de los mismos en el ejercicio pleno del ser en sociedad.

Principios que orientan la atención integral a personas trans por disforia de género

A continuación, se relacionan los principios que guardan relación con el tema de la disforia de género, veamos:

Principio de autodeterminación

Este principio existe como la exteriorización del fuero interno a través del desarrollo del derecho a la libre personalidad, el cual se materializa en el plan de vida individual elegido por cada persona.

Por lo tanto, la autodeterminación es la extensión del derecho a la autonomía individual y a la persona jurídica ya que involucran en si la manera como la persona elige vivir y se incorpora a la sociedad.

En concordancia con lo anterior, también encontramos el principio de la no injerencia institucional ni del Estado en el ser de cada cual atendiendo al derecho de la dignidad humana, pero sin que se afecten las libertades de los demás integrantes de la comunidad.

Principio de integralidad

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y como referente constitucional, este principio orienta la salud desde una mirada completa, que se refleja en el cubrimiento de todas las contingencias generadas desde este ámbito.

Por lo tanto, no solo es dable en el tratamiento y manejo de la enfermedad física, sino en el reconocimiento de una condición sexual diferente, que requiere atención en salud que permita mejorar su ser interior con el exterior.

Al ponérsele trabas al acceso a estas atenciones, se vulnera no solo el derecho a la dignidad humana sino también el derecho al libre desarrollo de la personalidad por cuanto estas personas no pueden realizar de manera plena su plan de vida, afectándose la esfera emocional y psíquica.

Principio de universalidad

Desde la declaración de los derechos humanos, este principio acoge el carácter de universalidad al respeto de los derechos humanos en todo el mundo, sin distinción de raza, sexo, religión e identidad sexual.

De otro lado y en el ámbito nacional, este principio se encuentra contenido dentro de la Ley 100 de 1993, el cual se traduce en la ampliación y aseguramiento de la cobertura en el ámbito de salud garantizado a través del Sistema General de seguridad social.

Principios de Yogyakarta

Estos principios hacen referencia a una compilación de lineamientos acerca de la protección y garantía de los derechos humanos relacionados con la orientación sexual y de género, donde se reconoce el estado de vulneración de las personas pertenecientes a la comunidad LGTB. Aunque no tienen un carácter vinculante, se han convertido en referentes importantes en la protección de los derechos de la población LGTBTTI y diferentes países los han adoptado como parámetros del diseño e implementación de políticas públicas sobre atención de las personas de la diversidad (Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2012, p.21).

Conclusiones

La primera conclusión, nos ayuda a comprender que a través de la historia, la humanidad ha venido cambiando el esquema de concepción del mundo establecido por un orden binario (Hombre - Mujer), que encuentra otras condiciones e identidades sexuales que se mueven en entre los dos entornos antes mencionados, pero que presentan particularidades especiales a las que las sociedades se han venido adaptando en consonancia con el reconocimiento de los derechos fundamentales de esta población y las definiciones del tema desde lo científico y lo jurídico.

Seguidamente, desde el ámbito constitucional para Colombia, la Carta Política de 1991 incorpora en su texto los derechos fundamentales relacionados

con el reconocimiento y garantía para el goce efectivo de los mismo para esta comunidad y en el entendido de los fines esenciales del Estado, entre los cuales encontramos: el derecho a la dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho a la igualdad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la configuración de la personalidad jurídica acorde con su fuero interior, el derecho a la salud, al trabajo en condiciones dignas y en igualdad de oportunidades, el derecho a tener una familia, los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Conforme lo anterior, se debe concluir que la identidad sexual es un derecho fundamental, el cual encuentra su mayor perfeccionamiento al entrar en directa relación con otros derechos fundamentales de manera preferente como: la dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la personería jurídica, entre otros, basados en principios constitucionales como el principio del respeto a la dignidad humana, como eje central de los fines preferentes del Estado, el principio a la igualdad y la no discriminación de las personas y sobre todo, el principio de autodeterminación.

Ahora bien, se debe concluir además, que el derecho a la igualdad bajo el principio de la no discriminación genera un verdadero entendimiento del otro como ser diverso, con necesidades y particularidades especiales, que no necesariamente corresponden a la categorización binaria (Hombre - Mujer), sino al tránsito que existe entre otras posibilidades de vida. De esta forma, el Estado precisa el reconocimiento de los derechos fundamentales y su goce y ejercicio efectivo a través de la incorporación en sus leyes y políticas la presencia de una sociedad dinámica que requiere de la transformación y aceptación en diferentes ámbitos, donde se excluya la discriminación y segregación personas por su identidad sexual diferente.

En cuanto al derecho del libre desarrollo de la personalidad y su configuración desde la garantía del respeto por la personería jurídica de cada persona, se concluye que ambos se presentan como la máxima expresión del ejercicio de la libertad sin más límite que lo contenido en la Ley y el respeto por los demás, que tiene como base el principio de autodeterminación para que el ser humano establezca como desea exteriorizarse en sociedad. Este derecho esta además íntimamente relacionado con el derecho a la salud, ya que se relaciona con el mantenimiento y bienes mental y emocional de las personas aunque no tengan interés en transformaciones de tipo físico para adecuar su cuerpo a su identidad.

De esta forma, también se concluye que actualmente en Colombia la modificación de cambio de nombre procede ante notario por una sola vez, sin embargo, la Corte Constitucional ha tenido varios pronunciamientos con respecto a que no es dable tener ese condicionamiento ya que se estarían vulnerando de manera directa el derecho a la dignidad humana, a la igualdad y a la identidad sexual, al no ser coherente con el sentir de la persona ni su proyecto de vida.

Se concluye que respecto a la modificación del sexo en el Registro civil, se ha contemplado la vía para su cambio a través del proceso de jurisdicción voluntaria, que algunos autores y defensores de los derechos fundamentales de las comunidades LGTB las consideran como tramites que dilatan y demoran el proceso de cambio, además de tener que exponerse a dictámenes médicos que en forma tajante vulneran los derechos al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la identidad sexual.

Finalmente, se concluye que el Estado Colombiano a través de sus fines constitucionales garantiza de manera parcial la atención integral en salud para toda la población, incluyendo la población trans a través del reconocimiento que le da a los derechos fundamentales. Con respecto a la materialización en lo referente a la reafirmación sexual de los pacientes que requieren transformación fenotípica, para que su ser biológico sea coherente con lo determinado por su fuero interno y tenga pleno ejercicio de su personalidad e identidad sexual, no hay una política pública que garantice el acceso oportuno y efectivo a las atenciones en salud, donde exista una adecuada articulación de las instituciones y actores que intervienen en el proceso.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de 1991*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Balzán, A., & Morillo, J., & González, J. (2015). Viabilidad jurídica de inclusión de las minorías transgénero en el ordenamiento jurídico venezolano. *Cuestiones Jurídicas*, IX (1), 9-30.

- Basterrechea, J., & Bonilla, N., & Borrero, L., & Bottaro, G., & Fuentes, L. (2017). Concepciones sobre transexualidad en estudiantes de Medicina de la Universidad de Carabobo.. *Salus*, 21 (1), 10-15.
- Cardona-Cuervo, J. (2016). La construcción de los derechos del grupo social transgénero. *Entramado*, 12 (2), 84-95.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.(2012). Situación de los derechos humanos del colectivo lésbico, gay, bisexual, transexual, transgénero, travesti e intersexual: Aportes desde la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Recuperado de: https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/09/informe_lgbttti.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (1993). *Ley 100 de 1993*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html
- Congreso de la República de Colombia. (2009). *Acto Legislativo 02 de 2009*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=38289>
- Congreso de la República de Colombia. (2013). Congreso de la República. *Ley 1616 de 2013*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=51292>
- Congreso de la República de Colombia. (2015). *Ley Estatutaria 1751 de 2015*. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf
- Corte Constitucional Colombiana. (2011). *Sentencia T-062 de 2011*. Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana. (2012). *Sentencia T-876 de 2012*. Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana. (2012). *Sentencia T-918 de 2012*. Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana. (2013). *Sentencia T-771 de 2013*. Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana. (2014). *Sentencia T-476 de 2014*. Bogotá

Corte Constitucional Colombiana (2014). Sentencia C-239 de 2014. Bogotá.

Corte Constitucional Colombiana (2017). Sentencia 114 de 2017. Bogotá.

Presidente de la República de Colombia. (1988).. *Decreto 999 de 1988* “.Por el cual se señala la competencia para las correcciones del registro del estado civil, se autoriza el cambio de nombre ante notario público, y se dictan otras disposiciones”. Bogotá. DO 38.349 del 25 de mayo de 1988

El rol del juez en el nuevo código general del proceso: entre el garantismo procesal y el activismo judicial

Edier Adolfo Giraldo Jiménez¹

Resumen

La Ley 1564 de 2012, denominada Nuevo Código General del proceso, introdujo modificaciones importantes al desarrollo del proceso de manera directa en materia civil e indirecta en las demás áreas del derecho. Dentro de dichos cambios se aprecia un rol del juez mucho más activo y preponderante, en lo que tiene que ver, por ejemplo, con la posibilidad de decretar pruebas de oficio, citar a terceros de oficio, decretar excepciones de oficio y dictar sentencia anticipada, entre otras. Estas nuevas potestades o facultades del juez pueden ser entendidas como una vulneración al principio procesal de la imparcialidad del Juez; pero también pueden hallar excusa en el argumento según el cual los jueces tienen la tarea de ir más allá de la mera verdad procesal en búsqueda de la verdad material, real o sustancial. Por tal razón la pregunta problema que orienta este trabajo de investigación se expresa de la siguiente manera: ¿En qué medida y bajo qué supuestos el rol del Juez en el Nuevo Código General del proceso vulnera el principio procesal de la imparcialidad? El objetivo general consiste entonces en reflexionar en torno a la posible vulneración del principio de la imparcialidad por parte de los nuevos poderes que este estatuto procesal otorga al Juez. Esta reflexión se hará desde dos grandes teorías del derecho procesal, a saber, la teoría del garantismo procesal y la teoría del activismo judicial, con la finalidad de brindar a la comunidad académica una posibilidad de análisis más amplia y no meramente unidimensional. Se tratará de justificar la tesis de que efectivamente la Ley 1564 de 2012 otorga unas nuevas potestades al Juez y que en ocasiones el uso de dichas potestades puede llegar a vulnerar el principio de la imparcialidad; sin embargo, es menester reflexionar también en qué medida esa vulneración es responsabilidad del Juez o del legislador.

¹ Licenciado en Filosofía, abogado y Magister en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente investigador y abogado litigante. Email: ediergiraldo814@hotmail.com; egiraldo@coruniame-ricana.edu.co

Palabras clave: garantismo procesal, activismo judicial, Nuevo Código general del proceso, imparcialidad.

Introducción

El Nuevo Código General del Proceso, dentro de las novedades que introdujo al sistema procesal civil en Colombia, amplió los poderes, facultades o potestades del Juez como director del proceso y como fallador. En efecto, la Ley 1564 de 2012 permite, incluso, en ocasiones, exige que el juez realice ciertos actos procesales de manera oficiosa, tal es el caso del decreto oficioso de pruebas, la distribución discrecional de la carga probatoria, el decreto oficioso de excepciones en cualquier tipo de proceso y el decreto de sentencia de manera anticipada, entre otros.

Estas y otras actuaciones oficiosas del Juez llaman la atención a algún sector de la doctrina, particularmente a los simpatizantes del garantismo procesal que ven en esta ampliación de poderes del juez un peligro para la democracia y el proceso mismo en lo que respecta de manera particular a un alto riesgo de vulneración al principio de la imparcialidad del Juez muy emparentado con el principio de la igualdad de las partes.

Desde la óptica del garantismo procesal, esas potestades del Juez se traducen o manifiestan un activismo judicial que revive el sistema procesal inquisitivo y que se justifica en la búsqueda de la verdad y de la justicia, pero que olvida principios constitucionales tan caros para la democracia como el debido proceso y la igualdad.

En este ensayo, reflexionaremos en torno a la posible vulneración del principio de la imparcialidad del juez, en qué medida, bajo qué casos y bajo qué circunstancias se puede dar dicha vulneración, quién es el responsable, y qué teleología lo justifica. En un primer momento se hará un pequeño recorrido por el Código general del proceso para mostrar las actuaciones oficiosas del Juez que este consagra, en un segundo momento se describirán las principales diferencias entre el garantismo procesal y el activismo judicial y, en un tercer momento conclusivo se observará, precisamente, en qué medida se puede llegar a vulnerar el principio de la imparcialidad del juez con ese actuar oficioso a veces permitido y otras veces exigido por el legislador.

Desarrollo

Oficiosidad del Juez en el Nuevo Código General del Proceso

Como ya se ha advertido, el nuevo Código General del Proceso no son pocas las actuaciones oficiosas del Juez que consagra; el interrogatorio exhaustivo, el decreto de pruebas, el decreto de excepciones y de medidas cautelares y la sentencia anticipada son algunas de las más sobresalientes y por su importancia las describiremos de manera puntual en lo que sigue:

El interrogatorio exhaustivo:

El segundo inciso del numeral 7° del artículo 372 de la Ley 1564 de 2012, que regula lo que tiene que ver con la audiencia inicial, expresamente exige del Juez la realización de un interrogatorio exhaustivo a las partes, antes de proceder con el Decreto de los demás medios de prueba. Al respecto dice la citada norma: *“El juez oficiosamente y de manera obligatoria interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso. También podrá ordenar el careo.”*

En el inciso siguiente, se afirma que también podrá el Juez decretar y practicar las pruebas que sea posible en dicha audiencia y este decreto oficioso del Juez de los medios de prueba es precisamente el siguiente acto procesal que se reseñará a continuación.

El decreto oficioso de pruebas:

Esta actuación oficiosa del Juez está consagrada en varios artículos de la referida Ley 1564 de 2012, basta citar aquí dos de ellos a saber: el artículo 169 y el 170 que literalmente se transcriben:

Artículo 169. Prueba de oficio y a petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes. (Subrayado por fuera del texto original)

Nótese que en la parte subrayada de la cita expresamente el Legislador permite que las pruebas puedan ser decretadas oficiosamente por el Juez, con un agravante consagrado en el segundo inciso, consistente en que este decreto oficioso del juez no admite recurso alguno, al respecto dice la norma: “**Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso.**” (Subrayado por fuera del texto original).

El artículo 170 da continuidad a esta tónica y en efecto consagra:

Artículo 170. Decreto y práctica de prueba de oficio. El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.

Afortunadamente, el segundo inciso de este artículo exige estas pruebas decretadas de oficio, se sometan a la contradicción de las partes, porque de lo contrario sería más trágico para la parte que pudiera llegar a verse perjudicada con el decreto oficioso del Juez, pues ya sin manera de impugnar el decreto oficioso y sin la posibilidad de contradecir el medio de prueba prácticamente estaría destinado a la pérdida del proceso.

La posibilidad de invertir la carga de la prueba:

Esta posibilidad que tiene el Juez de invertir la carga de la prueba dentro del proceso está expresa y novedosamente consagrada por el Nuevo Código General del Proceso en el inciso segundo del artículo 167 que al respecto expresa:

Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en

mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

El decreto de sentencia anticipada:

El inciso tercero del artículo 278 del nuevo estatuto procesal colombiano, expresamente permite, e incluso, exige, porque utiliza la expresión “deberá”, que el Juez profiera sentencia anticipada. Esto dice la literalidad de la norma:

En cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos:

1. Cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez.
2. Cuando no hubiere pruebas por practicar.
3. Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa.

El decreto de excepciones de oficio:

El artículo 282 de la citada Ley 1564 de 2012 dice:

Artículo 282. Resolución sobre excepciones. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Pero como si no bastara con los cinco ejemplos ya referidos como ejemplo de las actuaciones oficiosas del Juez consagradas por el Nuevo estatuto proce-

sal, también el legislador permite el decreto oficioso de medidas cautelares por parte del Juez y este es precisamente el sexto ejemplo de actuación oficiosa que se reseñará a continuación:

El decreto oficioso de medidas cautelares:

El artículo 590, numeral primero, literal C del Nuevo Código general del proceso, novedosamente consagra la llamada medida cautelar innominada que hace referencia a la también oficiosa facultad del Juez para decretar cualquier medida cautelar que considere necesaria para la protección del derecho objeto del litigio. Al respecto dice literalmente la norma:

Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

La posibilidad del Juez de objetar oficiosamente el Juramento estimatorio de perjuicios:

Otra perla que en materia de oficiosidad consagra la Ley 1564 de 2012, tiene que ver con la denominada figura procesal del Juramento estimatorio de perjuicios, inserto en el proceso civil en Colombia a través de la Ley 1395 de 2012 y hoy consagrado en el artículo 206 de la referida Ley 1564 que constituye el actual estatuto procesal del que se ha venido haciendo mención. A propósito de la facultad oficiosa del juez, en o que respecta particularmente a la objeción oficiosa del Juramento estimatorio de perjuicios presentado por la parte demandante, el inciso tercero de la citada norma que a continuación se transcribirá para mejor ilustración del lector:

Artículo 206. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonada-

mente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Obsérvese en la parte subrayada, que expresamente el legislador procesal permite que el Juez decrete pruebas de oficio, pero en este caso, no para verificar la veracidad de los hechos objeto del litigio en general, sino de manera especial para verificar que la estimación de perjuicios realizada por la parte demandante es legal y justa; lo que a nuestro juicio equivale a tachar u objetar el juramento estimatorio, pues la tarea (carga procesal y probatoria) de tachar-objetar el juramento estimatorio y, además de probar dicha objeción debería estar a cargo de la parte demandada, pues es precisamente en estos casos donde avizoramos un grave peligro de vulneración al principio de la imparcialidad del Juez, como se argumentará más adelante. Incluso, nos atrevemos a pensar que este tercer inciso de esta norma tiene vicios de inconstitucionalidad en tanto que el Juez estaría actuando por sospecha, pues es esta la expresión que literalmente consagra la norma, a saber: (...) cuando el “Juez advierta que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude...”

Pues dicha sospecha del Juez podría vulnerar el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia que expresamente consagra como principio constitucional el tan caro principio de la presunción de buena fe.

Sin embargo, los anteriores son apenas algunos ejemplos, tal vez los más significativos de actuaciones oficiosas del Juez consagradas por la Ley 1564 de 2012, pero existen más; léase por ejemplo el artículo 90 que permite la integración oficiosa por parte del Juez del litisconsorcio necesario, los artículos 229 y 230 en lo que respecta al dictamen pericial decretado de oficio entre otros.

Hasta aquí se ha observado entonces, grosso modo, cómo el legislador procesal consagra unas actuaciones oficiosas del Juez, el siguiente paso consiste en determinar o establecer si estas actuaciones oficiosas hacen parte de un sistema procesal garantista o más bien son reflejo de lo que algunos doctri- nantes, como Adolfo Alvarado Vellosos, por ejemplo, denomina activismo judicial. Para ello es menester observar a continuación de manera sucinta las principales características de estos dos modelos.

Principales diferencias entre el garantismo procesal y el activismo judicial

Sin entrar en mayores detalles porque no es esa la finalidad de este escrito se presentará al lector las principales características de lo que se ha denominado en la Doctrina y la Jurisprudencia Garantismo procesal y Activismo judicial.

El garantismo procesal:

La denominada teoría garantista tiene como principal característica el fiel apego a los principios y garantías constitucionales en lo que respecta particularmente al principio del debido proceso, seguido de los principios de igualdad e imparcialidad del Juez. Por ello esta primera característica implica y conlleva de suyo otras tantas, tales como el acento en el respeto por los derechos individuales (otrora denominados de primera generación), la empatía con los postulados propios de un sistema procesal dispositivo o acusatorio donde las partes son las que impulsan el proceso desde su inicio hasta el final, configurando lo que se ha conocido como un sistema procesal de justicia rogada y, pregonando como teleología del proceso y gran función del juez la el advenimiento de la denominada verdad procesal que depende de los medios de prueba que las partes alleguen al proceso, en notoria contraposición a la anhelada consecución del Juez de la llamada verdad material, real o sustancial.

El activismo judicial:

Lo que se ha denominado activismo judicial, tiene como principales características una exigencia al Juez de ir más allá de la verdad procesal, en búsque-

da de la verdad sustancial, real o material que es precisamente la que garantiza que el fallo del juez pueda llegar a ser justo. Se considera que la verdad, la verdad sustancial, es *conditio sine quanon* de la justicia, y estos son los dos más altos y preciados valores para esta concepción del derecho. Aunado a lo anterior, el activismo judicial pone énfasis en la consecución y garantía de lo derechos sociales, económicos y culturales (otrora denominados de segunda generación); pues se concibe que en un Estado Social de derecho el Estado tiene la gran tarea de proveer de servicios a los ciudadanos. Afirma Alvarado Velloso (2010) que el activismo judicial tiene una mayor empatía con un sistema procesal inquisitivo o inquisitorial en el que predominan las actuaciones oficiosas del Juez y la justicia deja de ser rogada (a petición de parte). El Juez no sólo tiene la tarea de dirigir el proceso, sino también de fallar y de investigar, con la finalidad de lograr el alcance de la ya referida verdad sustancial real o material como garantía de una verdadera justicia (tutela efectiva de los derechos).

A continuación, presentaremos al lector un cuadro comparativo que sintetiza lo anteriormente dicho:

GARANTISMO PROCESAL	ACTIVISMO JUDICIAL
SISTEMA ACUSATORIO O DISPOSITIVO	SISTEMA INQUISITIVO O INQUISITORIO
DERECHOS INDIVIDUALES ("De primera generación")	DERECHOS SOCIALES ("De segunda generación")
DEBIDO PROCESO - IMPARCIALIDAD JUSTICIA CONMUTATIVA	VERDAD SUSTANCIAL - JUSTICIA JUSTICIA DISTRIBUTIVA
EJS: "El garantismo no quiere ni admite castigar ni matar ni cortar la mano de nadie sin el debido proceso legal; tampoco pretende que no haya presos, sino que los que lo estén sea a razón de una sentencia Judicial" (Alvarado Velloso, 2010).	EJEMPLOS: Decreto oficioso de pruebas, de excepciones, sentencia anticipada. Desconocimiento de la cosa juzgada (Tutela contra Providencias judiciales).

El principio de la imparcialidad del Juez y su posible vulneración

La pregunta que surge de lo observado hasta aquí es si el Nuevo Código General del Proceso configura un sistema procesal garantista (garantismo procesal) o es más a fin a los principios y postulados del denominado activismo judicial. Luego de haber descrito más de siete ejemplos de oficiosidad del Juez en la Ley 1564 de 2012, es más que obvio concluir que el nuevo estatuto procesal civil colombiano es más a fin a la teoría del activismo judicial que al

garantismo, y esto, pese a que también existen en el Nuevo Código General del proceso elementos o características propias del garantismo y de un sistema procesal acusatorio o dispositivo, lo que obliga también a considerar que el sistema procesal civil colombiano es más bien un sistema mixto que mezcla elementos, principios y características de estos dos sistemas procesales.

Lo que llama la atención, es que el sistema se denomine y considere acusatorio o dispositivo y en verdad consagre principios propios de este modelo procesal, tales como la oralidad y la publicidad, por ejemplo; pero por otro lado también existan tantas actuaciones oficiosas del Juez que hagan pensar en un sistema inquisitivo o inquisitorial y que incluso pueda llegar a ser vulneratoria del principio de la imparcialidad del Juez que, emparentado con el principio de la igualdad de las partes; pues si el Juez reconoce y entiende a las partes como iguales, en principio no habría cabida o justificación a la intervención oficiosa del Juez en asuntos tan propios de parte como la solicitud de pruebas, la misma carga de la prueba o la solicitud de medidas cautelares entre otras. A propósito del principio de la igualdad de partes encuentra desarrollo legal en dos artículos de la Ley 1564 de 2012 que se relacionarán a continuación:

Artículo 40. Igualdad de las partes. El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes.

Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez:

Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga. (Subrayado por fuera del texto)

Pero como en derecho la única interpretación posible no es en la hodiernidad la declarativa o literal, este principio de la igualdad puede admitir varias interpretaciones, es menester reconocer; pues, por un lado, puede indicar que el Juez debe intervenir lo menos posible dentro del proceso para que sean precisamente las partes, las que, en igualdad de condiciones, discutan el objeto del litigio; pero por otro lado, también cabe la interpretación según la cual, precisamente en aras de garantizar la igualdad efectiva de las partes, cabe y es menester la intervención del Juez para equilibrar la balanza en el evento en que una de las partes se vea menos favorecida dentro del proceso. Más esta

segunda posible interpretación, en materia procesal puede admitir más críticas que la primera en tanto adviera un alto grado de riesgo de arbitrariedad del Juez y en ese sentido se puede poner en peligro el principio superior de la imparcialidad del Juez. Pues si ambas partes acuden al proceso en igualdad de condiciones y están representadas por apoderado judicial ¿por qué razón debe el Juez suplir la inactividad, por no decir, ineptitud, de apoderado de una de las partes?

Más esa segunda interpretación de la igualdad, como igualdad efectiva, material o real, de la misma manera que la verdad material, real y sustancial y, en general el activismo, también encuentra justificación legal e incluso constitucional, pues son varias normas las que orientan al Juez en el sentido de indicarle que su tarea o función no debe ser meramente la de un árbitro; sino que debe ir más allá procurando con el desarrollo del proceso hacer efectivos los derechos reconocidos en la Ley sustancial. Es este el sentido que tienen las normas que a continuación se ponen a consideración del lector:

Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. (Constitución Política de Colombia, 1991)

ARTÍCULO 11. interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que **el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.** Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias. (Ley 1564 de 2012).

Artículo 12. Vacíos y deficiencias del código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que

regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, **procurando hacer efectivo el derecho sustancial**. (Ley 1564 de 2012).

Conclusiones

Una primera e inmediata conclusión que puede inferirse de las anteriores líneas consiste en considerar que, pese a que Colombia pregona la existencia de un sistema procesal acusatorio o dispositivo y en ese sentido, garantista; son muchas las actuaciones oficiosas del Juez que, de manera particular, consagra la Ley 1564 de 2012 que conducen a pensar en la existencia de un sistema procesal inquisitorio en el que predomina el rol activista del Juez.

De ahí que se pueda concluir también que el sistema procesal civil moderno en Colombia es más bien mixto, en el sentido de estar compuesto de elementos y principios propios de un sistema dispositivo, pero también de un sistema inquisitorio como se trató de demostrar en el escrito.

Esta mixtura en el sistema procesal justifica precisamente la existencia de ese rol activo del Juez que a su vez encuentra justificación constitucional y legal en los principios de la igualdad material real o efectiva, la verdad material, real o sustancial y en el principio mismo de la justicia entendida como tutela efectiva de los derechos, que exige a su turno la primacía de la realidad sobre la forma.

Pese a lo anterior y de manera personal, pensamos que estos principios propios del activismo y de un sistema inquisitorio conllevan de suyo un alto peligro de imparcialidad del Juez porque se corre el riesgo de que el Juez supla la falencia una de las partes en detrimento de la otra.

Referencias bibliográficas

Alvarado Velloso, A. (2010). El garantismo procesal. *Arequipa, Editorial Adrus*.

Alvarado Velloso, A. (2011). La garantía constitucional del proceso y el acti-

vismo judicial. Qué es el garantismo procesal. *Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Bogotá.*

Godoy, M. R. (2008). Garantismo y activismo: posiciones” en-contradas”.

Junoy, J. P. I. (2014). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Revista de Estudios de Criminología y Ciencias Penales, 1(1).*

Maraniello, P. A. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Tla-melaua: revista de ciencias sociales, 5(32), 46-83.*

Maraniello, P. A. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Tla-melaua: revista de ciencias sociales, 5(32), 46-83.*

Peyrano, J. (2009). Sobre el activismo judicial. *Federación de Ateneos de Estudio de Derecho Procesal (FAEP). Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario. Recuperado de: http://faeproc.org/wpcontent/uploads/2016/02/Rosario_33.pdf.*

Saffon, M. P., & García-Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos, 13(1), 75-107.*

Velloso, A. A. (2014). La imparcialidad judicial y el debido proceso (La función del juez en el proceso civil). *Ratio Juris, 9(18), 207-235.*

La autonomía del Derecho disciplinario a la luz de la Corte Constitucional colombiana¹

José Luis Yepes de la Gloria²

Resumen

El presente capítulo de libro, es producto del análisis de la normativa y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la autonomía e independencia del derecho disciplinario en Colombia. Para ello, se empleó una metodología cualitativa- descriptiva para el abordaje de las principales sentencias de la Corte Constitucional sobre el tema en cuestión, logrando establecer que el derecho disciplinario es un área del derecho independiente del derecho administrativo y penal.

Palabras clave: autonomía, control disciplinario, Estado, independencia.

Introducción

El derecho disciplinario es hoy por hoy una vertiente del derecho público que tiene origen en la Constitución Política, a la luz de su artículo 124 donde se indica que *“la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”* (Constitución Política de Colombia, 1991, art.124). Disciplina que a interpretación de la Corte Constitucional es *“una rama esencial al funcionamiento del Estado enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas”* (Corte Constitucional, 2012, Sentencia C-181). La cual ha sido desarrollada normativamente a través de las leyes 200 de 1995, 734 de 2002 y 1474 de 2011.

1 Capítulo de libro de investigación resultado del proyecto titulado “Análisis jurisprudencial sobre la autonomía e independencia del derecho disciplinario en Colombia” realizado en el Semillero de investigación Innovación Jurídica de la Corporación Universitaria Americana.

2 Abogado, Magister en Derecho de la Universidad de Medellín. Corporación Universitaria Americana. jyepes@americana.edu.co

Desarrollo

El Estado colombiano, a través de las políticas de integración que caracterizan un Estado social de derecho, la jurisprudencia, el ministerio público y la doctrina, ha desarrollado un aporte fundamental para el apoyo y orientación de la gestión que realizan los operadores disciplinarios; lo que ha generado la estructuración de un derrotero del Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos que se ofrece a los funcionarios del Estado y a sus instituciones aplicando el Nuevo Código Disciplinario, es decir, la adopción de las leyes 734 de 2002 y 1474 de 2011. En ese orden de ideas, le asiste a las entidades públicas aplicadoras del orden disciplinario, el deber primigenio del respeto y garantía del «Estado social y democrático de derecho», lo que conlleva, no solamente la obligatoriedad de atender el servicio dentro de los parámetros fijados, sino la necesidad de disciplinar aquellas conductas que lo desconozcan o pongan en peligro. Por tanto, el derecho disciplinario para su aplicación exige un procedimiento, el cual se concreta a través de memoriales, autos, recursos, constancias, fallos, notificaciones, etc. y todo esto, requiere la observancia de mínimos e importantes rituales ajustados a la técnica jurídica, la ley y las necesidades en doble vía, por un lado, de los destinatarios de la acción disciplinaria y, por el otro, a las de la Administración, la que a través de sus agentes utiliza la disciplina como instrumento de gestión del talento humano al servicio del Estado.

Conscientes de la importancia que reviste el tema, distintas instituciones del Estado acompañadas por la Procuraduría General de la Nación, se han dado a la tarea de elaborar cartillas, manuales, guías y una serie de documentos que resaltan los actos más frecuentes en materia disciplinaria, consignando en ella los derechos, deberes, prohibiciones y faltas como presupuestos legales para predicar conductas disciplinables, lo cual resalta la importancia del sentido de pertenencia con que se ha desarrollado esta disciplina en los últimos lustros, convirtiéndose en el punto de partida para la continua comunicación y retroalimentación jurídica entre los operadores disciplinarios que ejercen control de la conducta de los servidores y particulares que ejercen funciones específicas de apoyo al Estado.

El desarrollo del Derecho Disciplinario como área autónoma, ha dado origen a discusiones enriquecedoras relativas a la independencia de esta rama respecto del derecho Penal y no menos del derecho Administrativo, aun cuando tome de estos algunas de sus instituciones y principios, específicamente lo

relacionado con el tema del derecho probatorio disciplinario, que bebe del derecho penal en su desarrollo y práctica. No menos importante resulta, que, con posterioridad a la aplicación del Código Disciplinario Único, trajo el consecuente replanteo de sus postulados, la necesidad de corregir, enmendar y adecuarlos a la evolución, característica humana de la cual no escapa la Administración Pública donde a diario se ven nuevos fenómenos. En este proceso de aplicación de la nueva ley disciplinaria, salieron fortalecidas las Oficinas de Control Disciplinario Interno debido a que en la actualidad tienen facultades claras y definidas para investigar, fallar y suspender provisionalmente, pues el legislador consideró que el ejercicio de la función disciplinaria es más eficaz y efectiva si se ejerce directamente por la Entidad encargada de disciplinar a sus servidores, en garantía de los principios fundamentales de celeridad e inmediación.

Autonomía e independencia del derecho disciplinario nacional

El derecho colombiano en las últimas dos décadas, a raíz de la promulgación de la Constitución Política de 1991, la creación de una jurisdicción constitucional independiente, el establecimiento de una acción independiente para la protección de los derechos fundamentales y cambios en la cultura jurídica nacional han sido, entre varios, algunos de los factores que han generado modificaciones importantes en la forma como los juristas enfrentan, entre otros, los problemas de fuentes, interpretación y legitimidad del derecho. A juicio del Dr. Diego López Medina, en su texto “El Derecho de los Jueces”. No menos importante resulta, recordar que la misma égida de Estado de 1991, creó la jurisdicción disciplinaria y de paso decidió que la naturaleza de la Procuraduría General de la Nación era la de un ente de control autónomo e independiente (López, 2008). En ese orden de ideas, los servidores de la Administración Pública, en cuya cabeza recae la no muy grata tarea de investigar a sus compañeros de labores o subalternos, se cuestionan la forma de cómo adelantar un proceso disciplinario, la forma de materializar un debido proceso, la protección de derechos fundamentales dentro de esa investigación, que no es fácil; de donde se deduce la pregunta más importante en desarrollo de ese proceso, son idénticos el proceso penal y el proceso disciplinario en su desarrollo, entre otra gran cantidad de interrogantes.

Frente a ello, vamos a hacer un breve recorrido sobre algunos pronunciamientos de la jurisprudencia colombiana en la materia, para tratar de encuadrar una respuesta a estos interrogantes.

Correspondió al Consejo de Estado, sección segunda, hacer uno de los pronunciamientos iniciales para otorgar autonomía e independencia al Derecho Disciplinario, la sentencia del 8 de abril de 1991, considera el nuevo derecho disciplinario como autónomo e independiente. En esta sentencia el alto tribunal, declaro que” el ilícito disciplinario es absolutamente diferente al penal” (Consejo de Estado, 1991, CP. Á. Lecompte). De hecho, el ilícito también corresponde a la rama del derecho disciplinario, ya sea por la falta cometida durante el tiempo de servicio prestado u otro valor preciso. Adicionalmente, de acuerdo con el alto tribunal, las categorías sustantivas del derecho disciplinario muestran un contenido y su sentido diferente a las del derecho penal.

Por otro lado, en sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, Sala de los Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de Junio de 1991, MP. Libardo Rodríguez, donde manifiesta que:

Para que haya falta disciplinaria se requiere la tipificación de la conducta como falta y la demostración de la culpabilidad, esa conducta tipificada como falta en las normas legales que regulan el régimen disciplinario a que está sometido el funcionario investigado (Consejo de Estado, 1991,L. Rodríguez).

Podemos deducir que el Derecho Disciplinario se encuentra dentro de un campo sancionatorio, por lo tanto hace referencia al *Ius Puniendi*, donde rigen principios como el de tipicidad, irretroactividad, non bis in ídem y culpabilidad, una diferencia viable del Derecho Disciplinario y el Penal radica en que las sanciones del primero pueden estar en cualquier norma en la medida en que entren en contravía con el correcto ejercicio de la administración pública, no solo son las recogidas en el Código Disciplinario Único, sino las que se encuentran establecidas en cualquier otro reglamento; y el estatuto penal, en cambio, es preciso. Nuevamente el Consejo de Estado, Sección Segunda, en Sentencia del 8 de Abril de 1991, Magistrado Ponente Álvaro Lecompte Luna, donde se expresa en esta sentencia que el ilícito disciplinario, es totalmente distinto al ilícito penal, el ilícito es propio de esta rama, ya sea por faltas cometidas durante el tiempo de servicio prestado; además, dice la corporación

que las categorías dogmáticas tiene un contenido y un sentido diferentes a la del Derecho Penal, tienen reglas propias, tiene objetivos diferentes. Luego entonces, el nuevo Derecho Disciplinario es considerado como autónomo e independiente.

Apuntado a la misma independencia y autonomía, una de las controversias primigenias que correspondió a la Corte Constitucional zanjar, fue la de determinar si se viola el principio fundamental de la doble incriminación, lo trató en la Sentencia T-413 de 1992, en donde la Corte expresó que dos acciones interpuestas, es decir, la penal y la disciplinaria no configuraban violación alguna del principio del non bis in ídem, por lo que el juez puede absolver por una parte y puede condenar por otra. No hay, por consiguiente, violaciones a derechos fundamentales y se podrían adelantar las investigaciones en forma independiente. De esta manera, tanto la norma aplicable como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones.

El mismo camino señala la Sentencia C-417 de 1993, MP. José Gregorio Hernández Galindo, siguiendo la posición de que el Derecho Disciplinario interno como externo es independiente, por lo que la naturaleza siempre ha sido la misma, no es más que la autonomía misma, así es convalidada en esta sentencia, donde señala:

El Derecho Disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan. Ello hace parte de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye derecho sino que es ante todo deber del Estado (Corte Constitucional, 1993, Sentencia C-417).

Así mismo, la Corte Constitucional en la sentencia C-427 de 1994, trata el tema de la SANCION PENAL/SANCION DISCIPLINARIA, y señala:

Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social,

al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron (Corte Constitucional, 1994, Sentencia C-427)

Siguiendo el mismo tratado a la diferenciación de las dos jurisdicciones, la Corte Constitucional en Sentencia C-244/96, señala: PROCESO DISCIPLINARIO/PROCESO PENAL:

Cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios (Corte Constitucional, 1996, Sentencia C-244)

Afianzando el carácter independiente y dándole un sentido de orientación hacia lo comprendido por la nueva disciplina, en Sentencia C-341 de 1996, MP. Antonio Barrera Carbonell, expresa:

El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo (Corte Constitucional, 1996, Sentencia C-341).

En pronunciamiento de la Corte Constitucional, en Sentencia C-310 de 1997, señala: ESTATUTO ESPECIAL-Inclusión normas generales por legislador/PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO DISCIPLINARIO-Identificación con independencia del régimen:

La existencia de estatutos especiales no impide al legislador incluir en ellos normas que se identifican con las de estatutos de carácter general o remitirse a normas que regulen materias semejantes, por el contrario, si ellas sustentan su contenido la reiteración es pertinente. Los principios rectores del proceso disciplinario debido proceso, principio de legalidad, principio de favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, etc.- deben necesariamente identificarse, cualquiera que sea el régimen al que se pertenezca, pues se han instituido para garantizar al servidor público, objeto de investigación, el respeto de sus derechos constitucionales en el adelantamiento del proceso respectivo (Corte Constitucional, 1997, Sentencia C-310).

Sumado a esto, el Magistrado Barrera Carbonell, manifiesta que el Derecho Disciplinario se erige como disciplina autónoma e independiente de orden jurídico, lo que viene a sedimentar el régimen disciplinario como independiente dando cabida a principios propios de raigambre constitucional. Por su parte, la sentencia C-769 de 1998 expresa:

Diferentes disposiciones de la Constitución sirven de base para sostener, cierto grado de independencia o autonomía del derecho disciplinario frente al derecho penal. (...) No resulta admisible, por lo tanto, aplicar las normas penales a lo disciplinario, sin hacer las adaptaciones necesarias que imponen las especificidades antes anotadas. No obstante, mientras el Derecho Disciplinario no termine el proceso de construcción de las reglas y principios que le son propios las remisiones a los principios, garantías e instituciones penales serán inevitables; aunque no debe llegarse a la situación de extremar la aplicación de éstas en desmedro de las reglas especiales que gobiernan el sistema disciplinario (Corte Constitucional, 1998, Sentencia C-769).

Podemos decir, que dentro de las diferencias existentes en el derecho disciplinario y penal, se conoce la que establece la ausencia de la conexión *acción-resultado* en el sistema disciplinario, ya que el componente esencial es el cumplimiento, como carga objetiva para comprobar la responsabilidad sobrevenida, pues se trata de un derecho absolutamente preventivo en cuya estructura se hace menos dañino. De igual manera, se puede señalar que la imputabilidad es otro factor de diferencia en ambos derechos, pues dentro de esta categoría dogmática no se tiene en cuenta la demencia del sujeto pasivo, no obstante es sancionable, se dicte o no la medida de seguridad la sanción disciplinaria se recibe como sujeto pasivo y hace creer que el dolo y la culpa hacen parte de la culpabilidad y no de la tipicidad, por lo que se maneja un esquema neoclásico alemán y, por lo tanto, el error excluirá o proscibirá al dolo siempre (Gómez, 2004, p. 12).

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-769/98, trata el tema de la remisión del Derecho Disciplinario al Derecho Penal en cuanto al tema de la principalística, aduciendo:

El derecho disciplinario, por su naturaleza sancionadora, es una especie del derecho punitivo. Ello implica que las garantías sustanciales y procesales del derecho más general, el penal, sean aplicables al régimen disciplinario. Es decir, que ante la ausencia de reglas y principios propios que rijan lo disciplinario, dado que es un derecho en proceso de sistematización y elaboración de los institutos sustanciales y procesales que lo estructuren como una disciplina autónoma, se ha hecho imperioso acudir a los principios y garantías propios del derecho penal. No obstante, mientras el derecho disciplinario no termine el proceso de construcción de las reglas y principios que le son propios las remisiones a los principios, garantías e instituciones penales serán inevitables; aunque no debe llegarse a la situación de extremar la aplicación de éstas en desmedro de las reglas especiales que gobiernan el sistema disciplinario (Corte Constitucional, 1998, Sentencia C-769).

Llama poderosamente la atención, que según el ponente al decir que el Derecho Disciplinario, “*es un derecho en proceso de sistematización y elaboración de los institutos sustanciales y procesales que lo estructuren como una disciplina*

autónoma” (Corte Constitucional, 1998, Sentencia C-769), luego entonces, a esta altura no está totalmente clara la llamada independencia.

Nuevamente la Corte Constitucional, en la Sentencia C-708 de 1999, se expresa:

Sea lo primero señalar que, el ejercicio del derecho del Estado a sancionar (*ius puniendi*) las faltas disciplinarias que cometan sus servidores para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, lesivas de los bienes jurídicos protegidos con ellas, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente para los regímenes sancionatorios, particularmente, en lo que hace al derecho penal, en la medida en que ambos participan de elementos comunes. Sin embargo, la remisión a los institutos de ese derecho sólo es viable en el evento de una inexistencia de regulación específica y suficiente, habida cuenta que el Derecho Disciplinario constituye una disciplina autónoma e independiente de orden jurídico (Corte Constitucional, 1999, Sentencia C-708).

Como se ha podido observar en desarrollo, el Derecho Disciplinario es bastante complejo, porque independiente de la normatividad existente, dentro de él como en el Derecho en general, se da desarrollo a su origen, es decir a la parte humana la cual se verá reflejada tanto en el instructor como en el investigado; encontrándonos con el Estado Social de Derecho, donde prima el ser humano, no debemos caer en el sofisma de la compasión por aquel funcionario que consciente de su actuar quiso el resultado, generando en nuestra Nación, más desconfianza por el desempeño de la función pública. Razón por la cual, el Honorable Magistrado Dr. Alfredo Beltrán Sierra, en la Sentencia C-892 de 1999, señaló:

(...) El objeto primordial del Derecho Disciplinario, consiste en garantizar la efectividad, la eficacia, la eficiencia y sobre todo, la dignidad del servicio correspondiente, para lograr de esta manera la adecuada marcha de la administración pública ejercida en beneficio de ellos y de la comunidad en general y, asegurar la protección de los derechos y libertades de los asociados (Corte Constitucional, 1999, Sentencia C-892).

La misma Corte, en la Sentencia C-181/02 al tratar la finalidad del Derecho Disciplinario, señaló:

La Corte Constitucional ha establecido que el derecho disciplinario es una rama esencial al funcionamiento del Estado “enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas (Corte Constitucional, 2002, Sentencia C-181).

Además, frente a la integración del Derecho Disciplinario, manifestó:

...integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan, y agregó que: Ello hace parte de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye derecho sino que es ante todo deber del Estado. El derecho disciplinario es, pues, consustancial a la organización política y tiene lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas (Corte Constitucional, 2002, Sentencia C-181).

Especies de derecho sancionador, en la Sentencia C-818 de 2005, la Corte Constitucional, señaló:

Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el derecho sancionador del Estado en ejercicio del *ius puniendi*, es una disciplina compleja que envuelve, como género, al menos cuatro especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario y el derecho correccional. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador (Corte Constitucional, 2005, Sentencia C-818).

El derecho administrativo sancionador, en términos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, supone una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, en la medida en que la represión de los ilícitos ya no corresponde de manera exclusiva al poder judicial, y más concretamente a la justicia penal. En efecto, el modelo absoluto de separación de funciones del poder público, se reveló como insuficiente ante el incremento de deberes y obligaciones de los particulares, como de funciones públicas de los servidores del Estado, que ante su incumplimiento merecían la imposición de una sanción. Sin embargo, no todas las infracciones eran susceptibles del mismo tratamiento, pues en atención a los intereses que se pretendían proteger con cada una las disciplinas del derecho punitivo del Estado, se distinguieron aquellas que serían objeto de sanción directa por la Administración, y aquellas otras que se reservarían para la justicia penal.

Siguiendo la misma sentencia C-818/05, la razón de ser del derecho disciplinario:

...se concreta en la posibilidad que tiene la Administración Pública de imponer sanciones a sus propios funcionarios quienes, en tal calidad, le están sometidos a una especie de sujeción. Con esta potestad disciplinaria se busca de manera general el logro de los fines del Estado mismo y particularmente asegurar el cumplimiento de la función pública, cuales son el de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...(Corte Constitucional, 2005, Sentencia C-818).

De este modo, el propósito del derecho disciplinario es encaminar las acciones de los servidores públicos para que no se ponga en riesgo el cumplimiento de los fines y funciones del Estado, por medio de la acción disciplinaria. La corte dijo,

...ha establecido que el derecho disciplinario ... se encuentra orientado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, limitando el alcance de sus derechos y funciones, consagrando prohibiciones y previendo un estricto régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, que al ser desconocidos, in-

volucran, si es del caso, la existencia de una falta disciplinaria, de sus correspondientes sanciones y de los procedimientos constituidos para aplicarlas... (Corte Constitucional, 2005, Sentencia C-818).

En resumen, se puede decir que el derecho disciplinario se encuentra en el área de lo sancionatorio y por ende se refiere al *Ius puniendi* (genérico del Estado) regido por los principios de tipicidad, irretroactividad, non bis in ídem y culpabilidad. Así, tanto el derecho disciplinario como el penal, se enfocan en la misma acción de manera simultánea, empero, su objetivo específico es diferente y se orientan dentro de áreas autónomas y propias ya que el fallador no es el mismo, pues para el primero es un juez disciplinario y para el segundo un juez penal. Asimismo, el individuo no es considerado de la misma manera, en el primer caso se habla de funcionario o empleado oficial y en el segundo se habla de un posible agente de un hecho delictivo, adicionalmente, el propósito de la búsqueda de pruebas es disímil, pues en el primer caso se busca la buena marcha y el buen nombre de la gestión pública y en el segundo, va en contra el daño social. A excepción de algunos casos como los denominados delitos “propios”, el rigor del proceso es diferente, es decir, en el primero, sería proceso disciplinario administrativo y en el segundo sería procedimiento penal judicial. De la misma manera, existe diferencia en la sanción. Para el proceso disciplinario se presentan la inhabilidad, desvinculación, suspensión, multa sobre el salario o amonestación, pero todo, en aras de la adecuada función pública: mientras que para el proceso judicial, la sanción es pena privativa de la libertad o hasta accesorias.

En sentencia C-899 de 2011 de la cual se demanda la inconstitucionalidad contra el artículo 19, inciso 2° (parcial) de la Ley 1123 de 2007 por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado se precisa que al aceptar que un abogado que practique la profesión y lo haga en desarrollo del vínculo subjetivo que tiene con el Estado, pueda ser sujeto pasible de investigaciones tanto por la Procuraduría General de la Nación y del consejo seccional y superior de la Judicatura, tampoco desconoce el principio del non bis ídem como lo afirma el actor, por cuanto no hay similitud en la naturaleza, objeto y la autoridad que conoce de las faltas que pueda cometer ese individuo.

Partiendo de lo anterior, se observa que es desde la misma legislación donde se comienza a evidenciar la diferencia entre *el injusto* y *la culpabilidad* del derecho penal y el derecho disciplinario, solicitando posteriormente un dere-

cho disciplinario autónomo e independiente, de ahí que sea actualmente denominado Derecho Disciplinario Único, el cual no requiere recurrir a las instituciones del Derecho Penal, pues apela más bien a sus propias instituciones como rama independiente del ordenamiento jurídico. Aun así, en su independencia, el régimen disciplinario cuenta con los mismos principios como el de proporcionalidad, razonabilidad y racionalidad, de la misma manera que en el derecho penal, asumiendo que todos estos son principios comunes en todo el derecho, pues es posible siempre determinar aquella parte que debe haber entre la falta cometida y la sanción, limite que es encontrado en el derecho disciplinario. De la misma manera, en la legislación y con una dogmática dentro del Derecho disciplinario se va generando la ciencia del régimen disciplinario. Sin embargo, como lo plantea Roa Salguero (2012), para algunos autores, el término “dogmática”, no se encuentra en consonancia con lo que dicho término declara, empero, los argumentos de estos carecen de fundamento, pues desconocen el uso de la palabra y el desarrollo del Derecho Disciplinario, que es, básicamente el impulso de la autonomía e independencia de esta disciplina jurídica. Se podría decir por todo lo anterior, que el derecho disciplinario es de carácter autónomo e independiente, ya que responde al reconocimiento que hace el estatuto superior de un régimen independiente a los demás regímenes jurídicos como el penal y el administrativo, puesto que se contempla la responsabilidad disciplinaria en cabeza de los servidores públicos y particulares en el ejercicio de funciones públicas. Así, en el derecho penal en primer plano se encuentra la acción y en el derecho disciplinario se encuentra el sujeto, es decir la conducta de un funcionario; sin embargo, hay mucho por lograr.

Control disciplinario y su razón de ser

En desarrollo de las actividades propias que le son connaturales al Estado, este requiere para alcanzar sus fines, de un sistema jurídico dirigido a regular el comportamiento disciplinario de sus servidores públicos, en ese sentido es menester que se fijen los deberes y obligaciones de quienes integran ese rol de servidores; así como las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas. En ese orden de ideas, la Honorable Corte Constitucional expresó al respecto en la Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996, que la razón de ser del Control Disciplinario es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. En su efecto, el Derecho Disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante

las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan.

Es así, que la creación de un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones disciplinarias así como su eficiente aplicación, no solamente constituye derecho sino que es ante todo un deber del Estado; por tanto, el Estado ha realizado un gran esfuerzo unificando la normatividad disciplinaria en el Código Disciplinario Único, reconociendo paso a paso la trascendente posición del Derecho Disciplinario en el funcionamiento eficiente del Estado. La falta disciplinaria está definida por el incumplimiento de los deberes, abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses. Por tanto, las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos, sean o no delitos, que enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas.

Para conocer la razón de ser del derecho disciplinario, se brinda un breve repaso de algunos aspectos importantes que informan el procedimiento administrativo disciplinario como una institución fundamental del derecho administrativo, y se analizan también, sus fundamentos y principios básicos. Aunque no se conozca por muchos, el derecho disciplinario es quizá una de las ramas más antiguas del derecho, básicamente porque esta área es reconocida en todas las esferas de las relaciones humanas, desde la corrección paterna sobre los hijos, hasta el severo régimen en las prisiones para salvaguardar las relaciones de los asociados.

En el área doctrinal, muchas son las definiciones que se han elaborado sobre el derecho disciplinario; sin embargo, una definición importante es la reseñada por el tratadista Carlos Arturo Gómez Pavajeau, pionero de la dogmática jurídica del derecho disciplinario colombiano, lo define desde el punto de vista general como: El conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto imponer a los miembros de un determinado grupo, una regla de conducta, con el propósito de obligarlos a actuar conforme a un fin o interés colectivo, razón de ser de este grupo (Gómez, 2001).

Por otra parte, un concepto más histórico, con el tratadista Alejandro Nieto, quien considera que el régimen disciplinario aparece históricamente en la Administración Pública cuando deja de operar el sistema de remoción de las personas que pertenecen al ámbito laboral público y estos adquieren estabilidad en sus puestos, lo que determina que solo se les puede sancionar por los motivos y el procedimiento jurídicamente establecidos, de ahí deriva este autor el origen del derecho disciplinario.

Otros autores a tener en cuenta, son los tratadistas Lochbruner, Stock y Hauriou, citados en Nieto García (1970) los cuales se refieren al régimen disciplinario como una especie de derecho penal disminuido, considerando el respeto a los principios y reglas propias del derecho penal que integran garantías mínimas del debido proceso.

A nuestro criterio, el objetivo fundamental a propósito de la expedición del Código Disciplinario Único para los servidores públicos y particulares disciplinables, se encuentra anclado en la restauración de la ética y la moral como valores fundamentales de toda sociedad que se determine como civilizada; de ninguna manera como mecanismo de represión, sino ante todo como herramienta de educación y que de paso, materialice la potestad disciplinaria desde el punto de vista preventivo, en beneficio de la colectividad. Entonces, de acuerdo con el artículo 123, inciso 2° de la Constitución Política, los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento; así mismo, el artículo 6° de la Constitución consagra el principio según el cual mientras que los particulares únicamente son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, los servidores públicos lo son por las mismas causas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Este es el fundamento constitucional de la responsabilidad disciplinaria; esta responsabilidad guarda relación con la existencia de límites a toda función pública, propios del Estado de Social y Democrático Derecho, que propendan por regular el comportamiento arbitrario del servidor público bajo su tutela. De allí, que no haya empleo público que no tenga funciones detalladas en la Constitución, la ley o el reglamento y que se disponga que ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben y lo establecido en el manual de funciones (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art. 122). En ello, sin lugar a dudas, está circunscrita la razón de

ser del control disciplinario como lo es disciplinar dentro del régimen legal, que cubija a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo con el artículo 123 de la Carta Magna, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, y los particulares que ocasionalmente ejercen funciones públicas, entre ellos encontramos a todos los servidores públicos, ex-servidores públicos, particulares que ejerzan funciones públicas, indígenas que administren recursos del Estado, gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por Estado o con su participación mayoritaria y también a los notarios.

Diferencias entre el control disciplinario y los otros controles que ejerce el Estado sobre la función y servicio público

Nuevamente, afianzamos el aspecto diferencial que existe entre estas dos ramas del derecho; el Derecho Disciplinario se diferencia sustancialmente del Derecho Penal, ya que tal como lo ha expresado reiteradamente la Corte Constitucional, cada uno de estos derechos sancionatorios posee su órbita de bien jurídico tutelado:

La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que la falta disciplinaria busca proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública. En la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación (Corte Constitucional, 1994, Sentencia C-427).

En tal sentido, el cuadro precedente no es sino una mera muestra de las diferencias existentes y que le dan soporte a nuestra posición planteada que resalta la gran importancia que tiene la materia disciplinaria en el ámbito estatal, y la necesaria adquisición y renovación de conocimientos tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, para afianzar la defensa de los postulados constitucionales en beneficio de la comunidad.

Conclusiones

La independencia del Derecho Disciplinario en Colombia a ha tenido un desarrollo normativo y jurisprudencial que nace de todo tipo de indisposiciones hacia esta materia, partiendo del poco interés que genera para algunos que consideran es una rama del derecho poco agradable, consideración por demás equivocada. Sin embargo, todavía seguimos atendidos a instituciones jurídicas penales como es lo relacionado con el desarrollo de las pruebas, que en atención a la integración normativa que propone el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, concatenado con el artículo 150 ídem, reformado por el artículo 50 de la Ley 1474 de 2011, que trae codificados los medios de prueba; sin embargo, estas se practican de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 600 de 2000; por lo tanto, mientras el derecho disciplinario no termine el proceso de construcción de las reglas y principios que le son propios las remisiones a los principios, garantías e instituciones penales serán inevitables.

Finalmente, he de manifestar que para lograr la verdadera independencia y su importancia, es menester contar con la voluntad del legislador para sacar adelante una norma completa donde aparezcan todas las instituciones del derecho disciplinario para hacerlo más grande e importante; con miras a seguir este propósito, a iniciativa del Procurador General de la Nación cursa en el Congreso un proyecto de ley que tiene por objeto darle mayor independencia al Derecho Disciplinario y fomentar una jurisdicción disciplinaria al servicio del Estado y sus asociados, lo que brinda una gran posibilidad de acabar con los flagelos que han atacado desde siempre la estructura del Estado y su cometido, la corrupción, la inseguridad jurídica, la paquidermia en el avance de los distintos procesos, entre otros.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Leyer.
- Cogollo, M. y Muñoz, J. (2013). *Cartilla disciplinaria: Oficina de Control Disciplinario Interno*. Bogotá D.C. Colombia.

- Congreso de la República de Colombia. (1996). *Código Disciplinario Único. Ley 200 de 1995*. Bogotá: LEYER.
- Congreso de la República de Colombia. (2002). *Código Disciplinario Único. Ley 734 de 2002*. Bogotá: LEYER.
- Congreso de la República de Colombia.(2011). *Nuevo Estatuto Anticorrupción. Ley 1434 de 2011*. Bogotá: LEYER.
- Congreso de la República de Colombia. (2000). *Código de Procedimiento Penal y Legislación Complementaria*. Bogotá: LEYER
- Gómez, C. (2001). *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Editorial Cargraphis, Bogotá.
- Gómez, C. (2004). *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, C. (2011). *La Dogmática Jurídica como Ciencia del Derecho*. Bogotá. Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Henao, O. E. (2012). *Código General del Proceso*. Bogotá: Editorial Leyer.
- López, D. (2008). *El Derecho de los Jueces*. Legis.
- Nieto, A. (1970). Problemas capitales del derecho disciplinario, *RAP Española*, N°63, p45.
- Pérez, A. (1985). “La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la administración, sus límites constitucionales”. *Revista Vasca de la Administración Pública*, N° 13, p. 221.
- Quiñonez, S. (2005). *Código Disciplinario Único, Concordancias, Jurisprudencia y Doctrina*. Bogotá: Editores Centro Gráfico Ltda.

Jurisprudencia

Consejo de Estado de Colombia- Sala de los Contencioso Administrativo. (1991). *Sentencia del 27 de Junio de 1991*, CP. Libardo Rodríguez. Bogotá.

Consejo de Estado de Colombia. (1991). *Sentencia del 8 de abril de 1991*. CP. Álvaro Lecompte Luna. Bogotá.

Corte constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-413 de 1992*. M.P. Ciro Angarita Barón. Bogotá

Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia C-417 de 1993*. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). *Sentencia C-427 de 1994*. MP. Fabio Morón Díaz. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia C-244 de 1996*. MP. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia C-341 de 1996*. MP. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia C-310 de 1997*. MP. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia C-769 de 1998*. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá

La defraudación de la confianza legítima: ¿un nuevo título de imputación? ¿Un caso de configuración de falla del servicio? ¿Un caso de daño especial?

Paola Andrea Cano Ramírez¹

Resumen

En Colombia el primer régimen de responsabilidad que existió fue el objetivo fundado en expresas disposiciones legales y reglamentarias que imponían al Estado responder por los perjuicios ocasionados en las guerras civiles del siglo XIX (Henaó, 1999, p. 108). Posteriormente, aparece el régimen subjetivo de responsabilidad basado en la culpa del derecho privado, denominado falla o falta del servicio, régimen que, como parte de la responsabilidad extracontractual del Estado, ha evolucionado gracias a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (Molina, s. f., p. 399). Con la expedición de la Constitución de 1991 se estableció por primera vez en Colombia una cláusula general que regula la responsabilidad del Estado dentro de la cual cabe la falla del servicio como fundamento de imputación de responsabilidad. Por otra parte, la doctrina de la confianza legítima, que puede desprenderse del principio de buena fe establecido en el artículo 83 de la Constitución Política, es presentada por algunos como un nuevo título de imputación jurídica (Valbuena, 2008, p. 309). El presente trabajos pretende describir el régimen subjetivo de responsabilidad en Colombia fundado en la falla del servicio, a fin de establecer si la confianza legítima es una especie de ella o un título de imputación de responsabilidad de carácter autónomo e independiente. Se defiende la tesis según la cual la defraudación de la confianza legítima atribuible a las autoridades estatales constituye una especie de falla del servicio o de daño especial según la actuación de la Administración sea o no lícita.

Palabras clave: confianza legítima, falla del servicio, régimen subjetivo, responsabilidad del Estado.

¹ Abogada, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana.. Docente tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana. E-mail: pacano@americana.edu.co

Introducción

En la historia de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en Colombia, el primer régimen de responsabilidad que existió fue el objetivo fundado en expresas disposiciones legales que se circunscribían a supuestos de hecho puntuales (Henaó, 1999, p. 108). Así, por ejemplo la ley de julio de 1823 “por la cual se establecen las reglas que deben guardarse para la concesión de privilegios [sic] exclusivos; para la construcción de obras públicas a expensas [sic] del tesoro nacional” (Congreso Constitucional de la República de Colombia, 1826, p. 79), disponía que si sobrevenía un daño a la propiedad particular como consecuencia de una obra pública, debía indemnizarse a los propietarios de todos los daños que experimentaran aunque esta no ocupara parte de aquella². También la Ley 60 de 1878 imponía al Estado la obligación de responder por los perjuicios ocasionados por los ejércitos de la República durante las guerras civiles (Henaó, 1996, p. 734). En tales hipótesis bastaba demostrar al demandante que se encontraba en el supuesto fáctico establecido en la respectiva norma para lograr la reparación del daño causado, sin que se planteara aspecto subjetivo alguno.

Más tarde, aparece el régimen subjetivo de responsabilidad basado en la culpa del derecho privado, denominado falla o falta del servicio, régimen que desde entonces ha evolucionado gracias a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

La expedición de la Constitución Política de 1991, estableció por primera vez en Colombia una cláusula general que regula la responsabilidad del Estado, establecida en el artículo 90, que indica: “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”. (Constitución Política de Colombia, 1991, art.90). Dicha cláusula incluye aquella extracontractual, dentro de la cual cabe la falla del servicio como fundamento de imputación de responsabilidad, tal como lo expresó el Consejo de Estado desde la sentencia del 25 de febrero de 1993, dictada en el expediente número 7742 con ponencia del Doctor Carlos Betancur Jaramillo.

2 Artículo 34. Si algunos terrenos, molinos, acequias de regadío, fábricas u otros establecimientos de cualquiera especie, se desmejorasen o inutilizasen por causa de una obra pública, aunque esta no ocupe parte de ellos, se indemnizará a los propietarios de todos los daño que experimenten” [sic].

Por otra parte, la defraudación a la confianza legítima, que puede desprenderse del principio de buena fe establecido en el artículo 83 de la Constitución Política, es presentada por algunos como un nuevo título de imputación jurídica de responsabilidad del Estado (Valbuena, 2008).

El presente escrito, pretende describir el régimen subjetivo de responsabilidad en Colombia fundado en la falla del servicio, y establecer si la defraudación a la confianza legítima es un caso de ella o un título de imputación de responsabilidad independiente. Con ese propósito se hará un acercamiento al origen y concepto de la falla del servicio. Luego se establecerán sus características, clasificación y cómo el mismo tiene cabida en el diseño constitucional de responsabilidad fijado por el Constituyente de 1991. Finalmente, se describirá la confianza legítima y se analizará si ella constituye un título de imputación de responsabilidad o si es una especie de falla del servicio.

Método

En el presente trabajo, se empleó el paradigma cualitativo el cual *“intenta hacer una aproximación global sobre las situaciones sociales para explorarlas, describirlas y comprenderlas de manera inductiva”* (Bonilla y Rodríguez, 1997, p. 70). De igual forma, tiene un enfoque histórico - hermenéutico, que permite comprender e interpretar a partir de la teoría ya instaurada y la experiencia, los fenómenos jurídicos.

Así, el objeto de estudio se abordó desde las normas que lo regulan, la doctrina y la jurisprudencia, de tal suerte que se utilizaron como fuentes libros, artículos de revistas, artículos de internet, de producción académica y jurídica; así como sentencias del Consejo de Estado que definen los conceptos importantes que ayudan en el desarrollo del tema. Finalmente, se estudiaron casos específicos para el tema y se relacionaron los datos obtenidos para dar cuenta de los resultados y de las respectivas conclusiones.

Desarrollo

Origen de la falla del servicio

La falla del servicio, como régimen clásico de responsabilidad en Colombia, no es en realidad propia del derecho colombiano sino que tiene sus orígenes en el derecho francés (Güechá, 2012). Precisamente, luego de la revolución francesa, el derecho a la propiedad se estableció con tal importancia que fue imperativo que el Estado respondiera por los daños que ocasionara a este. Más aún cuando el Estado empieza a intervenir en mayor medida en la vida de los ciudadanos de un modo muy parecido al actuar de una administración privada, por lo que cuando con esos actos de gestión se ocasionaba un daño, al Estado se le empezó a aplicar el derecho privado, en especial en concepto de culpa como una falta o falla del servicio (Saavedra, 2005).

Es por ello, que el concepto de falla del servicio ha estado tradicionalmente ligado al de la culpa (de ahí que se le denomine régimen subjetivo) como un proceder que quebranta las normas que regulan el funcionamiento del Estado, ya sea como la omisión en el cumplimiento de las leyes del servicio público, como anormalidad y como inobservancia de las obligaciones administrativas (Paillet, 2001).

Tan cercano era el vínculo entre el concepto de culpa y el cumplimiento de las normas sobre el servicio público, que si la Administración incumplía el reglamento o la disposición pertinente y ello ocasionaba un daño, había responsabilidad del Estado; pero si, por el contrario, el reglamento era cumplido, no se abría paso a la responsabilidad porque no había culpa.

Falla del servicio

De antaño se ha entendido que la falla del servicio tiene lugar cuando la Administración no actúa, actúa mal o lo hace tardíamente; descripción atribuida a Paul Duez (1938). Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia (que tuvo en un principio competencia para juzgar la responsabilidad del Estado) en el célebre caso Tinjacá, en el que expresó que la responsabilidad de las

personas públicas se erigía en el Código Civil y en la Constitución Política de 1886, dado que uno de los deberes del Estado es el de prestar servicios públicos eficientes cuya falla en su prestación, de la que se siguiera daño, obligaba a aquél repararlo (Corte Suprema de Justicia, 1962, M. P. doctor José Gómez. Actor Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planeéis. Demandado municipio de Boyacá).

Asimismo, el Consejo de Estado empleó esa idea tradicional de falla del servicio, sin embargo, según sostiene Henao (1996), a partir de sentencia del 30 de marzo de 1990 empezó a utilizar otra noción según la cual la falla consiste en la:

violación al contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución Política. (Consejo de Estado, 1990).

En este orden de ideas, se transgrede el contenido obligacional cuando se desconoce una concreta y determinada disposición legal o reglamentaria (Gil, 2011) que establece claramente al Estado una prestación a favor de la sociedad. Debe entonces identificarse en cada caso concreto cuáles son las obligaciones de la Administración en la actividad en la cual se generó el daño, para establecer si ella las incumplió y así definir si hubo falla del servicio. En ese sentido debe decirse que la falla del servicio se encuentra definida por el principio de legalidad, pues es el ordenamiento jurídico el que fija las obligaciones del Estado cuyo incumplimiento implica una falla del servicio.

Hoy el Consejo de Estado define la falla del servicio como la “omisión por parte de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido” (Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2014, expediente 28980).

Características

Falla del servicio relativa

En efecto, el contenido obligacional no es absoluto, de tal suerte que no puede afirmarse que el incumplimiento genérico de las obligaciones del Estado, abren paso a la responsabilidad estatal por falla del servicio. Debe indagarse en cada caso qué es lo que puede esperarse de la Administración en consideración a los medios (Rivero, 1970) y recursos técnicos y económicos, de suerte que si se demuestra que teniendo lo que tenía hizo lo posible, y aún así se generó el daño, no habría responsabilidad.

El Consejo de Estado colombiano, ha reconocido la relatividad de la falla del servicio en diferentes fallos, arguyendo que el Estado no está obligado a lo imposible pues se encuentra limitado por las capacidades que en cada caso se establezcan (Consejo de Estado, 2012) según las circunstancias “tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc.” (Consejo de Estado, 2011). En otra providencia señaló que hay

responsabilidad en los casos en que la falta o falla administrativa es el resultado de omisiones actuaciones, extralimitaciones en los servicios que el Estado está en capacidad de prestar a los asociados, mas no en los casos en que la falta tiene su causa en la imposibilidad absoluta por parte de los entes estatales de prestar un determinado servicio (Consejo de Estado, 1977).

Entonces, aunque es cierto que por disposición constitucional las autoridades del Estado están instituidas para proteger la vida, honra y bienes de todos los habitantes del territorio (Constitución Política, artículo 2), también lo es que incumplir esa abstracta obligación no genera de manera automática responsabilidad por falla del servicio, pues siempre dependerá de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan establecer si la Administración contaba con los medios necesarios para evitar el evento dañino. En ese sentido la exigencia del citado artículo 2 de la Constitución debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la Administración, es decir, dentro de lo que razonablemente se espera de ella según los medios a su alcance para la prestación del servicio, de manera que el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado dependerá de todos los medios de que está provisto en or-

den: “*si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad*” (Consejo de Estado, 2011).

La falla del servicio anónima

Para que exista la falla del servicio, no es necesario identificar al funcionario que en ella incurrió, pues se juzga es al servicio público no al agente (Paillet, 2001). De esa forma se ha pronunciado el Consejo de Estado el cual sostiene que

la falta del servicio público puede resultar de las actuaciones de agentes determinados pero no identificados, y el hecho de que los agentes sean conocidos o no, no cambia en nada la responsabilidad estatal que queda comprometida cuando el hecho dañoso es imputable a la Administración (Consejo de Estado, 2009).

Sobre el punto, es necesario aclarar dos cosas. La primera, que si bien la falla del servicio es anónima en tanto no se requiere su imputación a una persona, debe en todo caso estar relacionada con la actividad del Estado (Güechá, 2012) puesto que si se trata de actos del agente realizados por fuera del servicio, la responsabilidad recaería exclusivamente en aquel (Molina, 2004). La segunda, que la individualización del agente que ha incurrido en la falla del servicio, tendrá importancia para poder repetir contra él, en cuyo caso la Administración tiene la carga de demostrar que su agente actuó con dolo o culpa grave, según lo exige el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política.

La falla del servicio es el régimen general de responsabilidad.

Existe la responsabilidad objetiva en la que la culpa, en el actuar de la administración, no es un elemento que interese para atribuir responsabilidad, como sucede con el riesgo excepcional y el daño especial. Sin embargo, si se demuestra que aún en esa clase de responsabilidad se ha presentado una falla del servicio, la sentencia deberá fundarse en esta, pues de esa forma se previene que en el futuro sean generados daños antijurídicos. Allí se le señala a la

Administración los errores cometidos para que se corrijan, con un propósito pedagógico, y finalmente, se le permite ejercer adecuadamente la repetición contra el agente que haya provocado el daño (Consejo de Estado, 2010).

Clasificación de falla del servicio

Falla presunta

Esta clasificación de falla del servicio no tiene hoy aplicación, pero mientras fue empleada (principalmente en el ámbito de la responsabilidad en la prestación del servicio médico asistencial) permitía aligerar la carga de la prueba a favor del demandante, de modo que le bastaba demostrar que hubo una actuación de la administración que ocasionó un daño antijurídico. Así, la entidad pública tenía la carga de demostrar que su actuación se encontraba exenta de falta o de falla, que había actuado con diligencia y cuidado, so pena de resultar condenada (Consejo de Estado, 1992a).

A lo anterior se le denominó “cargas probatorias dinámicas”, que daba lugar a la inaplicación de la regla general contemplada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, por considerarse que dicha disposición resultaba inequitativa para el demandante, ante la dificultad que tenía de demostrar la falla del servicio.

En principio, la carga dinámica se aplicó en el caso de daños ocasionados en el servicio médico, con base en el artículo 1604 del Código Civil, por lo que se estimó que la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado. Posteriormente la presunción de la falla en la prestación del servicio médico se reiteró, pero el fundamento empleado fue diferente. En efecto, el Consejo de Estado dijo que quienes se encontraban en mejor posibilidad para probar eran los profesionales médicos, por lo que debían explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su conocimiento técnico que les permitía satisfacer las inquietudes que pudieran formularse contra sus procedimientos (Consejo de Estado, 1992a).

La carga dinámica de la prueba se aplicó también a casos de daños ocasionados con arma de fuego (Consejo de Estado, 1990a) y vehículo oficial

(Consejo de Estado, 1989), que al final fueron tratados por la vía del riesgo excepcional (Consejo de Estado, 2004).

La razón del abandono de la tesis comentada, obedeció a que se advirtió en la práctica los problemas que generaba, como que el Consejo de Estado definía en la sentencia, cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos, sin permitirle cumplir con esa carga recién imputada, sorprendiendo a la parte demandada que, además, ya no tenía oportunidad de defenderse presentando nuevas pruebas (Consejo de Estado, 2006).

Falla probada

Como se acabó de indicar, los problemas que generaba la inversión que de la carga probatoria se hacía en la sentencia, condujeron al Consejo de Estado a retornar a la aplicación de la falla probada del servicio, en la que el demandante debe demostrar todos los elementos que estructuran la responsabilidad subjetiva, es decir, que hubo una actuación de la Administración en la que se cometió una falta o falla, el daño antijurídico y el nexo causal entre aquella y este, para lo cual debe apoyarse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, especialmente de la prueba indiciaria a partir de la cual es posible la constatación de ciertos hechos, como por ejemplo: de la renuencia de la parte demandada a entregar la historia clínica puede inferirse el interés de ocultar un hecho que le es adverso (Consejo de Estado, 2006).

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado volvió a aplicar el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que había dejado de lado cuando sostenía la tesis de la falla presunta, razón por la cual el demandante tiene la carga de demostrar todos los supuestos de hecho sobre los cuales edifica sus pretensiones, sin que pueda alegarse dificultad probatoria alguna puesto que se exige del juez administrativo una mejor valoración de los medios de prueba, entre ellos del indicio, así como un mejor uso de las reglas de la experiencia, como por ejemplo que los daños ocasionados por el olvido de objetos en el cuerpo, conocido como óblito quirúrgico, solo puede explicarse por negligencia. Hoy, sin embargo, con el artículo 167 del Código General del Proceso, que introduce en nuestra legislación la carga dinámica de la prueba, puede decirse que el juez administrativo puede acudir a esta figura.

La falla del servicio y la Constitución Política de 1991

El artículo 90 de la Constitución Política estableció de manera expresa la responsabilidad patrimonial del Estado, del cual se desprende que ella se configura si se presenta un daño antijurídico imputable a la Administración. Dicha responsabilidad se encuentra cimentada sobre la noción de daño antijurídico (que la víctima no tenga el deber jurídico de soportar) de manera que el soporte de la responsabilidad se desplazó del concepto subjetivo de la culpa (o falla del servicio) al objetivo de la antijuridicidad del daño producido por la actividad estatal, razón por la cual el Estado responde por daños antijurídicos provenientes tanto de acciones u omisiones lícitas (daño especial, riesgo excepcional) como ilícitas (falla del servicio) (Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996).

El sistema de responsabilidad patrimonial así diseñado (sobre el daño antijurídico) hizo pensar que la falla del servicio había desaparecido, pues como se dijo, para establecer responsabilidad ya no era necesario evaluar el elemento subjetivo “culpa”, sino el elemento objetivo denominado “daño antijurídico”. Ese fue el criterio del Consejo de Estado durante los primeros años de vigencia del artículo 90 de la Constitución Política, época en la que sostuvo que la responsabilidad se había tornado objetiva pues ella surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial (Consejo de Estado, 1991). Lo anterior por cuanto la atención del Constituyente se desplazó del *“autor de la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable”* (Consejo de Estado, 1991a).

Poco tiempo después el Consejo de Estado estimó que en realidad el artículo 90 de la Constitución Política recoge los regímenes objetivo y subjetivo de responsabilidad, interpretando que la nueva Constitución no hizo a la responsabilidad exclusivamente objetiva ni eliminó la responsabilidad por falla del servicio (Consejo de Estado, 1993) que por el contrario *“ha sido, en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado”* (Consejo de Estado, 1993a).

Por otra parte, la Corte Constitucional ha reconocido también que los regímenes de responsabilidad estatal (subjetivo y objetivo) fueron englobados por

el Constituyente bajo la noción de daño antijurídico “*por lo cual, como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado*” (Corte Constitucional, 1996).

La más conspicua doctrina se muestra de acuerdo con la tesis de la subsistencia del régimen subjetivo, al punto que afirma que dentro del concepto de daño antijurídico no sólo está inmersa la falla del servicio, sino que en ocasiones su ausencia supone la falta de responsabilidad (Henao, 1996) de manera que el daño antijurídico es “*imputable subjetiva u objetivamente al Estado, bajo los títulos de imputación conocidos*” (Botero, 2007) en tanto que ninguna norma constitucional expresó el propósito del Constituyente de establecer un sistema netamente objetivo (Saavedra, 2005).

En sentido contrario, hay quien defiende el carácter exclusivamente objetivo de la responsabilidad contenida en el referido artículo 90 de la Constitución Política:

Como se desprende de todo lo anteriormente expuesto, la responsabilidad patrimonial del Estado basada en esta cláusula general es objetiva porque su finalidad no consiste precisamente en purgar una culpa por la conducta irregular, dolosa o culposa del agente estatal sino que se orienta al restablecimiento del patrimonio de la persona que resulta afectada con el daño ocasionado sin que exista para el afectado una razón jurídica para soportarlo ni para el Estado el derecho a causarlo. Y en ese contexto encontramos que el concepto del daño antijurídico tiene la amplitud suficiente para resolver con acierto todos los casos de responsabilidad patrimonial del Estado sin necesidad de entrar en disquisiciones sobre cuál de los títulos de imputación definidos desde antaño en forma específica por nuestra jurisprudencia como fuentes de responsabilidad subjetiva u objetiva, es el que se debe aplicar en cada proceso. Ello es tanto más cierto si entendemos que el artículo 90 [de la] Constitución Política de 1991 desplazó el fundamento de la responsabilidad estatal abandonando la teoría tradicional de la falla o falta de servicio acogiendo el concepto de daño antijurídico y con ello se amplió el espacio de dicha responsabilidad (Bustamante, 2003).

La literalidad del artículo 90 de la Constitución Política, sugiere en realidad que el criterio que debe tenerse en cuenta para atribuir responsabilidad patrimonial al Estado, es el de la antijuridicidad del daño, al margen de su procedencia (por conducta lícita o ilícita –falta del servicio-). Efectivamente esa disposición señala que el “*Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*” (Constitución Política, 1991, art. 90).

Como podrá advertirse, la responsabilidad plasmada en el artículo en cita no exige que la acción u omisión del Estado deba provenir de culpa o falla alguna, sino que el daño por reparar sea antijurídico y además, imputable a la Administración.

Súmese a lo anterior, lo sostenido por el doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero ante la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre la responsabilidad de las autoridades públicas y del Estado:

La responsabilidad de las autoridades públicas y del Estado.

[...]

Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además, incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falta del servicio público”, dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de la “responsabilidad por daño especial”.

En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad de la acción habrá de predicarse

cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Si con el nuevo enfoque de responsabilidad, lo que interesa no es ya la licitud o ilicitud del comportamiento del autor del daño sino que este sea antijurídico, se concluiría entonces que la falla del servicio habría perdido importancia en la determinación de la responsabilidad. Pero pese a lo anterior, hay hipótesis en las que la ausencia de falla impediría el surgimiento de la responsabilidad del Estado aunque se haya presentado un daño; y si ello es así, entonces no sería cierto que ya la falla del servicio desapareció o perdió importancia en la responsabilidad del Estado.

Tal hipótesis, la plantea Henao cuando afirma:

Es por la anterior concepción por lo que se pueden entender sentencias en las cuales se rechaza la declaratoria de responsabilidad porque no se dio la falla del servicio, a pesar de que se haya dado el perjuicio y la imputación al Estado (1996, p. 791),

y cita como ejemplo la sentencia del 11 de mayo de 1995 que resolvió las pretensiones de reparación de perjuicios ocasionados con un atentado terrorista perpetrado contra un avión de Avianca en el que murieron sus pasajeros. El demandante alegaba que la Administración había incumplido normas reglamentarias sobre vigilancia y control de instalaciones aeroportuarias (el Decreto 263 de 1988), lo cual implicaría la violación al contenido obligacional establecido en ellas. El Consejo de Estado, en respuesta a ese alegato, dijo que

Quien así razona olvida que la Corporación ha predicado, en forma reiterada, que la falla del servicio tiene un universo relativo, pues al Estado no se le puede exigir que, dada la gravedad de la situación de orden público, que desde hace muchos años vive el país, se coloque al pie de cada edificio o casa particular, al lado de todos los vehículos utilizados para el transporte aéreo, terrestre o marítimo, al lado de cada ciudadano, agentes del orden para que protejan, con obligación de resultado, sus vidas o bienes” (Henao, 1996, p. 791).

El ejemplo citado por el autor, no demuestra en verdad lo que pretende plantear, es decir, que, en algunos casos, sin falla no hay responsabilidad. Lo anterior, por cuanto mientras se quiere exponer una hipótesis de ausencia de falla del servicio, en el ejemplo dado el Consejo de Estado deniega las pretensiones de la demanda esgrimiendo que la falla del servicio es relativa. Sería como afirmar que *“no se dio la falla del servicio porque hubo falla relativa del servicio”*. En el referido caso del avión de Avianca el incumplimiento de las normas que establecían el contenido obligacional correspondiente indicaba la presencia de la falla del servicio, luego no podía sostenerse que no se declaró la responsabilidad estatal ante la ausencia de falla ya que, se insiste, en efecto se presentó. Con el nuevo modelo de responsabilidad establecido por la Constitución de 1991, resultaba irrelevante la culpa en el comportamiento omisivo de las autoridades aeroportuarias, razón por la cual el análisis debía centrarse en la existencia o no de un daño antijurídico para definir la responsabilidad del Estado. Así, hubiese sido menos contradictorio negar la declaración de responsabilidad debido a la inexistencia de un daño antijurídico, en vez de decirse que se niega la responsabilidad del Estado porque no hubo falla del servicio ante la falla relativa del servicio. En otros términos, resultaba más coherente sostener que con los medios económicos y técnicos al alcance del Estado, le era imposible garantizar la seguridad de los usuarios aeroportuarios, por lo tanto, se debía soportar el daño ocasionado con el acto terrorista. La falla relativa del servicio entonces sirve es de fundamento para absolver al Estado, pero no quiere decir que el Estado no haya fallado si atendemos el contenido obligacional del inciso segundo del artículo 2 de la Constitución Política. Con esto no se quiere decir que el Estado deba siempre responder por cada violación a los derechos indicados en la disposición citada, sino que cuando se presente lo que llaman “falla relativa del servicio”, la absolución debería fundamentarse en que el daño así causado se debe soportar (no es antijurídico).

Pero en realidad, como lo señala el Profesor Juan Carlos Henao, sí existen hipótesis en las que la ausencia de falla impondría la absolución de la Administración en el juicio de responsabilidad patrimonial, como en la sentencia del Consejo de Estado (1992 B) -citada por Henao (1996, p. 791)- referida a las obligaciones de medio, como algunos casos de servicio médico. En esta clase de obligaciones el deudor se compromete a actuar con diligencia y cuidado, luego solamente responde cuando se demuestra que hubo negligencia o descuido de su parte, lo cual implica el elemento subjetivo (culpa) propio de

la falla del servicio. Aquí sí deberá absolverse al Estado si no se demuestra la falla del servicio, de tal suerte que ello la hace todavía indispensable, a pesar del diseño constitucional del régimen de responsabilidad basado en el daño antijurídico.

La confianza legítima

La primera definición que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española presenta del vocablo “confianza” es que ella es una “Esperanza firme que se tiene de alguien o algo” (2014). Y sobre el término “legítimo, legítima” la primera definición indica que es lo “conforme a las leyes” (2014). De ahí que del significado simple de confianza legítima podría decirse que es la esperanza firme que se tiene de alguien o algo, conforme a las leyes.

Valbuena estima que la confianza legítima es un amparo o defensa jurídica de *“expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando ellas han sido promovidas, permitidas, propiciadas o toleradas por el propio Estado”* (2008, p. 152). El mismo autor resume las condiciones para la identificación de situaciones de confianza legítima susceptibles de protección:

1. Que las expectativas se encuentren fundadas en unos hechos o circunstancias objetivas atribuibles al Estado, capaces de propiciar el surgimiento de la confianza;
2. Que esta pueda ser catalogada de legítima;
3. Que el administrado haya tomado algunas decisiones o realizado determinados comportamientos demostrativos de ella;
4. Que las autoridades hayan defraudado dicha confianza, al modificar de manera súbita e inesperada la situación jurídica del administrado, desconociendo de esta manera sus deberes de lealtad, probidad y coherencia;
5. Que el Estado haya pretermitido la adopción de medidas encaminadas a conjurar, moderar o evitar los efectos lesivos derivados de su conducta, impidiendo que el administrado se pueda adaptar a la nueva situación creada; y
6. Que la protección de la confianza sea considerada prioritaria frente a la protección de otros principios y valores constitucionales, lo cual implica la ponderación

de todos ellos frente al principio de la confianza legítima (Valbuena, 2008, p. 158).

Por su parte, la Corte Constitucional sostiene que la confianza legítima

[...] pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege (Sentencia C-478 de 1998).

La confianza legítima, se encuentra ligada al principio de buena fe establecido en el artículo 83 de la Constitución Política y según la Corte Constitucional aplica para proteger al ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública (sentencias SU-360 de 1999, T-578 de 1994, T-475 de 1992) y con las autoridades judiciales (sentencias T-204 de 2015, SU-120 de 2003, T-321 de 1998, T-538 de 1994).

Ya hay autores que sostienen que la *“defraudación de la confianza legítima, [...] constituye un nuevo título de imputación de daños resarcibles a cargo del Estado, que se enmarca dentro de las teorías clásicas de la falla del servicio y el daño especial”* (Valbuena, 2008, p. 516) en el marco del artículo 90 de la Constitución Política.

En la misma dirección, el Consejo de Estado entiende que la confianza legítima es propiamente un título de imputación. Para llegar a esa conclusión, la Sección Tercera en reciente providencia (2015 A, expediente 22637), en la que analizó la responsabilidad del Estado por causa de leyes declaradas inexequibles, señaló que en estos casos el daño antijurídico puede presentarse por el menoscabo de derechos adquiridos (que han ingresado al patrimonio), por la afectación de expectativas legítimas (situaciones encaminadas a la formación de un derecho) y por perjudicar estados de confianza o confianza legítima (situaciones generadas por la conducta uniforme del Estado que conducen al

ciudadano a actuar de determinada manera). De conformidad con lo anterior, agrega el Consejo de Estado, la reparación del daño antijurídico se impone al Estado no sólo por quebrantar derechos existentes, sino también expectativas legítimas y estados de confianza, aunque los dos últimos sean “derechos imperfectos o virtuales no materializados”.

En este punto, La Sección Tercera aclaró que:

Si bien en la sentencia del 7 de julio de 2013 se dijo que el “daño especial afecta principalmente situaciones consolidadas y derechos adquiridos o en vía de serlo”, lo cierto es que esta postura que sugiere que dentro del título de imputación de daño especial se incluya tanto el amparo de derechos subjetivos como expectativas legítimas debe ser aclarada. En ese orden, dentro del marco del daño especial se imputa responsabilidad por daños provenientes únicamente de la vulneración de derechos -situaciones de derecho-, en cambio, cuando se trata de la lesión a expectativas legítimas o estados de confianza, es el principio de la confianza legítima el que protege derechos en curso de formación y situaciones subjetivas nacidas al amparo de la buena fe exigida constitucionalmente de las autoridades -situaciones de hecho-; así su espectro de protección, en este último caso, es diferente. (2015 A, expediente 22637). (Negrilla y subrayas0 propias).

Esta postura entonces, distingue el daño especial de la defraudación de la confianza legítima como si se tratara de dos títulos de imputación jurídica de responsabilidad. El primero permite imputar responsabilidad al Estado por daños causados a derechos adquiridos, mientras que el segundo no ampara estos derechos sino los que están en curso de formación, derivados de expectativas legítimas y estados de confianza.

Lo expresado por el Consejo de Estado merece algunos comentarios críticos. Por un lado, es discutible sostener que el daño especial opera únicamente en relación con derechos adquiridos, porque también lo hace con derechos en formación producto de la defraudación de la confianza legítima. Piénsese por ejemplo en la hipótesis en la que la ley anuncia la concesión de beneficios tributarios a quienes inviertan en la construcción de complejos turísticos y hoteleros, y que por tal razón un particular, confiando legítimamente en lo

establecido por esa ley, decide incursionar en esta clase de negocio por cuanto los beneficios tributarios lo hacen rentable; sin embargo, sin haber terminado la construcción, el legislador, en ejercicio legítimo de sus funciones, deroga dicha ley impidiendo que el empresario obtenga los beneficios esperados (no había culminado la construcción). En este escenario, se presenta un daño consistente en la no obtención de determinados beneficios tributarios pero que el empresario confiaba legítimamente lograr. Aquí podría plantearse que la responsabilidad del Estado se imputa a través del daño especial, esto es, como consecuencia del actuar legítimo del órgano estatal, para proteger no un derecho adquirido, sino una expectativa legítima. Al respecto, Una situación parecida, no similar, se presentó con la Ley 223 de 1995, que derogó el Decreto 2272 de 1974. La Corte Constitucional declaró exequible la ley mediante sentencia C-478 de 1998 por considerar que la derogatoria del decreto no resultaba inconstitucional.

Por otro lado, también es discutible afirmar que la confianza legítima proteja solo derechos en formación o no consolidados, porque también puede amparar derechos adquiridos. Efectivamente, y volviendo al ejemplo anterior, si el empresario hubiese culminado la construcción del complejo hotelero, pero antes de concedérsele el beneficio tributario, la ley lo deroga, no se estaría frente a una expectativa de beneficio, sino que en realidad se trataría de un derecho adquirido, porque el empresario cumplió con el supuesto fáctico que exigía la ley para lograr el susodicho beneficio, es decir, la construcción. El ciudadano entonces confiaba legítimamente en la obtención de un beneficio económico al que tendría derecho por haber cumplido con los hechos que la ley exigía para su obtención –derecho adquirido–, razón por la cual esa confianza legítima lo protege.

Siendo ello así, ni el daño especial protege exclusivamente derechos adquiridos, ni la confianza legítima ampara únicamente expectativas o derechos en formación, como lo propone el Consejo de Estado; y en esa línea, la distinción entre derechos adquiridos y expectativas legítimas deviene insuficiente para otorgarle a la confianza legítima la connotación de título de imputación.

Se observa, que cuando las autoridades del Estado desconocen la confianza legítima que con su comportamiento han generado en los ciudadanos, la responsabilidad del Estado se abre paso a través de los tradicionales títulos de imputación: daño especial o falla del servicio. Lo anterior, descarta que

la confianza legítima constituya un título de imputación independiente o autónomo. Hipótesis de defraudación de la confianza legítima por daño especial, fue la presentada con anterioridad. Ejemplo de defraudación de la confianza legítima por falla del servicio tendría lugar si en el caso expuesto (cuando se sostuvo que la confianza legítima puede amparar derechos adquiridos) el empresario logra construir el complejo hotelero y por tal razón adquiere el derecho al beneficio tributario que confía legítimamente recibir, pero antes de concedérsele es derogado por una ley a la que el legislador le da efecto retroactivo. Como se trata de una disposición legal que desconoce un derecho adquirido, habría una violación al contenido obligacional de los artículos 58 y 363 de la Constitución Política, lo que se traduce en una falla del servicio legislativo.

Conclusiones

El origen de la falla del servicio en Colombia, tuvo la influencia del derecho francés, inicialmente planteada desde el ámbito del derecho privado, concretamente, de la culpa civil, por cuyo elemento subjetivo constituyó la base de lo que hoy se conoce con el régimen subjetivo de responsabilidad.

Inicialmente, se definió a partir del no funcionamiento del servicio o de su funcionamiento defectuoso o tardío, pero posteriormente se le ha entendido como la violación o el incumplimiento de obligaciones estatales impuestas por el ordenamiento jurídico, cuyo incumplimiento no siempre genera responsabilidad para el Estado pues ello dependerá de los recursos y los medios con que cuenta la Administración para prestar un servicio o para evitar un evento dañino. En cualquier caso, la falla del servicio supone un comportamiento estatal culposo o ilícito.

El concepto de daño antijurídico introducido por la Constitución de 1991 no significó la desaparición de la falla del servicio ante la existencia de hipótesis en las que su ausencia impide declarar la responsabilidad, a tal punto que el Consejo de Estado estima que es el criterio de imputación principal de responsabilidad al Estado, y tiene como presupuesto la existencia de mandatos de abstención como de acción, para cuya configuración debe demostrarse el incumplien-

to o deficiente cumplimiento de deberes normativos, la omisión de la Administración Pública, o incluso el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la Administración (Consejo de Estado, 2015b).

Por tal razón, es posible concluir que en Colombia sigue vigente el régimen de responsabilidad subjetivo basado en la falla del servicio.

Finalmente, la confianza legítima, entendida como una circunstancia susceptible de amparo que protege al ciudadano de los cambios intempestivos de las autoridades estatales, permitiendo que ellos se adecuen al cambio, no es en realidad un nuevo título de imputación jurídica de responsabilidad, sino que su violación constituiría una especie de falla del servicio o de daño especial según el proceder de la Administración sea o no lícito.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Ponencia ante la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente sobre mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares. Bogotá: Gaceta Constitucional no. 56.
- Bonilla, E. & Rodríguez P. (1997). *Más allá del dilema de los métodos. La investigación en ciencias sociales*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Botero, L. F. (2007). *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Bogotá: Legis & Universidad del Rosario.
- Bustamante, Á. (2003). *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política. (7, julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá, 1991. no. 116.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (2016). Sentencia de mayo 2. Expediente no. 35967. Demandante Héctor Alejandro Cabuya de León. Magistrado Ponente doctor Danilo Rojas Betancourth.

- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (2015 A). Sentencia de agosto 31. Expediente no. 22637. Demandante TV 13 LTDA y otros. Magistrado Ponente doctor Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (2015 B). Sentencia de enero 28. Demandante Darío de Jesús Jiménez Giraldo y otros. Magistrado Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (2012). Sentencia de mayo 28. Demandante Pedro Arturo Sanabria Niño. Magistrada Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (2011). Sentencia de abril 7. Demandante Alicia Margoth Montilla y otros. Magistrado Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (2010). Sentencia de mayo 26. Magistrado Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (2009). Sentencia de julio 22. Demandante Ana del Carmen Rodríguez y otros. Magistrada Ponente doctora Myriam Guerrero de Escobar.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda. (2008) Sentencia de junio 26. Expediente no. 0878-07. Magistrado Ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (2006). Sentencia de agosto 31. Expediente no. 15772. M. P. doctora Ruth Stella Correa Palacio.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (2004). Sentencia de abril 22. Magistrada Ponente doctora María Elena Giraldo Gómez.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (2003). Sentencia de septiembre 4. Expediente no. 13320. M. P. doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

- Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (2002). Sentencia de mayo 21. Expediente no. PI-039. M. P. doctor Juan Ángel Palacio Hincapié.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (2002). Sentencia de marzo 19. Expediente no. 0155-01. M. P. doctor Reinaldo Chavarro Buriticá.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (1993). Sentencia de febrero 25. M. P. doctor Carlos Betancur Jaramillo.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (1993 A). Sentencia de julio 13 de julio. M. P. doctor Juan de Dios Montes Hernández.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (1993). Sentencia del 25 de febrero. M. P. doctor Carlos Betancur Jaramillo.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (1992 A). Sentencia de julio 30. Expediente no. 6897. M. P. doctor Daniel Suárez Hernández.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (1992 B). Sentencia de julio 30. Magistrado Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (1991). Sentencia de octubre 31. Magistrado Ponente doctor Julio César Uribe Acosta.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (1991 A). Sentencia de noviembre 22. Magistrado ponente doctor Julio César Uribe Acosta.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (1990). Sentencia de marzo 30. Demandante Luis Alberto Cifuentes Lindarte. Magistrado Ponente doctor: Antonio José de Irisarri Restrepo.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (1990 A). Sentencia de septiembre 6. Magistrado Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (1989). Sentencia de diciembre 19. Magistrado Ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.

- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (1977). Sentencia de diciembre 7. Demandante Flota La Macarena.
- Colombia. Corte Constitucional. (2015). Sentencia de abril 20 no. T-204. Magistrada Ponente doctora Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Colombia. Corte Constitucional. (2003). Sentencia de febrero 13 no. SU-120. Magistrado Ponente doctor Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia. Corte Constitucional. (1999). Sentencia de mayo 19 no. SU-360. Magistrado Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. (1998). Sentencia de septiembre 9 no. C-478. Magistrado Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. (1998). Sentencia de julio 2 no. T-321. Magistrado Ponente doctor Alfredo Beltrán Sierra.
- Colombia. Corte Constitucional. (1996). Sentencia de agosto 1º no. C-333. Magistrado Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. (1996). Sentencia de febrero 5 no. C-037. Magistrado Ponente doctor Vladimiro Naranjo Mesa.
- Colombia. Corte Constitucional. (1994). Sentencia de diciembre 14 no. T-578. Magistrado Ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo.
- Colombia. Corte Constitucional. (1994). Sentencia de noviembre 29 no. T-538. Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia. Corte Constitucional. (1992). Sentencia de julio 29 no. T-475. Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (1962). Sentencia de junio 30. Demandante Reinaldo Tinjacá y otro contra el municipio de Bogotá. Magistrado Ponente doctor José Gómez.

- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1400. (6, agosto, 1970). Por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Bogotá, 1970. no. 33.150.
- Colombia. Congreso Constitucional de la República de Colombia. (1826). Colección de leyes dadas por el Congreso Constitucional de la República de Colombia en las sesiones de los años 1823 y 1824. Bogotá: Imprenta de Manuel María Viller-Calderón.
- Duez, P. (1938). *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*. París: Dalloz. Reimpresión 2012.
- Gil, E. (2011). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis.
- Güechá, C. N. (2012). La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*, XV (29), 95-109.
- Henao, J. C. (1999). La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. *Seminario internacional sobre la responsabilidad patrimonial del Estado*. México: UNAM.
- Henao, J. C. (1996). Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. *Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Molina, C. M. (s. f.). Antecedentes y fundamento constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado. En Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México (pp. 379-400). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Molina, C. M. (2004). Fundamentos constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado: antecedentes dogmáticos-históricos y legislación vigente. *Revista Opinión Jurídica*, 4(7), 43-66.
- Paillet, M. (2001). *La responsabilidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Real Academia Española. (2104). Diccionario de la Lengua Española. Consultado en [<http://dle.rae.es/?w=diccionario>] el 4 de septiembre de 2016.

Rivero, J. (1970). *Derecho Administrativo*. París: Dalloz.

Saavedra, R. (2005). *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Valbuena H., G. (2008). *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

La Eutanasia, derecho al que los niños no pueden acceder y que no brinda garantías constitucionales en Colombia

Claudia Patricia García Rivera¹

Resumen

La ausencia de regulación normativa con respecto a la eutanasia desprotege los derechos de los niños, cuando ellos padecen de una enfermedad capaz de producirles intensos e irreversibles sufrimientos; la carencia del consentimiento informado les impide ejercer el derecho a morir con dignidad, pues, le es imposible expresarlo, ya sea porque se está en un estado de inconciencia o por padecer un deterioro cognitivo, o porque aún teniendo plena conciencia carecen de suficiente madurez psicológica para darlo. Podría decirse, que el consentimiento sustituto, derecho del que gozan los padres subsanaría dicha falencia y así entrar a proteger los intereses del menor, pero, no es absoluto cuando se trata de disponer de la vida y persona del menor.

En el desarrollo de la presente investigación, se encontraron vacíos normativos que afectarían sin lugar a duda el reconocimiento del derecho a morir con dignidad, de los niños, niñas y adolescentes que padecen una enfermedad terminal, para ello se hizo necesario realizar un estudio minucioso sobre la regulación existente con relación a este tema y estudiar la posibilidad de aplicar principios constitucionales que garanticen el derecho. Mediante una metodología cualitativa, basada en una técnica documental, cuyo instrumento investigativo es de fichas bibliográficas.

Se busca con este proyecto investigativo, proteger los derechos del menor, específicamente, el derecho a morir con dignidad, cuando, no hay legislación que lo garantice.

Palabras clave: menor; eutanasia; garantía; constitucional; consentimiento; informado.

¹ Magister en derecho. Aspirante al título de doctora en derecho económico y de la empresa. Docente: Corporación Universitaria Americana. Medellín-Colombia. E-mail: cgarcia@americana.edu.co. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-3524-186X>

Introducción

El consentimiento informado, es requisito fundamental para conceder el derecho a morir con dignidad a aquellas personas que padecen enfermedades incurables y que causan intensos dolores, la eutanasia, constituye el derecho a morir con dignidad, pero, que aún no se encuentra plenamente regulado por el Estado colombiano.

De allí, que los menores que padecen de este tipo de enfermedades no puedan hacer efectivo este derecho, pues, les es imposible expresar dicho consentimiento, ya sea porque se está en un estado de inconciencia o por padecer un deterioro cognitivo, o porque aun teniendo plena conciencia carecen de suficiente madurez psicológica para darlo.

En Colombia se cuenta con decisiones jurisprudenciales y algunas normativas dispersas, que intentan garantizar el derecho a morir dignamente de forma provisional, mientras que el órgano legislativo regula la materia, como son por ejemplo: las sentencias C - 239 de 1997, T - 970 de 2014 de la Corte Constitucional; la ley 1733 de 2014 que regula los cuidados paliativos; la resolución 1216 de 2015, contempla las directrices para la organización y funcionamiento de los comités médicos.

La problemática que se planteó en el proyecto de investigación, hizo relación a la siguiente pregunta: ¿Se les debe permitir el acceso al derecho de morir con dignidad a los niños, niñas y adolescentes, que padecen una enfermedad terminal, en Colombia?

La Corte al querer proteger el acceso a la eutanasia, ha dejado por fuera los derechos de los menores, violentando un derecho fundamental, como es el de la vida en condiciones dignas, que, al no poderse adquirir en tales circunstancias, sería entonces necesario, como lo denomina el Ministerio de Salud, garantizarle al individuo un buen morir.

En el presente trabajo de investigación se buscó, en primer lugar, describir la regulación legal y jurisprudencial que de la eutanasia en Colombia. En segundo lugar, se quiso determinar la aplicación de la ponderación de los principios constitucionales, ante los vacíos normativos existentes, con el fin de

evitar la violación del derecho a morir con dignidad en los niños, niñas y adolescentes en Colombia.

Para el logro de los objetivos planteados, se desarrolló una investigación documental de tipo analítico, especialmente la documentación producida por las instituciones de origen nacional y de aplicación normativa. Fundamentándose en el análisis de jurisprudencias, normas jurídicas, tesis, libros y publicaciones seriadas. (Fernández, Batista, & Hernández, 2010, p. 150).

El análisis de la información recolectada, permitió la sistematización de los resultados que sirvieron de argumentos para el fortalecimiento de la hipótesis aquí planteada. “Existen vacíos normativos que impidan a los niños, niñas y adolescentes que padecen una enfermedad terminal, acceder al derecho a morir con dignidad, en Colombia”.

Con la metodología propuesta, se buscó amparar el derecho a morir con dignidad, en los niños niñas y adolescentes en Colombia, cuando hay ausencia de legislación que les garantice ese derecho.

Marco legal y jurisprudencial de la eutanasia en Colombia

- **Ley 1733 de 2014.** Mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral del dolor, de pacientes con enfermedades terminales en cualquier en fase.

- **Resolución 1216 de 2015.** Ministerio de Salud y Protección Social “Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la sentencia T-970 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad”.

- **Sentencia T -544 de 2017** M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional. La Corte exhortar al Congreso para que, en el término de dos años, emita la regulación del derecho fundamental a morir dignamente para mayores de edad y para niños, niñas y adolescentes.

Con la **sentencia C-239 de 1997**, dio la posibilidad de provocar la muerte a un enfermo terminal que padece sufrimientos y dolores irremediables, consideró, además, que el derecho fundamental a vivir de forma digna implica el derecho a morir con dignidad.

Igualmente señaló, que la ausencia de legislación no era razón suficiente para negar el derecho a morir dignamente y en razón de ello, estableció unos criterios, no sin antes haber hecho el llamado al congreso a que legislara al respecto; como son:

- Que el solicitante debe de padecer una enfermedad terminal, capaz de producir un intenso dolor e insostenible sufrimiento y que esa enfermedad sea calificada por un experto.
- La manifestación de su voluntad debe de ir dirigida a conseguir la muerte, en ella se deberá determinar el cruel padecimiento, asociado a los exámenes que se le practiquen.
- Dicho consentimiento debe ser libre, informado e inequívoco.
- Que quien practique el procedimiento médico sea un profesional de la salud, que le garantice el morir dignamente.

Posteriormente, la Sentencia T - 970 de 2014 advirtió que la ausencia de regulación en la materia ha permitido la violación al derecho, reiterando la exhortación hecha al congreso con la sentencia C-239 de 1999. Sosteniendo que el derecho a morir con dignidad es de carácter fundamental y que tiene estrecha conexidad con la dignidad humana, lo que implica una noción de vida más amplia, que el concepto de subsistencia vital.

En este pronunciamiento el órgano, destacó que la falta de regulación representa un obstáculo para la realización de la eutanasia, lo que significa, que de alguna manera se está obligando a una persona a prolongar su existencia, cuando padece profundas dolencias, ello equivale también, a un trato cruel e inhumano. Establece criterios que permitirían al paciente morir con dignidad, como es la prevalencia de la autonomía, la celeridad, oportunidad y la imparcialidad.

Ordena, además, al Ministerio de salud, emitir una directriz para que las entidades prestadoras del servicio de salud, conformen comités interdisciplinarios que acompañen a los pacientes, debiendo elaborar también, un protocolo médico para garantizar la efectividad del derecho.

En virtud de lo ordenado en la sentencia T-970 de 2014, el Ministerio de salud, expidió la resolución 1216 de 2015, en la cual fijo los parámetros generales para garantizar el derecho a morir dignamente, a través de la manifestación de la voluntad anticipada.

Dicha resolución, no regula el derecho fundamental del que se predica, en cambio se centra en fijar directrices de carácter administrativo, disponiendo de todo lo necesario, para que los hospitales, clínicas, IPS, EPS, prestadoras del servicio de salud, puedan conformar el comité interdisciplinario, para hacer efectivo el derecho a morir dignamente.

El procedimiento dado en dicha resolución, para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad determina que cualquier persona mayor de edad que padece una enfermedad terminal, puede solicitar a su médico tratante el procedimiento eutanásico quién valorará el estado de su enfermedad.

Tal consentimiento debe ser expresado de manera libre, informada e inequívoca y puede ser previo a la enfermedad terminal, utilizando cualquier medio escrito idóneo para la expresar de su voluntad, así mismo el médico debe de establecer la condición de la enfermedad terminal y la capacidad del paciente, debiendo verificar los presupuestos contenidos en la ST 970 de 2014. En cualquier momento el paciente o en caso de consentimiento sustituto, quienes están legitimados para tomar la decisión, podrán desistir de ello.

Surge la Ley 1733 de 2014, encargada de regular los cuidados paliativos para el manejo integral del dolor, de pacientes con enfermedades terminales en cualquier fase. Cuyo fin, es el de mejorar la calidad de vida del paciente como de su familia, mediante un tratamiento integral del dolor, teniendo en cuenta aspectos psicopatológicos, físicos, emocionales, sociales y espirituales. El paciente puede desistir voluntariamente de someterse a tratamientos médicos innecesarios para prolongar su vida, siendo este una persona plenamente capaz, sí se trata de un adolescente entre los 14 y 18 años, será consultado sobre su decisión, sí el paciente que requiere de cuidados paliativos es un menor

de 14 años, serán sus padres o adultos responsables de su cuidado quienes elevarán la solicitud, si se trata de un paciente adulto que está inconsciente o en estado de coma, la decisión sobre el cuidado paliativo la tomará su cónyuge e hijos mayores y faltando estos sus padres, seguidos de sus familiares más cercanos por consanguinidad.

Con la sentencia T- 544 de 2017, la corte encontró, que sí bien las sentencias C-239 de 1997 y T-970 de 2014, intentaban resguardar el derecho a morir con dignidad, todavía, se observan allí algunos vacíos que permiten que ese derecho siga siendo vulnerado. Lo que lo lleva a culminar nuevamente al congreso para que legisle frente al derecho fundamental a morir dignamente para mayores de edad y para niños, niñas y adolescentes en virtud del principio de igualdad y del interés superior menor ya que ellos también son titulares de este derecho.

La Corte ordenó en esta providencia, al Ministerio de salud, la creación de comités interdisciplinarios, como los establecidos en la resolución 1216 de 2015, cuyo fin sea el de garantizar la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes, con la participación de expertos en este tema, como sería en medicina, derecho y psicología. A demás resolver sobre la aplicación del consentimiento sustituto y criterios que permitan unificar el concepto de enfermedad terminal.

Vacíos normativos que impide que el menor pueda acceder al derecho a morir con dignidad

Con la sentencia T-544 de 2017, la Corte encontró que las sentencias C-239 de 1997 y T-970 de 2014, contenían profundos vacíos, lo que resulta violatorio del derecho a morir con dignidad.

En la llamada sentencia, le fue negado el derecho eutanásico, a una menor que padecía múltiples enfermedades a temprana edad, que le habían provocado una postración permanente en estado vegetativo. Con el argumento de que la normativa existente, en el momento no contemplaba su padecimiento como una enfermedad terminal, además de no existir al momento el consentimiento informado de la menor para la aplicación del procedimiento.

Pues bien, ya lo había dicho el Ministerio salud (2015), en un concepto en el que sugiere unos lineamientos para estandarizar criterios con respecto a lo que puede ser entendido como enfermedad terminal, donde destacó, que el protocolo médico que se utiliza para la garantía del derecho a morir con dignidad no posee unos lineamientos generalizados sobre enfermedades terminales avanzadas no oncológicas y enfermedades oncológicas, dependiendo en gran medida del majeo que el médico o del grupo de médicos tratantes pudieran darle (ST-970 de 2014).

Tales lineamientos son: la edad como indicador de comorbilidad y fragilidad, el deterioro cognitivo; el tiempo de evolución del proceso causante de discapacidad; monitorear indicadores de pronóstico para observar un posible declive progreso e irreversible en el paciente. De allí, que la misma entidad se cuestionara planteándose el siguiente interrogante; ¿sí al paciente tener una larga vida en un estado irreversible, no sería necesario dar al paciente y a la familia una oportunidad de planificar una buena muerte? Si no es humano provocar la muerte en forma injustificada, es más inhumano, ver los padecimientos de otros y no hacer nada para aliviarlos.

Sentimiento que es compartido por la Corte, cuando manifiesta que es también atentar contra la dignidad humana, el obligar a una persona a padecer intensos sufrimientos, cuando se tiene la posibilidad de ayudarle.

En cuanto al consentimiento informado, dice la resolución 1216 de 2015 que debe ser dado por una persona mayor de edad de manera libre e inequívoca, hace relación al consentimiento sustituto cuando se trata de desistir de la decisión del procedimiento eutanásico, y en la sentencia T- 970 de 2014, se había dicho que el consentimiento puede ser previo a la enfermedad o posterior a ella, formal o informal, pero, de manera escrita. Permite, además, el consentimiento sustituto, en el cual la familia tiene la posibilidad de tomar la decisión en caso de que el paciente terminal se encuentre imposibilitado físicamente para hacerlo, como sería el caso de un estado de coma irreversible o un declive insuperable en el desarrollo de su enfermedad, que le impida pronunciarse.

Más nada dice la Corte con respecto a la aplicación del consentimiento sustituto en los menores de 18 años; que aun padeciendo un mal irreversible e imposibilitados para dar su consentimiento, se ven obligados a padecer sufri-

mientos, por falta de norma que la regule; conducta reprochable y violadora de derechos fundamentales, como son la dignidad humana, el derecho a una vida digna y por consiguiente a morir con dignidad, a la igualdad, esto es, que no se ejerzan actos discriminatorios en razón de la edad, pues, no se puede olvidar que también son humanos y por lo tanto debe de gozar de las mismas prerrogativas y derechos que los demás.

No obstante, la Corte mediante la sentencia C-900 de 2011, define el consentimiento sustituto y le fija unos límites. Expresa que cuando este tiene que ver con menores, específicamente niños, niñas y adolescentes, es apenas lógico que dicho consentimiento lo expresen sus padres o sus representantes legales. El consentimiento sustituto es una manifestación de la patria potestad, por medio de la cual los padres pretenden proteger a sus hijos, buscando mejorar sus condiciones de salud, o cuando éstos no poseen suficiente madurez psicológica que les permita tomar ciertas decisiones (art. 14 ley 23 de 1981), lo que no quiere decir es que ese consentimiento sea absoluto, ya que debe de tenerse en consideración la opinión de los menores de 18 años y sólo bajo ciertas circunstancias será válido el consentimiento emanado de los infantes; considerar la opinión de los menores en razón de la edad y madurez psicológica.

Quiere decir que, aun así, a los menores se les debe de respetar el derecho a la autonomía y el reconocimiento de la dignidad humana, el derecho a decidir de forma libre sobre su propio cuerpo y proyecto de vida.

Es por lo que la Corte señala, que las prácticas médicas consideradas altamente invasivas, riesgosas y vinculadas con la definición de la personalidad del individuo imponen necesariamente el consentimiento del paciente.

Sin embargo, la Corte ha manifestado que se debe tener en cuenta la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor, los riesgos y el impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño, al igual que su edad. (ST-447 de 1995).

...Lo que implica una labor de ponderación de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe directamente consentir en el tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo y el principio de beneficencia,

según el cual, el Estado y los padres deben de proteger los intereses del menor. (SU-642 de 1998- ST-474 de 1996)

La Corte (ST-970 de 2014, p; 30), llegado incluso, a cuestionarse sobre el hecho de que sí ¿es condición indispensable la voluntad del legislador para que los derechos fundamentales tengan fuerza normativa?

Los derechos fundamentales como ya es sabido van por encima de todo precepto, de allí y en aplicación al interés superior del menor, para que sus derechos no sean violentados van por encima de los derechos de los demás (art, 8 ley 1098 de 2006), es necesario como lo dice la Corte ponderar el principio de la autonomía, con el de beneficencia en aras de garantizarle al menor la protección integral de todos sus derechos, aunque entre ellos implique el derecho a morir dignamente.

Conclusión

La falta de legislación frente a la eutanasia vulnera los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que se encuentran en estado extremo de vulnerabilidad manifiesta, ocasionada por una grave e irreversible enfermedad que les causa intensos sufrimientos, quedando en imposibilidad de dar el consentimiento informado. Se diría, que el consentimiento sustituto podría suplir esta falencia que presenta la ley, pero ya la Corte advirtió, que cuando se trata de disponer de la vida y persona del menor, hay unos límites que es necesario respetar.

Sin embargo, el Estado limita ese poder de decisión que los padres tienen sobre los hijos, en aras de salvaguardar el derecho a la autonomía del que debe de gozar quien no puede decidir por él. Con ello, se alcanzan a vulnerar derechos fundamentales como el de vivir una vida digna, pues, como ya lo ha dicho la Corte, el derecho a la vida no consiste simplemente el que se permita vivirla, sino también, que se le garantice vivirla con dignidad, sí ello no es posible, contemplar el derecho a morir bienamente.

No obstante, el Estado debe de garantizar el cumplimiento del interés superior del menor y los derechos fundamentales que se encuentran por encima de toda legislación, no hay excusa entonces, para el aplicador de la norma, en no proteger los derechos del menor, pudiendo ponderar el principio de

la autonomía, la cual carece de sentido cuando el verdadero interesado no puede pronunciarse sobre ella, además, si el parte médico indica un declive progresivo y fatal en su enfermedad, que en dichas circunstancias es de analizar que no le queda ningún proyecto de vida para ejecutar; con el principio de beneficencia, que conforme a las circunstancias direccionan a un buen morir.

Referencias bibliográficas

Congreso de la República de Colombia. (2006). *Ley 1098 de 2006*, Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (2018). *Ley 1878 de 2018*, Por la cual se modifica el Código de Infancia y Adolescencia. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (2014). *Ley 1733 de 2014*, Ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (1981). *Ley 23 de 1981*, Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Bogotá.

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2015). *Resolución 1216 de 2015*, Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la Sentencia T-970 de 2014 de la honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia C-239 de 1997*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia T-970 de 2014*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia C-900 de 2011*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia T- 544 de 2017*. Bogotá.

- Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia U-642 de 1998*. Bogotá
- Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia T-474 de 1996*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995). *Sentencia T- 447 de 1995*. Bogotá
- Fernández, C & Batista, M & Hernández, R. *Metodología de la Investigación*. 5ta Ed. MC. Graw Hil. Educación. Chile. 2010.
- Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2015). *Resolución 1216 de 2015*, Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la Sentencia T-970 de 2014 de la honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad. Bogotá.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2015). *Lineamientos sugeridos para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad en el enfermo en fase terminal*. Retrieved September 18, 2018, from <http://www.minisalud.gov.co>

El papel de la mediación de conflictos en la formación de la cultura emocional¹

Paula Andrea Pérez Reyes², Eddison David Castrillón García³

Resumen

Los conflictos que surgen dentro de una sociedad pluralista tienen una naturaleza compleja, pues implican problemáticas inmersas en un mar de contrastes enmarcadas dentro de un contexto emocional. Dada esta complejidad, es necesario abordar dichos conflictos desde mecanismos autocompositivos de gestión de conflictos que permitan a su vez procesos de formación dinámicos dentro de un enfoque multidimensional e interdisciplinario.

Este abordaje, arroja más luz para el desarrollo de procesos formativos de construcción de paz en el contexto colombiano, pues, una comprensión del consenso sin considerar las emociones, no alcanza a tener una visión pluridimensional que recoja las necesidades de los actores individualmente considerados e insertos en una democracia deliberativa.

1 Texto derivado de la investigación “Cultura política para la paz: Procesos socioeducativos ciudadanos para la transformación de los imaginarios y prácticas políticas en Medellín en el marco del posacuerdo”, radicada en el Centro de Investigación para el Desarrollo y la Innovación de la Universidad Pontificia Bolivariana CIDI-UPB, Medellín, Colombia

2 Abogada de la Universidad de Antioquia, Mediadora y Asesora del Centro de Mediación de la Universidad de Antioquia. Asesora del Consultorio Jurídico “Guillermo Peña Alzate”. Conciliadora y asesora del Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez, Estudiante de la Maestría en Filosofía en la línea de Ética de la Universidad Pontificia Bolivariana, con Formación en Licenciatura en Filosofía de la Universidad de Antioquia. Docente Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Docente miembro de la Red Interinstitucional de Derecho Procesal y Justicia Dirección electrónica: paula.perezr@udea.edu.co. Docente miembro de la Red Interinstitucional de Derecho Procesal y Justicia

3 Abogado y Politólogo. Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo de la U. de M. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia. Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo y Magister en Derecho Procesal de la U. de M. Docente Interno de la Facultad de Derecho y Ciencias Política de la Universidad Pontificia Bolivariana. Abogado conciliador del Centro de Conciliación de la U. de A. y de la U.P.B. sede Medellín. Profesor de cátedra, asesor del Departamento de Prácticas y coordinador del Semillero de Investigación en Transformación de Conflictos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U. de A. Asesor en el Centro de Análisis de Políticas Públicas y en el Semillero de Investigación en Estudios de Política Pública de la misma Facultad. ORCID ID: 0000-0002-1252-8887 Docente miembro de la Red Interinstitucional de Derecho Procesal y Justicia E-mail: eddison.castrillon@udea.edu.co, eddison.castrillon@upb.edu.co,

Se acude a una perspectiva ética, con el fin de responder la siguiente cuestión: ¿Cómo la mediación de conflictos puede tener un papel relevante en la formación de la cultura emocional dentro de una sociedad pluralista?

En este texto, se presentan algunos aspectos de las dinámicas de formación de las emociones políticas en aras del consenso, a partir de la gestión pacífica de conflictos a través de la mediación, pues en dichos escenarios las emociones tienen un importante papel en las dinámicas de legitimidad, y consenso que tienen conexión con aspectos contextuales a nivel socio-espacial en el caso colombiano; lo cual resulta importante analizar a la luz de principios democráticos, instituciones políticas y sociales en pro de la paz y la restauración de las relaciones entre las partes.

Palabras clave: consenso, cultura emocional, gestión de conflictos, mediación, sociedad pluralista.

Introducción

El abordaje de la gestión pacífica de conflictos desde una perspectiva multidisciplinaria ha permitido un avance en los procesos de construcción de consenso en las comunidades y en la sociedad en general, de ahí que sea necesario explorar otros horizontes disciplinares en procura de hacer una aproximación a las dinámicas de formación de las emociones políticas, las cuales también tienen conexión con dichos procesos, en aras de brindar aportes relevantes al fortalecimiento de la cultura de la no violencia; precisamente se parte aquí del estudio de procesos formativos de construcción de paz en el contexto colombiano como lo son la gestión auto-compositiva de conflictos, pues, se parte de la hipótesis que una comprensión del consenso sin considerar las emociones, no alcanza a tener una visión pluridimensional que recoja las necesidades de los actores individualmente considerados e insertos en una democracia deliberativa.

Este capítulo, es uno de los resultados de la investigación titulada “Cultura política para la paz: Procesos socioeducativos ciudadanos para la transformación de los imaginarios y prácticas políticas en Medellín en el marco del posacuerdo”, en desarrollo de la cual, además de la revisión bibliográfica y documental pertinente, se llevó a cabo también trabajo de campo e intervención

encaminado hacia procesos socioeducativos a fines con procesos de formación política y de gestión de conflictos en diferentes escenarios en Medellín.

A continuación, se pretende mostrar como la mediación, como mecanismo de gestión pacífica de conflictos representa un escenario formativo para las partes en escenarios de negociación, escenario formativo este que no solo implica empoderamiento de las partes sino también construcción de cultura emocional desde una perspectiva política, desde la cual las partes se reconocen como personas con iguales deberes y derechos, así como capacidades para decidir acerca de la gestión de sus controversias dentro del marco de una sociedad pluralista.

Desarrollo

La mediación como escenario de consensos

Para abordar la noción de lo que es y representa la mediación como escenario de consensos y posteriormente como estrategia de formación de la cultura emocional en la gestión de conflictos, es necesario primero conceptualizar sobre dicha mediación en su significado primigenio como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos⁴, para ello es menester definirla atendiendo a los elementos que la configuran.

Ya algunos autores han desarrollado definiciones atendiendo a este criterio, cabe resaltar las siguientes definiciones:

La mediación es el proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial, que procurará que las

4 En Colombia los Mecanismos alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) comprenden además de la mediación, otras figuras como la conciliación en derecho, la amigable composición, la conciliación en equidad, los círculos de paz, la concertación, el arreglo directo y las conferencias restaurativas. No es del caso entrar aquí a definir cada uno de dichos mecanismos, pero si es necesario precisar por qué se agrupan todos éstos en esa categoría de MARC. Esto se debe a que, por un lado, todos ellos tienen en común que son alternos a la vía judicial, la cual tradicionalmente ha sido la forma en que el Estado ha desarrollado su deber de administrar justicia y, por otro lado, porque también tienen en común que son mecanismos “auto-compositivos”, es decir, son mecanismos en los cuales las partes por sí mismas resuelven o “componen” su propio conflicto. La diferencia general entre los MARC radica en el papel que en cada mecanismo juegan las partes y si la figura en concreto admite o no un tercero neutral, el cual como tercero también imparcial tiene facultades y calidades diferentes según el correspondiente tipo de mecanismo.

personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado el conflicto, que actúe preventivamente o de cara a mejorar las relaciones con los demás (Vinyamata Camp, 2003, p. 17).

La mediación es la intervención en una disputa de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar un arreglo mutuamente aceptable (Moore, 1995, p. 43).

De acuerdo a estas definiciones, se describe la mediación como un tipo de negociación asistida por un tercero neutral e imparcial, el cual como tal conduce el procedimiento de mediación facilitando o restableciendo la comunicación entre las partes de tal modo que ellas mismas puedan gestionar o resolver por sí mismas su conflicto. Por lo tanto, el mediador no aconseja, no decide, no opina y no propone fórmulas de arreglo. La mediación es un dispositivo dinámico, confidencial, informal y no adversarial de resolución de conflictos, en donde el mediador interviene como facilitador de la comunicación propiciando la capacidad de escucha activa, comunicación, diálogo, empatía y concertación entre las partes.

En la mediación tiene prevalencia la libre determinación de las partes, conforme a la cual los actores del conflicto pueden hacer consensos sobre los presupuestos facticos o hechos que sustentan dicho conflicto, pero también pueden hacer consensos en cuanto a las fórmulas de arreglo; dichos consensos desde el punto de vista epistemológico configuran una verdad inter-partes que se identifica con la “*teoría consensual de la verdad*” desarrollada por Jünger Habermas.

En la mediación las partes intervinientes buscan la solución a un conflicto de intereses, dicho conflicto de intereses se sustenta sobre presupuestos facticos que sirven de trasfondo para que cada una de las partes fundamente su propio interés. La mediación como tal no tiene como premisa el efectuar la comprobación de la existencia de los presupuestos fácticos que enarbolan el conflicto a gestionar entre las partes.

Lo anterior, tiene una razón de ser, y es que, la mediación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos en donde tiene prevalencia la libre voluntad de las partes, y precisamente, dicha libre determinación sustentan el hecho que las partes puedan hacer consensos sobre los presupuestos facticos o hechos que sustentan el conflicto o las fórmulas de arreglo, dichos consensos son verdades negociadas o consensuales sobre las cuales se erigen tanto el conflicto como las fórmulas para su solución. Sin embargo, la misma verdad que surja del consenso no debe ser contraía a derecho y no puede bajo ninguna circunstancia afectar a terceros.

La teoría consensual de la verdad con su principal exponente Jünger Habermas, indica que la verdad solo es predicable del enunciado por sí mismo, por lo que la verdad pertenece al mundo de los pensamientos, esto toda vez que los enunciados tienen fuerza asertoria en tanto se inscriben en un acto constatativo del habla, el cual es un acto del habla por medio del cual se afirma un hecho o un estado de cosas que existen. Un enunciado bajo dicha característica tiene pretensión de validez y por tanto tiene pretensión de ser verdadero. (Cfr. Gómez, 2012, pp. 75-77). Esto toda vez que la verdad de un enunciado es una pretensión de validez:

“Habermas distingue cuatro clases de pretensiones de validez de los enunciados: verdad, rectitud, inteligibilidad y veracidad. La verdad es la pretensión de validez que corresponde a los actos de habla constatativos; la rectitud es la pretensión de validez que corresponde a las normas, preceptos y valoraciones, etc.; la veracidad es la pretensión de validez que corresponde a las declaraciones, testimonios, etc. Y la inteligibilidad es la condición de claridad en el sentido que se le debe exigir a los enunciados para que sean comprensibles. Para Habermas la verdad es pues solo una de las posibles pretensiones de validez que vinculamos con los enunciados” (Gómez, 2012, p. 77).

En la *teoría consensual de la verdad*, el consenso entre los sujetos de conocimiento juega un papel fundamental para establecer que un enunciado es verdadero y dicho consenso está mediado por la argumentación que se tenga lugar con respecto al enunciado o al argumento que encierre el enunciado en sí.

Habermas plantea que el criterio básico para determinar la pretensión de verdad de un enunciado es el consenso (el acuerdo racional de todos los sujetos de conocimiento). El consenso se entiende como el acuerdo que se logra con todo otro que esté en capacidad de argumentar a propósito de la pretensión de validez de un determinado enunciado (Gómez, 2012, p. 78).

Respecto a la *teoría consensual de la verdad*, es de resaltar que su configuración se asemeja al tipo de verdad que se puede configurar en la mediación, pues, la verdad en la mediación es predicada de los enunciados, los cuales reciben su fuerza asertórica en tanto se circunscribe en un acto constatativo del habla, es decir, un acto del habla por medio del cual se afirma un hecho. En la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, las partes al exponer los hechos que constituyen el conflicto de intereses configuran los presupuestos fácticos sobre los cuales se sustentan sus propios intereses y necesidades frente al conflicto, dicha exposición de los hechos por cada una de las partes se inserta dentro de los actos constatativos del habla por cuanto el discurso de dichas partes se puede comprender como una sucesión articulada de enunciados con pretensión de ser verdaderos, por lo que no resulta complejo articular este escenario a los presupuestos dados por Habermas en la *teoría consensual de la verdad*.

Cabe resaltar entonces, que precisamente también en la mediación, el consenso entre las partes, y concretamente el consenso frente a la verdad que se configura con respecto al conflicto sirve de presupuesto para llegar a la concreción de un acuerdo entre los actores involucrados; máxime cuando se afirma que la mediación está cimentada sobre la libre determinación de las partes, frente a las cuales el mediador solo es un tercero imparcial que ayuda en la comunicación entre ellas, toda vez, que son las mismas partes las que, de común acuerdo, valga decir en consenso, quienes resuelven su propio conflicto.

La cultura emocional y el consenso en el marco de una sociedad pluralista

Los conflictos inmersos al interior de una sociedad pluralista, están atravesados por un contexto emocional, en tanto que, en dichos conflictos intervienen actores que vistos de manera colectiva o individual están insertos en una misma cultura emocional, aunque matizada por el pluralismo inmanente

de las sociedades complejas contemporáneas, dentro de las cuales se hace necesario el reconocimiento de la diferencia y la reivindicación de las minorías desde la perspectiva de valores sociales. Esto configura una dimensión muy compleja de la forma de abordar los conflictos, pero también constituye una perspectiva que arroja más luces sobre la forma de ver el consenso como estrategia para gestionar dichos conflictos.

En torno a lo anterior, una comprensión de la gestión de los conflictos sin considerar las emociones no alcanza a dimensionar dicha cuestión, en un sentido que recoja las necesidades e intereses de los actores individualmente considerados e incorporados en una democracia deliberativa. En este sentido la propuesta de Martha Nussbaum se constituye como referente para comprender las dinámicas del consenso dentro de las sociedades pluralistas, pero al mismo tiempo ofrece luces para comprender las dinámicas de legitimidad, aceptación y consenso por parte de los individuos integrantes de una sociedad pluralista, en la cual se tiene como presupuesto una democracia deliberativa.

Para Nussbaum *“en cualquier sociedad moderna, los ciudadanos tienen diferentes visiones del significado y del propósito de la vida; algunos una visión religiosa, otros una visión secular. Los principios políticos deberían reconocer y respetar dicha diversidad”* (Nussbaum, 2015, p. 47). Esto a la vez constituye un presupuesto indispensable en las sociedades pluralistas.

En este orden de ideas, se puede definir una sociedad pluralista como *“aquella en la que conviven distintas propuestas de vida en plenitud que entran en diálogo entre sí y se descubren unos mínimos compartidos de justicia, que componen su ética cívica común”* (Cortina, 2010, pág.35). En contraposición a este tipo de sociedades cabe citar las sociedades monistas, las cuales son aquellas que se construyen sobre un solo proyecto de vida para el conjunto de la sociedad. Sin embargo, también vale citar las sociedades *“moralmente politeístas, dotadas de unos proyectos de vida buena tan distintos que ni siquiera pueden dialogar entre sí y descubrir principios de justicia comunes”* (Cortina, 2010, p. 35).

Para articular la idea del consenso en las sociedades pluralistas con la idea de la cultura de las emociones, es indispensable ubicar teóricamente dicha idea de consenso en la línea de estudios filosóficos de la teoría del liberalismo Rawlsiano en contraste, con algunos aportes que hace la teoría de la acción

comunicativa de Habermas. Esto, para entender que el consenso va más allá de la comprensión racional de las cosas, lo cual se observa precisamente en la forma en la que operan las emociones en el marco consensual del diálogo de los sujetos que conforman una sociedad pluralista enmarcada en las líneas de una democracia deliberativa.

Rawls hace alusión a la idea de consenso, como una forma de construir la comunidad política en medio de las diferencias, los dilemas y las disputas que dan lugar al conflicto. Esto implica que hay que ir más allá del conflicto como parte de la idea de cultura política; lo cual a su vez, se integra a la idea de razón pública. En este orden de ideas, la única alternativa para Rawls es el pluralismo ante la presencia de una sociedad contemporánea.

(...) la política se impone la tarea de armonizar el orden social, pero choca con una heterogeneidad de puntos de vista altamente disonantes que amenazan ese orden, tiene ante sí dos opciones. La primera es reprimir esa heterogeneidad de tal forma que sólo haya un fin y una sola noción de vida buena que funcionen como cohesionadores del orden social. Eso es lo que prefiere una sociedad pre moderna; pero en una moderna, pluralista, y democrática, esta opción no tiene cabida (Delfín, 2008, p. 39).

La idea de consenso, tiene lugar principalmente en las sociedades pluralistas con prácticas propias de la democracia deliberativa, en la cual se vislumbra esta propuesta como la mejor manera de vivir en medio de la diferencia. La correspondencia entre los principios de Rawls y el contenido de las Constituciones enmarcadas dentro de una democracia deliberativa es notoria cuando se advierte que el conjunto de libertades básicas consideradas, se encuentra contemplado en la estructura de la asignación de derechos de este tipo de sociedades dentro de su Constitución. Este conjunto está especificado por las libertades políticas, la libertad de expresión y de reunión, la libertad de conciencia y de pensamiento, la libertad personal y la protección frente al arresto y detención arbitrarios (Delfín, 2008, p. 39).

La defensa del pluralismo y de la igualdad, no solo es teórica, es también la práctica desde la filosofía política, un asunto difícil de comprender para aquellos a quienes les incomoda el mundo real. La teoría para muchos suele ser un

escudo y una máscara con la que se cubren los miedos de enfrentar un mundo completamente diferente al construido por ellos, es así que

En las sociedades moralmente pluralistas, las distintas ofertas de vida feliz se presentan en la esfera pública, las aceptan aquellos ciudadanos a los que resulten atractivas y el conjunto de la sociedad se compromete a respetar las ofertas ajenas como un mínimo de justicia irrenunciable (Cortina, 2010, p.35).

(...) educarse para la convivencia en medio de la diferencia implica entender los motivos que llevan al uso de la razón pública, porque es la única opción que tiene lo político en una sociedad democrática donde las personas que la habitan carecen de las mismas creencias religiosas, morales, y filosóficas (Delfín, 2008, p. 40).

La idea de consenso, en Rawls, puede ser observable cuando cada parte en medio de sus diferencias expone los hechos en los que se configura el conflicto. A lo cual seguidamente, y para darle fuerza a los enunciados que se articulan a su discurso, las partes acuden a argumentarlos, y mientras más argumentos sólidos esgrima a la otra parte, se puede lograr de ésta un consenso frente a dicho discurso. En dicho consenso se configura un espacio de encuentro con el otro, con sus emociones, necesidades, e intereses; una búsqueda de identidad entre las dos partes “el yo” y “el otro, que no es idéntico al yo” sobre un punto en particular, y desde esa perspectiva Habermas también concibe esa coexistencia: *“El yo como identidad de lo general y lo particular sólo puede ser concebido a partir de la unidad de un espíritu que vincula la identidad del yo con otro que no es idéntico con él”* (Habermas, 2001, p. 17).

Nussbaum, precisamente desde la perspectiva de Rawls entiende como el consenso en una sociedad democrática tiene como presupuesto que en términos prácticos *“todos los ciudadanos coincidan siempre que respalden unas normas básicas de igualdad de respeto para todos y todas”* (Nussbaum, 2014, pág. 19), lo cual no es otra cosa que lo que Rawls denominó “consenso traslapado” o “consenso entrecruzado” (Cfr. Rawls, 1995). Es en este punto en donde tiene lugar la implicación e influencia del concepto de cultura de las emociones, pues para Nussbaum es posible *“imaginar vías a través de las cuales las emociones puedan servir de apoyo a los principios básicos de la cultura política de una*

sociedad imperfecta pero aspiracional (es decir, que aspira a cumplir con unos ideales)” (Nussbaum, 2014, p.19).

Las emociones desde esta perspectiva no pueden confundirse con impulsos o simples pasiones como tal, pues desde Nussbaum las emociones “*incluyen también valoraciones que tienen un contenido evaluativo*” (Nussbaum, 2014, pág. 19), es decir las emociones no tienen una connotación meramente pasional sino que también tienen un contenido, el cual desde la perspectiva política y desde el contexto social puede estar mediado por influencia directa o indirecta del Estado. Esto resulta problemático para una “*sociedad democrática si el Estado aprovecha dicha circunstancia para preordenar o configurar una serie de emociones en torno a unos intereses particulares, pues “sería, pues, objetablemente sectario que un gobierno se dedicara a generar emociones intencionales”* (Nussbaum, 2014, p. 19).

Este es un escenario que brinda la oportunidad de reafirmar principios básicos de la cultura política en una sociedad democrática, pues desde la identificación de una cultura de las emociones “*puede esperarse que todos los ciudadanos coincidan siempre que respalden unas normas básicas de igualdad de respeto para todos y todas: el área de lo que Rawls denominó el «consenso entrecruzado»*” (Nussbaum, 2014, p. 19).

Lo anterior pone de presente una utilidad pragmática a la reflexión sobre la cultura emocional en el consenso en una sociedad democrática, y es que, tal como lo menciona Nussbaum, una vez la sociedad es consciente de la dinámica que juegan las “emociones políticas” en ella, se puede considerar la posibilidad de que el Estado mismo pueda aprovecharse de dicha dinámica; la cual, es posible en la medida de que como respuesta la misma sociedad pueda intervenir en la formación misma de dichas emociones. Ya sea desde la perspectiva de la formación preordenada propiamente dicha de emociones sociales o desde la posibilidad de inhibir la formación de ciertas emociones en sociedad. Un ejemplo claro de esto último, es la referencia que al respecto hace Nussbaum acerca de la inhibición sobre la formación del *asco hacia grupos de conciudadanos y/o conciudadanas* (Nussbaum, 2014, p. 20) por cuanto atentan contra principios de igualdad y respeto de la dignidad humana.

No obstante lo anterior, es necesario considerar también que desde la perspectiva de una cultura de las emociones, es viable para el Estado requerirle a

los ciudadanos acuerdos o consensos que pervivan en el tiempo sobre asuntos fundamentales que son del resorte de un Estado Constitucional, pero que estén en armonía con presupuestos fundamentales y garantías propias de las sociedades pluralistas.

Es aquí cuando toma más fuerza la tesis de Rawls referente a que las emociones sirven de *“apoyo a los principios y las instituciones de la sociedad no de manera mecánica, es decir, sólo porque dicha sociedad se entienda meramente como un modus vivendi útil para todos, sino desde un respaldo entusiasta a las ideas básicas de justicia que en ella se valoran especialmente”*. (Nussbaum, 2014, p. 24).

Nótese que Nussbaum resalta que la influencia de las emociones no solo recae sobre una legitimación directa o indirecta de los principios de sociedad, sino también de sus instituciones; lo cual a su vez, implícitamente vincula al Estado como institución desde la perspectiva del poder central o descentralizado, pero también vincula a la sociedad y a las instituciones que surgen desde abajo, es decir desde la sociedad misma.

Por último, es importante resaltar que Nussbaum reconoce que aparte de las emociones propiamente dichas, también intervienen otras “invocaciones” que no tienen que ver directamente con las emociones, estas tienen un impacto en las mentes de los individuos, las cuales a su vez encausan a dicha sociedad a observar en consenso ciertos principios, tales “invocaciones” son para Nussbaum *“el uso de los símbolos, las conmemoraciones, la poesía, las narraciones o la música”* (Nussbaum, 2014. p. 24), esto toda vez que en palabras de Nussbaum, dichas invocaciones desempeñan *“un papel motivador clave en relación con el amor a las instituciones justas: la posible necesidad, en definitiva, de unas invocaciones emocionales que encausen nuestras mentes hacia los principios generales y en las que esos principios mismos estén a veces incrustados”* (Nussbaum, 2014, p. 24).

En este orden de ideas, La cultura emocional en el marco de una sociedad pluralista permite una comprensión flexible de las situaciones que pueden emerger como fruto de la convivencia, permite entender cada situación conforme al contexto en el cual se consideran a los individuos como sujetos insertos en realidades íntimas para cada uno, vistas desde su perspectiva, pero

también entendiendo que hacen parte de una totalidad en la que convergen como actores y como ciudadanos.

La gestión de conflictos a través de la mediación como estrategia de formación de la cultura emocional

La gestión de conflictos⁵ a través de la mediación permite -tal como se ha mencionado con anterioridad- que las partes o actores⁶ involucrados en un problema lleguen a un acuerdo que resuelva o transforme su conflicto con la ayuda de un tercero neutral llamado mediador. Es significativo apreciar como en la mesa de negociación de una mediación entran en juego emociones que desde su carga afectiva y cognitiva directa e indirectamente tienen efectos sobre la construcción de un consenso entre las partes del conflicto.

Cabe resaltar que las emociones aquí consideradas trascienden de la simple reacción biológica o fisiológica supeditada a la experiencia privada o personal de cada sujeto en la mesa de negociación; pues las emociones aquí se abordan como un producto intersubjetivo que implica juicios de valor compartidos socialmente dentro de un mismo contexto y ligados a un doble juego de percepciones e ideas (como creencias, o juicios valorativos por ejemplo) reconocidas ontológicamente desde dicho contexto social.

Las emociones así consideradas están insertas a la vida en comunidad y tienen valor comprensivo en tanto que tienen significación asignado directa o indirectamente, consciente o inconscientemente por la misma comunidad, de ahí que las emociones están permeadas por convencionalismos sociales mediados por percepciones compartidas que están ligadas a una carga cognitiva y afectiva específica.

5 Vinyamata Camp (2004, p. 125) define el concepto de conflicto como *“lucha, desacuerdo, incompatibilidad aparente, confrontación de intereses, percepciones o actitudes hostiles entre dos o más partes (...) connatural con la vida misma, está en relación directa con el esfuerzo por vivir (...) se relacionan con la satisfacción de necesidades básicas”*

6 Se utiliza aquí el término de partes o actores, para identificar las personas directamente implicadas en el conflicto. Esto presupone distinguir entre quien está directamente involucrado en el conflicto y quien no lo está. También significa que hay que considerar que en las disputas interpersonales usualmente sólo hay dos personas implicadas directamente, sin embargo, como lo diría Lederach (1990, p. 139) *“un conflicto en la escuela, la iglesia o en el barrio, casi siempre enreda a múltiples personas y grupos, incluso si en su origen sólo hubo problema entre dos. (...) es indispensable que se determine quiénes están directamente involucrados y quienes, aunque no estén directamente implicados, pueden influenciar la dirección y el resultado del proceso”*, entendiendo proceso como *“la manera en que el conflicto se desarrolla y cómo la gente trata de resolverlo, para bien o para mal”* (Lederach, 1990, p. 141).

Desde esta perspectiva, las emociones están revestidas del potencial para establecer relaciones interpersonales en la sociedad y al mismo tiempo sustentan la capacidad para concretar el reconocimiento del otro en la mesa de negociación, toda vez que la significación social y el sentido convencional de las emociones dentro de un mismo contexto se trasladan a la mesa de mediación, de tal modo que las emociones allí manifestadas se pueden alinear a los discursos o narrativas que se explicitan entre las partes en colaboración con el mediador a fin de enrutar a los actores en conflicto hacia el reconocimiento mutuo, el acercamiento a puntos en común y en suma, al logro de un consenso. Lo anterior es una consecuencia de los efectos de las emociones (en especial las emociones morales) sobre la capacidad de juzgar moralmente e incluso decidir y obrar de acuerdo a ese juicio moral.

Si bien, la emoción es un elemento psicológico, es *“en mayor medida un elemento cultural y social (...) las emociones son significados culturales y relaciones sociales que están muy fusionados y que es esa estrecha fusión lo que les confiere su carácter enérgico y, por lo tanto, prerreflexivo y a menudo semiconsciente”* (Illouz, 2007, p. 16) y en esta medida se encuentran insertas en los marcos culturales de la sociedad.

En este orden de ideas, las emociones tienen su conexión directa con la cultura, entendiendo esta como el *“conjunto de creencias y prácticas concretas que se asumen con distintos grados de consenso, aceptación, reconocimiento y compromiso. El análisis cultural concentra su interés en los significados, discursos, valores, marcos culturales, formas narrativas, esquemas culturales o cognitivos”* (Rodríguez, 2008, p.146), dicha conexión de las emociones con la cultura se evidencia en sus efectos sobre la sociedad, en tanto que se constituyen en *“aspectos profundamente internalizados e irreflexivos de la acción, pero no porque conlleven suficiente cultura y sociedad, sino porque tienen demasiada de ambas”* (Illouz: 2007, 16).

Es así, como al establecer la relación entre emociones y cultura, ya sea como elemento cultural propiamente dicho, o como un producto intersubjetivo permeado por la misma cultura, lo que se pretende es destacar que la subjetividad de las partes en la mesa de negociación no escapa al mundo social, independientemente de que, en la mesa de mediación solo estén presentes dos personas enfrentados a la resolución de un conflicto particular que solo le afecta a ellos mismos.

De acuerdo a esto, si la autonomía de la voluntad manifestada en la mediación -en tanto que esta es voluntaria- se exterioriza de manera intersubjetiva no solo en la palabra hablada sino en el metalenguaje, es de afirmar -tal como se ha mencionado hasta aquí- que esa subjetividad exteriorizada se inscribe en el mundo social, en tanto que implica un proceso de subjetivación anclado a la cultura y al contexto que comparten las partes y que enmarca el conflicto que traen a colación en la mesa de mediación.

Por lo anterior, cabe afirmar, que desde el análisis de las emociones que se explicitan en una mediación, no solo se pueden establecer pistas para la comprensión de la subjetividad de las partes frente al conflicto, sino que también se pueden identificar los efectos de la cultura emocional en un contexto dado sobre la forma en que las partes se enfrentan a la resolución de sus problemas interpersonales. En este sentido, es de mencionar por ejemplo que desde nuestra coyuntura en Colombia, con el proceso de paz, la firma de los acuerdos con las FARC y el actual panorama de post-acuerdo, se han fortalecido diversos discursos de reconciliación y perdón, a la par, que se han incentivado prácticas sociales en este sentido, de la mano de la implementación de marcos normativos que directa o indirectamente están articulados con discursos políticos emanados desde la institucionalidad del Estado y que tienen efectos específicos en pro del cultivo en la sociedad de ciertas emociones políticas y/o morales, que implícitamente tienen repercusiones sobre los juicios morales y a su vez sobre la respuesta moral no solo de la colectividad en su conjunto sino también de la subjetividad en particular.

En otras palabras, el panorama actual de reconciliación nacional, directa o indirectamente está generando no solo la implementación de políticas de perdón y en algunos casos de olvido -en tanto que a la decisión de perdonar se conecta o articula la renuncia a perseguir una reparación en sentido no simbólico-, sino que también, a la par de estas políticas se están erigiendo discursos y prácticas sociales que cultivan emociones políticas frente al transgresor que quiere reconciliarse, las mismas emociones que también se trasladan a las esferas más particulares como lo son los conflictos intersubjetivos gestionados a través de la mediación.

Conclusiones

Desde la perspectiva argumentativa aquí desarrollada, si en el país la gestión de un conflicto interno a nivel nacional ha generado una cultura de las emociones que lleva inserta una respuesta emocional convencional o compartida frente a las políticas de perdón y olvido enmarcadas en la posibilidad de una reconciliación nacional y si esa misma cultura emocional tiene efectos sobre las emociones de los individuos insertos en ese contexto de reconciliación cuando estos se enfrentan a gestionar sus propios conflictos particulares, es así mismo posible considerar, que desde la mediación se promuevan igualmente la reconciliación y el perdón y que desde estos presupuestos directa o indirectamente se tenga efectos sobre las percepciones e ideas de las partes en la forma como asumen el conflicto y su gestión, así como también, sobre las emociones que alrededor de esta gestión tienen lugar, de modo que no sólo la mediación se inserta como práctica social a las políticas de perdón y reconciliación, sino que a la vez contribuye a la formación misma de la cultura emocional enmarcada en la gestión de conflictos.

Referencias bibliográficas

- Cortina, A. (2010). *Justicia Cordial*. Madrid: Trotta.
- Delfín, I. G. (2008). *La filosofía y la política en el pluralismo: La meta del último Rawls*. Siglo del hombre editores.
- Illouz, E. (2006 Suhrkamp Verlag/2007 Katz). *Intimididades congeladas. Las emociones en el capitalismo*. Katz Editores. Madrid. Buenos Aires.
- Gómez Marín, R. A. *Breves tratados de Lógica y Argumentación, Un enfoque integrado para humanistas*. Primera edición, Medellín, 2012. Fondo Editorial Universidad Eafit.
- Habermas, J. (2001). *Ciencia y técnica como “ideología”*. Madrid: Tecnos.
- Lederach, J. P. (noviembre de 1990). Elementos para la resolución de conflictos. *Educación en Derechos Humanos*, (Nº. 11), pp. 153-156.

- Moore, C. (1995). *El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Barcelona: Ediciones Granica.
- Nussbaum, M. (2014). *Emociones Políticas, ¿Por qué el mor es importante para la justicia?* Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, M. C. (2015). *La economía aún necesita de la filosofía*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Rawls, J., (1995). *Teoría de la justicia*, México, FCE.
- Rodriguez S., T. (2008). El valor de las emociones para el análisis cultural. *Papers*. 87, pp. 145-159.
- Vinyamata Camp, E. (2003). *Aprender Mediación*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Vinyamata Camp, E. (2004). *Conflictología. Curso de Resolución de conflictos*. Barcelona: Ariel.

Relación entre el concepto de ilicitud sustancial y el concepto de antijuridicidad propio del derecho penal¹

Cesar Augusto Bedoya Ramírez²

Resumen

La discusión sobre el contenido dogmático sobre estos dos importantes principios que se constituyen en la base de la configuración del injusto penal y del ilícito disciplinario, ha devenido en diversas construcciones doctrinales y jurisprudenciales que van desde aquellas que han predicado que ambos contienen igual significado y estructura y que sus efectos en relación al poder sancionatorio del estado son iguales, hasta aquellas que han establecido marcadas diferencias, desde las cuales incluso se ha podido establecer la independencia entre el derecho penal y el derecho disciplinario. Este artículo resuelve el interrogante sobre si existe relación entre ambos principios, partiendo de la base que ambos tienen un desarrollo legal en sistemas sancionatorios cuyos fines están claramente determinados y son independientes, identificando sus principales notas características y señalando los efectos que su aplicación genera en cada uno de estos sistemas en que están insertos.

Palabras clave: ilicitud sustancial, antijuridicidad, derecho penal, ordenamiento jurídico colombiano.

Introducción

La estructura de la conducta reprochable tanto penal como disciplinaria, contiene elementos de igual naturaleza tales como la tipicidad y la culpabilidad, sin embargo, existe un elemento estructural de la conducta penalmente

¹ Capítulo de libro de investigación resultado del proyecto titulado “Estudio jurídico sobre la ilicitud sustancial en Colombia”, realizado en el segundo semestre del año 2018 en el semillero de investigación innovación jurídica del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana - Sede Medellín

² Abogado especialista en derecho administrativo. Docente tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana. E-mail: cbedoya@coruniamericana.edu.co

reprochable que es diametralmente diferente en su naturaleza con su par estructural en materia disciplinaria.

La antijuridicidad, elemento al que nos referimos en materia penal, encuentra una similitud básica desde la función que desempeña en la estructura del ilícito y el injusto con su par disciplinario denominado ilicitud sustancial. Esta similitud consiste en que ambos determinan la afectación de la conducta que, presuntamente, vulnera la norma de prohibición.

La lesividad, entendida como el grado de afectación de la conducta al bien u objeto de protección de la norma, si bien establece un punto de congruencia de estos elementos estructurales, no abarca todo su contenido toda vez que ambos difieren esencialmente en el objeto de protección jurídica.

Así encontramos que el objeto de protección propio del derecho penal es el bien jurídico tutelado, descrito a través de la norma de prohibición, en un marco normativo de legalidad de sistema cerrado; el objeto de protección del derecho disciplinario, descrito a través de la norma que impone deberes y obligaciones, en un marco de legalidad de sistema abierto, es el deber funcional. De esta forma encontramos en nuestro sistema penal de responsabilidad que *“para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”* (Congreso de la República, Ley 599 de 2000, art. 11) y encontramos en nuestro sistema disciplinario de responsabilidad que *“la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.”* (Congreso de la República, Ley 734 de 2002, art. 5).

Obsérvese como nota de igual similitud el hecho de la exigencia de la inexistencia de una causa justa, de una causal de justificación, como exigencia para indilgar responsabilidad a un sujeto, pero dirigida a la protección de objetos diferentes. En materia disciplinaria no se exige una simple lesión o puesta en peligro del deber funcional, se exige una afectación sustancial al mismo.

De las causales de justificación, desarrolladas tanto en el sistema penal de responsabilidad como en el sistema disciplinario de responsabilidad de los servidores públicos y en muchos otros sistemas normativos, es preciso señalar que cuentan, como sistema de exclusión de responsabilidad por antonomasia, de las mismas características y en consecuencia de los mismos efectos en el

plano de aplicación. Podemos afirmar que, aunque descritas de forma individual en cada sistema, la mayor consecuencia en su aplicación es la exclusión de responsabilidad bien penal o bien disciplinaria, lo que convierte indefectiblemente a la conducta presuntamente violatoria de la norma en una conducta de la cual se puede predicar conforme a derecho o legal.

Sin embargo, esta nota característica no puede conducirnos al error de considerar que excluida la responsabilidad de un sujeto por la concurrencia de una causal de justificación en materia penal, excluiría de forma automática la responsabilidad de carácter disciplinario y viceversa toda vez que ambos sistemas gozan de una independencia normativa plenamente definida, precisamente afincada en la diferencia de sus objetos de protección, y si bien en algunas de las conductas podría afirmarse que ante la exclusión de la responsabilidad penal es posible excluir de igual forma la responsabilidad disciplinaria y viceversa, no será por la vía de la cosa juzgada toda vez que no existe la posibilidad de una pre judicialidad entre estos dos sistemas.

Sobre la independencia de ambos regímenes, ha señalado la Corte Constitucional en su sentencia C- 762 de 2009, de forma clara, que:

“el derecho sancionador es una categoría jurídica amplia y compleja, por la cual el Estado puede ejercer un derecho de sanción o *ius puniendi*, destinado a reprimir conductas que se consideran contrarias al Derecho, es decir, a los derechos y libertades u otros bienes jurídicos protegidos. Dentro de sus manifestaciones, se han distinguido de un lado el derecho penal delictivo, que por lo mismo que está encaminado a proteger bienes jurídicos más preciados para el ordenamiento admite la punición más severa, y de otro, los que representan en general poderes del Derecho administrativo sancionador, como es el caso del contravencional, del disciplinario y del correccional, en el que el derecho disciplinario procura asegurar el cumplimiento de deberes y obligaciones por parte de servidores públicos o profesionales de determinadas profesiones como médicos, abogados o contadores.

Entre los diversos tipos de derecho sancionador existen diferencias: es así como en el derecho penal no sólo se afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se di-

rigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso y admite una punición más severa. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, por lo que las sanciones aplicables son de diferente entidad.”(Corte Constitucional, Sentencia C- 762 de 2009, J. Henao).

Sobre la prejudicialidad en material disciplinaria, la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del numeral primero del artículo 48, “Faltas gravísimas” y ante el cargo que se le formulara sobre la vulneración al principio de sujeción de la administración a los pronunciamientos judiciales, señaló que:

El Congreso de la República, en ejercicio de la potestad de configuración legislativa, consideró entre las faltas gravísimas aquellas conductas realizadas objetivamente y que correspondan a una descripción típica consagrada como delito; es decir, “el juez disciplinario” deberá verificar que el comportamiento del procesado concuerde con la descripción prevista en la legislación penal, sin que las decisiones de la autoridad encargada de aplicar la norma que se examina estén condicionadas al pronunciamiento de una autoridad judicial. Según la disposición sub examine, el proceso disciplinario podrá comenzar con la noticia sobre la realización de la conducta que en ella se menciona, teniendo en cuenta que *“el juez disciplinario” no puede imponer sanciones derivadas de la responsabilidad objetiva, sino que su función es la de verificar si el comportamiento causante del proceso se llevó a cabo con dolo o culpa* (Corte Constitucional, sentencia C-720 de 2006).

Estando claro el concepto de independencia de ambos sistemas de responsabilidad tendría que agregar como complemento a lo señalado por la Corte que previo al establecimiento del elemento de culpabilidad en la conducta disciplinariamente reprochable, es preciso analizar el elemento de ilicitud sustancial o el de antijuridicidad material como corolario de la proscripción de la responsabilidad objetiva en los sistemas de responsabilidad tanto disciplinaria como penal.

Así las cosas, analizaremos el principio de antijuridicidad, teniendo claro su dimensión formal y material, las características del mismo y los efectos jurídicos de su aplicación. De igual forma analizaremos el principio de ilicitud sustancial para finalmente señalar la relación que se tiene entre el concepto de ilicitud sustancial con el concepto de antijuridicidad, partiendo desde su nota diferenciadora esencial: La finalidad de cada uno de los sistemas normativos en los cuales se insertan.

Desarrollo

la antijuridicidad, principio fundamental de la configuración del ilícito penal.

El principio de antijuridicidad, encuentra su consagración legal en el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos: “*Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.*” (Congreso de la República, Ley 599 de 2000, art.11).

De esta definición normativa, se puede establecer que el principio está estructurado por dos elementos, uno formal y otro de contenido material. El primero verifica que la conducta haya lesionado o puesto en peligro el bien jurídico tutelado, que no es otro que el objeto de protección de la ley penal; el segundo obliga que una vez establecida esta presunta lesión o puesta en peligro, la conducta se haya desplegado sin la concurrencia de una justa causa.

Con referencia al primer elemento es preciso advertir que no es una verificación de si la conducta desplegada está consagrada como delito en el compendio de prohibiciones que contiene la ley penal; esta labor la cumple el principio de tipicidad como base de la estructura del ilícito penal.

La labor que desempeña este principio de antijuridicidad formal, va dirigida de forma clara y directa a corroborar que la conducta haya lesionado o puesto en peligro los bienes tutelados, es la correspondencia de la voluntad del sujeto, materializada en una conducta de hacer o no hacer con la prohibición.

Ahora bien, el segundo elemento, de contenido material, tiene el propósito de identificar que a la voluntad desplegada por un sujeto y materializada en una conducta de hacer o no hacer, no haya concurrido una justa causa.

Es decir, no es suficiente que con el ejercicio de una voluntad materializada en una conducta de hacer o no hacer, se haya puesto en peligro o efectivamente lesionado un bien jurídico tutelado, sino que es preciso que esta puesta en peligro o lesión se haya producido sin la concurrencia de una causa justa, de una causal de justificación.

Es clara la definición al señalar que el objeto de protección de la ley penal son bienes jurídicos, objeto que cobrara vital importancia a la hora de diferenciarle de otros sistemas de responsabilidad y naturalmente del contenido de otros principios estructurales como la ilicitud sustancial propia del derecho disciplinario con el cual guarda notas características similares.

Tenemos entonces desde la definición normativa de antijuridicidad una estructura: una con contenido formal y otra de contenido material, sobre la cual es preciso advertir que no son independientes entre sí, sino que requieren de su concurrencia para poder afirmar la existencia del mismo como un todo.

De igual forma es vital resaltar la exigencia de la no concurrencia de una justa causa para que la conducta sea antijurídica, lo que nos remite indefectiblemente a las causales de justificación como sistema normativo de carácter restrictivo que hace que algunas conductas que en apariencia vulneran la norma de prohibición, se tornen en lícitas o justificadas, y es restrictivo porque requieren de consagración legal, es decir, no cualquier causa justifica la conducta que viole la ley penal, incluso sin tener un contenido explícito en la descripción normativa referenciada, se advierte que las causales de justificación están enmarcadas bajo el principio de proporcionalidad, el cual es preciso advertir que tiene dos sentidos: el primero, bajo el cual presupone la obligatoriedad de ponderar bienes jurídicos de rango constitucional y el segundo, que la sanción a imponer dependa proporcionalmente al daño provocado por la conducta señalando incluso que en este sentido, el legislador ha previsto como un atenuante de la punibilidad el exceso en las causales de justificación.

Sobre el primer sentido, ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente:

“Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad (Código Penal, art. 4) al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o ‘prohibición de exceso’, deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).”

[...]

“El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales, sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales.” (Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1996, E. Cifuentes).

De igual forma, sobre el segundo sentido, ha señalado la Corte:

“Por otra parte, esta corporación ha señalado que en el desarrollo de la función de determinar las conductas punibles y las penas correspondientes, con fundamento en la cláusula general de competencia derivada de los Arts. 114 y 150 superiores, el legislador goza de una potestad amplia de configuración normativa, que le permite crear o excluir conductas punibles, fijar la naturaleza y la magnitud de las sanciones, lo mismo que las causales de agravación o de atenuación de éstas, dentro del marco de la política criminal que adopte.

Igualmente, la Corte Constitucional ha indicado que dicha potestad no es, sin embargo, ilimitada, ya que está sometida a los límites establecidos por los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución y, en particular, por el principio de proporcionalidad” (Corte Constitucional, Sentencia C-238 de 2005. J.Araujo).

Características generales del principio de antijuridicidad:

Es un principio de consagración legal

En nuestra Constitución Política ni en otro instrumento supra constitucional, encontramos una consagración explícita del principio de antijuridicidad como si se encuentra con otros principios como el de legalidad, tipicidad, debido proceso, presunción de inocencia o el de culpabilidad.

Sin embargo, se ha planteado como uno de los tantos desarrollos del principio de proporcionalidad que se presentan en el ordenamiento jurídico. Así es preciso advertir que el principio de antijuridicidad, en su perspectiva material, se ha constituido como un límite imprescindible en el momento de la valoración de la conducta presuntamente violatoria de la norma de prohibición, al solo considerar punibles aquellas que dañen o coloquen en peligro los bienes jurídicamente tutelados por el legislador sin la concurrencia de una causal que la justifique.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, ha señalado que

“se tiene establecido que la antijuridicidad, como elemento estructurante del delito, debe ser entendido en sentido material y no solo desde su perspectiva formal, es decir como la mera disconformidad de la conducta con el ordenamiento legal.

Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tu-

telado.” (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 18 de noviembre de 2008, Radicado: N° 29183).

Se encuentra estructurado por dos elementos que concurren a su estructura

La antijuridicidad se encuentra estructurada por dos elementos, el primero de contenido formal y un segundo de contenido material.

La antijuridicidad formal, expresa la contradicción de la conducta típica y la norma abstracta que contiene el tipo penal.

La antijuridicidad material, expresa la lesividad que la conducta típica y formalmente antijurídica ha producido a los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento, traducidos como la lesión o puesta en peligro de los mismos sin una justa causa.

Esta estructura del principio se relaciona directamente con el principio de intervención mínima, conforme al cual el derecho penal solo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescriptibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados de carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de ultima ratio y su naturaleza subsidiaria o accesorio, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual solo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal.” (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 8 de agosto de 2005. Radicado: N° 18609)

No es posible desligar el elemento formal del material a la hora de analizar la antijuridicidad de la conducta, así como tampoco es posible desligar a la antijuridicidad del análisis de la tipicidad.

El precepto normativo establece la obligatoriedad de analizar el conjunto estructural del principio pudiendo establecerse como máxima que no existe antijuridicidad sin la concurrencia del elemento material al análisis formal de la conducta típica.

Tiene como límite la tipicidad, sin tipo penal no existe injusto.

No es posible entrar al análisis de la antijuridicidad de una conducta sin establecer en primer lugar la tipicidad de la misma.

Una vez establecida que la conducta estudiada se encuadra al interior de la descripción jurídico penal, deberá valorar si esta recae sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sin la concurrencia de una causal de justificación. Obsérvese que primero se requiere la adecuación típica de la conducta.

Con referencia a esta nota característica, Zaffaroni, ha señalado que

La dogmática penal ha diseñado un sistema de verificación ‘estratificado’, en el que tipicidad y antijuridicidad y culpabilidad hacen las veces de filtros por los que necesariamente, debe ‘procesarse’ la conducta del individuo; esto es así, al entenderse que en la tipicidad no es posible estructurar el injusto en su plenitud (Zaffaroni, 2002).

Se enmarca dentro del objeto de protección del derecho penal: bienes jurídicos.

La antijuridicidad así descrita, se enmarca dentro del sistema de responsabilidad penal el cual tiene como objeto la protección de bienes jurídicos, y entiéndase bien, no es objeto de la antijuridicidad la protección de bienes jurídicos, sino que esta se configura como uno de los elementos que estructuran el ilícito, desarrollando la finalidad del derecho penal.

Esta nota característica, como ya se ha expresado, se desarrolla en la aplicación lógica de los principios de proporcionalidad y de intervención mínima del estado, al considerar de obligatoria valoración, el elemento material de este principio.

Es óbice para la consagración normativa de las causales de justificación.

En nuestro sistema penal se encuentran consagradas las causales de justifi-

cación en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000, advirtiendo que allí también se encuentran consagradas otras causales de exclusión de la responsabilidad que excluyen otros elementos de la conducta punible como la culpabilidad.

El origen de estas causales de justificación se predica de la exigencia que la efectiva lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados, se realice sin una justa causa y como se ha expresado, no es cualquier causa la que justifica una conducta de la cual se pretende indilgar responsabilidad penal; solo aquellas causales contenidas en la ley (restrictivo) son las que tienen el poder de eximir de responsabilidad al sujeto procesado y hacer de su conducta, lícita o acorde al ordenamiento jurídico.

Efectos de la aplicación del principio de antijuridicidad en materia penal.

Más allá de su obligatoriedad y del importante desarrollo que esto implica de otros principios de rango suprallegal como los ya expresados, no son otros que los enumerados a continuación:

Justifica la intervención punitiva del Estado.

Esta determinación implica que ninguna intervención punitiva del estado está justificada sin que previamente se haya establecido el conflicto jurídico que proviene de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados o peor aún sin establecer el bien sobre el cual recayó la conducta. Esto permite adecuar proporcionalmente el monto de la sanción.

Exime de la responsabilidad civil ante la concurrencia de una causal de justificación de la conducta

Ante la concurrencia de una causal que justifique la conducta del agente, opera no solo como eximente de responsabilidad penal sino a su vez patrimonial.

La exclusión de la antijuridicidad, obvia el análisis de la culpabilidad

La antijuridicidad es un presupuesto lógico y sistemático del estudio de la culpabilidad de la conducta presuntamente lesiva o peligrosa. Su exclusión

ante el advenimiento de una causal de justificación, excluye el análisis de la culpabilidad.

la ilicitud sustancial, principio fundamental en la configuración del ilícito disciplinario.

El principio de ilicitud sustancial, encuentra su consagración legal en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos: “Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna” (Congreso de la República, Ley 734 de 2002, art.5).

De esta definición normativa se puede establecer que el principio está estructurado al igual que la antijuridicidad por dos elementos, uno formal y otro de contenido material. El primero verifica que la conducta ha afectado el deber funcional; el segundo obliga que una vez establecida esta afectación, la conducta se haya desplegado sin justificación.

Es decir, no es suficiente que con el ejercicio de una voluntad materializada en una conducta de hacer o no hacer, se haya afectado el deber funcional, sino que esa transgresión se haya producido sin la concurrencia de una causa justa, de una causal de justificación.

Por otro lado, es clara la definición al señalar que el objeto de protección de la ley disciplinaria es el deber funcional, contrario al de la ley penal cuyo objeto de protección son bienes jurídicos. Esta claridad es importante toda vez que desde allí se ha construido una dogmática que ha permitido establecer límites precisos y una clara independencia entre la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria, incluso, desde allí, se ha podido establecer una diferencia en cuanto a quienes están sometidos a uno y otro régimen, en el entendido que la norma penal al tutelar bienes jurídicos que el legislador considera de especial necesidad de protección para la convivencia y el desarrollo de importantes valores de la sociedad, está dirigida a todos sin excepción, sin distinciones más particulares que aquellas que exigen un sujeto calificado en algunos tipos penales y los sistemas de responsabilidad disciplinaria exigen a los sujetos que regula, unas condiciones y características especiales, derivadas de lo que se ha denominado, relaciones especiales de sujeción, como en el caso de los servidores públicos con referencia al Estado.

De igual forma, como en el principio de antijuridicidad en materia penal, es preciso advertir que estos elementos que hemos identificado (formal y material) no son independientes entre sí, sino que requieren de su concurrencia para poder afirmar la existencia del mismo como un todo.

Si bien, el concepto de ilicitud sustancial es un concepto normativo, introducido en la Ley 734 de 2002 y de construcciones jurisprudenciales y dogmáticas un tanto limitadas y recientes, a la fecha se ha podido precisar una depuración conceptual que nos permite asegurar que el hecho que la ley disciplinaria no tenga por finalidad la protección de bienes jurídicos, no significa ello que para poder determinar la infracción de los deberes y obligaciones de un sujeto, baste con la simple contradicción de la conducta con la norma; es indispensable indagar por el resultado práctico o por la afectación efectiva del interés jurídico que se persigue que no es otro que la protección de la función pública y consecuentemente y al tenor de la misma disposición normativa, que la misma se haya producido en ausencia de una causal que le justifique.

Al exigirse la no concurrencia de una justa causa para que la conducta este proveída de ilicitud sustancial, nos remite a las causales de justificación como componente normativo que permite que algunas conductas que en apariencia afectan el deber funcional, se tornen en conductas lícitas o ajustadas a derecho.

Características generales del principio de ilicitud sustancial

Es un principio de consagración legal

Al igual que el principio de antijuridicidad, en nuestra Constitución Política ni en otro instrumento supra constitucional, encontramos una consagración explícita del principio de antijuridicidad como si se encuentra con otros principios como el de legalidad, tipicidad, debido proceso, presunción de inocencia o el de culpabilidad.

Es importante señalar que en la consagración legal de principios en la Ley 734 de 2002, no se hace una referencia explícita a la tipicidad como categoría autónoma del principio de legalidad como ocurre en materia penal.

Se encuentra estructurado por dos elementos

La ilicitud sustancial se encuentra estructurada por dos elementos, el primero de contenido formal y un segundo de contenido material.

La ilicitud sustancial, en su contenido formal, expresa la contradicción de la conducta típica y la norma que en abstracto contiene la prohibición de faltar al cumplimiento de un deber que el sujeto ha aceptado cumplir al momento de su posesión.

La ilicitud sustancial, en su contenido material, expresa la afectación sustancial o insustancial del deber funcional por esta conducta, es decir da cuenta de la afectación o no al buen funcionamiento del estado y por ende de sus fines, lo que en ultimas dará sustrato del reproche disciplinario. (Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002, A. Tafur).

Esta concepción sobre la estructura del principio se ajusta mejor al tipo de finalidad que persigue el derecho disciplinario, que no es otro que encausar la conducta del servidor con la imposición de obligaciones y deberes dirigidos a una buena marcha del Estado a través del efectivo cumplimiento de los deberes en desarrollo de los fines que el mismo se ha propuesto cumplir. Es preciso para entender el alcance de la disposición normativa contenida en el artículo 5, en cuanto a la posibilidad o no de un quebrantamiento sustancial o grave, entender que en el juicio de valoración que requiere el principio aplicado a un caso concreto, se puede presentar una insustancialidad de la conducta que tendrá como consecuencia la exclusión del reproche o en términos del artículo 51 de la Ley 734 de 2002, un llamado de atención que no produce antecedente disciplinario alguno.

Se enmarca dentro del objeto de protección del disciplinario

El objeto finalista del derecho disciplinario no es otro que preservar la función pública y el correcto funcionamiento del Estado a través de la realización de sus fines.

Es marco para la consagración normativa de las causales de justificación.

El origen de estas causales de justificación se predica de la exigencia que la afectación sustancial al deber funcional, se realice sin una justa causa y como se ha expresado, no es cualquier causa la que justifica una conducta de la cual se pretende realizar un reproche disciplinario; solo aquellas causales contenidas en la ley son las que tienen el poder de eximir de responsabilidad al sujeto procesado y hacer de su conducta, lícita o acorde al ordenamiento jurídico.

Efectos de la aplicación del principio de ilicitud sustancial.

Justifica la intervención del Estado en materia disciplinaria.

Esta determinación hace alusión a que el reproche de carácter disciplinario debe fundarse en una verdadera afectación al deber funcional, lo que significa que la violación a los preceptos que le imponen al servidor deberes y obligaciones en el ejercicio de la función debe contener una clara afectación del buen funcionamiento del estado y la consecución de sus fines.

Conclusiones

La relación de estos principios, como es evidente después del análisis de cada uno de ellos, solo es posible establecerla a través de puntuales notas características afines entre uno y otro ya que desde la función que cada uno desempeña con relación al objeto, se encuentran profundas y marcadas diferencias desde las cuales incluso es posible establecer la independencia de ambos regímenes sancionadores.

Al realizar el correspondiente paralelo de sus características esenciales, podemos identificar que la relación existente entre ambos principios se reduce a que su origen es de naturaleza legal, pudiendo predicar que en ambos desarrollos se puede identificar que son desarrollos de principios supra legales como el principio de proporcionalidad y el de la intervención mínima toda vez que de ellos se predica una función limitante al ejercicio del poder sancionador del

Estado en cada una de las materias, a conductas que se correspondan con cada uno de sus elementos.

De igual forma podemos evidenciar que ambos principios se encuentran estructurados por dos elementos: uno de contenido formal y otro de contenido material, debiendo hacer una claridad al respecto: la dimensión de estos elementos es diferente en cada uno de los principios aquí analizados.

Pero al tratar sobre el objeto sobre el cual cada uno de estos principios desempeña su función, encontramos que la relación entre ambos conceptos es solo aparente y que es posible desprenderse de esas notas características que no aportan a la necesaria consistencia dogmática que se reclamaría en esta relación.

Obsérvese que el derecho disciplinario como una de las expresiones de la potestad sancionadora del estado, se encuentra directamente relacionada con la conducta que los servidores públicos deben desarrollar en ejercicio de su función. En este sentido, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos, fines y funciones estatales.

El objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública. A través de los deberes funcionales se persigue mantener la disciplina al interior de la institución estatal, estableciendo una relación de sujeción entre los servidores públicos y particulares que desempeñan una función pública y el Estado.

En esta especial relación de sujeción, se entiende que la transgresión de la norma disciplinaria se concreta al momento en que se presenta una infracción sustancial al deber funcional del servidor público, por el desconocimiento a las funciones, límites a los derechos, las prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses consagrados en la Constitución, la ley y los reglamentos.

Ahora, el derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, descrito a través de la norma de prohibición, en un marco normativo de legalidad de sistema cerrado.

Estas precisiones nos llevan a considerar que mientras en el derecho penal la conducta punible que se adecua a la descripción típica, se ajusta o adecua a ella, a través del establecimiento del injusto penal, en el derecho disciplinario la contraría, estableciéndose un ilícito disciplinario. En efecto el deber impone que ha de cumplirse con la ley, pero la conducta punible disciplinaria precisamente contiene lo contrario.

Lo anterior por cuando el modelo descriptivo no aprehende como tal la conducta punible sino el deber observable.

Referencias bibliográficas

- Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia C- 070 de 1996. Bogotá
- Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencia C- 181 de 2002. Bogotá
- Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencia C- 948 de 2002. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia C-238 de 2005. Bogotá
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia C-720 de 2006. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia. (2005). sentencia del 8 de agosto de 2005. Rad. 18609.
- Corte Suprema de Justicia. (2008). sentencia del 18 de noviembre de 2008. Rad. 29183.
- Gómez, C. (2011). Dogmática del Derecho Disciplinario. 5ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ordoñez, A. (2009). De la Ilicitud Sustancial a lo Sustancial de la Ilicitud. Instituto de estudios del Ministerio Público.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2002). Derecho Penal, Parte General. Segunda Edición. Editorial Ediar. Buenos aires,

Congreso de la República de Colombia. (2014). Código Penal y de Procedimiento Penal. Bogotá: LEYER

Congreso de la República de Colombia. (2014). Código Único Disciplinario. Bogotá: LEYER

Telederecho: un avance en la administración de justicia

José Antonio García Pereáñez¹, Astrid Elena Lince Echavarría²

Resumen

El proyecto “Diseño de un modelo de educación digital enfocado a promover los procesos de enseñanza aprendizaje a través de la implementación de una herramienta virtual de contenidos abiertos en las cárceles de las subregiones de Antioquia buscando mejorar la calidad de vida de los reclusos”, tiene como principal objetivo diseñar un modelo de educación digital que permita dar a conocer contenidos abiertos (derechos humanos, igualdad de trato de las personas LGBT, personas mayores en condición de vulnerabilidad, discapacitados, entre otros), a través de una herramienta virtual, que permita el crecimiento y desarrollo de los reclusos, guiados desde la Institución de Educación Superior, propiciando un modelo de inclusión para darle la oportunidad a los reclusos de obtener conocimiento que les servirá para mejorar su calidad de vida, cumpliendo la IES con un compromiso de responsabilidad social de llevar educación a quienes estén privados de la libertad. Para lograr este objetivo, inicialmente se comenzara la intervención en la cárcel de bella-vista ubicada en el municipio de Medellín.

Palabras clave: telederecho, Estado, justicia restaurativa, inclusión social.

1 Doctor en Bioética – Bioderecho, Universidad El Bosque, Bogotá. Magíster en Filosofía, Magíster en Comunicaciones, Magíster en Derecho, Magíster en Estudios de Literatura Bíblica, Especialista en Psicología y con estudios de Maestría en Educación, de la Universidad de Antioquia. Con estudios en Derecho de la Universidad Santo Tomás, Medellín. Filósofo, Teólogo y Licenciado en Letras, de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana, Medellín. E-mail: jgarciap@coruniamericana.edu.co

2 Abogada de la Universidad de Antioquia. Especialista en Derecho Constitucional de la misma universidad. Candidata a Magíster en Derecho Penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín. Directora del Consultorio de la Corporación Universitaria, Medellín. E-mail: astrid.lince@coruniamericana.edu.co

Introducción

En la actualidad el sistema penitenciario ha colapsado, no cuenta con una justicia restaurativa que permita de manera oportuna la resocialización de los presos y su inclusión social. Recientemente, varias voces autorizadas han alertado sobre el caos en los procesos penales. “La crisis humanitaria es insostenible. La situación de las 120.000 personas detenidas en Colombia fue preocupante en 2017 y lo sigue siendo en 2018”, dice un informe presentado el 10 de marzo de 2018 por el Comité Internacional de la Cruz Roja –CICR–.

Por lo general, todas las semanas ocurren graves incidentes en el orden judicial, que ocasionalmente son registrados por los medios de comunicación y que pocas veces, incluso, merecen un pronunciamiento oficial. Hace pocos días, el 70 por ciento de los internos de la cárcel El Bosque de Barranquilla se amotinó. Los 1.900 detenidos, confinados en un área con capacidad para 500 reclusos, reclamaban atención médica urgente. Entre ellos estaban cerca de 10 presos con tuberculosis. Simultáneamente, estallaron protestas en las cárceles El Pedregal y Bellavista en Medellín, ambas con un hacinamiento que supera el 200 por ciento, en donde los internos estuvieron en “huelga de hambre”, entre otras razones, por la falta de atención médica y porque físicamente no cabe un detenido más en esas instalaciones carcelarias. A tal punto, que para poder dormir en el suelo los detenidos deben turnarse en una especie de ‘pico y placa’.

No obstante, construir nuevas cárceles no son las únicas medidas para enfrentar ese problema. El fiscal general de la Nación, Néstor Humberto Martínez se refirió sobre este asunto en estos términos: “Si queremos avanzar en una estructura penitenciaria que dignifique al hombre y cumpla con los fines de la pena, Colombia tiene que avanzar a una reforma integral de su política criminal”.

A muchos sindicados les llega la absolución después de años de estar tras las rejas. En esa categoría existen 18.000 colombianos que han demandado al Estado. Las indemnizaciones podrían sumar 23 billones de pesos. Según el más reciente informe de la Defensoría del Pueblo, las 138 cárceles del país presentan un hacinamiento del 53 por ciento. Los penales tienen capacidad para albergar 76.553 presos, cifra que para mediados del año pasado se superó

y llegó a 117.000 internos. Esto quiere decir, que hubo un poco más de 40.000 detenidos por encima de los cupos disponibles.

Una de las opciones que se vienen implementando ante el hacinamiento en las cárceles de Colombia - con pocas repercusiones en el Estado de Opinión - es el de la Justicia Restaurativa. Para que se logre en instancias jurídicas un reconocimiento sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos, se hace necesario: la sensibilización de la población y de las instituciones, la preparación de escenarios, la formación de facilitadores idóneos, la identificación de los casos susceptibles de resarcir el daño causado a la víctima, el restablecimiento de las relaciones vulneradas y la reintegración del victimario, entre otras. Es importante la intensificación de esfuerzos al trabajo con víctimas y ofensores, en la búsqueda para lograr la reconstrucción del tejido social, aplicando los principios de la Justicia Restaurativa y de los mecanismos que se han reconocido a nivel mundial.

Por tanto, aunque existen los fundamentos jurídicos establecidos para implementar y aplicar la Justicia Restaurativa en Colombia, también existe cierta desconfianza, en ocasiones porque se confunden los mecanismos restaurativos con los resultados restaurativos, y porque ha sido bien difícil romper el paradigma de la retribución judicial.

Con todo, el propósito de este proyecto es construir una sinergia entre la programación de software interactivo mediado por el ciber-espacio y el Estado de Derecho Penitenciario Colombiano, con el mantenimiento de una “Plataforma Virtual” posibilitada con un lenguaje de programación en conceptos jurídicos, que proporcione un manual práctico a individuos y organizaciones interesados en desarrollar una alternativa de inclusión social en las cárceles del país. A esto se le ha denominado Telederecho.

Desarrollo

Adoptar como política pública una inclusión social de los privados de la libertad en la ciudad de Medellín, con una herramienta tecnológica que proporcione de manera eficaz y segura la educación jurídica en derechos para los presidiarios, como aporte para el cambio social del país.

Las causas que más afectan la relación de los reclusos con la sociedad y sus familias son el tipo de condena y la dificultad en las comunicaciones. Se necesita una administración de justicia eficiente y oportuna, preocupada por preparar al recluso para la inserción social.

El software de Telederecho permitirá que los reclusos tengan una herramienta de resocialización e inclusión social que les será útil durante su cumplimiento de la pena y para

cuando terminen de pagarla. Esta propuesta sugiere construir un tejido social a partir de la herramienta interactiva del derecho para beneficio de los privados de la libertad, con el propósito de su formación y resocialización.

A través de la herramienta de Telederecho mejorarán las condiciones de vida de los ciudadanos “privados de la libertad”, pues se invocarán para ellos descuentos punitivos, según este marco referencial:

CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO: Ley 65 de 1993:

Esta ley desarrolla los principios filosóficos de un Estado social y democrático de derecho en cuento a los derechos y beneficios administrativos que le asisten a las personas privadas de la libertad.

La privación de la libertad se presenta por dos circunstancias: la primera de ellas en sede de investigación de una conducta punible, es decir impuesta por parte de un Juez Penal Municipal con Funciones de Control de garantías, una medida cautelar personal privativa de la libertad, denominada Detención Preventiva, cuyo desarrollo legal remite a la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), título IV, régimen de la libertad y su restricción, especialmente el capítulo III “de las medidas de aseguramiento”, art. 306 a 319.

La segunda circunstancia se presenta cuando un Juez Penal con Funciones de Conocimiento, profiere una sentencia de carácter condenatoria, sin beneficio de libertad condicional, pena que resulta luego de que el ciudadano es vencido en juicio o anticipadamente por haber aceptado la responsabilidad penal en virtud de la figura jurídica del allanamiento o del preacuerdo. Para esta segunda situación, es necesario remitirse al Código Penal o código sus-

tantivo como se le denomina, al título IV “consecuencias jurídicas de la conducta punible, art. 34 al 53. Sin dejar de lado el capítulo III “de los mecanismos sustitutivos de la pena de la libertad” arts. 63 al 68 A.

Cuando la persona es condenada, puede obtener por parte del INPEC, beneficios administrativos cuya competencia es única y exclusiva del INPEC y por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad (Juez que vigila la ejecución de la pena) beneficios judiciales como la libertad condicional y la prisión domiciliaria.

Los beneficios administrativos regulados en la ley 65 de 1993, los cuales se invocarán en el ejercicio del Telederecho:

Beneficios administrativos: son todos aquellos derechos que le asisten a las personas condenadas, luego de un tratamiento penitenciario que pasa por cinco fases, que son: Observación, diagnóstico y clasificación del interno.

Alta seguridad, que comprende el período cerrado. Mediana seguridad, que comprende el período semi-abierto, Mínima seguridad o período abierto de confianza que coincidirá con la libertad condicional

A estas fases se les denomina Sistema Progresivo, según el artículo 144 de la ley 65 de 1993.

Los beneficios administrativos que invocará el Proyecto de Telederecho, están descritos en los arts. 147 al 150, de la ley 65 de 1993, así:

Art. 147, Permiso hasta de 72 horas:

Procede este beneficio administrativo cuando:

- Que interno se encuentre en fase de mediana seguridad
- Descontar una tercera parte de la pena impuesta
- No tener requerimiento de ninguna autoridad judicial
- No registrar fuga, ni tentativa de ella durante el desarrollo del proceso, ni la ejecución de la sentencia condenatoria

- Haber descontado el 70% de la pena impuesta, tratándose de condenados por delitos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializado. En cuanto a este último requisito es menester remitirse al art. 35 de la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, que indica la competencia de estos jueces, es decir de que delitos conocen.
- Haber trabajado, estudiado o enseñado durante la reclusión y observado buena conducta, certificado por el consejo de disciplina.

En caso de observar mala conducta durante uno de los permisos o se retrarde en la presentación al establecimiento sin justificación, se hace acreedor a la suspensión de dichos permisos, hasta por seis meses, pero si reincide o cometiere un delito o una contravención especial de policía, se le cancelara definitivamente los permisos de este género.

PERMISO DE SALIDA: art. 147 A Y B LEY 65 DE 1993, son de dos tipos:

Permiso de 15 días ART. 147 A:

El director Regional del INPEC podrá conceder permiso de salida sin vigilancia durante quince (15) días continuos y sin que exceda de sesenta días (60) al año, al condenado que le sea negado el beneficio de libertad condicional, siempre que estén dados los siguientes requisitos:

- Haber observado buena conducta en el centro de reclusión de acuerdo a la certificación que para el efecto expida el respectivo consejo de disciplina o quien haga sus veces
- Haber cumplido al menos las cuatro quinta (4/5) partes de la condena.
- No tener orden de captura vigente. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que le asista al funcionario judicial, se entenderá que el condenado carece de órdenes de capturas, únicamente para efectos de este beneficio, si transcurridos 30 días de haberse radicado la solicitud de información ante las autoridades competentes, no se ha obtenido su respuesta.

- No registrar fuga ni intento de ella durante el desarrollo del proceso o ejecución de la sentencia.
- Haber trabajado, estudiado o enseñado durante el período que lleva de reclusión

Permiso de un fin de semana ART.147 B:

Con el fin de afianzar la unidad familiar y procurar la readaptación social, el director Regional del INPEC, podrá conceder permisos de salida por los fines de semana, incluyendo lunes festivos, al condenado que le fuere negado el beneficio de libertad condicional y haya cumplido las cuatro quintas partes 4/5 de la pena. Siempre que se reúnen los requisitos señalados en el artículo anterior, estos permisos se otorgaran cada dos semanas y por el período que resta de la condena.

Libertad preparatoria ART. 148 ley 65 de 1993:

En el tratamiento penitenciario, el condenado que no goce de libertad condicional, de acuerdo con las exigencias del sistema progresivo y quien haya descontado las cuatro quintas partes 4/5 partes de la pena efectiva, se le podrá conceder la libertad preparatoria para trabajar en fábricas, empresas o con personas de reconocida seriedad y siempre que éstas colaboren con la normas de control establecidas para el efecto.

En los mismos términos se concederá a los condenados que puedan continuar sus estudios profesionales en universidades oficialmente reconocidas.

El trabajo y el estudio sólo podrán realizarse durante el día, debiendo el condenado regresar al centro de reclusión para pernoctar en él. Los días sábados, domingos y festivos, permanecerá en el centro de reclusión.

Antes de concederse la libertad preparatoria el consejo de disciplina estudiara cuidadosamente al condenado, cerciorándose de su buena conducta anterior por lo menos, en un lapso apreciable de su consagración al trabajo y al estudio y de su claro mejoramiento y del proceso de su readaptación social.

La autorización de que trata este artículo la hará el consejo de disciplina mediante resolución motivada, la cual se envía al Director del INPEC para su aprobación.

La dirección del respectivo centro de reclusión instituirá un control permanente sobre los condenados que disfruten de este beneficio, bien a través de un oficial de prisiones o del asistente social quien rendirá informes quincenales al respecto.

Franquicia preparatoria Artículo 149 Ley 65 de 1993:

Superada la libertad preparatoria, el consejo de disciplina mediante resolución y aprobación del Director regional, el interno entrará a disfrutar de la franquicia preparatoria, la cual consiste en que el condenado trabaje o estudie o enseñe fuera del establecimiento, teniendo la obligación de presentarse periódicamente ante el director del establecimiento respectivo. El director regional mantendrá informada a la dirección del instituto nacional, penitenciario y carcelario sobre estas novedades.

Incumplimiento de las obligaciones: Artículo 150 Ley 65 de 1993:

Al interno que incumpla las obligaciones previstas en el programa de institución abierta, de fianza, libertad o franquicia preparatorias, se le revocará el beneficio y deberá cumplir el resto de la condena sin derecho a libertad condicional.

Inciso. En caso de condenados que se encuentren sindicados o condenados por hechos punibles cometido durante el tiempo de reclusión no podrán gozar de los beneficios de establecimiento abierto.

Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, Art. 51 de la Ley 65 de 1993

Una vez la persona es condenada, queda a disposición de un Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, que se encarga de vigilar el cumpli-

miento de la sentencia, cumplidos algunos requisitos, las personas privadas de la libertad puede solicitar a dicho Juez lo siguiente:

Redención de pena:

En los establecimientos carcelarios los internos pueden realizar labores para redimir o descontar pena consistente en trabajo, estudio o enseñanza, de acuerdo con el artículo 82 de la ley 65 de 1993, dos días de trabajo redimen un día de pena:

Art. 82: el juez de ejecución de pena y medidas de seguridad concederá la redención de pena por trabajo a los condenados a pena privativa de la libertad, a los detenidos y a los condenados

se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo, para estos efectos no se podrán computar más de 8 horas diarias de trabajo.

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, constatará en cualquier momento, el trabajo, la educación y la enseñanza que se esté llevando a cabo en los centros de reclusión de su jurisdicción y lo pondrá en conocimiento del Director respectivo

Libertad condicional, Art. 64 Código Penal.

Tienen derecho a la libertad condicional, el condenado que reúna los requisitos establecidos en el artículo 64 del Código Penal así:

“el juez previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad, cuando haya cumplido los siguientes requisitos:

1. Que la persona haya cumplida las tres quintas (3/5) partes de la pena.
2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.
3. Que demuestre arraigo familiar y social.

Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo.

En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación de la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía, personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como período de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario”

Sin embargo este beneficio está excluido para algunos delitos, que se encuentran enlistados en el artículo 68 A del Código Penal (ley 599 de 2000), tales como el secuestro, la extorsión, el acceso carnal violento y actos sexuales abusivos con víctimas menores de edad, el narcotráfico, el hurto calificado, entre otros.

Prisión domiciliaria:

Se desarrolla en el Código Penal en el art. 38 a 38 G

Se destacan tres tipos de prisión domiciliaria:

La primera de ellas al momento de dictar la sentencia y depende del mínimo de la pena prevista en la ley que no debe superar los ocho (8) años. Art. 38 B.

La segunda procede cuando ya se está en prisión intramural y se haya cumplido con la mitad de la condena. Art. 38 G

Y la tercera procede desde la misma detención preventiva, cuando se es madre o padre cabeza de familia, ley 750 de 2002 y art. 314 numeral 5 Código de Procedimiento Penal.

Todo lo anterior, es invocado para los reclusos de las cárceles de Medellín

que quieran hacer parte de este proyecto de investigación. El Telederecho así concebido como un trámite interactivo para los prisioneros, no tiene par en el Procedimiento Jurídico Colombiano y en ninguno de Latinoamérica.

Conclusiones

Este proyecto se inspiró en los modelos de sistema no estructurado, ya que se adaptan de manera óptima a entornos en los que coexisten distintos problemas y objetivos pocos claros, así como intereses conflictivos entre los diversos actores interesados. Igualmente se realiza una metodología de modelo orientado a objetos: (UML); lenguaje unificado de Modelado, en los que respeta a la implementación efectiva de un sistema de información, la principal ventaja es que se genera en un software fácil de mantener, reutilizar y expandir, al construirse sistemas complejos a partir de componentes individuales.

En los propósitos de este estudio, es claro y necesario generar un modelo del sistema de servicios de Telederecho para la inclusión social de los internos e internas de las cárceles del país.

La idea central de la Justicia Restaurativa, es que ante las secuelas de un delito se alcanza una mayor justicia no simplemente por castigar al infractor, sino además, fomentando y facilitando que los perpetradores entiendan el daño que su delito ha causado a las víctimas y ayuden a repararlo.

Teniendo en cuenta la Resolución 8430 (1993) del Ministerio de Salud de Colombia en el cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para el desarrollo de la investigación con humanos, se identifica que esta propuesta de investigación está clasificada en la categoría de Investigación sin riesgo, enmarcada en el artículo 11: “Son estudios que emplean técnicas y métodos de investigación documental retrospectivos y aquellos en los que no se realiza ninguna intervención o modificación intencionada de las variables biológicas, fisiológicas, psicológicas o sociales de los individuos que participan en el estudio, entre los que se consideran: revisión de historias jurídicas, entrevistas, cuestionarios y otros en los que no se le identifique ni se traten aspectos sensitivos de su conducta”.

Referencias bibliográficas

- Arango Ruiz, Vicenzo. (1986). *Instituciones del Derecho*. Traducción de la edición en italiano por José M. Carams. Buenos Aires: Edit Desalma.
- Argüello, Luis. (1990). *Manual de Derecho Institucional, Historia e Instituciones de Derecho Romano*. 3ª ed. Buenos Aires: Edit. Astrea.
- Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R. (2004). *Derecho de familia y sucesiones*. Editorial Oxford.
- Bergallo, Paola. (2005). Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina.
- Bialostosky, Sara. (1992). *Panorama del Derecho*. México: UNAM.
- Böhmer, Martin. (2011). Derecho de interés público, acciones colectivas y género”, en Cruz Parceró, J. A. y Vázquez, R. *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. Colección Género, Derecho y Justicia. México: Editorial Fontamara.
- Bonfante, Pietro. (1957). *Panorama del Derecho*. 10º ed. Turín,
- Bravo Gonzales, Agustín. (1999). *Primer Curso de Derecho Universal*. 3ª ed. México. Editorial Pax.
- Bravo Gonzales, Agustín, et al. (2000). *Segundo Curso de Derecho Romano*. 3ª ed. Editorial Pax-México.
- Bravo Gonzales, Agustín, et al. (2001). *Compendio de Derecho Romano*. 2ª ed. Editorial Pax-México.
- De Pina, Rafael. (2004). *Derecho civil colombiano*. Vigésimo tercera Edición. México Editorial: Porrúa.
- Fonseca Tapia, César Augusto. (2007). *Derecho romano*. Arequipa, 478p.

Puga, Mariela. (2002). Los desafíos de las clínicas jurídicas en la Argentina” En González Felipe (ed). *Litigio y Políticas Públicas de Derechos Humanos*. Santiago de Chile.

Saldivia, Laura. (2003). Derechos Humanos y Derecho de Interés Público en Argentina: ¿Quiebre o Continuidad?, Noviembre 2003, Documento de Trabajo Nro 2: Facultad de Derecho Universidad de Palermo, Argentina, publicación financiada por la Fundación Ford.

La aplicación del control de convencionalidad por parte del juez con función de control de garantías, en las medidas de aseguramiento privativas de la libertad

William Andrés Guzmán Gallego¹

Resumen

El presente capítulo, tiene como finalidad determinar normativa y jurisprudencialmente la obligatoria aplicación del control de convencionalidad por parte del juez con función de control de garantías en las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. El control de convencionalidad es un control jurisdiccional desarrollado siempre por tribunales, ejercido en forma concentrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el sistema interamericano como jurisdicción internacional vinculante para los Estados Partes, como por las jurisdicciones nacionales, quienes al efecto, son jueces descentralizados del sistema interamericano, además de jueces nacionales, en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de los Derechos Humanos en el ámbito interno, debiendo inaplicar y/o derogar, según sea el caso, las normas de Derecho Interno contradictorias o que confronten la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), utilizando para ello los principios de progresividad y favor persona.

Palabras clave: Control de convencionalidad, juez con función de control de garantías, medidas de aseguramiento, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos.

1 Abogado, Fundación Universitaria Luis Amigó-FUNLAM, Facultad de Derecho, Colombia. Especialista Ejercicio del Derecho ante las Altas Cortes- FUNLAM, Especialista Derecho Procesal Penal-UNAULA, Especialista en Derecho Penal- Universidad de Medellín, Magister en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito- UNAULA, Litigante, Defensor Público- Defensoría del Pueblo, Defensor-Corporación Defensoría Militar. E-Mail: guzmang09@hotmail.com

Introducción

El sistema procesal penal oral de tendencia acusatoria que desarrolla la Ley 906 de 2004, y que se implementó de forma gradual en todo el país (Botero, 2017, P.9), es considerado un modelo de partes donde cada una le son atribuibles derechos y deberes, donde la función del control de garantías será ejercida por el juez penal municipal, quien cuenta con competencia nacional (Botero, 2017, P.9), ya que independientemente del lugar donde hayan ocurrido los hechos, el juez estará facultado para ejercer dichas funciones.

Dentro de las novedades y/o funciones del Juez de control de garantías tenemos (Bernal, Montealegre, 2013, P. 270): Un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; Un control *posterior* sobre las capturas realizadas por la fiscalía general de la nación, un control *posterior* sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas, un control *previo* para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y cualquier medida adicional que implique la afectación de derechos fundamentales y que no tenga expresa autorización de la Constitución.

Así mismo, el Código de Procedimiento Penal consagra en el artículo 308 los requisitos para decretar la medida de aseguramiento restrictiva o no de la libertad, en razón de su necesidad y procedencia, los cuales se convierten en imperativo constitucional, en la medida en que el artículo 250 del Ordenamiento Superior, reformado por el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002 los consagra también, así: (i) evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, bien sea mediante la destrucción de las pruebas o la amenaza de testigos; (ii) que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o que (iii) el imputado no comparecerá al proceso. Además el juez deberá tener en cuenta para decretar la medida, la probabilidad que la personas sea autor o partícipe del hecho que se le imputa, en concordancia con los elementos materiales probatorios y la evidencia física recogida o de la información obtenida legalmente.

Se observa por la Corte Constitucional que por expresa exigencia del artículo 318 de la Ley 906 de 2004 la solicitud de revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento que se formule ante el juez de control de garantías deberá hacerse “presentando los elementos materiales probatorios o la infor-

mación legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308”.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 317 del mismo Código de Procedimiento Penal las decisiones sobre la libertad del imputado o acusado son de inmediato cumplimiento, lo que no significa que no puedan ser objeto de impugnación esas decisiones mediante la interposición de los recursos correspondientes. Así ocurre, en efecto, y por ello el artículo 177 del mismo Código de Procedimiento Penal establece la apelación, en el efecto devolutivo, del auto que resuelve sobre la imposición de una medida de aseguramiento.

Por otro lado, el control de convencionalidad es un control jurisdiccional desarrollado siempre por tribunales, ejercido en forma concentrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el sistema interamericano como jurisdicción internacional vinculante para los Estados Partes, como por las jurisdicciones nacionales, quienes al efecto, son jueces descentralizados del sistema interamericano, además de jueces nacionales, en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de los Derechos Humanos en el ámbito interno, debiendo inaplicar y/o derogar, según sea el caso, las normas de Derecho Interno contradictorias o que confronten la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), utilizando para ello los principios de progresividad y favor persona. (Sentencia “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, el 26 de septiembre de 2006)².

Parece entonces, una vez presentado las características del asunto objeto de estudio de esta investigación, es necesario hacerse algunas discusiones: ¿Es obligatoria la aplicabilidad del control de convencionalidad por parte del juez del control de garantías en lo que respecta a la imposición de medida de seguridad privativa de la libertad?, ¿Se vulnera el principio de soberanía de los Estados?, ¿Se transgrede la seguridad jurídica y el principio de legalidad de la legislaciones internas de los Estados? estos interrogantes se resolvieron a través de una metodología investigativa de carácter jurídico, aplicando un método cualitativo - analítico con enfoque normativo y hermenéutico, haciendo uso de material documental (libros y revistas doctrinales), digital (páginas de internet especializadas y revistas digitales indexadas) y jurisprudencial, consistente en el estudio de 12 casos, que fueron escogidos por la controversia

² Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7. Control de Convencionalidad. Versión actualizada 2017. P. 5.

jurídica que se debate, los diferentes conceptos que componen cada controversia, y por demás del elevado choque social, político y jurídico, pues en tiempos actuales que exigimos el respeto por los Derechos Humanos y garantías fundamentales.

Con el estudio de estos casos, se buscó litigios donde por ejemplo los Estados responsables fuesen diferentes, para así observar la forma en que se aplica en cada situación o situaciones el control de convencionalidad; cada caso es de un año diferente para mirar en que forma evoluciona el concepto del control de convencionalidad. Por último y no menos importante, el tema o asunto que asume cada caso, es decir, el proceso Gelman Vs Uruguay, expone *que el control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública*; mientras en el caso Liakat Ali Alibux Vs Suriname, resalta *que la obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles*.

El texto estará dividido en cuatro partes. En primer lugar, se analizará la naturaleza jurídica del control de convencionalidad, sus clases y efectos. En segundo lugar, se hará referencia a la figura del juez de control de garantías. En tercer lugar, se profundizará sobre el desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad. Por último, a modo de corolario final, vamos a presentar reflexiones finales con base en los argumentos presentados.

Metodología

La presente investigación es de tipo documental, analítica, con enfoque normativo. Para la realización de este trabajo aplique el método deductivo mediante obtención de información general para concluir en la tesis personal. Es una investigación además de tipo socio - jurídica, ya intenta a través del derecho afrontar problemas que requieren de repuestas claras a situaciones de la realidad social.

También es jurisprudencial la presente investigación, ahora bien, dicho material jurisprudencial se definirá de manera aleatoria, y se utilizará un instrumento de recolección de información denominado ficha técnica, a través del cual serán analizadas sentencias de la Corte a efectos de identificar el tratamiento otorgado al tema objeto de estudio.

Para el desarrollo este trabajo tomé distintos artículos encontrados en internet y diferente material bibliográfico, compuesto por revistas, libros, tesis, páginas Web, que se definirán de manera aleatoria, que servirán para el arrojado de resultados buscados en esta investigación.

Desarrollo

Control de Convencionalidad y sus efectos en la legislación Colombiana

En este primer capítulo se realizará unas precisiones generales acerca del concepto de control de convencionalidad, su naturaleza jurídica, los efectos jurídicos que produce su aplicación y en los diferentes grados en que se presenta.

Precisiones generales

El control de convencionalidad es propiamente una actividad judicial, de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de todos los jueces locales de los distintos Estados parte en la Convención Americana, encaminada a la protección y efectividad de los derechos humanos en la región. Dicho control se ejerce tanto sobre las leyes y los enunciados normativos que se profieren en los distintos Estados parte, como sobre los hechos violatorios de los derechos humanos que en ellos acontece (Palacios, 2018, P.109).

El termino control de convencionalidad fue utilizado por primera vez (Palacios, 2018, P.109) en el año 2003, en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez, en el caso *“Myrna Mack Chang vs Guatemala”*. Posteriormente, en el año 2004, el mismo juez, en el caso *Tibi vs Ecuador*, volvió a referirse al “control de convencionalidad”, al comparar las labores desempeñadas por los Tribunales Constitucionales y la Corte IDH:

“... Si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos...”

Aunque no fue hasta el año 2006, que el control del convencionalidad aparece en el pleno de la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*³, donde el tribunal regional define los elementos principales y además extiende el control de convencionalidad del ámbito internacional al ámbito nacional (Palacio, 2018, P.110):

*“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la convención americana, sus jueces, como parte del aparato del estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, **el poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la convención americana sobre derechos humanos. En esta tarea, el poder judicial deber tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la corte interamericana, intérprete última de la convención americana**”.* (Negrillas fuera de texto)

Así las cosas, se tiene que el control de convencionalidad se constituye en un medio (Palacios, 2018, P.112) por el cual los poderes públicos de un Estado pueden dar cumplimiento a lo estipulado por la Convención y la correspondiente interpretación que realiza la Corte IDH, interprete último y definitivo del Pacto de San José.

Naturaleza normativa del control de convencionalidad

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha nacido y se ha desarrollado bajo la cobertura internacional de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Este sistema de protección está conformado por dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), ambos órganos encargados de la protección y promoción de los derechos hu-

3 Sentencia de 26 de septiembre de 2006

manos y libertades consagrados en la Convención Americana (Cubides, Chacon, Marianaéz, 2015, P.57).

El control de convencionalidad tiene su origen en el artículo segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual no hace referencia expresa a este tipo de control que no fue desarrollado durante los primeros años de operatividad del Corte IDH, pues su tarea se limitó a interpretar el contenido de la convención americana, pero no en la creación de mecanismos procesales transnacionales que tuvieran alguna injerencia sobre el derecho interno de los Estados parte (Mora, 2014, P.166).

El control de convencionalidad es un control jurídico y jurisdiccional⁴ que se concreta en el plano internacional o supranacional en cada caso, el que posibilita determinar el grado de cumplimiento de las obligaciones convencionales de un Estado Parte a partir de la coherencia entre la conducta del Estado y las obligaciones determinadas por la norma jurídica o Tratado Internacional⁵.

Adicionalmente, el control de convencionalidad también (Palacios, 2018, P.113) tiene como fundamento el artículo 29 del Pacto de San José, en la medida que todas las autoridades y órganos nacionales, incluido el poder judicial, se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la normativa convencional.

4 El Control de Convencionalidad lo ejerce la Corte IDH y tiene como parámetro de control la CADH y los instrumentos complementarios a este, mientras Control de Constitucionalidad, lo ejerce el Tribunal Supremo del Estado parte y tiene como parámetro de control la Carta Fundamental de cada Estado y los instrumentos complementarios a este.

5 “... Al Aprobar T. D. H., los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...” (Corte Interamericana en el caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 24 septiembre de 1999) “...Los Tratados de Derechos Humanos implican una obligación para los Estados partes...” “...El objetivo y fin de los Tratados en Derechos Humanos son los derechos fundamentales de los seres humanos...” “...Los Tratados en DH se concretan tradicionalmente en el mutuo beneficio de los intereses de las partes contratantes...” “...Los Tratados en DH son instrumentos de protección de derechos a favor de los individuos...”. Véase a: NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Los Desafíos del Control de Convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para Los Tribunales Nacionales, en especial, Para Los Tribunales Constitucionales. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27776.pdf>. P. 340 – 342.

Clases y grados del control de convencionalidad

Dentro del marco de las clases y los grados del control de convencionalidad tenemos:

Clases de control de convencionalidad

El concepto de control de convencionalidad tiene sus génesis en el concepto de control de constitucionalidad, el que busca hacer efectivo el principio de supremacía de la Constitución, impidiendo que cualquier norma del ordenamiento jurídico contravenga la Carta Magna. Existen dos sistemas de control de constitucionalidad (Palacios, 2018, P.118): el concentrado, donde la revisión es realizada exclusivamente por un único órgano diseñado para tal fin; y el difuso, en el que el control debe ser desplegado por todos los jueces (Palacios, 2018, P.119).

El control de convencionalidad concentrado (Palacios, 2018, P.12) alude primordialmente a la competencia de la Corte IDH para conocer y resolver un caso aplicando la Convención Americana, tanto en los hechos como en el derecho de cualquier asunto que se le presente y en el cual sea competente. La Corte en ejercicio de este control ha declarado la responsabilidad del Estado por la expedición de leyes contrarias a la Convención; por normas dictadas en estados de emergencia que riñen con el Pacto de San José, entre otros asuntos.

Es preciso mencionar, a la Corte no le compete la modificación en forma directa del ordenamiento interno de los Estados Partes, ya que su misión se concreta en controlar si la normatividad domestica ataca o no el corpus juris interamericano, por ello las sentencias proferidas por el tribunal regional nunca tienen efectos ni anulatorios ni invalidatorios como resultado del mismo, limitándose la Corte IDH a ordenar al Estado infractor adoptar las medidas necesarias para reformar sus normas internas a fin de adecuar los preceptos legales a lo establecido por la Convención (Palacios, 2018, P.121)

Mientras, el control de convencionalidad difuso (Palacios, 2018, P.122), consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, son justamente los jueces nacionales los primeros llamados a desempeñar la labor de protección de los derechos humanos.

Control difuso de convencionalidad en Colombia

La doctrina del control difuso de convencionalidad (Mora, 2014, P.174) construida por la Corte IDH, resulta plenamente aplicable en nuestro sistema jurídico, ya que Colombia aprobó (ley 16 de 1972) y ratificó el texto de la Convención Americana (31 de julio de 1973); y además, aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH (21 de junio de 1985). Por ende, todos los jueces y magistrados del país, sin excepción alguna, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, con la Convención Americana, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH (Mora, 2014, P.130).

En este orden, debe tenerse en cuenta que en Colombia impera un modelo mixto de control de constitucionalidad, ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional, y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar una ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. Pues si al juez en el caso en concreto sometido a escrutinio, le resulta imposible lograr una interpretación que “*concilie o armonice*” la normativa constitucional y convencional debe “*desaplicar*” las disposición interna con efectos *inter partes*. Se trata que el juez aplique una especie de “*excepción de inconstitucionalidad por la inconvencionalidad*” de la norma nacional (Mora, 2014, P.130).

Hasta acá lo expuesto, nos lleva a afirmar que en Colombia todos los jueces sin distinción alguna, están legitimados para ejercer control de convencionalidad, de intensidad menor o intermedia. Esto es procurando inicialmente una interpretación armónica entre el derecho interno y el derecho convencional, siempre guiado por el principio pro homine y evitando violentar la normativa internacional (Mora, 2014, P.131); y finalmente, ante el fracaso de la labor precedente y constada la inconvencionalidad de la norma local, “*inaplicando*” la misma en el caso específico. En cambio, solo la Corte Constitucional está habilitada para desplegar un control de convencional de intensidad mayor, declarando la *invalidéz* de la disposición con efectos *erga omnes* (Mora, 2014, P.131).

Grados de control de convencionalidad

La Convención Americana, los “Protocolos adicionales” a la misma y la jurisprudencia la Corte IDH, se convierten en los parámetros de los jueces nacionales para llevar a cabo el control de convencionalidad difuso. Además, dicho control difuso debe realizar “*ex officio*”, es decir dicha función no debe quedar limitada por las manifestaciones o peticiones formuladas por las partes (Mora, 2014, P.125).

Dicho lo anterior, se presentan además, diversos (Mora, 2014, P.126) “*grados*” de “*intensidad*” y “*realización*”, del control de convencionalidad difuso, según las competencias de cada juez y del particular sistema de control de constitucionalidad consagrado en cada Estado. Así, en un “*grado de intensidad menor*”, el juez debe procurar en primer lugar, realzar una “*interpretación conforme*” del derecho interno con el derecho convencional. A través de esta “*interpretación*” se salva la “*convencionalidad*” de la norma interna (Mora, 2014, P.127).

Ahora, en un “*grado de intensidad intermedio*”, el juez al resolver un caso concreto, ante la imposibilidad de armonizar la normativa interna con la normativa interamericana, “*inaplica*” la norma inconventionalidad con efectos *inter partes* (Mora, 2014, P.127).

Finalmente, el “*grado de intensidad mayor*”, corresponde a las Cortes o Tribunales constitucionales, los que generalmente tienen la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos *erga omnes*. Se trata de una declaración general de invalidez por la inconventionalidad de la norma nacional (Mora, 2014, P.128).

Juez de Control de Garantías dentro del procedimiento penal acusatorio Colombiano.

Dentro de los diferentes asuntos y figuras jurídicas que se estudian en esta investigación, hacen parte de este segundo capítulo, la del Juez de Control de Garantías, conocido como ese juez constitucional en el área del derecho procesal penal, además, de la medida de aseguramiento, como aquella medida cautelar, que priva o restringe la libertad.

Aspectos generales

El inciso primero del artículo 48 de la ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 3 de la ley 1142 de 2007, a su vez modificatorio del artículo 39 de la ley 906 de 2004, estableció lo siguiente: ***“De la función de control de garantías. La función de control de garantías será ejercida por cualquier juez penal municipal. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para ejercer la función del conocimiento del mismo caso en su fondo”***. (Subrayas y negrillas nuestras).

La norma fijó una competencia nacional para los jueces de control de garantías, de forma que cualquiera de ellos está facultado para ejercer dichas funciones, independiente del lugar donde ocurran los hechos. En todo caso, la elección del juez de control de garantías, para analizar el caso en concreto, debe obedecer a la necesidad de proteger las garantías fundamentales de las personas que pudieren verse comprometidas (Botero, 2017, P.251).

El juez de control de garantías tiene función constitucional que trasciende el marco de la competencia para ubicarlo en el contexto del proceso penal como un agente necesario para mantener y hacer cumplir los contenidos constitucionales que afectan a la víctima o al inculpado (Zuleta, Noreña, Gomez, Del Valle, 2018, P.108). Tiene por objetivo resolver eficazmente y dentro del marco de los derechos fundamentales y el respeto a la constitución todos los conflictos que se presentan entre las partes e intervinientes en la fase de investigación (Zuleta, Noreña, Gomez, Del Valle, 2018, P.109).

El juez de control de garantías cumple con las siguientes funciones (Zuleta, Noreña, Gomez, Del Valle, 2018, P.108): administra justicia en forma permanente, es un juez de constitucionalidad, realiza actos preparatorios de la jurisdicción, practica todas las audiencias preliminares (Bernal, Montealegre, 2013, P.184), garantiza los derechos fundamentales constitucionales (Bernal, Montealegre, 2013, P.202), revisa que las actuaciones de las autoridades sean legales, vela por que las partes tengan igualdad de oportunidades, la competencia para decretar pruebas de oficio a efecto de decidir sobre la afectación de derechos fundamentales (Bernal, Montealegre, 2013, P.205).

De la audiencia de Imposición de medida de aseguramiento en la ley 906 de 2004

La medida de aseguramiento es una institución jurídica precautelar (Gonzalez, 2014, P.757) relativa a la libertad, bien sea que ella implique privación o restricción (Zuleta, Noreña, Gómez, Del Valle, 2018, P.226).

Esta medida de aseguramiento aparece descrito en los artículo 306 y siguientes del código de procedimiento penal, referentes a la solicitud de imposición de medida de aseguramiento (artículo 306) donde se realiza a solicitud de la fiscalía, en contra del imputado y con el objeto de que se decrete la medida de aseguramiento.

Seguidamente el artículo 307, expone cuales son las medidas de aseguramiento, es decir, en primer lugar, las privativas de la libertad (Detención preventiva en establecimiento de reclusión y detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento; y en segundo lugar, las no privativas de la libertad (1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica. 2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada. 3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe. 4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho. 5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez. 6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares. 7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa. 8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda* o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas. 9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.)

Por último, se tiene que el artículo 308 que devela los requisitos para imponer la medida de aseguramiento (Zuleta, Noreña, Gómez, Del Valle, 2018, P.229) (1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia)

Dentro de las características (González, 2014, P.760) de la medida de aseguramiento, se podría encontrar: en primer lugar, *excepcionalidad*, es decir, que le individuo conserve su libertad y la presunción de inocencia es la regla general, la excepción es la aplicación de la medida cautelar; en segundo lugar, *proporcionalidad*, porque deben estar en adecuada relación con el hecho que se imputa y con lo que se busca garantizar; en tercer lugar, empleo de la fuerza, para la imposición de la medida cautelar implica que debe hacerse uso de esta para detener al ciudadano (detención preventiva), y en cuarto lugar, jurisdiccionalidad, pues su aplicación y control se encuentran reservados exclusivamente a los jueces (González, 2014, P.761).

La actividad probatoria en la medida de aseguramiento

El artículo 306 de la ley 906 de 2004, expone “**artículo 306. Solicitud de imposición de medida de aseguramiento.** El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.”

Escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.

La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal.

En dicho caso, el Juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del Fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición”.

De la anterior disposición se supone que de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida como sustento de o fundamento de la *inferencia razonable* son el punto medular para el ejercicio de la solicitud de la medida cautelar personal por parte de la fiscalía y la imposición o abstención de la misma en cabeza de juez de control de garantías y todo se circunscribe a que la legislación determina que con base en los elementos de conocimiento se debe fundar la inferencia razonable de *autoría y participación*⁶.

Dicha normatividad también expone que el juez evaluara esos elementos probatorios que motivan la medida y su urgencia, *permitiéndole a la defensa una controversia pertinente*.

Entonces que se entiende por controversia pertinente, Navarro (González, 2014, P.770), expone en esta actividad procesal donde se solicitan la medida de aseguramiento contra el imputado, la defensa no puede controvertir pidiendo o allegando medios de conocimiento, sino que solo lo que hace es una argumentación refutativa, que por ejemplo se puede ocupar de:

La legalidad y autenticidad del medio de conocimiento que indica la fiscalía para sustentar su petición de imposición de medida, pues estos dos aspectos están íntimamente relacionados con la norma rectora de la cláusula de exclusión.

Argumentar que no se cumple los requisitos definidos para establecer los fines constitucionales que justifiquen la necesidad de la medida de aseguramiento.

Hacer un planteamiento dogmático o atinente a la teoría del delito, como por ejemplo ausencia de dolo, una legítima defensa, entre otros.

Los anteriores puntos no son suficientes para una verdadera defensa técnica o material, sin duda en este interregno es en donde se debate o define la posibilidad de imponer o no una medida de aseguramiento al imputado *debe haber* una mínima actividad probatoria y con la sola “actividad procesal” para el defensor, este no cumple a cabalidad con una defensa técnica, sino que la hace ver más bien sumisa y pasiva (González, 2014, P.773).

6 Artículos 287 y 308 del Código de Procedimiento Penal.

En virtud del artículo 308 *ibídem*, sobre salen los fines de la medida de aseguramiento, como la no comparecencia (peligro de huida o fuga), obstrucción a la justicia (peligro probatorio) y protección a la comunidad (González, 2014, P.828).

De los anteriores fines, los dos primeros cuentan con el aval de la doctrina internacional, mientras el tercero no cuenta con dicho reconocimiento, pues no tiene explicación que el legislador oriente la justificación de la protección a la comunidad y las víctimas en los siguientes aspectos (González, 2014, P.828):

- La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
- El número de delitos que se le imputa y la naturaleza de los mismos.
- El hecho de estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
- La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
- Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
- Cuando se utilicen medio motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en los casos de accidentes de tránsito.
- cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
- cuando haga parte o pertenezca a un grupo de delincuencia organizada.

Los tópicos anteriores (González, 2014, P.828), representan el criterio peligrosista del legislador que socava, destierra y desconoce el derecho penal de acto dispuesto en la Constitución de 1991, en su artículo 29, pues lo que hace es tomar como fin de la medida situaciones que se puede presentar en el futuro y las que se presentaron en el pasado. El fin de protección de la comunidad su justificación como medida está asociada a la función preventiva de la pena, y no comulgan con las características de la medida cautelar, como son

la instrumentalidad y lo provisional. No hay menor duda que el fin peligro del imputado para la comunidad y la víctima, contravienen los tratados internacionales precitados y como tal el bloque de constitucionalidad que estos integran (Palacios, 2018, P.136).

En consecuencia no se puede recurrir a la detención preventiva, para obtener algunas de las finalidades de la pena, por ejemplo impedir que el imputado cometa un delito, la detención preventiva, como medida cautelar solo puede tener fines procesales, en efecto solo se puede autorizar la privación de la libertad del imputado, si se pretende garantizar con ella, la realización de los fines del proceso, por ende resulta completamente ilegítimo detener preventivamente a una persona con los fines retributivos o preventivos (especiales o generales) propios de la pena (del derecho penal material) o considerando criterios tales como la peligrosidad del imputado la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos (González, 2014, P.857), en estos casos hablaríamos de una pena anticipada (González, 2014, P.859).

Lo anteriormente mencionado, relacionado a las figuras del control de convencionalidad y del juez de control de garantías, hace que este último atienda la regulación internacional, esto es, la Convención Americana y demás protocolos adicionales, en sus decisiones, de forma de garantizar el uso y goce de derechos fundamentales, pues es al juez de control de garantías esta para resolver todo lo relacionado con la vulneración de derechos fundamentales y sin el más mínimo actividad (confrontación) probatoria entre las partes, donde en la audiencia preliminar se solicita la medida de aseguramiento, que es una audiencia más argumentativa – refutativa (sin fundamento que soporte dicho argumento) que probatoria, es por ello se hace necesario, imperativo, además de acudir a los principios constitucionales de cada Estado parte, al corpus iuris interamericano, esto no es más, que la aplicación inevitable del control difuso de convencionalidad, que robustezca la amplia gama de garantías para el encartado dentro del proceso penal.

Aplicabilidad del control de convencionalidad por parte del juez de control de garantías, a partir del análisis de las decisiones de la Corte IDH

Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su juris-

prudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos o características (Palacios, 2018, P.113):

- Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia la Corte IDH y los demás tratados internacionales de los cuales el Estado sea parte.
- Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.
- Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados internacionales de los cuales el Estado sea parte.
- Es un control que debe ser realizado de oficio por toda autoridad pública.
- Su sujeción puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

En este tercer y último capítulo, tal como se dijo en la introducción de este escrito, se mirará el desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad por parte de la Corte IDH, donde aborda diferentes temas referentes a dicho control, tales como que el control de convencionalidad debe realizarse de oficio, corresponde a los jueces su aplicación y de toda autoridad pública, se extiende a otros tratados de derechos humanos y donde se manifiesta que la Convención Americana no impone un modelo de control de convencionalidad.

Para el desarrollo jurisprudencial se realizó un estudio de 12 casos, en los cuales se analizaron diferentes ítems, como las partes en contienda y sus respectivos argumentos, la fecha, los hechos, los derechos vulnerados y las consideraciones de la Corte IDH, acerca del concepto de control de convencionalidad.

Es menester precisar, que los casos que se examinaron atienden a su impacto social y su relevancia jurídica, en dichos procesos denota que los Esta-

dos denunciados y los años de los mismos son diferentes, para así observar el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, en lo que respecta al control de convencionalidad.

El control de convencionalidad debe ser realizado de oficio y en el marco de las competencias y regulaciones procesales correspondientes

El control de convencionalidad como se ha mencionado en este escrito se refiere a la confrontación de la norma interna con la Convención Americana, y justamente el caso de este título hace referencia a que dicha confrontación debe hacerse de oficio. Este asunto lo expone el Caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, que expresa:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la convención americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”⁷.

Así mismo, declara el proceso de Heliodoro Portugal vs Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, en lo que se refiere a la adecuación de la legislación interna a la Convención Americana, cuando dice:

“La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber:

⁷ En el mismo sentido: Caso Heliodoro Portugal vs Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008; Caso Radilla Pacheco vs México, sentencia 23 de noviembre de 2009; Caso Fernández Ortega vs México, sentencia de 30 de agosto de 2010; Rosendo Cantú y otra vs México, sentencia del 31 de agosto de 2010; Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentencia de 30 de enero de 2014. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7. Op, cit. P. 8.

i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos⁸”.

La obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles

Dentro del desarrollo jurisprudencial acerca del concepto de control de convencionalidad por parte de la Corte IDH, expresa que es obligación de los jueces y demás órganos vinculados con la administración de justicia realizar o aplicar dicho control para la salvaguarda de derechos humanos, tal como lo expone los casos que se citan a continuación.

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la convención americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos

8 Párrafo 180. Mírese el Caso Fernández Ortega vs México, sentencia de 30 de agosto de 2010: “Para este Tribunal, no solo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantiza los derechos contenidos en la Convención Americana. De conformidad con la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento, también se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. La existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención”. Párrafos 236 y 237.

a aquel, lo cual vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete ultima de la Convención Americana (Sanchez, 2015, P.198)”.

De igual forma, el **caso Radilla Pacheco vs México, sentencia 23 de noviembre de 2009**, en relación con las prácticas judiciales:

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

El control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública

En el presente acápite se citan casos que presenta como temática que la aplicación del control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública del Estado parte que haya suscrito la Convención Americana.

En primer lugar, se tiene el **Caso Gelman vs Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011**, que enuncia que “cuando un Estado es parte de un tratado

9 Párrafo 339.

internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos los jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de la de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia en todos sus niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, interprete última de la Convención Americana¹⁰.

En segundo lugar, el **Caso Chinchilla Sandoval y otros vs Guatemala, sentencia de 29 de febrero de 2016**, explica: *“La Corte ha reiterado que cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹¹.*

10 Párrafo 193. En el mismo sentido: Caso Chinchilla Sandoval y otros vs Guatemala, sentencia de 29 de febrero de 2016; Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas, sentencia 28 de agosto de 2014, en este caso la Corte considera pertinente recordar que, sin perjuicio de lo ordenado que en el ámbito de su competencia “todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención tiene la obligación de ejercer un control de convencionalidad. Mírese además, Caso Masacre de Santo Domingo vs Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012; Caso Rochac Hernández y otros vs El Salvador, sentencia de 14 de octubre de 2014. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7. Op, cit. P. 13.

11 Párrafo 242. Véase el **Caso Masacre de Santo Domingo vs Colombia, Sentencia de 30 de noviembre de 2012**: *“Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. (...)En forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. (...)De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de*

El control de convencionalidad se extiende a otros tratados de derechos humanos

Continuando con el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH en relación con el concepto de control de convencionalidad, expone esta entidad en los casos que se referencian, que este control de convencionalidad se extiende a otros tratados de derechos humanos, no solo a la Convención Americana, sino a demás a los tratados y protocolos adicionales. Por lo tanto, el **Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012**, indica:

“Este Tribunal, ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Americana sobre desaparición forzada, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y la Convención de Belem do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin¹²”.

Consecuentemente con este asunto, se tiene el **Caso Masacres de Rio Negro vs Guatemala, sentencia 04 de septiembre de 2012**: *“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la*

tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad...”. Párrafos 142 y 143.

12 En el mismo sentido: Caso Masacres de Rio Negro vs Guatemala, sentencia 04 de septiembre de 2012; Caso trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, en este caso se expone: *“... Al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte del Estado: protocolo de san salvador, protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte, convención para prevenir y sancionar la tortura, convención de Belem do para la erradicación de la violencia contra la mujer, convención sobre desaparición forzada, etcétera. De los que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el estado que generan para este determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos...”.* Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7. Op, cit. P. 15.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana¹³”.

La Convención Americana sobre derechos humanos no impone modelo de control de convencionalidad

Por último, dentro de la jurisprudencia internacional acerca del concepto de control de convencionalidad, interpreta la Corte IDH que la Convención Americana no impone un modelo propio de control de convencionalidad, permitiendo cierto grado de libertad al funcionario público para aplicar dicho control. Los siguientes casos hacen alusión a dicho asunto.

Téngase el **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentencia de 30 de enero de 2014**, que pronuncia:

“Finalmente, en relación con los argumentos del representantes y de la Comisión [...] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control constitucionalidad convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a

13 Párrafo 262.

todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles¹⁴”.

Dicho sea de paso, mencionar el **caso Boyce y otros vs Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007**: *“La Corte ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que todo Estado Parte de la Convención “ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención”, es decir, los Estados, en el cumplimiento del deber general de respetar y garantizar los derechos, “deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental”. Es decir, conforme al artículo 2 de la Convención Americana, los Estados no sólo tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen. Estas obligaciones son una consecuencia natural de la ratificación de la Convención Americana por parte del Estado.”¹⁵.*

En suma, el **Caso Mendoza y otros Vs Argentina, Sentencia 14 de mayo de 2013**, presenta al respecto: *“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las nor-*

14 Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7. Op, cit. P. 17. Mírese además, el **caso López Lone y otros vs Honduras, Sentencia 05 de octubre de 2015**: *“La Corte recuerda que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*. Párrafo 307.

15 Párrafo 69.

*mas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana*¹⁶.

Conclusiones

Al inicio de este escrito, exactamente en la introducción del mismo, se plantearon algunas interrogantes, que fundamenta y son la razón de ser de este trabajo, estas son: ¿Es obligatoria la aplicabilidad del control de convencionalidad por parte del juez del control de garantías en lo que respecta a la imposición de medida de seguridad privativa de la libertad?, ¿Se vulnera el principio de soberanía de los Estados?, ¿Se transgrede la seguridad jurídica y el principio de legalidad de la legislaciones internas de los Estados? y es justo en esta parte final que se intentará determinar la solución a dichos cuestionamientos.

Una vez visto los contenidos los capítulos precedentes del texto, se puede decir, en primer lugar, que es obligatoria la aplicación del control de convencionalidad en forma difusa por parte del juez de control de garantías, en lo que respecta a la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, pues el Estado Colombiano al aprobar la Ley 16 de 1972 ratifica la Convención Americana y sus protocolos adicionales y acepta por demás la competencia contenciosa de la Corte IDH. Además, se recuerda que el juez de control de garantías en la legislación procesal penal colombiana esta para resolver todo lo relacionado con la vulneración de derechos fundamentales, al momento que el fiscal dentro de la audiencias preliminares solicite la imposición de medida de aseguramiento, por la inferencia razonable de los elementos materiales probatorios, presentados solo por la fiscalía, y sin la más mínima actividad (confrontación) probatoria entre las partes.

En segundo lugar, la aplicación del control de convencionalidad no vulnera la soberanía o seguridad jurídica de la legislación interna del Estado Colombiano, pues fue el mismo Estado que aprobó la Ley 16 de 1972, ratificando así la Convención Americana y sus protocolos adicionales y acepta por demás la

¹⁶ Párrafo 221.

competencia contenciosa de la Corte IDH, entonces se tiene que cuando un juez aplique el control de convencionalidad no estaría actuando por fuera de la ley, es más se estarían apoyando en una herramienta de gran utilidad para los intereses del procesado, ya que en dicha audiencia de imposición de medida de aseguramiento, la actividad de la defensa se reduce a una audiencia más de tipo argumentativa (sin fundamento que soporte dicho argumento) que probatoria, es por ello que se hace necesario, imperativo, además de acudir a los principios constitucionales, al corpus iuris interamericano, esto no es más, que la aplicación inevitable del control difuso de convencionalidad, que robustezca la amplia gama de garantías para el encartado dentro del proceso penal.

En suma, llego la hora para que los diferentes órganos del poder público en Colombia (legislativo, ejecutivo y judicial), asuman los parámetros de la legislación internacional, en particular lo que atañe a la aplicación del control difuso de convencionalidad, no solamente porque es una obligación convencional que contrajo el Estado a suscribir la Convención Americana, sino porque además, sirve para estructurar una legislación que no deje interpretaciones contrarias, que ocasione violaciones flagrantes a los derechos humanos.

Referencias bibliográficas

Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2.

Aldana Fuentes, Carlos (2104). El control de convencionalidad. En. Revista de Derecho, Concepción, Vol. 82, N° 235-236. págs. 157 – 170. Chile.

Bañol Betancur, Alejandro (2017). Tensiones del control de constitucionalidad y convencionalidad: dos marcos normativos que generan tensiones en el campo penal. Derecho procesal penal: cuestiones fundamentales. Librería jurídica Sánchez R. Medellín. P.447.

Bernal Acevedo, Gloria (2005). Manual del Sistema Acusatorio. Segunda Edición. Editorial Ibáñez. Bogotá D.C. Página 137 y s.s.

Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Linett, Eduardo. Fundamentos Constitucionales y Teoría General de Derecho Penal, Tomo I y Estructura y

Garantías Procesales del Derecho Penal, Tomo II. Bogotá, 2013.

Burneo, José (2013). El aporte internacional de los derechos humanos a la constitucionalización del derecho post 1945. En: Revista PUCP. N° 71. Lima. págs. 169 – 199.

Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad. Sentencia C-1092/03. Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7. Control de Convencionalidad. Versión actualizada 2017.

Cubides Cardenas, Jaime; Chacon Triana, Nathalia y Marinaez Lazcano, Alfonso (2015). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. En: Revista Academia & Derecho, Año 6, N° 11. págs. 53 – 94. Universidad Libre Seccional Cúcuta – Facultad de Derecho.

García Atehortúa, Angie y Ramírez Rivero, Laura (2014). La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia. En: Revista Universitas Estudiantes, Bogotá, N° 11. págs. 87 – 102.

González Navarro, Antonio (2014). Manual de procedimiento penal acusatorio. 01 Ed, Leyer. Bogotá. P. 1618.

Henríquez Viñas, Miriam Lorena. La polisemia del control de convencionalidad interno. En: Revista International law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, Bogotá, N° 24 (Ene – Jun 2014). págs. 113 – 141.

JURISPRUDENCIA

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Caso La Cantuta VS Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

Caso trabajadores cesados del congreso [Aguado Alfaro y otros] vs Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

Caso Boyce y otros vs Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

Caso Heliodoro Portugal vs Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008.

Caso Radilla Pacheco vs México, sentencia 23 de noviembre de 2009.

Caso Fernández Ortega vs México, sentencia de 30 de agosto de 2010.

Caso Gómez Lund y otros [“Guerrilha do Araguaia”] vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010.aso Rosendo Cantú y otra vs México, sentencia del 31 de agosto de 2010.

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010.

Caso Gelman vs Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011.

Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012.

Caso Masacres de Rio Negro vs Guatemala, sentencia 04 de septiembre de 2012.

Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012.

Caso Masacre de Santo Domingo vs Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012.

Caso Mendoza y otros Vs Argentina, sentencia 14 de mayo de 2013.

Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentencia de 30 de enero de 2014.

Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas, sentencia 28 de agosto de 2014.

Caso Rohac Hernández y otros vs El Salvador, sentencia de 14 de octubre de 2014.

Caso López Lone y otros vs Honduras, sentencia 05 de octubre de 2015.

Caso Comunidad Garífuna de punta de piedra y sus miembros vs Honduras, sentencia de 08 de octubre de 2015.

Caso Chinchilla Sandoval y otros vs Guatemala, sentencia de 29 de febrero de 2016.

Nogueira Alcalá, Humberto (2012). Los Desafíos del Control de Convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para Los Tribunales Nacionales, en especial, Para Los Tribunales Constitucionales. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27776.pdf>

Mora Méndez, Jorge (2014). Hacia la aplicación del control difuso de la convencionalidad en Colombia. En: Revista Instituto Colombiano de Derecho Procesal. N° Bogotá. págs. 157 – 177.

Murillo Cruz, David (2013). El control de convencionalidad y su consolidación en América. En: revista Nueva Época, Bogotá, Vol. 19, N° 41. Págs. 53 – 94.

Quinche Ramirez, Manuel (2013). El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos. En: Revista Coherencia Medellín, Vol. 10, N°. Págs. 167 – 206.

Palacios Mosquera, Luis (2018). Detención preventiva y control de convencionalidad: “el peligro para la comunidad” desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. P. 154.

Torres Zuñiga, Natalia (2013). Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el sistema interamericano de Derecho Humanos. En: Revista PUCP. N° 70. Lima. Págs. 347 – 369.

- Tello Mendoza, Juan (2015). La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad. En: Revista Prudentia Iuris. N° 80. Buenos Aires. págs. 197 – 220.
- Sanchez Vallejo, Juliana (2015). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado. En: Revista Academia & Derecho, Año 6, N° 11. Págs. 183 – 226. Universidad Libre Seccional Cúcuta – Facultad de Derecho.
- Salazar Giraldo, Gabriel (2017). El control difuso de convencionalidad a través de la norma penal. Derecho procesal penal: cuestiones fundamentales. Librería jurídica Sánchez R. Medellín. P. 447.
- Saray Botero, Nelson. (2018) Procedimiento Penal Acusatorio (Imputación, acusación, preparatoria, juicio oral), 01 Ed. Bogotá. Leyer Editores.
- Urritia Mejia, Hernando y Cuesta Hoyos, Francisco (2008). Sistema Penal Acusatorio. Audiencias Preliminares y Juicio Oral, teoría y práctica. Editorial Ibáñez. Bogotá.
- Vanegas Villa, Piedad (2007). Las audiencias preliminares en el sistema penal acusatorio.
- Vanegas Villa, Piedad (2008). Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio, una visión desde la práctica judicial. Librería Jurídica Sánchez R Ltda. Medellín.
- Velasquez, Iván y Velasquez, Víctor (2015). Corte Interamericana de derechos Humanos – extractos jurisprudenciales. Tomo I y II (1988 – 2015). Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín-Colombia.
- Zuleta Cano, José; Noreña, Lina; Gomez, Maria y Del Valle, Hilda (2018). Manual práctico – sistema penal acusatorio. 02 Ed. Librería Jurídica Sánchez R Ltda. Medellín. P. 352.

Derechos humanos y medio ambiente: los derechos de participación en el convenio AARHUS e acuerdo de Escazú

Renata Pereira Nocera¹

Resumen

Los derechos de participación se fortalecieron en el ámbito de los derechos humanos con la integración del derecho internacional medioambiental del Principio 10 de la declaración de río (1992). De hecho, este artículo lleva a cabo un estudio sobre los derechos de participación en los acuerdos regionales de medio ambiente, concretamente la Convención de Aarhus y el acuerdo regional sobre acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia Ambiental en América Latina y el Caribe, a través de la revisión bibliográfica y documental, por el método deductivo, cómo la implementación de los derechos humanos podría ser promovida por el uso de instrumentos ambientales, a través de la creación de nuevos derechos humanos dirigidos a los temas más diversos, tales como abarcar los derechos de participación ambiental.

Palabras clave: Acuerdo regional, acceso a la información, convenio de Aarhus, derechos humanos, Participación popular, medio ambiente, participación pública, acceso a la justicia.

Introducción

Los derechos humanos consagrados, si se movilizan y redimensionan plenamente, pueden ofrecer una gran contribución a la protección del medio ambiente mundial, regional y local. Sin embargo, como las normas de derechos humanos establecidas se ocupan de las cuestiones medioambientales de

1 Abogada. Máster em Derechos Humanos-UFMS Brasil. Máster en Derecho Ambiental por la Universidad Internacional de Andalucía - UNIA. España. Especialista en Derechos Difusos y Colectivos por la Escuela Superior del Ministerio Público de Mato Grosso do Sul. Miembro del Grupo de Investigación "Derechos Humanos, Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable Global" (CNPq). E-mail: renata.nocera@hotmail.com

manera oblicua, ya que se elaboraron en un momento en que no predominaba la preocupación por el medio ambiente, la falta de precisión puede interferir con las respuestas a los impactos medioambientales, con vistas a la dinámica de nuevos descubrimientos científicos.

En las últimas décadas, el desarrollo del derecho internacional del medio ambiente, como rama del derecho internacional público, ha impulsado la adopción de políticas y normas para contribuir al desarrollo de los derechos humanos, destacando el interés en ampliar eficazmente el vínculo entre los derechos humanos y el medio ambiente, según lo revelan las necesidades actuales.

En 1992, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo celebrada en Río de Janeiro aprobó la declaración de río sobre el medio ambiente y el desarrollo, que en su Principio 10 establece claramente, por primera vez en un instrumento internacional, que la mejor manera de abordar las cuestiones medioambientales es con la participación de los ciudadanos interesados y que cada persona tiene el derecho de participar en el proceso de toma de decisiones. Esto dio lugar a una apertura para crear nuevos derechos humanos como los derechos de participación ambiental y la implementación de mecanismos internacionales para su aplicación efectiva.

En 1998, los gobiernos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE) aprobaron el Convenio de Aarhus, constituyendo un estándar de referencia para las nuevas políticas atribuidas a los derechos humanos. El Convenio tiene como fundamento el acceso a la información, la participación pública en los procesos de toma de decisiones y el acceso a la justicia en el ámbito del medio ambiente, y estos tres aspectos son considerados como sus tres pilares fundamentales. Establece relaciones entre los derechos medioambientales y los derechos humanos, asumiendo que el desarrollo sostenible sólo puede lograrse con la participación de todos los ciudadanos y destacando las interacciones que deben establecerse entre el público y las autoridades del Estado.

En el año en curso, los países de América Latina y el Caribe han adoptado el primer acuerdo regional vinculante para proteger los derechos de participación medioambiental, sobre la base de la aplicación del Principio 10 de la declaración de río, un instrumento jurídico sin precedentes para la región,

donde los derechos de acceso son reconocidos como una extensión de la protección de los derechos humanos.

De hecho, propone emprender un estudio sobre los derechos de participación en los acuerdos medioambientales regionales, concretamente la Convención de Aarhus y el Acuerdo de Escazú. El tema propuesto tiene gran relevancia y pertinencia al considerar que las normas internacionales actuales, centradas en los objetivos del desarrollo sostenible, han representado la necesidad de que todas las personas y la sociedad en general conozcan los principios y directrices para las sociedades sustentables, como un derecho humano fundamental a ser tutorizado de una visión ampliada de los hechos y fundaciones económicas, sociales, culturales y políticas.

En este sentido, la obra será documental y bibliográfica, y a efectos de carácter exploratorio y descriptivo, en la medida en que apunte a proporcionar información sobre el objeto investigado, permitiendo, por el método deductivo, su análisis, definición y diseño. Como resultado, se espera demostrar cómo la aplicación de los derechos humanos puede ser fomentada por el uso de instrumentos internacionales medioambientales, mediante la creación de nuevos derechos humanos dirigidos a las cuestiones más diversas, tales como abarcan los derechos de participación medioambiental.

Conexión Derechos Humanos y Medio Ambiente: Evolución del Principio de la Participación Pública en Materia Ambiental

La democracia es una forma de gobierno que configura la base de la organización sociopolítica y jurídica de un Estado. Una característica esencial es su vínculo visceral con el Principio de la dignidad de la persona humana, pues sin la garantía de su total respeto, la democracia no podrá ser realizada. Se relaciona con los conceptos de participación, representación, inclusión y pluralismo. La democracia se configura, indiscutiblemente, en el sistema más propicio a la garantía de la protección de los derechos humanos y de la seguridad humana².

² MOREIRA, V.G; CARLA M. Comprender os Direitos Humanos, coordenação de Ius *Genitum* Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 444.

La materia se refleja en el propio desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, considerando que la información, la participación pública y el acceso a la justicia son preceptos fundamentales en un contexto general del nuevo modelo de gobierno, caracterizado por el paradigma de la transparencia, la responsabilidad y la participación de los ciudadanos.

Esto, debido a los abusos cometidos por los regímenes totalitarios y los horrores de las guerras, que hicieron surgir las ideas de defensa del individuo ante el Estado, con el fin de delimitar el área de dominio del poder público. De ahí hablar de la conquista de los derechos humanos de primera dimensión, frente al poder ilimitado de los Estados.

En el proceso evolutivo de los derechos humanos paulatinamente se han agregado derechos, como bien subraya Ingo Sarlet³:

Se complementan posteriormente con un abanico de libertades, incluidas las denominadas de expresión colectiva (libertad de expresión, prensa, manifestación, reunión, asociación, etc.) y por los derechos de participación política, tales como el derecho de voto y la capacidad electoral pasiva, revelando, de tal suerte, la íntima correlación entre los derechos fundamentales y la democracia. También el derecho de igualdad, entendido como igualdad formal (ante la ley) y algunas garantías procesales (debido proceso legal, habeas corpus, derecho de petición) se encuadran en esta categoría.

Vladimir Oliveira da Silveira⁴ relaciona tres posiciones en cuanto a la concepción de los derechos humanos. El primero defiende que el origen de los derechos humana deriva del irrespeto a las libertades públicas, tiene como marco histórico la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, en Francia, de 1789, y así serían fruto de la “voluntad colectiva de protesta”. El segundo se alberga “en el pensamiento protestante reformado anglosajón”. El tercero defiende un origen histórico para los derechos humanos. Para el autor, los dere-

3 SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9.ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.54.

4 SILVEIRA, V. O. d.; ROCASOLANO, M.M. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 101-102.

chos humanos componen un fenómeno de origen complejo y, por lo tanto, no proceden de un factor único, sino de diversos aspectos de modo que la comprensión del derecho debe ser tejida a partir de una visión ampliada de los hechos y fundamentos económicos, sociales, culturales y políticos.

En el sistema internacional de protección de los derechos humanos ya existe un conjunto de derechos de participación que son relevantes para la protección del medio ambiente. Estos incluyen el derecho a la información, comprendiendo el derecho de ser informado anticipadamente sobre los riesgos ambientales; el derecho de participar directamente en la toma de decisiones sobre las cuestiones ambientales, tanto a nivel nacional como internacional; el derecho de reparación por vía judicial. Los derechos de participación están protegidos por numerosos dispositivos de derechos humanos, como en la Declaración Universal (artículos 7, 8, 19, 20 y 21) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (artículos 2, 19, 21, 22 y 25).

El enfoque participativo afirma una protección ambiental esencialmente por la vía de la democracia y del debate informado. La deducción que refuerza este argumento es que el proceso decisorio democrático lleva a políticas ambientalmente amigables. Además, al crear vías legales para la participación es posible corregir la distribución desigual de los costos y beneficios ambientales, ya que los grupos marginados son los que actualmente más sufren los efectos desechos de la degradación ambiental (incluidas las mujeres, los pobres y las comunidades íntimamente dependientes de los recursos naturales para su subsistencia) y pueden ser incluidos en la delimitación social del cambio ambiental.

Otro argumento que pone énfasis en el derecho de participación ambiental se refiere a la calidad deseada del medio ambiente. Se trata de un juicio de valor que es difícil de codificar en lenguaje jurídico, y que va a variar entre culturas y comunidades. Es difícil alcanzar una sola formulación y precisa del derecho material al medio ambiente. Por lo tanto, el enfoque más flexible y sensible al contexto es dotar a las personas con derechos de participación robustos y capaces de proporcionar el debate abierto y profundizado sobre el tema.

Con el desarrollo de los derechos de participación en el campo de los derechos humanos se fortalecieron los derechos de participación ambiental y su integración al campo del derecho internacional del medio ambiente. Así, las primeras ideas relacionadas con la necesidad de participación de los ciudadanos y de las comunidades en la protección ambiental, y no sólo de los Estados, surgieron en la Declaración de Estocolmo 1972, que en el ítem 7 de su preámbulo proclama que: “[...] es necesario que ciudadanos y comunidades, empresas e instituciones, en todos los planes, acepten las responsabilidades que tienen y que todos ellos participen equitativamente en ese esfuerzo común. [...]”. Las administraciones locales y nacionales, y sus respectivas jurisdicciones, son las responsables de la mayor parte del establecimiento de normas y aplicaciones de medidas a gran escala sobre el medio ambiente “.

La Conferencia de Estocolmo produjo un Plan de Acción con 109 recomendaciones, previendo, en su segunda parte, una clara limitación a la soberanía estatal en la conducción de sus políticas y apuntando al fortalecimiento de la comunidad internacional, paulatinamente más intervencionista y afirmativa en cuanto a las cuestiones ambientales. Se reconoció su importante papel al insertar la problemática ambiental entre las prioridades de los gobiernos de los países y al provocar un proceso de concientización de la población, pues por primera vez el mundo dirigió su atención a los problemas del crecimiento de la población global, de la contaminación atmosférica y de la contaminación una intensa explotación de los recursos naturales.

Aunque la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano se ha convertido en el primer documento del derecho internacional a reconocer el derecho humano a un medio ambiente de calidad, aunque no ha sido posible alcanzar un acuerdo vinculante, que establezca metas y obligaciones a los países, como aquel que permite al hombre vivir con dignidad y bienestar.

En consecuencia, a partir de Estocolmo, diversas fueron las normativas internacionales que vinieron a impulsar la participación pública en materia ambiental, incluso por la politización del movimiento ecológico verificado en la década de 1980, con una articulación cada vez mayor de grupos orientados a la protección ambiental en el escenario político, verificándose una mayor reivindicación de instrumentos dirigidos a promover una mayor participación pública.

En ese sentido, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies de Flora y Fauna Salvajes de extinción (CITES) de 1973 se convirtió en uno de los primeros y modernos regímenes jurídicos internacionales sobre medio ambiente que implementan la participación ambiental. Conforme explica Livia Campello⁵:

El régimen internacional establecido por la CITES es considerado entre los más modernos y liberales de los tratados ambientales en términos de participación de las ONG, siendo que algunas de sus disposiciones sobre participación fueron reproducidas en otros tratados ambientales. En parte, esto puede ser explicado por los orígenes de la Convención, ya que la idea de un acuerdo internacional para controlar el comercio de la vida silvestre se inició en el sector no gubernamental, más específicamente por una Resolución de 1963 de la UICN.

En 1992, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro, adoptó la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, estableciendo en su Principio 10 que la mejor manera de tratar las cuestiones ambientales es con la participación los ciudadanos preocupados y que cada persona tiene el derecho de participar en el proceso de toma de decisión.

En efecto, según Sarlet y Fensterseifer⁶, “El Principio 10 de la Declaración de Río (1992), en este itinerario evolutivo, se ha convertido, sin duda, norma internacional referencial para la conformación del contenido inherente al Principio de la participación pública”.

Si el acceso a la información motiva a los ciudadanos a participar de manera consciente y capaz, la participación pública en la toma de decisiones posibilita la respuesta gubernamental más acorde con aquellas que son las necesidades y exigencias de la comunidad, potenciando el consenso y la aceptación de las decisiones⁷. Por su parte, el acceso a la justicia permite la revisión de los derechos anteriormente mencionados.

5 CAMPELLO, L.G.B. A participação das ONG's nos acordos multilaterais ambientais: Uma análise da Convenção sobre o Comércio de Espécies da Fauna e Flora Selvagens Ameaçadas de Extinção (CITES). *Revista de Direito Brasileira*, v. 14, 2016, pp. 01-30.

6 SARLET, I.W; FENSTERSEIFER, T. op cit, p.123.

7 BANISAR, D; PARMAR, S; DA SILVA, L; EXCELL, C. Moving from Principles to Rights: Rio 2012 and Access to Information, Public Participation, and Justice. *Sustainable Development Law & Policy*, 12, n. 3, 2012, passim

La Declaración de Río de 1992, por lo tanto, representó en su Principio 10 la normativa internacional de mayor referencia en lo que se refiere a la participación popular en materia de medio ambiente, consolidando así los vínculos entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente⁸.

De la misma conferencia resultó la Agenda 21, que concibe un programa de trabajo cuyo objetivo es disciplinar y concentrar esfuerzos para identificar los desafíos para el desarrollo sostenible, los recursos y medios para enfrentarlos y las metas para las próximas décadas. Como parte del programa, la Agenda 21 también enfatiza la necesidad de fortalecer el papel de las comunidades en el diseño de diferentes mecanismos y formas de participación como parte de la planificación para la construcción de sociedades sostenibles.

En su capítulo 8, dedicado a la integración entre medio ambiente y desarrollo en la toma de decisiones, presenta como objetivo general la necesidad de reestructuración del proceso de toma de decisiones para integrar plenamente la consideración de cuestiones socioeconómicas y ambientales, garantizando al mismo tiempo, una medida mayor la participación pública. Con base en ese Plan de Acción, los gobiernos deben trazar sus objetivos, proponer acciones que mitiguen o eliminen las dificultades sociales y crear modelos de desarrollo ambientalmente más sostenibles.

José Ruiz Ruste⁹ menciona que la efectividad del programa de acción se encuentra comprometida en virtud de aspectos limitadores como la ausencia de obligatoriedad para los Estados en la ejecución de las acciones propuestas, la falta de plazos para el cumplimiento de las metas y la ausencia de mecanismo de control efectiva. Sin embargo, subraya que tanto el Consejo Económico y Social de la ONU como la propia Asamblea General mantienen una vigilancia continua sobre la aplicación del programa.

Jutta Brunnée¹⁰, por su parte, subraya que el hecho de no atribuirse la condición de *hard law*-instrumento normativo con fuerza vinculante para los

8 UNITES NATIONS. Protecting your environment: The power is in your hands - Quick guide to the Aarhus Convention. Disponible en: <http://www.unece.org/index.php?id=31320>. 27. mai.2017.p.11

9 RUIZ, J.J. *Derecho internacional del medio ambiente*. Madrid: McGraw Hill, 1999. *passim*.

10 BRUNNÉE, Jutta. The Stockholm declaration and the structure and processes of international environmental law. In: CHIRCOP, Aldo; McDORMAN, Ted & ROLSTON, Susan (Eds.). *The future of ocean regime building: essays in tribute to Douglas M. Johnstons*. Doordrecht: Martinus Nijhoff, 2008. *passim*.

Estados- no genera consecuencia de mayor relevancia, puesto que tal instrumento normativo desempeña una fuerte influencia en las experiencias normativas nacionales, además de condicionar y orientar la aplicación del derecho ambiental en todas las esferas. En este sentido, los derechos de acceso a la información, participación directa y acceso a la justicia en asuntos ambientales han sido reafirmados e implementados en diversas iniciativas normativas internacionales, regionales y nacionales.

En 2002, el Plan de aplicación de las decisiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo) en el punto 164 se basó en que todos los países deben promover la participación pública, incluidas medidas para facilitar el acceso a la información relativa a la legislación, reglamentos, actividades, políticas y programas. También deben promover la plena participación pública en la formulación e implementación de políticas de desarrollo sostenible. Además, se ha prestado especial atención a las mujeres que deben poder participar plenamente y en pie de igualdad en las políticas y en la toma de decisiones.

El órgano directivo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en su vigésima quinta sesión, en 2010, adoptó directrices para la elaboración de la legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental, como una orientación a los Estados en la promoción del cumplimiento efectivo de los compromisos asumidos en relación al Principio 10 de la Declaración de Río, en el marco de su legislación y procesos nacionales.

En 2012, los Estados se reunieron nuevamente en Río de Janeiro en la ocasión de Río + 20, con la plena participación de la sociedad civil, encuentro en que se renovaron los compromisos con el desarrollo sostenible y con la promoción de un futuro económico, social y ambientalmente sostenible para nuestro planeta y para las generaciones actuales y futuras.

A declaração final da Rio + 20, denominada “O futuro que queremos”, trouxe no teor de seu texto a afirmação da participação ativa de todos os interessados, explorando novos mecanismos para promover a transparência e a participação efetiva da sociedade civil, em caráter de reafirmação do Princípio 10 da Declaração do Rio de 1992.

Los objetivos y las metas son universales, afectan tanto a los países desarrollados como a los países en desarrollo. Además, son de carácter integrado e indivisible, y conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental.

Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, está previsto en el objetivo 16 del plan de acción, que dispone sobre la garantía de igualdad de acceso a la justicia para todos, a través de instituciones eficaces y transparentes, capaces de garantizar la adopción de decisiones inclusivas en todos los niveles, además de promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias en favor del desarrollo sostenible¹¹.

Por lo tanto, el Principio 10 de la Declaración de Río se encuentra en el centro de la Agenda 2030, al garantizar que toda persona tenga acceso a la información, participe en la toma de decisiones y tenga acceso a la justicia en asuntos ambientales, en particular las personas y grupos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y pobreza. De esta forma, la participación pública se ha venido de nuevo y consagrada como un pilar fundamental del desarrollo sostenible.

Es innegable la importancia atribuida a la participación pública en la política internacional del medio ambiente a lo largo de las dos últimas décadas del siglo XX y principios del siglo XXI. Al consagrar sus tres elementos fundamentales, acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia, que conjuntamente configuran la participación pública en sentido amplio, ser parte de la experiencia de que cuando los Estados fallan en incluir estos aspectos en la conducción de sus políticas, los resultados de las decisiones tienen una probabilidad superior de ser ambientalmente inícua y socialmente injustas.

Los diferentes programas comunitarios en materia de medio ambiente han otorgado un papel esencial en lo que se refiere a la creación de nuevos derechos humanos de orden ambiental, como los derechos de participación ambiental con el interés de ampliar de manera efectiva el vínculo entre derechos humanos y medio ambiente.

11 NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (LC/TS.2017/83), 2018.p.17.

Los Derechos Humanos y la Participación Ambiental en la Convención de Aarhus

Los derechos de participación, inicialmente delineados en el Principio 10 de la Declaración de Río, se detallan en la Convención de Aarhus, que aunque es un instrumento regional, bajo la égida de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa de la CEPE, está abierto a la adhesión de otros países, una característica que, en la práctica, amplía su ámbito geográfico más allá de Europa.

El principal objetivo de la Convención de Aarhus es “contribuir a la protección del derecho de todas las personas presentes y futuras generaciones a vivir en un medio ambiente adecuado a su salud y bienestar”. Con este objetivo, la Convención exige que los Estados Partes implementen tres grupos de derechos de participación ambiental. El primero se refiere al derecho de acceso a la información ambiental¹². El término “información sobre el medio ambiente” se define, en líneas generales, sobre la base de tres categorías de información que pueden referirse, en particular (i) estado de los elementos del medio ambiente, (ii) actores, tales como sustancias, energía, ruido y las actividades o medidas y (iii) estado de salud y seguridad humanas, condiciones de la vida humana, lugares culturales y estructuras edificadas, en la medida en que son o pueden ser afectadas por el estado de los elementos del medio ambiente.

La conexión formulada en el último párrafo entre, por un lado, “salud y seguridad humanas” o “condiciones de la vida humana” y, por otro lado, el medio ambiente, destaca el interés en ampliar el alcance de los derechos humanos para incluir componentes ambientales. A través de esta ampliación, esta conexión se vuelve cada vez más explícita, ampliando el derecho de acceso a la información medioambiental a medidas y políticas relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales (por ejemplo, medidas y políticas relativas a los estándares de calidad del agua, requisitos de zonificación relacionados con la salud).

Esta conexión se aclara en la Guía de implementación de la Convención de Aarhus, que se refiere, por ejemplo, al hecho de que la salud humana puede incluir una amplia gama de enfermedades que son directa o indirectamente atribuibles o afectadas por los cambios en el medio ambiente.

¹² Ver artículos 4° e 5°.

Para los propósitos de este estudio, el vínculo entre la información medioambiental y las condiciones de los derechos humanos proporciona una ilustración de lo que se ha planteado, a saber, cómo se podría fomentar la aplicación de los derechos humanos mediante el uso de instrumentos medioambientales. Sin embargo, la ampliación del concepto de “información ambiental” presenta límites. Aunque la Guía de implementación afirma que las tres categorías de “información medioambiental” identificadas no son exhaustivas, sería difícil argumentar que las medidas que no presentan una relación perceptible con el medio ambiente están cubiertas.

Así, la información relacionada con las medidas relativas al derecho a la educación o al derecho de trabajo no se abarcar por el término “información medioambiental”, a menos que haya una conexión fuerte y suficiente con el estado de los elementos del mismo entorno o con los actores tales como sustancias, energía, ruido y radiación “.

El segundo grupo de derechos de participación ambiental se refiere a la participación pública directa en decisiones relativas a actividades específicas, planes, programas y políticas relativas al medio ambiente, así como a la participación pública en la elaboración de reglamentos y / o instrumentos normativos legalmente vinculantes¹³. Estos derechos pueden ser vistos como aplicaciones específicas de un derecho más amplio de participación en los asuntos públicos, frente al artículo 25 (a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se aplica también a los derechos económicos, sociales y culturales¹⁴.

Entre las muchas cuestiones que pueden plantearse, una particular importancia es la identificación de los tipos de actividades que requieren participación pública a la luz de la Convención de Aarhus.

En este sentido, los artículos 6 (1) y 8 (caput) se refieren a estas actividades o normas tales como la unión “pueden tener un efecto significativo en el me-

13 Vide artículos, 6º; 7º e 8º

14 Todo ciudadano tendrá el derecho y la posibilidad, sin ninguna de las formas de discriminación mencionadas en el artículo 2 y sin restricciones infundadas: a) de participar en la conducción de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente escogidos; b) de votar y de ser elegido en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igualitario y por voto secreto, que garanticen la manifestación de la voluntad de los electores; c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

dio ambiente.” Esta expresión no está definida en la Convención, pero la Guía de Implementación la define por referencia al párrafo I del apéndice III del Convenio de Espoo sobre Evaluación de Impacto Ambiental en un contexto transfronterizo, si no veamos:

Al considerar las actividades propuestas a que se aplican en el párrafo 5 del artículo 2, las partes interesadas pueden considerar si la actividad puede tener un impacto transfronterizo adverso significativo, en particular debido a uno o más de los siguientes criterios: a) Tamaño: actividades propuestas que son grandes para el tipo de actividades; (b) Ubicación: las actividades de localización propuestas que se encuentren situadas o próximas a un área de especial sensibilidad o importancia ambiental (como zonas húmedas designadas en el marco del Convenio Ramsar, parques nacionales, reservas naturales, sitios de interés científico especial, o sitios de importancia arqueológica, cultural o histórica), también, las actividades propuestas en lugares donde las características del desarrollo propuesto serían susceptibles de tener efectos significativos sobre la población; c) Efectos: las actividades propuestas con efectos particularmente complejos y potencialmente adversos, incluidos aquellos que dan lugar a efectos graves sobre los seres humanos o en especies u organismos valorizados, aquellos que amenazan el uso existente o potencial de una zona afectada y los que causan la carga adicional que no puede ser sostenida por la capacidad del ambiente.

La Convención de Espoo se refiere a varios criterios a este fin que, en general, incluyen tamaño, localización y efectos. Más específicamente, la Convención de Espoo menciona “actividades propuestas en lugares donde las características serían susceptibles de tener efectos significativos sobre la población” o aquellas que “traen graves efectos sobre los seres humanos”. El artículo 7 se refiere a planes y programas “relacionados con el medio ambiente”. Así, hay espacio para que actividades, medidas y regulaciones que afectan la situación de los seres humanos y, por consiguiente, sus derechos humanos, sean incluidas entre las que requieren participación pública.

En efecto, las actividades y medidas contempladas son aquellas con consecuencias potencialmente graves para el medio ambiente, una categoría que se

superpone en gran medida a aquellas que afectan a la salud y a la cultura humana de una forma general, la cual puede ser comprendida por ejemplo por la seguridad y la calidad del agua, la producción de alimentos, la seguridad del medio ambiente, etc.

Así, los requisitos de participación pública establecidos en la Convención de Aarhus podrían funcionar como una capa adicional de protección de los derechos humanos. El tercer grupo de derechos de participación ambiental se refiere al acceso a la justicia en conexión con el acceso a la información ambiental ya la participación pública directa en la toma de decisiones ambientales (artículo 9). Este derecho conforme al artículo 9, párrafo 3, legitima a los ciudadanos a impugnar actos y omisiones de agentes privados y autoridades públicas que se oponen a las disposiciones de sus leyes nacionales relacionadas con el medio ambiente.

Para los tres grupos de derechos, el público en cuestión perjudica al ciudadano vulnerado o susceptible de ser afectado o interesado en el proceso de toma de decisiones en materia de medio ambiente. Además, cuando un Estado Parte no aplica las obligaciones derivadas de la Convención dentro de su sistema interno, los individuos o grupos afectados pueden recurrir al procedimiento de incumplimiento establecido por el Convenio.

Así, en general, la Convención sintetiza los estrechos vínculos entre los objetivos perseguidos por los instrumentos de derechos humanos y de derecho ambiental. En resumen, los derechos de participación ambiental representan un híbrido práctico y funcional entre las normas de derechos humanos y derechos ambientales. Esto quedó claramente demostrado en la Convención de Aarhus, uno de los acontecimientos internacionales más importantes en este ámbito.

La Convención incluye características innovadoras, como un mecanismo de cumplimiento que permite que las reclamaciones de los miembros del público a un comité de cumplimiento¹⁵. Esto permite a los individuos y las ONG que coloquen presión sobre sus Estados de origen para proporcionar derechos de participación que se ajusten a los estándares desarrollados en el régimen del tratado.

15 Vide artículo 15.

Notas Acerca del Nuevo Acuerdo Regional Sobre el Acceso a la Información, Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe

Los países de América Latina y el Caribe han manifestado el interés en iniciar procesos que apliquen de manera efectiva los derechos de participación en aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río.

En ese sentido, instrumentos como la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río y la Agenda 2030, reconocen la necesidad de alcanzar compromisos pertinentes a los derechos de acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en asuntos ambientales a nivel regional, así como establecen el compromiso de los jefes de Estado y gobierno para avanzar hacia el desarrollo sostenible de forma equilibrada e integrada de manera a viabilizar un instrumento regional para tales fines.

Representantes de 24 países de América Latina y el Caribe se reunieron en San José, Costa Rica, el día 04 de marzo de 2018, en la que adoptaron el primer acuerdo regional vinculante para proteger los derechos de acceso a la información, pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, tratándose de un instrumento legal inédito para la región. El Acuerdo de Escazú, estará abierto a la firma de todos los países de América Latina y el Caribe en la Sede de la ONU en Nueva York del 27 de septiembre de 2018 a 26 de septiembre de 2020, y estará sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados que lo hayan firmado¹⁶.

Con el texto final aprobado, el acuerdo tiene como objetivo principal garantizar una implementación plena y efectiva en el ámbito regional de los derechos de participación, así como la creación y fortalecimiento de capacidades y cooperación, contribuyendo así a la protección de los derechos de cada persona, presentes y futuras generaciones. Como los pilares establecidos en la Convención de Aarhus, los derechos de participación denominados “derechos de acceso”, se entienden como los derechos de acceso a la información, la participación pública en el proceso de toma de decisiones medioambientales y el

16 NACIONES UNIDAS. Texto Compilado Por La Mesa Directiva Que Incluye Las Propuestas De Texto De Los Países Relativas Al Documento Preliminar Del Acuerdo Regional Sobre El Acceso A La Información, La Participación Pública y El Acceso A La Justicia En Asuntos Ambientales En América Latina Y El Caribe (LC/L.4059/Rev.8), 2018.

acceso a la justicia en asuntos ambientales, consagrados en el Principio 10 de la Declaración de Río.

La información ambiental delimitada por el artículo 5 del acuerdo regional, puede ser entendida por esa información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier forma, relacionada con el estado del medio ambiente y recursos naturales, conocimientos tradicionales y genéticos, incluida la información sobre posibles impactos adversos vinculados a la salud humana.

Esta definición incluye un desafío adicional que corresponde a la difusión de información oportuna en caso de amenaza inminente para la salud, ya sea por actividades humanas o por causas naturales, aunque los Estados Partes ya hayan asumido obligaciones en virtud de normas internacionales de derechos humanos, ampliando así el ámbito de protección a la salud humana por medio de la aplicación del derecho de acceso a la información ambiental. De la misma manera se nota la ampliación de los derechos de protección a grupos en situación de vulnerabilidad, ya que el párrafo 3 del mismo artículo establece el compromiso de los Estados Partes para facilitar el acceso a la información ambiental, considerando sus condiciones y especificidades.

La participación del público en la toma de decisiones relativas a asuntos ambientales está prevista en el artículo 7 del acuerdo regional según el cual cada Parte se compromete a aplicar una participación abierta e inclusiva en los procesos y las decisiones medioambientales en función de los marcos normativos internos e internacionales, así como adoptará medidas para asegurar que la participación del público sea debidamente considerada y contribuya desde las etapas iniciales de los procesos decisorios ambientales. Por “participación pública” según el acuerdo regional, se comprende el proceso mediante el cual las personas naturales, jurídicas o colectivas, contribuyen a los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales a través de diversas modalidades de participación institucionalizadas o establecidas de conformidad con la legislación o prácticas nacionales.

Esta participación deberá ser promovida por los Estados Partes en procesos decisorios relativos a proyectos y actividades, así como en otros procesos de autorizaciones ambientales, que tengan o puedan aportar un impacto significativo sobre el medio ambiente en todas sus fases, ya sea en revisiones, revisiones o incluso las actualizaciones, de manera que las observaciones del

público sean debidamente consideradas y contribuyan a los procesos respectivos, lo que atribuye una ampliación al derecho humano de participación ciudadana, puesto que dirigido al interés público relativo a las actividades que puedan causar un impacto al medio ambiente.

Según un estudio desarrollado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, un elemento clave que destaca a los expertos en evaluación del impacto ambiental es la necesidad de que la participación sea adecuada al contexto en que se realiza. En respuesta a esa necesidad y en aplicación las disposiciones del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), algunos países como Chile, Colombia y Perú incorporaron en sus reglamentos internos de evaluación del impacto ambiental, disposiciones específicas para que cuando el proyecto o actividad afecte directamente a pueblos indígenas, la autoridad desarrolle un proceso de consulta que contemple mecanismos apropiados¹⁷.

Otra cuestión interesante es el reconocimiento de la razonabilidad procedimental en atención a los Principios de transparencia, prevención y precaución, así como la apertura a los grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales a fin de que puedan actuar sin amenazas, restricciones y la inseguridad.

Los derechos de acceso reconocidos en el acuerdo regional se complementan con el acceso a la justicia, en que cada Parte garantizará el derecho de accionar la justicia en asuntos ambientales, de acuerdo con las garantías del debido proceso en el marco legal de las legislaciones internas cuando constatadas violaciones a los derechos de información y participación pública en materia de medio ambiente, así como cualquier otra decisión, acción o omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa el medio ambiente o ir en contra de normas jurídicas relacionadas al medio ambiente.

17 NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (LC/TS.2017/83), 2018.p.93.

Conclusión

Con el desarrollo de los derechos de participación en el área ambiental se han ampliado y fortalecido los derechos humanos ya consagrados, los cuales se implementan en la medida en que, a través del acceso a la información, participación y acceso a la justicia, se garantiza a todos los seres humanos vivir en un medio ambiente adecuado a su salud y bienestar.

En este sentido, se observa que los tratados internacionales ambientales que vinculan explícitamente los derechos de participación con otros derechos humanos, como los acuerdos regionales analizados, proporcionan un marco sólido y amplio para que los gobiernos creen acciones que involucren y proporcionen una implementación efectiva a los gobiernos derechos humanos a través de instrumentos medioambientales.

El Principio 10 de la Declaración de Río (1992), en ese itinerario evolutivo, se presentó como la norma internacional referencial para la conformación del contenido inherente a los derechos de participación involucrando la tutela ecológica.

En su nítida aplicación, los instrumentos regionales analizados confieren derechos a la población e imponen obligaciones a los gobiernos y autoridades públicas en materia de participación ambiental.

Además, la especial apertura de la participación a las organizaciones no gubernamentales directamente interesadas en los reflejos de las decisiones públicas ambientales, aporta una contribución al desarrollo de una gobernanza en nivel global para los asuntos ambientales, encunanto mecanismo de presión a los Estados-Partes.

De esta forma, se observan avances en las legislaciones internacionales regionales en cuanto al reconocimiento de los derechos de participación y la creación de mecanismos para esos efectos.

Sin embargo, los retos en general consisten en la aplicación apropiada de estos mecanismos (planes, programas, estrategias y políticas públicas). En ocasiones, la participación se limita a cumplir con los requerimientos formales, se concretan en gran parte durante las fases finales de los procedimientos

o incluso después de haber sido adoptadas, no adecuándose a las características sociales, económicas, geográficas de las comunidades, y aún no proporcionando la debida respuesta a las postulaciones de personas y organizaciones.

Además, es evidente la necesidad de fortalecer las capacidades de los grupos de personas tradicionalmente vulnerables en los procesos participativos, como mujeres, pueblos indígenas y afrodescendientes, y de reconocer la diversidad de idiomas y culturas en la región. La participación pública no puede estar restringida a pocos medios, como un solo idioma, en países interculturales, o un medio, como internet, cuando hay serias deficiencias en la cobertura. El Estado debe garantizar los derechos de participación ambiental, prestando especial atención a los grupos vulnerables o excluidos de este proceso.

Referencias

Fensterseifer, T. *Princípios do Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Economic Commission For Europe. The Aarhus Convention. Disponível em: <http://www.unece.org/index.php?id=31320>. 27/05/2017.

Stockholm Declaration. Disponível em <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>. Acesso em 28.out. 2017.

The Aarhus Convention An Implementation Guide. Disponível: <http://www.unece.org/>. Acesso em 27/05/2017.

Universal Declaration of Human Rights. <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>. Acesso em 28/01/2018.

General Assembly. Report of the Independent Expert on the Issue of Human Rights

Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable

Environment, John H. Knox. Disponível em: www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSe. Acesso em 27/05/2017.

Protecting your environment: The power is in your hands - Quick guide to the Aarhus

Convention Disponível em: <http://www.unece.org/index.php?id=31320>. 27. mai.2017.

Rio Declaration on Environment and Development. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>. Acesso em 28/01/2018.

Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment .Disponível em: <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf> Acesso em 28/01/2018.

Texto Compilado Por La Mesa Directiva Que Incluye Las Propuestas De Texto De Los Países Relativas Al Documento Preliminar Del Acuerdo Regional Sobre El Acceso A La Información, La Participación Pública y El Acceso A La Justicia En Asuntos Ambientales En

América Latina Y El Caribe (LC/L.4059/Rev.8), 2018.

O princípio da Solidariedade no Direito Internacional do Meio Ambiente. **In:** *Direito Ambiental no Século XXI: efetividade e desafios*. 1. ed. Curitiba: Clássica, v.2 .440p. 2013.

A participação das ONG's nos acordos multilaterais ambientais: Uma análise da Convenção sobre o Comércio de Espécies da Fauna e Flora Selvagens Ameaçadas de Extinção (CITES). *Revista de Direito Brasileira*, v. 14, pp. 01-30, 2016.

Banisar. D; Parmar. S; Da Silva.L; Excell.C. Moving from Principles to Rights: Rio 2012 and Access to Information, Public Participation, and Justice. *Sustainable Development Law & Policy*, 12, n. 3, 2012.

Basto, C.R. Curso de direito constitucional. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Brunnée, Jutta.The Stockholm declaration and the structure and processes of international environmental law. In: CHIRCOP, Aldo; McDORMAN,

Ted & ROLSTON, Susan (Eds.). *The future of ocean regime building: essays in tribute to Douglas M. Johnstons*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2008.

Campello, L. G. A. A participação das ONG's nos acordos multilaterais ambientais: Uma análise da Convenção sobre o Comércio de Espécies da Fauna e Flora Selvagens Ameaçadas de Extinção (CITES). *Revista de Direito Brasileira*, v. 14, 2016.

Cançado, A.A. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

KISS, A; SHELTON, D. *Guide to International Environmental Law*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Moreira, V.G; Carla M. *Compreender os Direitos Humanos*, coordenação de, Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

Naciones Unidas. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (LC/TS.2017/83)*, 2018.

Razquin, L.J. El Convenio de Aarhus. Consecuencias de su ratificación por España. *Revista AJA – Actualidade Jurídica Aranzadi*, XV, Nº 670, Madrid, 20051414-753X.

Ruiz, J.J. *Derecho internacional del medio ambiente*. Madrid: Mcgraw Hill, 1999.

Sarlet, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 .ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Silveira, V. O. D.; Rocasolano, M.M. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

United nation. Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary. Disponível em: <https://www.unece.org/Acesso> em 18/04/2018.

Vergara, S.C. *Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Vergara, S.C. *Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

The writ for protection of fundamental rights in Colombia: the case of women's labor rights

Tereza Bízková¹, Manuel J. Gómez Restrepo²

Abstract

The writ for protection represents an essential legal mechanism that allows Colombian citizens to directly demand the protection of their fundamental rights. Since its introduction in the 1991 Constitution, it has become the most popular judicial instrument in the country. Apart from significantly contributing to the defense of human rights, the writs have also shaped Colombian jurisprudence to a great extent. That is, the Constitutional Court – the institution that is the head of the constitutional system and rules with relative precedents – issued rulings that have affected both the conceptual and normative legal landscape.

One of the principles formed by the Constitutional Court was maternity protection, known as the reinforced labor stability of pregnant and breastfeeding women. Since 1997, when it earned its constitutional protection, many female workers have utilized the mechanism to access fast and effective protection against unjust dismissal due to their pregnant or breastfeeding state. However, despite aiming at being simple, the applicability of the writ has been subjected to profound changes and have thus been occasionally ascribed with certain ambiguity. This has sometimes resulted in confusion of petitioners and the consequent failure of their claims. For this reason, this article inspects the requirements for writ applicability, both generally and with focus on the maternity protection. In addition, it attempts to briefly outline the development that some of the conditions have undergone.

Keywords: Writ for protection, women's labor rights, Tutela, Constitutional Court, constitutional protection, Colombia

1 Bachelor of Area Studies from Charles University in Prague. Master in Defence, Development & Diplomacy from Durham University. Researcher at Corporación Universitaria Americana, Medellín, Colombia. Contact: terezkabizkova@seznam.cz

2 Political Scientist from Universidad de Antioquia. Bachelor of laws from Universidad Eafit. Master in Laws in Constitutional Law from Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Professor and Researcher at Corporación Universitaria Americana, Medellín, Colombia. Contact: mjgomez@americana.edu.co

Introduction

Just as in the case of several other Ibero-American countries (for example Spain, Mexico, Argentina or Chile), the Colombian legal system possesses an instrument with unique characteristics: the writ for protection of fundamental rights (also known as *acción de tutela por amparo*). This tool, which was introduced in the 1991 Political Constitution, represents a popular mechanism for Colombian citizens to directly claim their fundamental rights in both disputes with individuals or state-parties (Delaney, 2008, p. 50). Over time, the writ for protection has become the most popular judicial instrument that is often attributed with speed, effectivity and lacking onerous formalities. Actually, in the twenty-seven years of its usage, over 7 million cases have been submitted (El Espectador, 2018a). Not only there are reasons to believe that the writ widely contributed to the restoration of credibility of Colombian justice (Gómez, 2018), it has also become an important guarantee of fundamental rights as safeguarded by the constitution.

That is, by inclining toward the notion of binding precedent, the Constitutional Court has utilized writs of protection to issue essential jurisprudence that guides decision-making in policy and judicial precedents. Gradually, the institution crowned itself into the position of the ultimate protector of various principles, including women's labor rights. However, women workers have not always been entitled to the same degree of constitutional protection they enjoy nowadays: the concept of writ applicability has been dynamically developing.

This is the case of one of the most integral propositions known as *fuero de maternidad* (maternity protection), which incorporates reinforced labor stability for pregnant and breastfeeding workers. Although the application for writ for protection was originally reserved for fundamental rights only, this provision finally earned its advisability after intense discussions in 1997. Indeed, this has meant a significant progress for women's labor rights. Since then, protection has been broadened to different types of labor and the rules regulating dismissal have been further specified. Yet, with the law constantly evolving, various shortcomings and uncertainties still exist. Many of these are constantly being elaborated and redefined in front of the Constitutional Court, mainly via jurisprudence of writs submitted by affected women.

Therefore, the societal importance of the writ, together with the impacts it has had through its subsequent jurisprudence, demonstrates how essential this instrument is for the development of particular principles. This poses an extremely important argument to uncover how exactly the mechanism works and in which cases it applies, particularly considering that the usage of the writ for protection *has not been rigid*. Various establishing rules have been partially softened by interpretation and additional criteria have been formed, some of them posing substantial consideration for women appealing to the special protection due to their pregnancy or breastfeeding status. There have been cases in which the proceeding itself has been denied due to the failure to comply with the different conditions. For these reasons, this article aims to answer the following questions:

- a. What are the conditions for pregnant and breastfeeding workers to litigate their reinforced labor stability (maternity protection) via writ for protection of fundamental rights within the Colombian legal system?
- b. Have there been any specific changes in applicability of the writ to maternity protection?

The overall goal is to outline the rules of applicability of writ for protection action particularly with regards to the protection of pregnant and breastfeeding workers and monitor the development of the application from the introduction of this mechanism until nowadays. For this purpose, the general rules of application will be briefly discussed firstly. Secondly, the article shall inspect various sentences issued by the Constitutional Court dealing with protection of women workers to uncover the necessary requirements to submit a writ claim. Simultaneously, the changes that have taken place since the applicability of this legal instrument to women's labor rights in 1997 shall be monitored to observe any visible patterns or scenarios.

General requirements to submit a writ for protection of fundamental rights

The revolution towards a more citizen-centered legal culture began in 1991, when the writ for protection of fundamental rights was introduced by the Article 86 of the Political Constitution. It proposes the basic premise that

the writ can be submitted by any person for a prompt and effective defense where there is a violation (or a threat of infringement) of their fundamental right. The mechanism was further developed in detail by the Decree 2591 of 1991, which was subsequently regulated by Decree 306 of 1992. Over time, additional changes were interposed by supplementary norms, namely by Decree 1382 of 200 and 1983 of 2017. Apart from these, important jurisprudence forming the nature of the writ has been issued, as well.

It is the particular characteristics of the tool that have upheld the writ as the most important legal institution of constitutional rank in Colombian history (Carrera, 2011, p. 75-76). These, consisting of the five principles of subsidiarity, immediateness, specificity, simplicity, and effectivity (Blacio, 2012), significantly shape the conditions for submission of writs.

Subsidiarity governs the usage of the writ. It is exactly this assumption that allows for the direct nature of the mechanism. It ensures that the writ is not misused and that judges are not overwhelmed with claims that would be more fitted for resolution by other judicature, thus potentially crippling the alacrity and effectivity of the tool. In other words, the writ for protection was created to fill the gaps of protection, not as a replacement, alternative, or competition to the ordinary tools of the law (Bustamante, 2011). The practical implication is that all possible means of judicial defense should be exhausted before the writ for protection can proceed. In fact, were a judge to identify the existence of other judicial means, perhaps more suitable one for the protection of the right, it is in order to declare the unenforceability of the writ action (Carrera, 2011, p. 80).

Despite, the Article 8 of the Decree 2591 of 1991 proposes an exception; it states that even when the affected party has another means of judicial defense, the writ for protection will proceed when it is used as a transitory mechanism to avoid *irreparable damage*. Such situation is observed when the damage is imminent, when the measures required to submit it are urgent, when the circumstances are serious, and when the damage is of great intensity or presents a material or moral impairment to the detriment of the affected (T-081 of 2013). Apart from that, the writ can also proceed when other mediums were utilized and did not prove suitable or when they exist but their efficacy is not as favorable as of the writ. Ultimately, this means that it is the competent judge's duty to assess not only whether there is an alternative judicial way but also

whether the case possesses the urgency for protection (Carrera, 2011, p. 80).

The existing jurisprudence has further provided insights about concrete situations, for example, the writ can be replaced by other means in cases such as conciliation between individuals, arbitration, and in circumstances managed by administrative authorities according to the law (T-397 of 1997). Similarly, the writ is not ideal for contractual conflict resolution (T-340 of 1997), to obtain compliance with a conciliation where labor matters are discussed (T-020 of 1997), to resolve issues corresponding to other jurisdictions (SU-111 of 1997), to tackle situations of family abuse (T-420 of 1996), to replace administrative litigation (T-346 of 1996), and to substitute popular action (T-354 of 1996).

Immediateness provides for the remedial aspect of the writ. It corresponds with the essential aim to make the writ a prompt tool for protection. After all, Article 1 of the Decree 2591 of 1991 affirms that the writ can be submitted at “all days and all hours”, which only further demonstrates how instantaneous the mechanism aspires to be. Similarly, the Constitutional Court declared that the writ presents a “rapid protection in face with real and current effects of such magnitude that the jurisdictional apparatus is forced to put aside their ordinary tasks...” (T-519 of 2006). More palpably, the sentence SU-961 of 1999 assumed that there is a correlative duty of a *timely and fair* interposition of the writ. Likewise, other sentences mention the exercise in a *timely and reasonable* manner (T-1043 of 2010). Yet, there are no given time periods or deadlines; instead, it needs to be carefully evaluated in each case whether the petitioner’s claim is presented in a truly timely matter when the damage is still actual or imminent.

In this respect, the sentence SU-391 of 2016 unified the immediacy criteria to guide the assessment. Firstly, the personal situation of the petitioner is inspected. The requirement of a short term application could be complicated for those in a “state of defenselessness, interdiction, abandonment, minority of age, or physical incapacity”. Secondly, the moment when the violation occurred must be taken into consideration. Particularly in the cases of permanent violation of fundamental rights, the judges should examine the time by which the writ application was delayed. Thirdly, the nature of the violation matters: there are situations when the untimely appeal can present a causal link with the factual circumstances. Therefore, the judge needs to contemplate whether

the deferment was related to the violation of the rights of the petitioner. Fourthly, the action against which the writ for protection is directed is paramount. For instance, the Constitutional Court believes that the analysis should be stricter with a writ filed against a court order (*tutela contra sentencia*). And fifthly, the possible impacts of the decision must be scrutinized. That is, should the judge adopt a decision in a case that was filed in late, what would be the impact on third parties (SU-391 of 2016). Similar points were also discussed in the sentence T-022 of 2017.

Specificity is undoubtedly the most convoluted and debated principle. It determines the scope of the writ and thus makes it applicable to only a particular set of circumstances. According to Article 2 of Decree 2591 of 1991, the writ guarantees the protection of “fundamental constitutional rights”. At the same time, it affirms that when a reference is made to a right not expressly marked as fundamental, but whose nature allows for the writ in concrete cases, the Constitutional Court shall give priority to the revision of that decision (Article 2, Decree 2591 of 1991). Other than that, the Decree 306 of 1992 specified that the writs must be applied only to fundamental rights and not to those that only have a legal status; nor to enforce laws, decrees, regulations or any other rule of lower rank. Nevertheless, the interpretation and redefinition goes even further: Sentence T-451 of 1992 proposed that the fundamental character of a right must be determined in each specific case. The obvious ambiguity only confirms that there is no clear delineation or a concrete list of rights that the writ can be applied to. Therefore, it is believed that the Colombian legal system established a somewhat *open catalogue of fundamental rights* (Botero Marino, 2006, p. 14). The common denominator has always been the concept of human dignity (Carrera Silva, 2011, p. 83). Botero (2006, p. 14) has established a categorization of six that allows for greater clarity of the protectable rights.

1. First, there are the rights of immediate application, as registered in Article 85 of the Constitution. These include the right to life, to personal integrity, equality, freedom of religion, and many others.
2. Secondly, there are subjective rights, as provided for by Chapter 1 of the Title II of the Constitution. These can be revoked when they do not disturb the immediacy principle (Carrera Silva, 2011, p. 84).

3. Thirdly, the fundamental rights by express constitutional mandate are also subjected to writ usage, for example the rights of children.
4. Fourthly, those rights that make up a block of constitutionality³ (*stricto sensu*) have their source in the Court's interpretation and adaptation of supranational norms and principles, such as in international law of human rights and international humanitarian law.
5. Fifthly, unnamed rights are for example those of human dignity, the vital minimum (having the minimum necessary for subsistence), or reinforced job stability for individuals in need of special constitutional protection, including pregnant women.
6. Sixthly, fundamental rights for connection have the same binding force as fundamental rights, as long as they present a special relationship of connection and a direct dependence.

Therefore, though themselves not mentioned in the constitution, it is assumed that they can be protected by a writ should their infringement entail a threat or violation of a fundamental right. The right to maternity leave, to social security, and others belong to this category (Botero, 2006, p. 14-43).

When elaborating specificity, the subjects against whom a writ can be filed (*passive legitimization*) need to be discerned. It can be either against a public authority or individuals, though the latter only in cases that they provide public services, or seriously and directly affect collective interest, or that in relation to them, the applicant is in a state of subordination or defenselessness (Blacio, 2012; Article 86 of the Constitution).

Simplicity is what makes the writ such a popular mechanism that ensures accessibility to all citizens without discrimination. The writ application can be delivered to any Colombian judge, the procedure does not require a lawyer, and itself bears no costs. The element of *active legitimization* proposes that a writ can be presented directly by the affected individual, by someone else on

³ The constitutionality block is composed of norms and principles that, without being formally included in the constitution, are used as parameters of the constitutional control of laws, as they have been gradually incorporated in the constitution (C-225 of 1995). This process led to the incorporation of certain supranational norms and principles.

their behalf, by a proxy of the person (lawyer), an official representative, or an ombudsman (Blacio, 2012). According to Article 14 of the Decree 2591 of 1991, the writ application is marked with certain informality. The content should be expressed as clearly as possible and delivered without any formal accompaniments by an official submission, telegram or other means of communication. Santiago Cruz (in Pérez, 2012) explains that the main errors that arise when establishing a writ lie in the failure to comply with all procedural requirements; he further affirms that this is why the majority of claims fail even before being assessed.

It is highly recommended that the submitted letter includes several substantive parts. There needs to be clear specification of who the plaintiff and the defendant is. Consequently, the right(s) that have been violated or endangered ought to be clearly named, together with the facts explaining the breach. After that, the petitioner should make a formal plea for protection and take an oath that no other writ has been filed regarding the same situation. After that, all possible evidence must be presented. Last but not least, contact details should be attached (Article 14, Decree 2591 of 1991; *El Espectador*, 2018b). There are even cases when the writ application can be carried out verbally. This is in situations of emergency, when the applicant is a minor of age, or when they do not know how to write (Article 14, Decree 2591 of 1991).

Effectivity ensures the smooth procedural development of the writs. Petitioners should communicate hastily and effectively with the judicial authorities, especially when appealing against a decision on a writ. Other than that, the principle does not pose requirements for the petitioners, rather it presents the judges with diverse obligations, such as the need to give the writs a preferential treatment within the scope of their work. Moreover, clarity is crucial. For its purpose, the Constitutional Court follows a determined categorization of sentences with initials, corresponding to the nature of each. Those starting with C- are judgments of constitutionality, decided by the Full Chamber of the Court. Writ judgments are marked with T- are examined by different Review Chambers, composed of three magistrates. Finally, sentences marked with SU- are those of unification: they are issued when the Court decides on writs and unifies the jurisprudence to advance a “doctrine” on a particular topic (Botero and Jaramillo, 2006, p. 47-48).

Reinforced labor stability of pregnant and breastfeeding women: writ applicability

The maternity protection, known as the reinforced labor stability for pregnant and breastfeeding women, has its sources in Colombian legislature, international norms, the Constitution, and jurisprudence issued by the High Courts. There are a few governing principles that underlay the guarantee. One of them is gender equality, a standard that disallows the discrimination of women and motherhood at workplace and elsewhere, that is covered by Articles 13, 43, and 53 of the Constitution. The defense of families is also highlighted (SU-075 of 2018). Moreover, the protection acquires grounds in the reality that women are the “carriers” of *life*, which is a supreme value of the constitutional order (Riobó Rubio, 2015).

The original definition of the maternity protection is derived from the Article 239 (1991) of the Labor Code, which asserts that “no worker may be dismissed for reasons of pregnancy or breastfeeding without prior authorization from the Ministry of Labor to claim a just cause for the dismissal.” This guarantee is maintained throughout pregnancy and within three months after giving birth. The dismissal permission is given by a Labor inspector – or a municipal mayor if there is no ministerial functionary. Should the employer still resort to dismissal without obtaining it, they have to face settled compensations. However, the article fails to insure reinstatement, which created doubts about whether a financial burden for employers was considered a sufficient discouragement from unjust dismissals of pregnant and breastfeeding women. Indeed, additional legislature was introduced in the following years, however it is crucial to highlight the role of the Constitutional Court that has filled the cracks in the protection with its issued jurisprudence.

The institution declared the Article 239 as enforceable and thus recognized that pregnant and breastfeeding women are in a disadvantaged position considering their job stability. It was judgment C-470 of 1997 that distinguished the maternity protection as a fundamental right and authorized its advocacy via writs. In the context, the sentence T-373 of 1998 affirmed that “indeed, without special protection from the State to motherhood, the equality between the sexes would not be real and effective, and therefore the woman could not freely choose to be a mother, due to the adverse consequences that such a decision would have on her social situation and work.”

Another landmark decision was adopted in sentence T-832 of 2000, according to which “the constitutional protection is provided due to pregnancy, without reference to the contractual modality”. Other several key sentences were issued, causing a profound structural and conceptual change, which is why today it is imperative not only to consult the existing norms but also the extensive jurisprudence emanating from the writs that have given new contents to the maternity protection (Rivera Aguirre, 2014, p. 107). Likewise, various judgments have explicitly elaborated the specifications for writ submissions in the context of reinforced labor stability for pregnant and breastfeeding women.

Accordingly, it is possible to distinguish two different aspects of writ applicability. Firstly, factual requirements related to the specific circumstances of the petitioner's dismissal must be considered. These include factors such as her personal situation, the work modality, or the actions of the employer and their knowledge about the pregnancy status of their subordinate. Secondly, the procedural conditions need to be complied with. These consist of the general writ rules but may present particular requirements in the context of maternity protection. Customarily, these are projected through the *active* and *passive legitimization* (the mandate or justification of the applicant and their legitimization against the defendant), and the principles of *subsidiarity* and *immediateness* (T-271 of 2018).

Factual requirements

The overabundance of sentences on the topic of the maternity protection by the Constitutional Court presents important realities. The problematics is highly relevant, urgent, and to some extent contentious. This means that historically, there have been concepts within said judicature that have been thoroughly redefined. Even nowadays, the *ratio decidendi* is being constantly reshaped, with sentences often reiterating different, even conflicting, arguments. For this reason, it needs to be understood that the maternity protection, including the rules for its application and admissibility for writs have been far from constant and possesses certain ambiguities.

The initial conditions for the applicability of the writ to the fundamental right of maternity protection were established in the sentence T-373 of 1998

and subsequently disclosed with an additional rule (condition (iii)) in sentence T-426 of 1998 of the Constitutional Court as follows:

- i. That the dismissal occurs during the period covered by the ‘maternity protection’, that is, during pregnancy or within three months after the birth;
- ii. That, at the time of dismissal, the employer knew or should have known about the existence of the pregnant status, as the worker notified her status in a timely manner and under the conditions established by the law;
- iii. That the dismissal is a consequence of the pregnancy, therefore the dismissal is not directly related to an objective and relevant cause that justifies it (...);
- iv. That there is no express authorization of the labor inspector in the case of an official or private worker, or a reasoned decision of the head of the respective body in the case of a public employee;
- v. That the dismissal threatens the vital minimum of the plaintiff or the unborn child.

Especially over the next decade, these have forged an elementary base for relevant cases and were often quoted only with minor modifications (with or without condition (iii)) in other judgments (T-834 of 2005, T-987 of 2008, T-204 of 2010, and others). Until now, these requirements have been listed on popular legal websites (Gerencie, 2018), though they have undergone notable changes.

The conditions were challenged by sentence T-238 of 2015, which denounced the employer’s knowledge of pregnancy (ii) and the dismissal due to pregnancy without a just cause (iii). Earning the characteristics of “disproportionate and contradictory”, both conditions were pronounced as futile. Concerning the dismissal due to pregnancy without a just cause (iii), the judgment acknowledged that according to Article 239 of the Decree 2663 of 1950, the dismissal is inherently attributed to pregnancy or breastfeeding when it has been carried out within the gestation period or within three months after

the delivery of the child. The existing condition then gives a disproportionate proof burden to both the employer and the pregnant or breastfeeding woman. Along with that, the judge would be confronted with the responsibility to verify whether the reason for the termination was due to the woman's physical state or another objective cause, a finding that is not in order during the initial stage of assessing writ applicability.

When it comes to employer's knowledge of the pregnancy status (ii), this requirement has been widely contested. Firstly, it was slightly amended by sentence T-1040 of 2006, which added that in order for writ to proceed, the employee had to inform the employer about her pregnancy state *unless it was notorious*. Subsequently, the sentence T-095 of 2008 issued a frequently reiterated decision, according to which "the notification or knowledge of the state of pregnancy by the employer should not be determinant for the recognition of the protection because it was enough to verify that the pregnancy had begun in force of the labor alternative". Likewise, the sentence T-105 of 2011 proposed that the requirement to inform the employer should not be interpreted rigidly. This was then confirmed by the unifying sentence SU-070 of 2013, which assumed that informing the employer did not obligate formalities and could be conducted either through a direct notification or via alternative means, such as news delivered by a third party, should the pregnancy status be notorious. It further pointed out that in the past, the strict interpretation has led to the demand of strong proof from petitioners. This often resulted in the writ not being granted, even if the pregnancy status was a common knowledge during the dismissal. In contrast, there have been cases when the pregnancy was notorious (at least 5 months into the gestation process), and the ignorance of the state could not be alleged by the employer. Although when the notoriety of the pregnancy was not demonstrated, a strong evidence of the notice was requested (SU-070 of 2013).

Importantly, T-238 of 2015 concluded that the requirement was *not* necessary, since according to case law, it did not affect the application of the maternity protection that only requires the existence of an employment or benefit relationship and that the woman is in a state of pregnancy or within three months following the birth. Thus, it declared that the employer's knowledge becomes important only when determining the scope of protection measures, not the recognition of the fundamental right to maternity protection itself. To put it simply, T-238 of 2015 only recognized three of the initial requirements

(i), (iv), and (v) and specified that the degree of protective measure would depend on three aspects: the respective labor modality, the existence of the authorization of the dismissal from the labor authority, and whether or not the employer knew about the state of worker's pregnancy. This position gained particular attention and was repeated in sentence T-583 of 2017.

The sentence SU-075 of 2018 to some extent followed this tendency: it agreed that the maternity protection proceeds when there is an employment or benefit relationship and when the woman is in the pregnant state or within three months following the birth. However, contrary to the previous jurisprudential tendency, its rationale returns to the earliest sentences by affirming that the employee must inform her employer about the pregnancy status in order for maternity protection to be triggered. This condition has different projections in all the possible labor modalities. The controversial move has been welcomed by some experts, saying that the past precedent imposed a disproportionate weight on the employer and discouraged them from hiring women altogether, while others expressed concern about potential restraint of women's labor rights.

To sum up, the initial conditions still seem to be widely accepted, with the omission of condition (iii). The passionate debate about the employer's knowledge of worker's pregnancy status has been evolving but recently assumed similar positions to those issue in early sentences on the subject. Furthermore, many of the conditions are case-specific and require the judges to evaluate the appropriateness for writ and the potential scope of protection in each case. After all, just as sentence T-222 of 2017 proposes, when faced with a debate on the admissibility of the writ, the judge must always inquire about the circumstances.

Procedural requirements

The active and passive legitimation, immediateness and subsidiarity are the principles inspected in the majority of sentences of the Constitutional Court. As already mentioned, the active legitimation defines the writ as a mechanism to which *any person* can go to claim protection of their fundamental rights. In case of maternity protection, it would be the woman herself or her representative. When she is not able to advocate for her own defense, it may also be

delivered at the hand of an Ombudsman or municipal representative. Either way, such reality should always be stated in the application (T-030 of 2018).

Realizing that in order to protect their reinforced labor stability, pregnant and breastfeeding women enter disputes with their employer, the passive legitimation can be presented against either a public or private entity. The majority of cases are private actors, though, whose innate nature of operations may arise in asymmetries that generate the exercise of their power over others (T-583 of 2017). While the judge must always evaluate the way the petitioner is affected by the defendant, it can be assumed that as an employee, the woman is in a situation of *defenselessness* or *subordination*. Being dismissed, the subordination may have disappeared as one of the assumptions that make writ against individuals proceed, yet the ex-employee is put in a situation of defenselessness (T-1040 of 2006). This thesis has been regularly used as a cause to trigger maternity protection. Besides, this particular approach is probably the most developed by the constitutional jurisprudence and is the argument most frequently invoked (Gómez, 2018).

In order to fulfill the subsidiarity requirement, the petitioner should only resort to the writ action when there is no other means of judicial defense. In this sense, various sentences stressed that the ordinary labor jurisdiction is perfectly sufficient and ideal for claiming the right of the pregnant and breastfeeding women to job security (for example T-739 of 1998, T-619 of 2006, T-825 of 2008, T-987 of 2008, T-663 of 2011, T-238 of 2015, SU-075 of 2018, and others). Nevertheless, the Court has grasped that not enabling a fast and decisive response could have a highly detrimental impact on the life of the woman and her child.

For this reason, in each case, the judge is obliged to determine whether the available means of defense provide an effective and complete protection to the plaintiff. In this respect, the sentence T-789 of 2003 declared that when the writ is invoked by people requiring special constitutional protection (such as women in pregnancy), the examination of writ applicability is made “less strict, through broader criteria of analysis, though no less rigorous”. The judge can choose one of the two exceptions to the rule, depending on the circumstances. Firstly, the writ can proceed as a transitory mechanism in order to protect the plaintiff from irremediable damage. This is when the alternative ordinary means are equally effective but not expeditious enough to ensure

immediate protection of the petitioner. This rule serves for example to lower-class pregnant or breastfeeding women who are heads of families (T-373 of 1998). Secondly, the writ can also proceed definitively in cases when another means of judicial defense exists but it is not considered effective enough to protect the fundamental rights invoked (T-256 of 2016). For example, the intervention may be required to defend the petitioner's rights to dignified life, the vital minimum, and to social security.

Additional recent sentences have validated similar idea even more explicitly. Conforming to judgment T-583 of 2017, the writ "is appropriate when dealing with people who are in circumstances of manifest weakness because of their economic, physical or mental condition and who make claims aimed at achieving the protection of the constitutional right to reinforced stability". Similarly, sentence T-030 of 2018 stated that the writ is stripped of its subsidiary nature, should it protect a pregnant or breastfeeding woman claiming the reinforced labor stability when the fundamental rights of her or her child are at stake.

Last but not least, as to immediateness, one of the first sentences explicitly developing its fitness to maternity protection was T-462 of 2006, which expressed that the writ should be filed "within the gestation processes or one year after the birth". In the same sense, the sentence T-656 of 2014 (and T-102 of 2016) reaffirmed that "in the case of women who claim to have been dismissed because of their pregnancy or breastfeeding status, the term that can be considered reasonable for the action of guardianship is up to one year after the date of delivery, fulfilling thus the principle of immediacy". However, there appears to be a recent jurisprudential change introduced by judgment T-583 of 2017 (reiterated by SU-075 of 2018). It states that there are two aspects to establish compliance with the requirement of immediacy: the lapse between the dismissal and the filing of the writ action must be reasonable *and* the moment in which the writ is filed must be timely in relation to the pregnancy and the months after the birth. For example, in the case T-222 of 2012, the plaintiff filed the request for writ seven months after the termination of the contract, and for the Court it constituted a reasonable period of time. In addition, the judgment declared that there must be other aspects to consider, such as the pregnancy test timeliness, health clinics reports and their time accuracy, etc. Thus, while the 1-year requirement does not seem to have been formally cha-

llenged, it appears that now the Court favors a more open interpretation, based on individual assessment in each case.

Conclusion

Should the life quality of women in the state of pregnancy or breastfeeding be endangered by a potential labor dismissal, not only it bears a detrimental effect on the mother, it may harm the future of their offspring, too. Recognizing this, and thus enabling pregnant and breastfeeding women to utilize the writ for protection of fundamental rights to guarantee their reinforced labor stability in 1997, has meant a significant progress in the advancement of human rights, dignity, respect for individuals, social stability, and even greater credibility in the Colombian justice system. This is a reality that needs to be praised; maternity protection has over time earned an established position within other fundamental rights. In practice, it means employers more aware of the rules and workers more knowledgeable about their rights.

The Constitutional Court has since then engaged in substantial debates about the maternity protection and delivered jurisprudence on both the understanding of the principle and its specific procedural conditions, including those related to the writ applicability itself.

Undoubtedly, the most emphasized requirement has underlined the true essence of the writ. Not only it was explicitly listed as the condition (v) in the original requirements classified in T-426 of 1998, it is also strongly linked to the subsidiarity principle. That is, that the writ for protection of reinforced labor stability of pregnant and breastfeeding women shall proceed only “if the vital minimum of the petitioner or her child is threatened”. This fact once again highlights that the writ cannot be used in all dismissals related to pregnancy. Naturally, if the writ application does not proceed for some reason, the plaintiff still may seek advocacy via regular labor jurisprudence, though this process may take much longer and may not be as effective (Gerencie, 2018).

Keeping this in mind, when the writ is approved, the petitioners are often in vulnerable and precarious positions, therefore they should be entitled to maximum constitutional protection. This is the reason why there are concerns about the recently changed requirement introduced by SU-075 of 2018 that

conveyed the return to the enforceability of employer's knowledge of woman's pregnancy as a condition to trigger maternity protection. While this could potentially lead to petty disputes about whether or how was the pregnancy status communicated to the employer, time will show whether reinstalling this rule has genuinely been an advancement in women's labor rights.

In general terms, most of the conditions established at the end of 1990's or the beginning of 2000's are still somewhat valid. At least at the formal level, they have been rarely challenged. However, the Court has sometimes gradually, rather than radically, turned toward a slightly different line of thought. As the institution rules by the system of relative precedents, the arguments that become prevalent are those most frequently cited in the future judgments. For instance, whether it is the scope of rights or particular conditions for writ admissibility, we could observe that the Constitutional Court is now inclined to more open interpretations and case-specific analyses, which is a reality that accurately displays the nature of the current Colombian legal culture.

Sources

- Blacio Aguirre, G. (2012). La Acción de Tutela en Colombia. *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, XV(99). Retrieved from http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11418
- Botero Marino, C. (2006). La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. *Consejo Superior De La Judicatura*, Bogotá, D.C.
- Botero Marino, C., & Jaramillo, J. (2006). El Conflicto De Las Altas Cortes Colombianas En Torno a La Tutela Contra Sentencias. *FORO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO*, 14. Retrieved from <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19561/El%20conflicto%20de%20las%20Altas%20Cortes%20colombianas.pdf>
- Bustamante Peña, G. (2011). El origen y desarrollo de la acción de tutela en Colombia. Retrieved from <https://www.semana.com/nacion/articulo/el-origen-desarrollo-accion-tutela-colombia/241093-3>

- Carrera Silva, L. (2011). La acción de tutela en Colombia. *REVISTA IUS*, 5(27). Retrieved from <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/80>
- Delaney, P. (2008). Legislating for Equality in Colombia: Constitutional Jurisprudence, Tutelas, and Social Reform. *The Equal Rights Review*, 1. Retrieved from <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Legis-lating%20colombia.pdf>
- El Espectador (2018a). ¿Cómo presentar una tutela? Retrieved from <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/como-presentar-una-tute-la-articulo-753063>
- El Espectador (2018b). Llegó a la Corte Constitucional la tutela siete millones. Retrieved from <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/llego-la-corte-constitucional-la-tutela-siete-millones-articulo-814190>
- Gerencie (2018). Requisitos para que proceda la tutela por despido en estado de embarazo. Retrieved from <https://www.gerencia.com/requisitos-para-que-proceda-la-accion-de-tutela-en-el-despido-de-trabajadora-en-estado-de-embarazo.html>
- Gómez Restrepo, M. (2018). La Protección jurídica a las trabajadoras en estado de embarazo o lactancia. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte* (in publication process).
- Pérez, S. (2012). Conozca los requisitos fundamentales para instaurar una acción de tutela. Retrieved from <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/conozca-los-requisitos-fundamentales-para-instaurar-una-accion-de-tutela-2009476>
- Riobó Rubio, A. (2015). Fuero de maternidad – La protección comprende el período de embarazo y los tres primeros meses posteriores al parto. Gerencie.com. Retrieved from <https://www.gerencia.com/fuero-de-maternidad-la-proteccion-comprende-el-periodo-de-embarazo-y-los-tres-primeros-meses-posteriores-al-parto.html>

Rivera Aguirre, C. (2014). *La protección de la estabilidad reforzada de la mujer en estado de embarazo: análisis jurisprudencial del fuero de maternidad en los contratos a término fijo*. CES Derecho, 5(1), 106-119.

Sánchez, Ó. (2016). “Hemos recibido 5,5 millones de tutelas en 25 años”: María Victoria Calle. Retrieved from <http://www.elcolombiano.com/colombia/politica/constitucion-politica-hemos-recibido-5-5-millones-de-tutelas-en-25-anos-MY4504358>

Referenced or consulted Constitutional norms

Colombian Labor Code: Article 239

Colombian Political Constitution: Articles 13, 43, 53, 86

Decree 2591 of 1991

Decree 306 of 1992

Referenced or consulted sentences of the Constitutional Court

C-225 of 1995

C-470 of 1997

SU-070 of 2013

SU-075 of 2018

SU-111 of 1997

SU-391 of 2016

SU-961 of 1999

T-020 of 1997

T-022 of 2017

T-030 of 2018

T-081 of 2013

T-095 of 2008

T-102 of 2016

T-1040 of 2006

T-1043 of 2010

T-105 of 2011

T-204 of 2010

T-222 of 2012

T-222 of 2017

T-238 of 2015

T-256 of 2016

T-271 of 2018

T-340 of 1997
T-346 of 1996
T-354 of 1996
T-373 of 1998
T-397 of 1997
T-420 of 1996
T-426 of 1998
T-426 of 2006
T-451 of 1992
T-462 of 2006
T-519 of 2006
T-583 of 2017
T-619 of 2006
T-656 of 2014
T-663 of 2011
T-739 of 1998
T-789 of 2003
T-825 of 2008
T-832 of 2000
T-987 of 2008

Clínicas jurídicas como espacios de emancipación en la formación en ciencias sociales *del sur*. Reflexiones sobre la directriz de formación de la Clínica Jurídica de la Corporación Universitaria Americana¹

Legal clinics as spaces for emancipation in social science training in the south. Reflections on the training directive of the Legal Clinic of the American University Corporation

Estefanía López Salazar²

Resumen

Las Clínicas Jurídicas se constituyen en espacios que desarrollan la investigación, el litigio estratégico y la enseñanza alternativa del derecho, pero además de ello, una de sus funciones más importantes es la de impactar el entorno. La enseñanza clínica del derecho propende por reformular no solo la escisión entre teoría y praxis, sino también por solidificar el vínculo academia – realidad, para lograr una visión global de lo sociojurídico a través de la comprensión de los otros saberes que guían el hacer en el mundo. En este sentido, la relación de los estudiantes con los problemas de su comunidad tiene un alto poder emancipador porque los libera de la mirada reduccionista y los prepara para las coyunturas políticas; al tiempo, recuerda a la academia la necesidad de un aprendizaje del derecho que contemple las ausencias y emergencias del presente y descrea de las prácticas epistemológicas tradicionales portadoras de lo que denominó Boaventura de Sousa Santos como un *pensamiento abismal* que impone una excesiva segmentación de los conocimientos y construye una frontera entre la realidad textual y la praxis de las reales dinámicas humanas.

Palabras clave: enseñanza clínica del derecho, epistemologías del sur, emancipación, coyunturas políticas.

1 Capítulo derivado de la investigación: Clínicas Jurídicas de Pensamiento Crítico: innovaciones institucionales en la formación de las ciencias sociales del Sur.

2 Abogada universidad Autónoma Latinoamericana, Magister en Escrituras Creativas universidad EA-FIT. Docente de la Corporación Universitaria Americana sede Medellín, Directora de la Clínica Jurídica y del Laboratorio de Narrativas de la misma institución. E mail: llopez@americana.edu.co

Introducción

Con la finalidad de realizar un estudio teórico sobre la enseñanza clínica del derecho y formar una Clínica Jurídica en la Corporación Universitaria Americana, sede Medellín, se inició un estudio teórico que tuvo por finalidad comprender la evolución de las clínicas jurídicas como metodologías de enseñanza – aprendizaje del derecho. Dicho estudio permitió formular la hipótesis de que aún con la importancia de las Clínicas Jurídicas Latinoamericanas en la formación desde la crítica y desde el hacer era necesario demarcar una alternativa metodológica que permitiera formular nuevos métodos de acción sobre la realidad y que permitiera la inclusión de líneas que vincularan la academia con su realidad próxima. En este sentido, se estudiaron las posturas de las *epistemologías del sur* las cuales permitieron fijar las líneas de trabajo de la Clínica Jurídica de la Corporación Universitaria Americana a un estudio que reivindicara las ausencias, las ciudadanías en riesgo y que permitiera una enseñanza del derecho transversalizada por la interculturalidad.

A continuación, se expondrán los postulados teóricos que dieron pie a la formación de las líneas de la precitada Clínica y que se centran en la necesidad de una emancipación desde la educación y desde la práctica del derecho pero mediante un pensamiento latinoamericano, que reivindique las ausencias y de visibilidad a las emergencias propias del contexto de dicha clínica jurídica. Se explicará, en consecuencia, la importancia de la enseñanza clínica del derecho frente a la educación jurídica tradicional, luego se ahondará en materia de las propiedades emancipatorias y de formación para las coyunturas políticas que tienen las clínicas jurídicas desde el enfoque de las epistemologías del sur; y, finalmente, se esbozarán las líneas de acción de la Clínica Jurídica de la Corporación Universitaria Americana.

La educación legal tradicional en Colombia y la enseñanza clínica del derecho

La enseñanza del derecho en Colombia ha respondido a las lógicas eurocéntricas de las que ha derivado el avance de su fundamentación y práctica. En la academia se ha enseñado, de manera tradicional, con base en los contenidos propios de la filosofía eurocéntrica. Se ha desplegado un currículo que aborda, de manera escalonada, el conocimiento de los profesionales en derecho a

partir de las lógicas canónicas demarcadas por la Universidad Europea. Las instituciones colombianas y los contenidos dogmáticos de la ciencia jurídica responden a desarrollos heredados del derecho romano, español, italiano y, en algunos casos, verbigracia el procedimiento penal acusatorio, del estadounidense. Estas lógicas de la enseñanza-aprendizaje del derecho no son, en estricto sentido, lógicas que podrían denominarse como equivocadas, pero ciertamente, son lógicas incompletas, en la medida en que fueron creadas y fortalecidas mediante el avance histórico y sociocultural de comunidades totalmente ajenas a las colombianas, desde el punto de vista de su formación, consolidación, y condiciones temporoespaciales.

En este sentido, mientras en filosofía del derecho se explica el positivismo jurídico en oposición al iusnaturalismo y la muy citada controversia entre los teóricos H.L.A. Hart y R. Dworkin, nada se explica de la formación anómala de la democracia colombiana en el entendido del raigambre colonial de su nacimiento y de las luchas históricas por el poder, temas que podrían explicar circunstancias actuales como el abstencionismo político, la injusticia social o la corrupción. Asimismo, cuando se habla de derechos humanos en Colombia ¿se puede estar hablando de los mismos derechos reivindicados mediante las muy citadas revoluciones europeas? Las lógicas de fundamentación de la pena, la prisión o de derechos como la vida, la igualdad o la dignidad ¿son asimilables desde la praxis colombiana a las de su nacimiento en los países del Norte?

La constante disparidad que encuentran los abogados entre teoría y praxis, da cuenta de que las lógicas de la enseñanza del derecho abordan problemáticas fantasmagóricas que tocan de manera superficial las realidades latinoamericanas. Al estudiar la teoría jurídica desde un punto de vista ajeno a su contexto, la práctica de dicha teoría no logra ser suficiente y, en veces, puede llegar a ser injusta. De manera que, mientras en la práctica del derecho en Colombia se fuerzan normas para hacer coincidir ley y sanción, las verdaderas luchas por transformar la realidad social y obtener derechos efectivos se libran por parte de pequeños grupos no jurídicos. Así lo asegura Santos (2009) cuando dice que la mayoría de las transformaciones latinoamericanas no se han logrado por medio de fuentes legislativas o revolucionarias, como es el caso de los países del Norte, sino mediante la construcción colectiva de movimientos comunitarios históricamente segregados: feminismos, movimientos LGTBIQ, grupos raciales, entre otros.

Esta circunstancia de lejanía entre teoría y praxis, tiene que ver con las epistemologías hegemónicas que determinaron no sólo los contenidos y relevancias del mundo jurídico sino también de los saberes universitarios en general. Edgar Morín (2010) citado por Correa (2010) afirma que la universidad es: “es el gran regalo de la Europa medieval a la Europa moderna. En menos de dos siglos, una constelación de Universidades brotó de Bolonia a Upsala, de Coimbra a Praga” (Correa, Et. al, 2010, 107). Asegura que la universidad conserva y regenera, pero que: “La conservación es vital si significa salvaguarda y preservación, (...) Pero la conservación es estéril si es dogmática, petrificada, rígida” (Correa, Et. al, 2010, 107). El tipo de universidad que se gestó en Europa estuvo amparada por una concepción positivista que monopolizaba los saberes y definía el canon de lo relevante y lo útil. Mucho hay que decir en este sentido frente al imperio de las ciencias naturales frente a las sociales y humanas, o frente al paradigma de la verdad como finalidad exclusiva del conocimiento científico; sin embargo, el pensamiento positivista y su ciencia objetivista no es el centro de este texto; lo es, en cambio, una reflexión sobre el papel de la universidad como fuente de transformación social y el de la enseñanza del derecho como acción de emancipación mediante el reconocimiento de las diferencias.

En esta órbita, habrá que decir que, aunque la universidad pensada desde el positivismo ha sido revaluada desde los estudios críticos, la reforma a la misma desde el contexto latinoamericano está en ciernes. Gamal Omar Frinco, asevera que: “La Universidad pensada desde el positivismo está en crisis, esta crisis es multidimensional y necesita de una reforma profunda pensada de manera compleja y con soluciones integrales orientadas a la transformación social urgente para afrontar la crisis de la era planetaria en la cual hemos ingresado desde ya hace algunos años” (Correa, Et. al, 2010, 107). La forma en que se genera el conocimiento, la relación alumno-docente, los contenidos pedagógicos, y hasta los espacios educativos se han pensado desde una óptica de relaciones complejas desarrollada en gran medida, mediante la teoría del constructivismo; en igual sentido, la enseñanza del derecho se ha visto permeada por este pensamiento crítico, del cual nacen las Clínicas Jurídicas, espacios que privilegian el aprender haciendo, la relación horizontal alumno profesor e implican de los estudiantes y los docentes con su comunidad, desarrollando lazos de compromiso social entre la academia y su entorno.

Dentro de la formación en derecho, la enseñanza clínica es un desarrollo revolucionario adaptado de las prácticas médicas a lo jurídico. Pero esta metodología que aporta dinamismo y una mirada distinta de la enseñanza-aprendizaje del derecho, llega a América como herencia norteamericana y europea. Tal y como afirma Ospina (2015) “Las clínicas jurídicas en América Latina son herederas, en ciertos aspectos, del Clínical Legal Studies y del Impact litigation”. (2015, 196) Ingresan a la enseñanza del derecho a partir de los desarrollos que se iniciaron, en los años veinte del siglo pasado, en Estado Unidos. Dichas Clínicas Jurídicas se constituyeron en sus países de formación como espacios alternativos de la enseñanza-aprendizaje del derecho, se encargaron de otras formas del litigio, con lo cual abordaron otras *formas de ser abogado*, permitieron movilizaciones sociales, fortalecieron la proyección social y la relación real entre práctica y teoría, así como dieron cuenta de las obligaciones sociales de las universidades frente a sus lugares de establecimiento. (Ospina, 2015).

Ospina (2015) asegura que: “Las clínicas son entendidas como espacios académicos ampliados donde se propician procesos reflexivos, participativos y de proyección social del saber que involucra una constante corresponsabilidad social en torno al conocimiento, la apropiación de los derechos y el fortalecimiento de la organización para su demanda”. (Ospina, 2015, 196) De su lado, Sánchez (2007) explica el impacto de las Clínicas Jurídicas en materia de transformaciones socio-jurídicas ya que se propone un litigio estratégico y estructural, en el cual hay una búsqueda por la: “promoción de cambio social mediante la adopción, impulso, creación o modificación de políticas públicas en la materia” (p. 10). Por ello, las Clínicas Jurídicas permiten generar intervenciones efectivas sobre el entorno y reformular el papel de los académicos con su comunidad.

Aún así, Ospina (2015) realiza un cuestionamiento en esta materia, al exponer que la enseñanza clínica del derecho contiene un punto crucial a resolver, el cual “está en cómo propiciar que los discursos de los actores sociales puedan constituir prácticas de emancipación”. (p.204) Para resolver a su cuestionamiento asegura que la enseñanza clínica del derecho tiene poder emancipador gradual, debido a: “la influencia de lo intersubjetivo en la transformación de representaciones sociales que, a su turno, mediarían en la transformación de las prácticas y las disposiciones sociales”. (Ospina, 2015, 205) Concluye diciendo que el trabajo clínico tiene su fundamentación e importancia en la

construcción de redes de solidaridad y reconocimiento entre individuos. (Ospina, 2015).

Las Clínicas Jurídicas representan un avance en la forma de concebir la enseñanza-aprendizaje del derecho y en el modelo de intervención jurídica de los profesionales sobre su entorno; su sustento epistemológico tiene una fuerte base crítica que descrea de las enseñanzas tradicionales y de los roles demarcados por la formación jurídica hegemónica; aún así, cuando se establece la necesidad de emancipación, dicha acción debe tender no sólo a la acción de unos individuos frente a otros, sino a la recepción de dichas acciones; en otras palabras, la emancipación es una acción dialógica en la que, a través de prácticas discursivas, se da participación a otras cosmovisiones oscurecidas por los saberes convencionales. Así las cosas, aún cuando la metodología clínica tradicional es claramente constructivista su fundamentación no es propio de Latinoamérica y, por tal, es importante plantear preguntas frente a su acción en la praxis latinoamericana.

Más importante, es plantear si dicha enseñanza clínica del derecho que, claramente se opone a una convención educativa eurocéntrica mediante la filosofía crítica, ¿puede resultar igualmente insuficiente en el terreno latinoamericano, teniendo en cuenta que la escuela crítica responde a condiciones socio-históricas de la Europa del siglo XX? Será pues Boaventura de Sousa Santos, teórico de las *epistemologías del sur*, quien trace la ruta metodológica que propone este escrito, como propuesta para la enseñanza clínica del derecho en Latinoamérica.

Las clínicas jurídicas como espacio de emancipación en el aprendizaje de las ciencias sociales del Sur

Al iniciar la fundamentación de *Epistemologías del Sur*, Santos alude a la formación de conocimientos y saberes en un *Sur* no geográfico pero sí anti-imperial, con lo cual quiere designar todos aquellos pueblos que han sufrido circunstancias de colonización y discriminación, a los cuales se les ha invisibilizado en pro de una razón universalizante e instrumental. Santos, plantea la necesidad de reconocimiento e identidad de los sujetos frente a sus conocimientos, saberes y prácticas desde una cosmovisión ajena al positivismo, pero también a su contracara la teoría crítica, y lo hace porque, aunque ésta última

se consolidó como oposición a la teoría positivista - capitalista, su lugar de formación fue la Europa del siglo XX, y por tal, no contempla circunstancias de dominación y formación anómala nacional propias de la conquista y la colonia que sí sufrieron los pueblos latinoamericanos.

Así pues, aunque Santos acepta la injerencia de la teoría crítica en terrenos de la emancipación de los saberes, descrea de su suficiencia en el contexto latinoamericano y propone las epistemologías del Sur, como una metodología que permitirá volver la mirada a lo propio, para repensar Latinoamérica desde sus emergencias y sus ausencias. Para Santos (2009), citado por Vianello (2011) las epistemologías del Sur son:

(...) una propuesta epistémica, ética y política basada en “el reclamo de nuevos procesos de producción, de valorización de conocimientos válidos, científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido, de manera sistemática, destrucción, opresión y discriminación causadas por el capitalismo, el colonialismo y todas las naturalizaciones de la desigualdad en las que se han desdoblado; el valor de cambio, la propiedad individual de la tierra, el sacrificio de la madre tierra, el racismo, el sexismo, el individualismo, lo material por encima de lo espiritual y todos los demás monocultivos de la mente y de la sociedad – económicos, políticos y culturales– que intentan bloquear la imaginación emancipadora y sacrificar las alternativas (Vianello, 2011, 16).

Este autor, enmarca una serie de procedimientos para reencontrar los saberes oscurecidos por la tradición hegemónica a la que denomina como *razón metonímica*, la cual: “se afirma como una razón exhaustiva, exclusiva y completa, aunque sea sólo una de las lógicas de la racionalidad que existen en el mundo y sea sólo dominante en los estratos de la comprensión del mundo constituidos o influidos por la modernidad occidental”. (Santos, 2009, 104) La importancia de darle luz a esta razón metonímica es que, ella deviene del culto al individuo (el mismo, el unidimensional), de la homogeneización de saberes (lo científico y lo ignorante), de la concepción del tiempo como forzosamente ascendente (la sobrevaloración del futuro) y de la concepción de progreso global como norte de todas las sociedades.

Además de ello, la razón metonímica, como su nombre lo indica, se encarga de transnominar lo que no corresponde a su estirpe, por lo cual todo lo que no es científico es ignorante, todo lo que no es progreso global es atraso, todo lo que no tiende al futuro debe entenderse como fracaso. Las razón metonímica cambia el contenido por el continente, la causa por el efecto, y designa todo lo que no hace parte de sus directrices como *sub lime*: por debajo del límite, y por tanto, no civilizado, brutal o carente de valor: “La razón metonímica no se inserta en el mundo por la vía de la argumentación y de la retórica. No da razones de sí; se impone por la eficacia de su imposición. Y esa eficacia se manifiesta por la doble vía del pensamiento productivo y del pensamiento legislativo; así, en vez de razonabilidad de los argumentos y del consenso que tal doble vía hace posible, priman la productividad y la coerción legítima” (Santos, 2009, 104).

En este sentido, si tal razón metonímica ha estado amparada por el conocimiento canónico y el pensamiento legislativo es importante revisar las formas propias latinoamericanas para entender la urdimbre de tal comunión y plantear soluciones en materia de pensamiento productivo y jurídico en Latinoamérica.

Boaventura de Sousa Santos (2009) plantea un procedimiento que denomina como *sociología de las ausencias*: “se trata de una investigación que intenta demostrar que lo que no existe es, en verdad, activamente producido como no existente, esto es, como una alternativa no creíble a lo que existe. (...) El objetivo de las sociologías de las ausencias es transformar objetos imposibles en posibles, y con base en ellos transformar las ausencias en presencias” (p.109) Así las cosas, la sociología de las ausencias busca dar visibilidad a todo lo que ha sido invisibilizado por no corresponder con el canon de lo occidental.

Con base en la razón metonímica el mundo, es reducido por una serie de lógicas que constituyen la forma de pensar propia de occidente en exclusión a todo lo que no se acoja a ella. Dichas lógicas fortalecen una visión tradicional sobre el deber ser de los saberes, y de las prácticas socioculturales, relegando las manifestaciones que le sean contrarias a criterios de menor importancia o, incluso, exponiéndolas como equivocadas. La razón metonímica reduce el mundo porque impide que los participantes de la sociedad puedan ver más allá de lo que se ha establecido como canónico, anula las manifestaciones di-

versas e impide el ejercicio de las prácticas individuales y colectivas de quienes hacen parte del grupo de los excluidos.

Estas lógicas que configuran la razón metonímica, son catalogadas por la sociología de las ausencias, de manera que se pueda advertir su campo de acción y, en este sentido, se encuentren alternativas para contrarrestar sus efectos homogeneizantes y transgresores del derechos. Las lógicas, son catalogadas por Santos (2009) de la siguiente manera: a) *monocultura del saber y del rigor del saber* que determina una validez única de la evolución científica y del canon occidental del conocimiento; establece parámetros exclusivos de verdad y de calidad estética relegando las demás manifestaciones del saber y del arte no canónico a criterio de *ignorancia* o *incultura*; b) la *monocultura del tiempo lineal* que establece una historia lineal en los términos establecidos por occidente, de manera evolutiva y con los períodos señalados por el marco europeo; c) *lógica de la clasificación social* se trata de una clasificación desde el orden natural y la no existencia se da a raíz de la inferioridad insuperable de unos frente a otros; esta clasificación aparece en mayor medida frente a criterios sexuales y raciales; d) *La lógica de la escala dominante* se refiere a la escala visibilizada por occidente: lo universal y global, que torna inexistente el conocimiento local y particular; la lógica productivista responde al crecimiento económico como fundamentación primero de la racionalidad humana (Santos, 2009).

La alternativa ante estas monoculturas y lógicas la señala Santos (2009) como una metodología a partir de la sociología de las ausencias que se pregunte por las razones que dieron pie a estas lógicas e identifique los modos locales y particulares de enfrentarlas. Se trata de establecer mecanismos de investigación y de intervención académica en los cuales se descubra la lógica instrumental y se acuda a contrarrestarla mediante lo que también a nominao Santos (2010) como *ecologías*.

Para el autor, estas lógicas tienen su contracara en las distintas ecologías; para la *monocultura del saber y del rigor del saber* opone la *ecología de los saberes* que se encargará de identificar los conocimientos vigentes invisibilizados por el canon. Se trata de una epistemología de los saberes para la emancipación social; toda vez que: “tornan visibles las realidades sociales y culturales de las sociedades periféricas del sistema-mundo donde la creencia en la ciencia moderna es más tenue, (...) y donde otras formas de conocimiento no cientí-

fico y no occidental persisten en las prácticas sociales de vastos sectores de la población” (Santos, 2009, 117).

Ahora bien, una segunda ecología es la de los reconocimientos, la cual se opone a la lógica de la clasificación social porque descrece de las diferencias naturales y reconoce derechos de los históricamente excluidos: “en América Latina los movimientos feministas, feministas y afrodescendientes han estado al frente de la lucha por una ecología de los reconocimientos. (...) esta diversidad confiere una nueva visibilidad a los procesos que caracterizan las diferenciadas y desiguales dinámicas del capitalismo global”. (Santos, 2009, 117) estos dos tipos de ecologías se enfrentan a las dos tipos de monoculturas o lógicas de la razón metonímica que con mayor injerencia impactan en el derecho y en sus requerimientos educativos, debido a que se requiere reflexionar en los saberes preestablecidos para el derecho y, al tiempo es necesario impactar en la lógica de la clasificación social mediante la ecología de los reconocimientos para unir la teoría con la praxis del derecho en Latinoamérica.

Las epistemologías del Sur, planteadas por Santos, son fundamentales al hablar del aprendizaje clínico del derecho, en tanto es necesario que en una metodología de raigambre crítica no se empleen las mismas armas del discurso tradicional, con la finalidad de revertir, justamente, las situaciones de desigualdad generalizada que han sufrido los pueblos latinoamericanos y que han sido invisibilizadas por dicha razón metonímica. Yamandú Acosta y otros, (2016) afirman que: “Hoy sigue siendo escandalosa la concentración de una cada vez mayor riqueza en un muy reducido porcentaje de la población planetaria. América Latina continúa siendo el continente más desigual del mundo”. (Trotta, Et, al, 2016, 61) Ante esta circunstancia, la labor de la academia no es exclusivamente la de instruir profesionales en los ámbitos tradicionales, sino la de plantearse su función social sobre el entorno y el papel de los estudiantes, docente y directivos en la transformación de dichas inequidades.

Justamente este es el planteamiento que realiza Santos (2007) al hablar de los retos de la universidad en el siglo XXI, exponiendo el requerimiento de una universidad que se vuelque sobre su entorno y forme estudiantes para enfrentar las incertidumbres actuales y las desigualdades históricas. Asevera que: “La lucha por la legitimidad va a ser cada vez más exigente y la reforma de la universidad debe centrarse en ella” (Santos, 2007, 60). Considera necesario

que la universidad se centre en la acción e investigación social dando cuenta de la responsabilidad que tiene la universidad con su entorno. (Santos, 2007, 60) Con estas afirmaciones se relacionan los planteamientos de Edgar Morín (2010) quien en el prólogo del texto titulado *En la ruta de las reformas fundamentales* explica que el quehacer de la educación actual debe centrarse en una relación indisoluble entre los contenidos académicos y su puesta en marcha dependiendo de cada contexto. Llama la atención a la universidad para que deje de ser la *urna de los conocimientos transmisibles* y se permee de las realidades cotidianas. (Morín, 2010) Se trata de entender el papel de la universidad como comunidad de acciones éticas y políticas y no sólo como construcción de saberes hegemónicos o como industria académica.

A la luz de la globalización productiva que hoy impera en los sistemas académicos y que se basa en la misma lógica de la razón metonímica, que vuelca la noción de producción y progreso en una serie de acciones económicas en las cuales el estudiante es un cliente - consumidor, hoy más que nunca se requiere hablar de una renovación desde las concepciones epistemológicas de lo que es la universidad pero enmarcada en su contexto local y consciente de las lógicas mundiales: “la renovación teórica y metodológica de la pedagogía pasa por crear teorías y prácticas abiertamente políticas, críticas del statu quo y arraigadas en los intereses y luchas de la gente común. (Aguiló y Jantzen, 2017, s.p) Esta renovación requiere nuevos métodos y prácticas; por ello, en el caso del derecho, la enseñanza clínica guiada por los planteamientos de las epistemologías del sur se constituye en instrumento de emancipación, y prácticas políticas focalizadas en el contexto en el que se inscribe la universidad.

Reflexiones sobre la directriz de formación de la Clínica Jurídica de la Corporación Universitaria Americana

Atendiendo al requerimiento de afrontar los retos de la universidad en el siglo XXI y en específico de la enseñanza del derecho, la Corporación Universitaria Americana, sede Medellín, trazó los lineamientos teóricos para el nacimiento y formación de su Clínica Jurídica. Dicha instancia nació en la búsqueda por equilibrar teoría y práctica para saber-hacer, y así dialogar de forma real y justa con la colectividad. Para la Corporación Universitaria Americana se hace necesario que las facultades de derecho propendan por la creación de un instrumento fundamental para tal fin, como lo es la clínica jurídica. Dicha

clínica se convierte en el escenario adecuado para una construcción educativa diversa, debido a que descrece de las formas tradicionales de la transmisión el conocimiento propias de las teorías conductistas, y se adhiere a los postulados de la formación compleja, dinámica y autorregulativa de los conocimientos de las doctrinas cognitivistas.

De la misma manera, dicha concepción tradicional de la adquisición del conocimiento ha generado un bucle de conocimientos heredados que conforman el pensamiento jurídico de una Nación; pensamiento jurídico que, en muchos casos, como en el latinoamericano, no se adecua a las necesidades del país, justamente por la adaptación de normas y costumbres de contextos diversos. En este sentido el diálogo entre academia y praxis es un camino adecuado para la construcción educativa en el saber, hacer y conocer en el siglo XXI.

Con base en este lineamiento, surgió el cuestionamiento por el desarrollo del método clínico, debido a que éste nació con la finalidad de deconstruir los patrones tradicionales de enseñanza y de entender las epistemologías distintas de cada lugar y tiempo para así rescatar del olvido el discurso oculto por el poder hegemónico, entonces ¿por qué abordar los mismos temas y líneas de estudio de las clínicas que tienen realidades sociales y jurídicas distintas? Así, con base en este cuestionamiento, puede asegurarse que el papel fundamental de una clínica jurídica es el de revivir el lazo de realidad entre la sociedad y su sistema jurídico y, por ello, debe descreer de las legislaciones importadas, de los métodos y usos no repensados en cada región y, por tal, su método debe adecuarse a un estudio preciso que contenga sus necesidades.

Desde este punto de vista es que la Corporación Universitaria Americana propende por una clínica jurídica que, sin descuidar el interés público, de cuenta de estudios, procesos y actividades que permitan comprender las reales prácticas particulares del país, de la región y de la ciudad, y por ello se adscribe a los estudios de la epistemología crítica o epistemología del sur, la cual reclama: “nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y por el colonialismo”. (Santos, 2011,35) Las premisas de este tipo de epistemología guían el estudio de la Clínica Jurídica

dica de la Corporación Universitaria Americana, en razón a que: “Primero, la comprensión del mundo es mucho más amplia que la comprensión occidental del mundo. Segundo, la diversidad del mundo es infinita, una diversidad que incluye modos muy distintos de ser, pensar y sentir, de concebir el tiempo, la relación entre seres humanos y entre humanos y no humanos, de mirar el pasado y el futuro, de organizar colectivamente la vida, la producción de bienes y servicios y el ocio”. (Santos, 2011,35).

Con base en este propósito, se realizó una evaluación teórica de la importancia de la enseñanza clínica del derecho, pero además del acercamiento a la participación de estudiantes y docentes en casos que tuvieran injerencia en el interés público y se planteó la necesidad de circunscribir líneas de investigación, proyección social e intervención comunitaria que estuvieran guiadas por una epistemología crítica, de manera que la razón de ser de dichos campos de estudio se concentrara en las realidades latinoamericanas, colombianas, antioqueñas; pero, primordialmente, en la intervención en la comuna en la cual se encuentra la universidad, esto es, la comuna 10, centro de la ciudad de Medellín.

La Clínica Jurídica de la Corporación Universitaria Americana tiene como norte la evaluación de las epistemologías tradicionales que hoy dan cuenta de una excesiva segmentación de los conocimientos que generó lo que Boaventura de Sousa Santos denomina como “pensamiento abismal”, el cual se refiere a las rutas epistemológicas propias de la modernidad en la que se estableció una frontera entre lo válido, verdadero y científico, frente a lo falso, ficticio y pseudocientífico. (Correa, Et. al, 2010, 107) Para ello, se trazaron tres líneas de acción fundamental; a saber:

- a. *Derechos humanos y grupos en riesgo*: esta línea se centra en investigaciones, intervenciones y litigio estratégico en materia de afectaciones a los derechos humanos de comunidades o ciudadanías en riesgo. Lo anterior, teniendo en cuenta que, el Plan de Desarrollo Cultural de Medellín 2011-2020, determinó la interculturalidad como factor preponderante de la ciudad y estableció la primacía de atención para las comunidades en situación de inequidad o riesgo de discriminación, a raíz de su situación étnica, preferencias sexuales y condiciones parti-

cularizantes, como la discapacidad, minoría de edad o la calidad de adultos mayores.

- b. *Patrimonio cultural, otras epistemologías y traducción intercultural*: la intervención de esta línea se centra en la educación patrimonial, que concibe el patrimonio cultural en materia de las prácticas vivas, descreyendo del canon universalizante y dándole visibilidad a lo local, a la unión entre saberes ancestrales y prácticas canónicas; reivindica el papel de lo local dentro de la construcción de ciudadanía y se opone a la acción universalizante de la globalidad tecnológica. Se centra en los conflictos urbanos, tendiente a identificar y dar solución a problemas de interculturalidad, verbigracia los que se generan a partir de los tránsitos migratorios, de las demandas de reconocimiento de las comunidades invisibilizadas por la *monocultura del saber* y la *lógica de la clasificación social*.
- c. *Políticas públicas e intervención legislativa*: se centra en los casos que permitan participación en materia de formulación, evaluación e implementación de política pública, investigaciones y consultorías asociadas. Busca generar impacto directo en la transformación del entorno a través de acciones políticas.

La Clínica en comento inicia sus actividades con la proyección de estas tres líneas, con el convencimiento de que las mismas permitirán la intervención de profesores, estudiantes y egresados de la universidad en las problemáticas de su entorno, primordialmente, de la comuna 10, centro de Medellín, lugar en el que confluyen grupos poblacionales en tránsito migratorio y en situación de vulneración a causa, justamente, de la imposición de saberes hegemónicos y de la permanencia de la citada lógica de la clasificación social. Asimismo, es el espacio de confluencia de comunidades afrodescendientes e indígenas y de diversas culturas locales. Por lo cual, el centro de Medellín se constituye en un espacio vivo de múltiples culturas y de complejos problemas socio-jurídicos que requieren intervención por parte de la comunidad académica y de los formadores y estudiantes de derecho, de manera que se rompa la barrera entre el aprendizaje y la praxis, en el entendido que la ciudad se constituye mediante la proliferación de actores, necesidades y formas de concebir el mundo.

Conclusión

La enseñanza clínica del derecho es, en sí misma, una metodología que instaaura una concepción de la educación desde la crítica y la emancipación. Ello es así, debido a que genera una ruptura frente a la relación estudiante – profesor, mediante la solución grupal de problemas reales, ante los cuales todos los integrantes de la clínica jurídica trabajan de manera conjunta. Su papel emancipador se centra también en la posibilidad de que los estudiantes se acerquen a la realidad para comprender e intervenir sobre los problemas del entorno.

Aún cuando el nacimiento de las clínicas jurídicas y, por tal, de la enseñanza clínica de lo jurídico, es ya una apuesta crítica frente a las formas tradicionales de aprender y aplicar el derecho, las líneas de acción en las que se enmarca dicha enseñanza pueden ir un paso más allá, al direccionarse para fortalecer el análisis e intervención sobre los saberes y las prácticas socioculturales que se han visto históricamente invisibilizadas a causa de la hegemonía de la producción y que han resultado oprimidas en razón de una legislación que no contempló sus particularidades.

A partir de la reivindicación de los sujetos particulares y de las necesidades sociales, las clínicas jurídicas no sólo forman estudiantes preparados para la práctica real del derecho, sino también, ciudadanos comprometidos con su función dentro del entorno y egresados preparados para sortear las incertidumbres de una sociedad compleja, así como para intervenir en las coyunturas políticas que conlleva la práctica jurídica en un mundo globalizado.

Referencias bibliográficas

- Aguiló Bonet, Antoni; Jantzen, Wolfgang. (2017). Educación inclusiva y epistemologías del sur: contribuciones a la educación especial. *Nómadas. Critical Journal Of Social And Juridical Sciences*, 51(2), 275-296. doi:10.5209/NOMA.55304
- Correa, César, Et al. (2010). En la ruta de las reformas fundamentales. Homenaje al maestro Edgar Morín desde su Centro de Formación de Formadores en Latinoamérica. Compilación de ensayos de estudiantes de Multiversidad Mundo Real Edgar Morín. Sonora México.

- López Hurtado, Mariana; Valentín Ruiz, Francisco. (2011). Derecho y cultura: en torno a una definición y nexos de unión entre ambos conceptos. En: Revista online de estudiantes de derecho. Universidad Autónoma de Madrid. N. 1.
- Molina Saldarriaga, César Augusto. (2012). La enseñanza clínica del derecho. Presupuestos metodológicos y teóricos para la inclusión de la interdisciplinariedad en la formación jurídica. En: Revista Ratio Juris Vol. 7 N° 15. pp 81-104
- Moncayo, Víctor. (2015). Antología del pensamiento crítico colombiano contemporáneo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO.
- Santos, Boaventura de Sousa. (2007). La Universidad en el siglo XXI Para una reforma democrática y emancipatoria de la universidad. La paz: cides-umsa, asdi y Plural editores.
- Santos, _____. (2009). Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social. México: Silo XXI. CLACSO.
- Santos, _____. (2011). “Introducción: las epistemologías del Sur”, en: Vianello, A. y Mañé, B. (coords.), Formas-Otras: saber, nombrar, narrar, hacer, CIDOB, Barcelona, p. 16.
- Orozco Ospina, Juan Felipe. (2015). La dimensión pedagógica del modelo clínico-jurídico. El caso de la Clínica Socio-jurídica de la Universidad de Caldas. Opinión Jurídica, Vol. 14, N° 27, pp. 193-210.
- Trotta, Nicolás; Gentili, Pablo. (Comp.). (2016). América Latina La democracia en la encrucijada. Edición en homenaje a la visita de la presidenta Dilma Rousseff a la Argentina. Buenos Aires: CLACSO.
- Vásquez Santamaría, Jorge. (2016). La Enseñanza Clínica del Derecho a partir de la experiencia de la Clínica Jurídica de Interés Público de UNAULA. Revista Indisciplinas. Vol. 2 N. 4. pp. 121-156.

La intimidad en la esfera pública: la constitución del sujeto político en el marco de una estética performativa desde una concepción neopragmática¹

Diego Alejandro Correa Correa², Luis Fernando Garces Giraldo³,
Conrado Giraldo Zuluaga⁴

Resumen

Esta investigación está asociada al desarrollo de la tesis doctoral en filosofía titulada *La intimidad en la esfera pública: la constitución del sujeto político en el marco de una estética performativa desde una concepción neopragmática* y, específicamente, responde al objetivo general: Comprender el sujeto político desde su intimidad hoy a la luz de una concepción neopragmática y una estética performativa que le permite participar en la esfera pública.

Partir del análisis filosófico permite mostrar una nueva perspectiva del concepto intimidad dentro del campo estético y más desde la parte de la función performativa. Es aquel que muestra su deconstrucción, dentro de su figura diaria, es cambiar el horizonte del pensamiento, es salirse de la esfera común y corriente, de lo que el mundo de hoy propone, una historia puesta en términos de formación cultural, más no una formación metódica, una formación de preformas.

Se refiere a dar un inicio a lo que el mundo de hoy pide, un mundo donde lo social, lo comunicativo, lo político, lo económico son simples, un mundo puesto a merced de la vida diaria, de las redes sociales, de la condición de lo virtual dejando a un lado lo humano, lo que hace a la persona, lo presencial,

1 Capítulo de libro resultado de la Tesis Doctoral titulada “La intimidad en la esfera pública: la constitución del sujeto político en el marco de una estética performativa desde una concepción neopragmática”, de Diego Alejandro Correa Correa.

2 Candidato a Doctor en Filosofía UPB, docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. <https://orcid.org/0000-0001-9528-2853>. E-mail: dcorrea@americana.edu.co

3 Doctor en Filosofía (Summa Cumlaude de UPB, Posdoctor en Derecho de la UNAL- Bogotá, Posdoctor en Filosofía de la UPB. Investigador Señor de Colciencias. <https://orcid.org/0000-0003-3286-8704>. E-mail: lgarces@americana.edu.co

4 Doctor en Filosofía de la UPB, Docente Investigador del Grupo Epimeleia UPB. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1885-9158>. E-mail: conrado.giraldo@upb.edu.co

lo real, lo que forma carácter por lo físico, lo que hace posible que la ética, lo estético y lo político formen al individuo dentro de esta historia humana.

Palabras clave: estética, ética, esfera pública, intimidad, individuo, poder, política, performativa, social, somaestética.

Introducción

Cuando se habla de la parte performativa, se debe de hacer hincapié a la forma como se experimenta la parte estética en la historia humana y la forma como se construye dentro del contexto histórico. Es aquí donde este pensamiento de análisis de la estética dentro de la forma performativa, es la construcción diaria del ser humano dentro de su contexto humano, considerado en otras palabras el que hacer diario de su vida. Partir del análisis estético performativo, es mostrar una nueva perspectiva de la filosofía dentro del campo estético, es aquel que muestra su desfiguración, dentro de su figura diaria, es cambiar el horizonte del pensamiento, es salirse de la esfera común y corriente, de lo que el mundo de hoy propone, una historia puesta a formación cultural, más no una formación metódica, una formación de preformas.

Esto no es una máscara, como en el mundo antiguo, del cual la palabra provenía del griego para significar la persona, las formas que en el teatro se construían para demostrar la historia cultural de cada persona, el que hacer, sus labores, sus roles, sus cuestiones, sus necesidades, sus gustos materiales, sexuales y hasta religiosos. Es la formación de la persona dentro de la historia humana. No se cambia, la forma de la personalidad en su esencia, o como lo determinan grandes pensadores sobre su esencia real y sustancial de cada uno.

Se puede hacer referencia al lenguaje, teniendo en cuenta, que esto es la parte performativa del ser humano, el que orienta su estructura y sus causas dentro de la historia misma del hombre. Así se puede expresar que el lenguaje hace la nueva visión del hombre actual. “En este contexto es donde se ubican las fuerzas que desencadena el lenguaje performativo que pretenden siempre dejar en evidencia, por lo menos, uno de estos tres aspectos. Primero que “el decir algo” es hacer algo; segundo, que “al decir algo” estamos haciendo algo; y el tercero, relacionado más claramente que los anteriores con la auto implicación, señala que “porque decimos algo” estamos haciendo algo (Ramírez,

2015). De aquí lo que plantea José Luis Pardo cuando expresa en su texto *La Intimidad* el siguiente esquema sobre el lenguaje, que la idea es que uno que piensa decir algo, pero, no es lo que realmente uno esta diciendo. Es aqui donde la esfera publica se deb de realcionar con la intimidad.

Todo lo que el mundo vive hoy, es la necesidad de una conectividad expuesta a través de medios, redes, asociaciones o diferentes medios que ayudan a tener una estructura puesta a la necesidad de lo que se hace.es la idea de mostrar la esfera pública al público es la muestra de lo que se necesita, para estar dentro del mundo. No importa el precio que se pague por este vitrineo humano, por el que dirán o él ya que, peor la verdadera realidad es mostrar no importa su precio y su desgastamiento de la intimidad y de lo íntimo.

Esto obliga al mundo a que se preste a todo lo que el mundo quiere, se debe de vender una realidad que el hombre ya no conoce, no importa su clase política, su ideal, su creencia, su necesidad de lo que el mundo de hoy necesite, es una realidad que se expone a lo que el mundo pueda presentar en diapositivas, o secciones imaginarias del mundo de hoy. Lo que se busca en este capítulo es darle un sentido al que hacer del hombre y como está dentro de su hacer.

la intimidad, la ética, le estética y la política es una herramienta sin valor, ya no importa lo íntimo, ya no importa el sentido de lo ético en su quehacer bien o mal que lleva a una moral, ya no importa la estética de lo que se construye, más bien se destruye el mismo sentido estético del hombre y menos le importara la política de un sentir humano y para humanos; es un rebasamiento del ideal político del mundo de hoy.

El hombre parte de la pura interacción con el otro, los otros, y con lo otro, si de esa forma queremos llamar al mundo, lo que hace que el hombre aprenda hacer y a realizarse, es la forma como se manifiesta esa integración. De ahí que el hombre tenga una exposición estética con su par y sus pares y aún con lo que no es par, que llamamos mundo.

Será una forma estética que surge en el mundo de hoy a través del concepto somaestética, el cuerpo ese estar y que los hace estar, el hombre con la capacidad de inventar puede lograr una introspección en la intimidad de esa pareja, pensamos que no es estéticamente posible, y menos que se vea bello ese

cuadro de un cuerpo que no está éticamente claro, o políticamente dispuesto a servir por el otro.

El hombre no ha salido de esa zona donde lo único bello es lo que ajusta al margen histórico establecido, hombre y mujer, puede ser algo diferente, puede ser algo que se establezca por la naturaleza de la atracción por lo que este trabajo nos atañe por su intimidad. Pero es difícil pensar el amor en realidades estéticas. Se hace difícil pensarlo así. Porque el amor no es únicamente una manifestación estética, es una simpleza del sentimiento que el hombre no puede pensar y armonizar, sino vivirla y experimentarla en la función del amor, en la función de la misma vida como necesidad humana y expresión corporal de la necesidad, es diferente que el amor se convierte luego de todos los avatares de las personas en un acto estético.

Además, podríamos pensar en el mito de los leones de Cibeles. Se convierte en ese amor que se luchó y se venció a través de la ayuda de una diosa, que hizo la forma de como vencer el orgullo, la prepotencia y lo hizo con el mismo orgullo, que era indomable y más que tenía todas las funciones y agilidades de un cazador, fuera deslumbrada por el brillo hermoso que presenta el oro y así fue posible ser vencida, y ellos mostraron un amor perfecto, un amor que fue luchado y vencido al evadir toda la posibilidad de riesgo de un conocimiento ya adquirido. Solo hasta el momento que fallaron y profanaron el lugar sagrado, fueron castigados por la diosa y condenados a ser leones y archienemigos del amor que se profesaban. Será que el hombre está siendo enemigo de su propio cuerpo por la necesidad cultural y el sentir económico que esto genera.

La intimidad en el juego de lo público: la estrategia de lo ético, lo estético y lo político del sujeto en el nuevo marco de la estética performativa y la somaestética

El ejercicio del poder suele traer aparejadas unas consecuencias para el individuo que padece los sufrimientos de la manipulación de la intimidad. En este sentido, el foco teórico de este estudio está en la obra del filósofo español José Luis Pardo quien recibe una influencia directa del pensamiento y la filosofía de Gilles Deleuze, particularmente con el libro *Antiedipo*, donde se gesta un pensamiento original, audaz, fecundo, decisivo. Allí, el problema de la intimidad en su versión estética es pertinente para comprender la desarticulación

entre la privacidad y la publicidad, asunto decisivo para lograr el objetivo de la investigación.

Se gesta aquí el problema de la investigación: la intimidad en el contexto del individuo, del capitalismo y de lo sociopolítico desde el pensamiento ético, estético y político. Esto ayuda a pensar al individuo en todas las esferas que se exponen en la filosofía. No se entiende al individuo sin la conectividad de los medios, sin el Estado débil desde el capitalismo, sin el fracaso de la economía mundial. Un individuo inmerso en lo sociopolítico que no se comprende sin las huelgas a nivel mundial, sin las marchas en todos los países donde el capital ejerce una condición económica fuerte. Piénsese, por ejemplo, en la marcha y la sucesiva huelga de las sombrillas en China.

Pensar como filósofo hoy en cualquier campo, es convertirse en un hombre ocioso, capaz de hacer las cosas según su dignidad sin someterse al control y a la censura social (de todos y todo lo que nos rodea), sino orientado por el espíritu (intimidad) que puede poseer para realizar una gran obra. Desde el pensamiento del mundo de hoy, el hombre posee lo más profundo, lo que garantiza el pensar en el actuar.

Hoy el capitalismo, en todas sus dimensiones del hacer y el ser, se ha convertido en una obra, no muy bien puesta en el escenario y con un protagonismo contrario al sentir humano en razón de sus altos niveles de corrupción, así, lo político deviene en desfiguración del sentir económico en medio de la sociedad, de los miembros y de todo el aparato gubernamental, es una obra ficticia de mimos y marionetas dentro de la historia, una función de espejos sin reflejo social. El esplendor de la filosofía es una tragedia ya contada y un eco vacío de la historia, es una filosofía sin trascendencia, sin metafísica, sin estética, sin ética, sin política, es una filosofía que solo busca el qué dirán y no el bien común, menos el individual. En esto se ha convertido la filosofía en el escenario del capitalismo, del individualismo y de las obras sociales expuestas en una red virtual.

Hoy la intimidad no puede convertirse en un arte de ideas, de autorregulaciones ni mucho menos de moralidades o cuestiones sacramentales. La intimidad, aunque maltratada, en el momento de cada hombre, en el cual, mucho se han expuesto a lo público o lo privado, puede influir en contra, para gloriarse o enriquecerse a través de la necesidad de guardar lo propio de cada

hombre dentro del espacio de su propiedad. En esto cabe la parte intelectual, su privacidad en lo relativo a los gustos sexuales, las acciones y la forma como se expresa en público. La intimidad lleva a pensar en lo que se puede hacer y en lo que no se puede hacer. Pero el mundo actual, por medio de lo que llamamos tecnologías de punta o de avanzada, hace que en muchas ocasiones el hombre pierda su verdadero sentido, su esencia, y lo que puede llegar a ser. El hombre ha perdido sus momentos íntimos y sus momentos de felicidad, No se alcanza el verdadero conocimiento, si no se experimenta la historia del hoy sin descuidar el sentir y actuar del hombre.

Por lo anteriormente mencionado, la intimidad ha sido violentada en diferentes espacios humanos. La publicidad, por ejemplo, la asalta en el nivel psíquico por medio de publicidades que tienen como fin manipularlo a través de su inconsciente. Por la religiosidad popular, que se ha convertido en juez de la misma intimidad a través de un catálogo de los actos de *pulcritud humana* que parecen ser su única finalidad. Por su parte, la política se ha convertido en la acechadora de reglas para comandar la vida de cada ciudadano. En definitiva, el acto de violencia sobre la vida íntima destruye todo resquicio de dignidad humana, lo que lleva al hombre a una pérdida del sentido de lo íntimo, de lo que le corresponde como derecho personal, de los bienes que ostenta por ser ciudadano del mundo, de la practicidad de su vida y de su vinculación a la historia.

El hombre ha caído en la manipulación y, al igual que los desechos en los centros de recogida, solo se dedica a tirar, a descuidar, dejando vulnerable su intimidad. El hombre es manipulado por ser una historia sin intimidad y sin identidad. La intimidad está ligada a la forma del lenguaje que tiene sentido y significado y por eso se deben abordar las falacias que se desarrollan en el texto en contra de la intimidad: la primera refiere sobre la identidad, la segunda sobre la privacidad, la tercera falacia de la limpieza étnica o de la inefabilidad y, por último, la falacia del solipsismo. Estas cuatro falacias abordan directamente la vida íntima de cada hombre y son formas en las que el hombre se va manifestando en la relación con el otro, sin olvidar qué es lo que pasa en el otro con su vida íntima.

Pasar a un mundo donde todo gira en torno a la política y la intimidad. Estos son dos conceptos que van unidos porque hacen referencia al ser humano, pero tienen una división al momento de operar. Puede uno operar para

el bien de todos y el otro puede ser violentado al momento de acercarse a lo profundo, pero se puede pensar que la intimidad se gesta porque el hombre ha generado un espacio privado sin salirse de las condiciones de lo político. El hombre lo ha generado para no ser violentado. Este rompecabezas de hoy entre estos términos hace que el hombre venda su intimidad en las urnas por un centavo de inconformidad, pero no es un instrumento de superación para ser ciudadanos del mundo y actuar correctamente en lo público. La intimidad es un concepto totalmente diferente de lo que es publicidad y lo que es privacidad, entre estos dos últimos conceptos se da la desarticulación, lo cual ha hecho que el hombre sea capaz de ir más allá de lo que se presenta y de cómo el hombre puede poner límites a su intimidad.

Dentro del pensamiento de Pardo se habla del lenguaje y se reconocen dos momentos: uno interno y otro externo. El lenguaje no suena o no repercute igual cuando sale de adentro hacia afuera que a la inversa, el lenguaje sería un poco más transparente, cristalino, no se tendría una percepción tan atada a lo que no es, o deja de ser porque no se habla como se ha pensado. Por esto el lenguaje íntimo, en sus diversos momentos, debe de ser respetado, sea por el estamento o por la persona que lo escuche. De aquí que la estética de la intimidad se ve reflejada en el momento político al que asistimos. Si las circunstancias llevan a ver las cosas como un momento de tedio o como una expresión fea o grotesca, la intimidad es subvalorada. Pero si se quiere obtener lo contrario, la intimidad se ve reflejada como un acto hermoso en condiciones diferentes. Lo estético se ve desarticulado según la posición política a que se someta. Lo estético no determina la felicidad entre las personas, pero tampoco determina el hecho de que las personas tengan o no un espacio íntimo. La estética posee la capacidad de hacer que las cosas íntimas sean perceptibles al ser uno mismo quien determina su valor de verdad.

Con esto, los seres humanos se han subordinado al quehacer tecnológico y sus grandes avances, privilegiando actualizaciones mediáticas sobre el sentido humano de lo íntimo, el cual solo necesita el respeto del otro sin la necesidad de conectarse a una red cibernética. El hombre actual, al igual que el hombre sin tecnología (premoderno), se ve desarticulado por la falta de reciclabilidad humana, la cual lo ha convertido en ser de basura (no utilizable), sin nombre, sin identidad, reducido a un carné, a una huella, a un número y a una fotografía. Lo estético, la publicidad, la privacidad y la intimidad poseen unas connotaciones ligadas al poder y a la forma de regularlo. Así, como las últimas

campañas políticas en nuestro país, expuestas a una red y a la aprobación de miles que se conectan dentro de una red. Sufre la intimidad de una enfermedad que solo se cura con la conciencia humana, la cual que se ha sometido al sentido del lucro y la rentabilidad económica. Por ende, este sentido humano material se ha convertido en la deconstrucción del término de intimidad, que carece de valor estético, por lo que ya no la podemos admirar y valorar, por lo tanto, no es respetada. La estética de la intimidad es la consecuencia de la desarticulación entre la privacidad y la publicidad, ya que al fragmentarse la noción de lo público y al explotarse lo privado, se deriva una estética que, sencillamente, exterioriza la intimidad y la explota.

La funcionalidad del individualismo dentro de la sociedad actual

El hombre de hoy busca una satisfacción intrínseca de lo que la sociedad tiene para ofrecer, una sociedad del consumo, de lo líquido, de lo pornográfico, de lo *fitness*, de lo cultural – llamado moda –, de lo que sea fácil y no sea tan complicado, de lo que orienta al hombre a una costura simple, sencilla, sin doble puntada, el hombre de hoy es un ser lleno de retazos culturales, históricos, de estructuras maleables, de espacios que no se llenan y pinturas que no tienen colores. Edificaciones simples de color neutro grisoso. Esto es lo del individuo de hoy, una historia de relatos narrativos, míticos, fabulescos y de historias sin sentido, una intimidad expuesta al paradigma de turno y de la cultura como dice Zygmunt Bauman, una *sociedad líquida*, por ende, una intimidad escurrida y sin solidez.

Nuestro tiempo solo consiguió evacuar la escatología revolucionaria, base de una revolución permanente de lo cotidiano y del propio individuo: privatización ampliada, erosión de las identidades sociales, abandono ideológico y político, desestabilización acelerada de las personalidades; vivimos una segunda revolución individualista (Lipovetsky, 1983).

Hoy, en este afán por hablar de grandes hechos, se expresa el contexto universal en un *boom*, dentro de la academia, de los medios, de las relaciones políticas y demás situaciones donde se debe expresar y manifestar el ser, es la cuarta revolución industrial que busca despersonificar al individuo y hacerlo a un lado de la historia, es colocar la industria en un nivel conectado y

cibernético. Es, por lo tanto, una relación de lucha de poderes y de ambiciones extracontractuales y mercantiles por hacer múltiples productos para el mercado, pero una simplicidad para el individuo, para generar una conciencia de progreso y para la intimidad.

Hasta fecha en realidad reciente, la lógica de la vida política, productiva, moral, escolar, asilar, consistía en sumergir al individuo en reglas uniformes, eliminar en lo posible las formas de preferencias y expresiones singulares, ahogar las particularidades idiosincrásicas en una ley homogénea y universal, ya sea la «voluntad general», las convenciones sociales, el imperativo moral, las reglas fijas y estandarizadas, la sumisión y abnegación exigidas por el partido revolucionario: todo ocurrió como si los valores individualistas en el momento de su aparición debieran ser enmarcados por sistemas de organización y sentido que conjurasen de manera implacable su indeterminación constructiva. Lo que desaparece es esa imagen rigorista de la libertad, dando paso a nuevos valores que apuntan al libre despliegue de la personalidad íntima, la legitimación del placer, el reconocimiento de las peticiones singulares, la modelación de las instituciones en base a las aspiraciones de los individuos (Lipovestsky, 1983).

Esto expresa una realidad que hoy en día se está viviendo, estamos expuestos a una forma de vida imposible de parar, una forma en la que no importa romper las normas para irrumpir en la intimidad, una forma en la que pierde la identidad de la familia y no pasa nada. Es una forma de experimentar la historia sin tener que vivirla, ya la individualización del ser perdió la esencia de lo que se busca en la vida diaria. En otro texto “Leonardo José Ostronoff, analiza las nociones de amor erótico de Max Weber como un área de la vida social donde los individuos pueden escapar a los procesos de racionalización del mundo” (Tonkonoff, 2018) , este análisis es una forma en la que el ser humano puede escapar de la realidad que le impone la mirada *leguleya*, déspota, agresiva, extremadamente innecesaria, una forma que le permite romper la estructura social expuesta por los grandes mercados capitalistas, socialistas, demográficos, imperialistas, entre otros. Es una forma de regularse dentro de las banderas/barreras de la intimidad y exponerla como una forma pragmática de su preforma de vida.

A diferencia del dominio cómodo (“que a menudo poseía casi un carácter meramente formal”) por parte del catolicismo, el dominio del calvinismo impuso <<la forma más insoportable de control eclesiástico del individuo que pueda existir>>. Así, el argumento de Weber en *La ética...* puede resumirse de la siguiente manera. Según el dogma calvinista de la predestinación, Dios eligió un pequeño segmento de la humanidad para ser bendecidos con su gracia, alcanzando así la bienaventuranza. Estos habrán de salvarse y el resto de la humanidad habrá de ser condenada. Dado el abismo que existe entre la trascendencia de Dios y los condenados de pecados humanos, el *decretum horribile* de Dios, inalterable, es ininteligible al entendimiento humano e incomprensible desde el punto de vista de la justicia humana. <<Aplicar criterios de ‘justicia’ terrena a sus designios soberanos es absurdo y una ofensa a su majestad>>. Para las generaciones de protestantes que siguieron la <<magna consistencia” de esta doctrina, el resultado fue una crisis en torno a la pregunta sin respuesta que los aquejaba: ¿Seré yo uno de los elegidos?, ¿cómo puedo estar seguro de esa elección de Dios?, ¿cómo puedo tener certeza de mi salvación?>> (Tonkonoff, 2018).

Todos estos atropellos al ser humano han irrumpido, como decíamos con anterioridad, en la intimidad. Es la estructura social que obliga al hombre a pensar al hombre como una cosa. Decían los latinos “cosa” al referirse a un niño, a una mujer, a un esclavo o a un extranjero, que es igual que *cosa*. Una forma en que la misma historia violenta el pasado, el presente y también el futuro. No entendido esto como un problema escatológico, no como la perspectiva de la teología que lo define como: *el ya, pero, todavía no...* Es una forma de trabajar la estructura del ser humano, es una forma de violentar la intimidad, se convierte en un antojo de manipular la intimidad. No es el hecho de la relación de intimidad que posee el hombre y la divinidad, que para el mundo occidental o de corte continental, la divinidad que se entiende es Dios, violenta la paz del ser humano que se ve en la obligación de responder y tomar una decisión de responderle íntimamente.

A lo largo de su investigación, Weber muestra cómo la cultura capitalista moderna -centrada en la racionalización del “régimen de vida” sobre la base de la idea de profesión- surgió a partir del espíritu ascé-

tico del protestantismo calvinista. En el sensacional *finale* del ensayo que venimos desglosando, su autor se sirve del Fausto de Goethe y de sus “años de aprendizaje”, para contraponer a aquella era de “humanidad plena y bella”, los tiempos de hoy en que un “poderoso cosmos del orden económico moderno, vinculado con las condiciones técnicas y económicas de la producción mecánico-maquinal (...) determina con extraordinaria coacción el estilo de vida de todos los individuos que nacen dentro de ese engranaje”. El capitalismo triunfante, carente ya de una ética religiosa se asienta sobre un fundamento racional mecánico. Para sus individuos, obligados en devenir profesionales, Weber reserva dos figuras de la alienación y el extrañamiento: 1. La de la “jaula de hierro” (*Stahlhartes Gehäuse*), para aludir al hábitat natural de los sujetos modernos, que impotentemente se sitúan aún con comodidad al abrigo de una creciente petrificación mecanizada; y 2. La que los mismos sujetos encarnan como “especialistas sin espíritu, hedonistas sin corazón”, de inspiración nietzscheana. refiere a “los últimos hombres”, que en contraposición con aquellos que “inventaron la felicidad”, se conforman con dos sentimientos: 1) el del “deber profesional” como si fuera “el fantasma de los contenidos de la fe religiosa de antaño”, y 2) el del afán de lucro y consumo, como si éste constituyera una competencia deportiva (Tonkonoff, 2018).

El capitalismo muestra la estructura de una base sólida dentro de las sociedades latinoamericanas, pero es una explotación de la debilidad, del sentido de lo paupérrimo del ser humano, de lo bajo que el ser humano ha caído en estas sociedades tercermundistas, problemas no solo del individuo, de una sola persona, sino de familias enteras –desde el más chico hasta el más viejo en las calles pidiendo y viviendo de la limosna–. Esta función pretende pensar al hombre de acuerdo con lo que se puede hacer, sostener y plantear, así, es posible que el hombre trabaje, proponga y exponga una función de la historia. Que no suene a dualismo pensar que el capitalismo es una simple forma de trabajo, pero es una forma de vida que, en el mundo de hoy, siendo desiguales las condiciones que se tienen dentro de la vida de las sociedades capitalistas, muestra una simple dignificación del hombre. Obvio, se muestra al ser humano expuesto, a merced del dinero, de sus necesidades humanas y es violentada su intimidad, cuando explora el poder de la sensación y la estructura biológica expuesta en el dominio.

Todos y cada uno de nosotros tenemos una sensación más o menos vaga de los necesitados que estamos de ese ámbito. Sin la intimidad no podríamos realizar muchas de las cosas más triviales que abundan en nuestra vida cotidiana, y, evidentemente, tampoco las cruciales, aquellas que consideramos capitales. Ni siquiera sería posible una proyección social del individuo, ni el establecimiento de relaciones personales (Martínez de Pinsón, 1997).

Debido a la estructura de la intimidad expuesta en la cultura de hoy, la forma como se expresa dentro de los medios de comunicación que tienen un trasfondo capital que representa la forma de desarrollo de un país con sus ciudadanos, muestra una forma simple de violencia y no respeto por lo íntimo, por lo propio, por lo que corresponde por derecho propio, lo que políticamente es correcto, hoy sin este medio no se experimentaría una sensación de libertad.

El concepto de intimidad no deja de ser un concepto histórico. Incluso en cada concepción influyen multitud de factores que, a veces, escapan a quienes intentan captar su significado. Factores culturales y sociales que hacen que cada sociedad, cada comunidad o cada persona entienda su vida privada de un modo que, en ocasiones, no coincide con la vigente de una sociedad próxima, una comunidad cercana o entre los vecinos de un inmueble. «Hay categorías sociales con tradiciones particularmente austeras, que tienden a extender el ámbito de sus actos privados y, en cambio, hay grupos que hasta podrían verse complicados por una publicidad para ellos muy difícil de alcanzar, aun a costa de la exhibición de hechos íntimos suyos» (Martínez de Pinsón, 1997).

Es retornar a la idea de este apartado, que ayuda a pensar que la estructura de la sociedad de hoy es una estructura expuesta para un colectivo muy cerrado, olvidando el conjunto de los individuos que son los que se desprecian, deterioran y son expuestos al exceso. Aleja en exceso al individuo de la vida pública hasta el punto de parecer inmerso en una subcultura degradante. Son muchos, sobre todo, sociólogos, quienes denuncian las perversiones de la intimidad (Martínez de Pinsón, 1997).

En este sentido lo individual es parte de lo íntimo. Lo íntimo es parte de la estructura social que se debe respetar, es la obligación de tener un manual de funciones que ayude a romper las estrategias y la división de lo que es público y privado, así lo expresa García Morente que afirma que formarán parte del ámbito de lo privado las relaciones que se establecen con los individuos que integran mi familia, con mis amigos, y todos aquellos que conservan sus peculiaridades individuales, a diferencia de las relaciones que inicio con los desconocidos las cuales necesariamente pertenecerán al ámbito de lo público (García Morente como se cita en Cobos 2013). No se puede esperar que la intimidad esté al nivel de esta situación. Ella debe ser un punto diferenciador entre lo que es público y lo privado. Igualmente, Macri (2002) ha dicho que “*il diritto ad essere lasciati soli*” *che storicamente ha costituito il fondamento del diritto alla riservatezza*”⁵. En cambio, el respeto a la vida privada es una figura jurídica que, afirman, protege al individuo de cualquier intromisión en su vida íntima y lo designan con el vocablo *praivasi*⁶, e incluso en algunas publicaciones se usa ya en anglicismo *privacy* (Cobos, 2013).

Es así como el ser se introduce en su nueva forma de llamar *íntimo* a lo que hace posible un aislamiento de todo lo que se necesita para estar en el mundo de hoy, ese mundo moderno súper conectado y a la espera de poder escabullirse de todo lo que propone el mundo de hoy. Así lo expresa Lipovestsky (1983):

Para el hombre disciplinario-autoritario, la música se circunscribía a sitios o momentos precisos, concierto, baile, *music-hall*, radio; el individuo posmoderno, al contrario, oye música de la mañana a la noche, como si tuviese necesidad de permanecer fuera, de ser transportado y envuelto en un ambiente sincopado, como si necesitara una desrealización estimulante, eufórica o embriagante del mundo. Busca una nueva forma de intimidad y se aleja de su relación con el otro y los otros y entra en una individualidad personificada y sin la necesidad de ayuda o de escucha del próximo. Hace posible una transformación del hombre moderno siguiendo así esta exploración más superficial pero efectiva para el individuo. Del mismo modo que las instituciones se vuelven flexibles y móviles, el individuo se vuelve

5 El derecho a estar solo, que históricamente ha constituido el fundamento del derecho.

6 Véase al respecto Eugenio Stucchi: *Diritto alla privacy y rimedi in tort*. Disponible en http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/Stu1.htm, accedida el 12 de noviembre de 2012.

cinético, aspira al ritmo, a una participación de todo el cuerpo y los sentidos, participación posible hoy gracias a la estereofonía, el *walk-man*, los sonidos cósmicos o paroxísticos de las músicas de la edad electrónica (Lipovestsky, 1983).

Cuando se habla de la intimidad se hace referencia a que es un derecho humano fundamental, que se menciona y está consagrado en numerosos instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Es esencial para la protección de la dignidad humana y constituye la base de cualquier sociedad democrática, que ayuda a que el ser humano este expuesto a que sea juzgado por la intención del otro por su libertad, aunque se entiende que no puede quebrantar este derecho. También respalda y refuerza otros derechos, como la libertad de expresión, de información y de asociación y hasta de objeción de conciencia o de protesta. Esto ayuda a que el hombre se pueda manifestar de diferentes maneras y de diferentes estilos

Las actividades que restringen el derecho a la intimidad, como la vigilancia y la censura (Dejusticia *et al.*, 2017), solo pueden justificarse cuando han sido establecidas por la ley, cuando son necesarias para lograr un objetivo legítimo y son proporcionales al objetivo perseguido . Es el sujeto de hoy el que sale al encuentro de que sea expuesto todo lo privado que posee y sea una forma de estar sujeto al qué dirán y al qué hacer con la vida según los demás, es fácil entrar y romper la paz del otro y se nos olvida las convenciones fundadas por el bienestar de todos y la comunidad en general que, aunque no sean de un país, de un mismo Estado se concuerda en la instancia de responder por el respeto del otro y de su integridad.

Partir de la historia de los demás hace posible que el derecho sea fundamental, pero cuando parte de la historia personal se estropea la comunidad y se entra en la histeria colectiva de saber todo y por todos los procesos que la vida expresa en sus diferentes etapas, se hace una mixtura de sentimientos y se expresa la emoción antes que la razón, se pierde el sentido por el cuidado del otro, el otro es importante para mi vida, mi formación y para mi intimidad. Esto obliga a que en la sociedad actual se piense como está el cuidado de su intimidad y la del otro. Es una forma de mostrar que el otro es una parcela, es algo delicado y que el individuo no puede ser superado por la individualidad.

Desde hace siglos las sociedades modernas han inventado la ideología del individuo libre, autónomo y semejante a los demás. Paralelamente, o con inevitables desfases históricos, se ha instaurado una economía libre fundada en el empresario independiente y el mercado, al igual que los regímenes políticos democráticos (Lipovestsky, 1983).

Es como se muestra en la estructura de lo que la sociedad moderna ha hecho con el pensar que el ser humano esta llevado/obligado/orientado/enfocado al quehacer del otro y para el otro, en una función de egoísmos, ha liberado y proyectado al hombre a una sociedad que hace lo que sea por tu autonomía, pero se olvidó de que cada norma o derecho es una obligación de responder como mínimo a dos deberes por cada persona que lo exija. Esto no es que el ser no puede exigir su autonomía, solo que este suceso hecho hace que el ser violente la intimidad por el proceso de ser autónomo en la sociedad.

Esta rigidez es el producto general de *perder los frenos*: de la desregulación, la liberación de los mercados financiero, laboral e inmobiliario, la disminución de las cargas impositivas, etc. (como señalara Offe en *Binding, shackles, brakes*, publicado por primera vez en 1987, citado a Richard Sennett en *Flesh and Stone [Carne y piedra]*), de las técnicas de “velocidad, huida, pasividad”, en otras palabras, técnicas que permiten que el sistema y los agentes libres no se comprometan entre sí, que se eludan en vez de reunirse (Bauman, 2004).

El ser humano está impulsado, no a conformar una comunidad, sino a ser un individuo aislado de todo lo que le haga comprometerse con el otro, pero lo ideal es que busque una forma de entender las señales de la vida y de comprometerse a no inspeccionar la intimidad, sino a buscar la ayuda del otro. La sociedad líquida, pensada por Bauman, es una sospecha de que lo sólido, lo que se conocía como cultura de respeto, ha perdido contextura y se ha vuelto normalidad la fluidez del relativismo moderno.

Conclusiones

Cuando nos encontramos frente a una situación clara de violencia de intimidad, debemos de tener muy claro cómo actuar dentro de lo que pasa, es así,

como la vida hoy da pasos claros pero sigue en las falacias de una historia que no se muestra dentro de la realidad, por lo tanto, el ser humano hoy está en contante violencia de su lenguaje íntimo y no puede construir una per-formas de lo que de verdad quiere, de lo que le gustaría, de lo que sueña en ser, y le toca ser lo que no quiere, lo que no ha pensado y lo que no ha soñado. Por lo tanto, el ser humano hoy está expuesto a las condiciones de la cultura y la manipulación de los medios.

El hombre construye una realidad de cambio, le toca violentar su lenguaje, su historia, su intimidad, sus valores, pero ante todo, le toca mostrar una realidad dentro de la identidad, frente al tercer excluido de su historia, que lo obliga hacer y dejar de ser una persona autentica, una persona que no sea capaz de ofrecer una realidad intima sin que nadie la comente, sin que nadie la observe y sin que nadie apruebe o desapruebe su gestión. Es aquí donde la realidad del sujeto político se ve tocada y ante todo fuera de la esfera que el mundo de hoy pide. Si por la simple casualidad sale de anonimato que las redes sociales ofrecen, rompe su per-formas y empieza en el escarnio de lo público.

Hoy se debe de hacer posible que el hombre tome sus riendas de trabajo, de su historia, de su explicación dentro de la realidad y frente a la red cibernética, la forma como el ser se ofrece en el medio, debe de tener unos valores mínimos de respeto, no puede ser expuesto a los virus que el mundo ofrece para controlar la especie humana, menos lo que le mundo quiere para elevar los precios en los mercados mundiales, y aten todo caer en la medición de su intimidad según los *me gustas o no me gusta* de las redes mal llamadas sociales.

Las personas a través del sistema económico que se encuentre saben, que debe de blindar su intimidad, para poder ser parte de una sociedad del respeto, una sociedad de la causa de ideas, emociones, acciones y de absolutos momentos que solo lo íntimo les brinda, que le ayuden a buscar una solución única a todo lo que este en el medio para su cuidado. La filosofía hace alarde una posibilidad que ninguna ciencia puede mostrar es su capacidad de imaginación y de reflexión a través de ella. Hoy las sociedades buscan una historia que no es la de ellos, una que saben que pueden manipular a través del medio y de los elementos tecnológicos del cual el mundo goza hoy, una realidad que es reciclable, y que puede reciclar al hombre según la condición de su capacidad adquisitiva que se tenga.

El hombre está a merced, de lo que el mundo de hoy ofrece, si pierde su ética no es un problema moral, si pierde su estética no importa su belleza y si pierde su política no pierde su poder hablar y exponer sus ideas, esto no le interesa al mundo moderno, menos le va a interesar el cuidado de su intimidad. Por tanto, la política, la ética y la estética esta desvirtuadas en el hombre de hoy para hacer un perforas del hombre íntimo y de su cuidado.

La intimidad performativa como cuidado del cuerpo sale entonces hacer una píldora para el sujeto público de hoy, es el cuidado de sí y para sí, es la que ayuda a blindar las teorías y sus acciones dentro del mundo que se mueve, es una actuar dentro de la historia y así es una mejora constante del cuidado del hombre dentro de sus movimientos, actuaciones y muestras de intimidad en el mundo moderno.

El concepto de la ética está unido a lo que el mundo de hoy pide, restaurar la condición del asombro ético a través de los valores, la moral y el cuidado del cuerpo humano como referente a lo que la persona necesita, para evidenciar lo que el mundo le ofrece. Un mundo que ofrece la necesidad de mirar al otro como un sentido íntimo y sin la mínima intención de violentarlo, devorarlo y cuidar en no caer en ser la peste del otro a través de las pandemias del egoísmo, la ignorancia y el sin sabor de la vida.

La política pide un cambio a gritos éticos y sin olvidar estéticos, que buscan una sensación de lo que es la estética, para recobrar la política en medios de todo lo que es el bien común para la sociedad y las comunidad globales, pensar en el otro y los otros, pensar en que son seres de la polis y para la ciudad, no son seres que solo hacen elementos para alcanzar una economía que desbaste la naturaleza, la ética y la intimidad.

Y una estética, pensada en un modelo nuevo no pensado para la filosofía continental como es la categoría de la somaestética, que busca darle un sentir del cuerpo humano que es violentado, que es apagado por la economía, la publicidad y desarticulan una estética que no piensa en el otro, que es cuerpo y el que necesita de eso que el mundo ofrece, sin la necesidad de ser violentada su intimidad, expuesta al mercado de un cuerpo bello en estándares y perdido en ética y sin sentir político.

Es tiempo de hacer que el hombre ese sapiens, ese ser que es capaz de ser homosapiens, sin violentar lo natural, lo ético, lo político y lo estético, formaría parte de esas nuevas experiencias que el cuerpo debe de vivir y hacer posibles dentro de su filosofía de vida y su actuar en el mundo desde su intimidad.

Referencias bibliográficas

- Ángela, C. (2016). *Derecho a la intimidad en las redes sociales de internet en Colombia*. 113–133. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.5>
- Bauman, Z. (2004). *Modernidad-liquida*. Buenos Aires,.
- Byung-Chul Han (2015). *La agonía del Eros*. Herder, Barcelona, p. 1-79.
- Cobos, A. (2013). *El contenido del derecho a la intimidad*.
- Conill, J. (2016). *La intimidad corporal y sus bases*, 72, 789–807.
- Garabedian, P. M., Weber, M., & Bernstein, E. (1929). El Estado moderno . Breve recorrido por su desarrollo teórico Introducción, (2010), 1–25. Retrieved from http://www.martinmaglio.com.ar/0_Ter_3_Problematizacion/Material/080-Garabedian_Estado_Moderno.pdf
- Lipovetsky. (1983). *La era del vacío Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*.
- Martínez de Pinsón, J. (1997). *Vida privada e intimidad : implicaciones y perversiones*, 717–738.
- Tonkonoff, S. (2018). *Pensar lo social Pensar lo social Pluralismo teórico en*.
- Universal, E. P., & Dejusticia, P. (2017). El derecho a la intimidad en Colombia en Colombia.
- Valenzuela, C., Juli, D., & Hern, J. R. (2018). *América latina: expansión capitalista, conflictos sociales y ecológicos*.

Wallerstin, I. (2000). *The Essential*. (THE NEW PRESS NEW YORK, Ed.), *History* (Vol. 36). Retrieved from <http://www.blackwell-synergy.com/links/doi/10.1111/0018-2656.00001>

