



UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES
CENTRO SECCIONAL DE INVESTIGACIONES

Contenido Revista Academia & Derecho N° 13:

- ✦ *El sistema de videovigilancia policial en Cúcuta y la inviolabilidad del domicilio*
- ✦ *La restitución de tierras consagrada en la Ley 1448 de 2011, a la luz de la teoría neoconstitucionalista*
- ✦ *Igualdad, derechos y garantías de las parejas del mismo sexo: análisis descriptivo de las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional colombiana*
- ✦ *Justicia transicional: principios de Chicago comparados al proceso de paz en Colombia*
- ✦ *Impacto familiar por la variabilidad laboral. Dos derechos constitucionales: trabajo y familia*
- ✦ *La protección constitucional en materia de seguridad social de los judicantes ad honorem vinculados a la rama judicial*
- ✦ *Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional*
- ✦ *Aplicación de los principios de contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia*
- ✦ *La política pública de educación en Colombia: gestión del personal docente y reformas educativas globales en el caso colombiano*

Universidad Libre Seccional Cúcuta	Revista Academia & Derecho	Publicación Semestral	ISSN: 2215-8944	Año 7 N° 13 2016	Julio - Diciembre	Pág. 342	Centro Seccional de Investigaciones	Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales
------------------------------------	----------------------------	-----------------------	-----------------	------------------------	-------------------------	-------------	-------------------------------------	--------------------------------------------------



DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA REVISTA ACADEMIA & DERECHO

Misión

Promover y estimular la formación, socialización, discusión, comunicación y difusión del conocimiento jurídico y de enseñanza del derecho, a través de un proceso científico y abierto a la pluralidad del pensamiento a nivel nacional e internacional.

Alcance y política editorial

Academia & Derecho es una revista jurídica que publica trabajos originales e inéditos referentes a las diversas áreas disciplinarias del derecho y su enseñanza. Las disciplinas se clasifican tradicionalmente en: Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Económico, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho del Medio Ambiente, Derecho de Minas, Derecho de Aguas, Derecho Internacional, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Derecho Penal y Criminología, Derecho Procesal, Derecho Electoral, Enseñanza del Derecho, no siendo este un listado taxativo, dada la evolución misma de las relaciones humanas que permite la concepción de nuevas especialidades.

Cada número de la revista tiene un carácter misceláneo, sin perjuicio de poder editar, cuando se considere adecuado, números monográficos.

Es una publicación académica de periodicidad semestral, realizada en Colombia, Departamento Norte de Santander, por el Centro Seccional de Investigaciones y la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales de la Universidad Libre Seccional Cúcuta desde el año 2010.

Se compone básicamente por una Sección permanente: **(I)** artículos de investigación, destacándose en algunos números la sección *Reflexión grandes maestros del derecho*.

Constituye una revista arbitrada que emplea el sistema de revisión por pares a doble ciego (*double blind review*).

Los juicios presentados por los autores en sus artículos no representan la opinión ni criterio de la Institución que edita la Revista.

Indexación

La Revista Academia & Derecho se encuentra reconocida en:



Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría C,
Colciencias, Colombia.

(Julio 01 de 2013-Junio 30 de 2015)

Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría B,
Colciencias, Colombia.

(Enero 01 de 2014-Diciembre 30 de 2015)



DEFINITION AND CHARACTERISTICS ACADEMY & LAW JOURNAL

Mission

Promote and stimulate training, socialization, discussion, communication and divulgation of legal knowledge and legal education through a scientific and open process to the plurality of nationally and internationally thought.

Scope and editorial policy

Academy & Law is a legal journal that publishes original and unpublished works concerning to the various subjects of law and its teaching. The disciplines are traditionally classified as: Civil Law, Commercial Law, Business Law, Tax Law, Administrative Law, Constitutional Law, Environmental Law, Mining Law, Water Law, International Law, Labor Law and Social Security, Criminal Law and Criminology, Procedural law, Electoral law and Legal Education. This being a non-exhaustive list, considering the same evolution of human relationships that allows the development of new specialties.

Each issue of the journal has a various content, without prejudice to release, when appropriate, a special edition about a single theme.

It is a biannual journal, held in Colombia, Norte de Santander Department, by the Sectional Research Centre and the Faculty of Law, Politics and Social Science at the Universidad Libre de Colombia since 2010.

It is basically composed of a permanent section: (I) research articles; standing out in some issues *Thoughts of great masters of law* section.

It is a refereed journal which uses the peer review system called double-blind.

The opinions expressed by the authors in their articles do not represent the opinion or judgment of the institution which publishes the journal.

Indexing

Academy & Law Journal is recognized:



Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría C,
Colciencias, Colombia.

(Julio 01 de 2013-Junio 30 de 2015)

Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría B,
Colciencias, Colombia.

(Enero 01 de 2014-Diciembre 30 de 2015)



DIRECTIVAS NACIONALES

JORGE ALARCÓN NIÑO, Presidente Nacional

FERNANDO D'JANON RODRÍGUEZ, Rector Nacional

DIRECTIVAS SECCIONALES

HOLGER ANDRÉS CÁCERES MEDINA, Presidente Seccional

DÉBORA GUERRA MORENO, Rector Seccional

JOSÉ MARÍA PELÁEZ MEJÍA, Decano Facultad de Derecho

DIEGO ARMANDO YAÑEZ MEZA,
Director Centro Seccional de Investigaciones

DAVID LISANDRO JÁCOME SÁNCHEZ, Jefe de Área Derecho Laboral

CINDY CHARLOTTE REYES SINISTERRA, Jefe de Área Derecho Privado

SERGIO ENRIQUE ROSAS RAMÍREZ, Jefe de Área Derecho Público

SAMIR ALBERTO BONETT ORTÍZ, Jefe de Área Derecho Procesal

FELIX ARTURO PARRA MACÍAS, Jefe de Área Derecho Penal

ANA EMILCE GARCÍA BUSTAMANTE, Jefe de Área Investigaciones

JOSÉ FABIO TORRES PARADA, Jefe de Área Sociales

Se autoriza la reproducción de los artículos
citando la fuente y los créditos de los autores:

Revista Academia & Derecho. Universidad Libre Seccional Cúcuta

Entidad Editora: Universidad Libre Seccional Cúcuta

Los conceptos y opiniones expresados en los artículos
son responsabilidad de los autores y no comprometen a la Universidad Libre

Forma de adquisición:
canje, suscripción o entrega gratuita

Revista Academia & Derecho en la Web:
<http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/>

Correspondencia:
Avenida 4 N° 12N-81. Barrio El Bosque
Universidad Libre Seccional Cúcuta
Teléfono: 5 82 98 10. Extensión 104
Correo electrónico: revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co
Formato: 17 cm x 24 cm



ISSN: 2215-8944

EQUIPO EDITORIAL

EDITOR

DIEGO ARMANDO YÁÑEZ MEZA, Magister en Derecho Administrativo,
Docente Investigador de Derecho Público
Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales, Universidad Libre Seccional Cúcuta.

COMITÉ EDITORIAL

LORENZO MATEO BUJODA VADELL, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca, Salamanca, España

ÁLVARO JAVIER DOMINGO PÉREZ RAGONE, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad Gabriela Mistral, Santiago de Chile, Chile.

JUAN GABRIEL ROJAS LÓPEZ, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia

JOSÉ MARÍA PELÁEZ MEJÍA, Magister en Derecho Penal y Procesal Penal,
Profesor de Derecho Penal, Universidad Libre Seccional Cúcuta, Cúcuta, Colombia

COMITÉ CIENTÍFICO

RODRIGO ANTONIO RIVERA MORALES, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Venezuela.

JORDI NIEVA FENOLL, Doctor en Derecho,
Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Barcelona, Barcelona, España.

LUIZ GUILHERME MARINONI, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad Federal de Paraná, Curitiba, Brasil.

JUAN CAMILO SALAS CARDONA, Doctor en Derecho,
Profesor de Filosofía del Derecho, Teorías de la Justicia y Derechos Humanos, Universidad de
Estrasburgo, Francia.

NÉSTOR PEDRO SAGÜES, Doctor en Derecho,
Profesor Titular Emérito de Derecho Procesal Constitucional, Universidad de Buenos Aires,
Argentina.



TABLA DE CONTENIDO

DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA REVISTA.....	3
GUÍA DE AUTORES.....	15
GUIDE D' AUTEURS.....	27
GUIA PARA AUTORES.....	39
GUIDE FOR AUTHOR.....	46
EDITORIAL.....	57

DERECHO ADMINISTRATIVO

El sistema de videovigilancia policial en Cúcuta y la inviolabilidad del domicilio.....	59
------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Police video surveillance system in Cúcuta and the inviolability of the home

O sistema de vigilancia por video policial el Cucuta e a inviolabilidade do domicilio

Le système de vidéosurveillance policière à Cúcuta, une violation à l'invocabilité de la résidence privée

EDUARDO GABRIEL OSORIO SÁNCHEZ

JAVIER ANDRÉS PEROZZO HERNÁNDEZ

DERECHO CONSTITUCIONAL

La restitución de tierras consagrada en la Ley 1448 de 2011, a la luz de la teoría neoconstitucionalista.....	91
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Land restitution in Law 1448 of 2011, according to the neoconstitutionalist theory

A restituição de terras segundo à lei 1448 de 2011 comparada com à teoria neoconstitucionalista.

La restitution de terrains selon la Loi 1448 du 2011 comparée avec la théorie néoconstitutionnaliste

EDUARDO GABRIEL OSORIO SÁNCHEZ

JAVIER ANDRÉS PEROZZO HERNÁNDEZ

Igualdad, derechos y garantías de las parejas del mismo sexo: análisis descriptivo de las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional colombiana 119

Equality, rights and warranties of same-sex couples descriptive: analysis of interpreting techniques used by the colombian constitutional court

Igualdade dos direitos e garantias dois casais do mesmo sexo: uma analise descritiva das técnicas de interpretação utilizadas pela Corte Constitucional colombiana.

L'Egalité de droits et garanties des couples du même sexe : une analyse descriptive des techniques d'interprétation à l'égard de la Cour Constitutionnelle de la Colombie

AHNEYENZY CARRILLO VELÁSQUEZ

Justicia transicional: principios de Chicago comparados al proceso de paz en Colombia..... 143

Transitional Justice: Chicago principles compared to the peace process in Colombia

Justiça transicional: os principio de Chicago comparados ao processo de paz na Colômbia

Justice Transitionnelle : les principes de Chicago comparés avec le processus de paix de la Colombie

LUIS FERNANDO NIÑO LÓPEZ

DERECHO DE FAMILIA Y DEL TRABAJO

Impacto familiar por la variabilidad laboral. Dos derechos constitucionales: trabajo y familia 185

Family impact by working variability. Two constitutional rights: work and family

Impacto familiar pela variabilidade do trabalho. Dois direitos constitucionais em jogo: trabalho e família.

L'impact familial pour la variabilité du travail. Deux droits constitutionnels en cause: le travail et la famille

PABLO GUTIÉRREZ CARDOSO
 BEATRIZ ÁLVAREZ ISAZA
 MÓNICA CAROLINA CORREDOR CORREDOR
 ISABEL CRISTINA MARTÍNEZ SÁNCHEZ

La protección constitucional en materia de seguridad social de los judicantes ad honorem vinculados a la rama judicial..... 215

The constitutional protection in matters of social security of the ad honorem judicants linked to the judicial system

A proteção constitucional em matéria de providência social dos estagiários ad-honorem do ramo judiciário

La protection constitutionnelle en matière de sécurité sociale des stagiaires ad-honorem inscrits à la branche judiciaire.

MARGARITA MARÍA GAVIRIA HERRERA
 LUZ ELIANA GALLEGO HENAO

DERECHO PENAL

Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional 237

Direct and indirect perpetrator, superior's responsibility and joint criminal enterprise in international criminal law

A autoria direta e mediata, responsabilidade do superior hierjarquico e a empresa criminal no direito penal internacional

Responsabilité directe et la responsabilité du supérieur hiérarchique, la responsabilité du supérieur hiérarchique et de l'entreprise criminelle commune en droit pénal international

FARID SAMIR BENAVIDES VANEGAS

CONTRATACIÓN**Aplicación de los principios de contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia 265***Application of the principles of electronic contracting in transactions with bitcoins in Colombia**Aplicação dos princípios de contratação eletrônica nas transações com bitcoins na Colômbia**Les principes de passation électronique de bitcoins en Colombie*

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

ACADEMIA**La política pública de educación en Colombia: gestión del personal docente y reformas educativas globales en el caso colombiano 309***The public policy of education in Colombia: management of teachers and global educational reforms in the Colombian case**A politica publica de educação na Colômbia: gestão do pessoal de ensino e as reformas educativas globais no contexto colombiano**La politique publique d'éducation en Colombie : gestion du personnel d'enseignants et les reformes éducatives globales dans le cas colombien.*

JULIÁN RAÚL FLÓREZ LÓPEZ

ÍNDICE DE AUTORES 333



Guía de autores¹

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

La Revista Academia & Derecho es el órgano de divulgación científica de la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, con periodicidad semestral en su publicación –enero-junio y julio-diciembre–. Se integran a sus contenidos ARTÍCULOS ORIGINALES en la ciencia del Derecho y su enseñanza en la Academia, con evaluación bajo la modalidad de doble ciego –*double blind review*–.

Iniciadas labores en julio-diciembre del año 2010 en forma ininterrumpida, la Revista se ocupa de publicar artículos de *carácter científico*, que se fundamentan en estudios realizados por Investigadores, Investigadores independientes, Grupos de Investigación, Centros de Investigación y Semilleros de Investigación con acompañamiento de un Investigador responsable como coautor, en el ámbito nacional e internacional en concordancia con sus temáticas jurídicas, socio-jurídicas y de educación universitaria en Derecho, que son resultados de proyectos de investigación. La publicación está dirigida a los estudiantes de derecho, abogados litigantes, jueces, funcionarios administrativos, docentes, investigadores, doctrinantes, y comunidad científica nacional e internacional.

Cada documento –artículo– postulado al proceso editorial se somete a una REVISIÓN PREVIA por el Comité Editorial con el fin de analizarlo en cuanto a su forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación conforme a la estructura definida en ésta Guía. Posteriormente, se envía el artículo a dos (2) miembros del Comité de Árbitros Externos, que en atención a los parámetros establecidos realizará la EVALUACIÓN del artículo y podrá tomar alguna de las siguientes decisiones sobre la postulación: **i) APROBADO**, **ii) APROBADO CON**

¹ La guía de autores se formuló con fundamento en el Documento Guía del Servicio Permanente de Indexación de Revistas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas de febrero del año 2010 y el Documento Guía para el Servicio Permanente de Indexación de Revistas Seriadas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas de julio del año 2013 del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación -COLCIENCIAS-.

CORRECCIONES o **iii**) NO APROBADO POR INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EDITORIALES. Todos los derechos de la publicación son de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

La Revista Academia & Derecho posee un formato 21,5 x 28 cm, con un tiraje gratuito de 500 ejemplares y de cumplimiento al Depósito Legal. Puede adquirirse por canje, suscripción o entrega gratuita. Los documentos no pueden exceder las 30 páginas, extensión mínima no inferior a 15 páginas, tipo de letra TIMES NEW ROMAN, tamaño 12, espacio sencillo y 2.54 cm a cada margen. Las notas al pie de página deben presentarse en tamaño 10. La numeración de las páginas se debe realizar en el margen superior derecho.

En observancia al proceso de indexación de la publicación se reciben principalmente las siguientes clases de documentos:

1. **ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN.** Es un documento que presenta la producción original e inédita, resultado de un proceso y proyecto de investigación, reflexión o revisión.
 - 1.1. **Artículo resultado de un proceso de investigación.** Es un documento que presenta de manera detallada los resultados originales de un proyecto de investigación terminado.
 - 1.2. **Artículo de reflexión.** Es un documento que presenta los resultados de un proyecto de investigación terminada y sobre un tema específico desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, recurriendo a fuentes originales.
 - 1.3. **Artículo de revisión.** Es un documento resultado de un proyecto de investigación terminado donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia y tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo.

Estas tipologías se caracterizan por presentar una cuidadosa y pertinente revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

De otro lado, excepcionalmente podrán ser objeto de proceso editorial las siguientes tipologías de documentos reconocidos:

2. **ARTÍCULO CORTO.** Es un documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica que, por lo general, requiere de una pronta difusión.

3. **REPORTE DE CASO.** Es un documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.
4. **REVISIÓN DE TEMA.** Es un documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.
5. **CARTA DEL EDITOR.** Es la posición crítica, analítica o interpretativa sobre los documentos publicados en la Revista que, a juicio del Comité Editorial, constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia.
6. **EDITORIAL.** Es un documento escrito por el Editor, un miembro del Comité Editorial o un Investigador invitado sobre orientaciones en el dominio temático de la Revista.
7. **TRADUCCIONES.** Es un documento que formula la traducción de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la Revista.

En cuanto a la estructura de los artículos descritos en el numeral 1, se debe tener en cuenta el siguiente esquema de trabajo frente al contenido:

- a. Todo artículo que se postula para publicación debe ser ORIGINAL E IN-ÉDITO. Para el efecto el autor debe presentar junto al artículo la CARTA DE ORIGINALIDAD, MANIFESTACION DE INTERÉS Y PRESENTACIÓN DE ARTÍCULO, la cual se encuentra ejemplificada al final de la presente Guía, Formato B.
- b. En el contenido del documento solo se numeran los puntos propios del aparte del **plan de redacción**. En otros términos, el título, resumen, palabras clave, abstract, key words, introducción, metodología, resultados de investigación y las conclusiones, no se numeran.
- c. Para todos los efectos se deben seguir las normas internacionales de citación APA (American Psychological Association).
- d. Las expresiones en latín u otro idioma deben indicarse en *letra cursiva*.
- e. En la autoría de las investigaciones postuladas al proceso editorial al menos uno (1) debe ser un docente investigador.
- f. Todo artículo que se somete a proceso editorial debe presentarse con la información que se muestra en el Formato A, el cual se encuentra ejemplificado al final de la presente Guía.

- Así mismo, algunos aspectos administrativos que se deben tener en cuenta son:
- a. Si el artículo se somete a proceso editorial no debe postularse simultáneamente en otras revistas u otros medios de divulgación.
 - b. El artículo puede ser retirado del proceso editorial en cualquier tiempo por el autor.

ESTRUCTURA DE LOS DOCUMENTOS QUE SE POSTULAN AL PROCESO EDITORIAL:

Título en español

Título en inglés

Nombre (s) del (los) autor (es)

Resumen

Palabras clave

Abstract

Key words

Introducción

Problema de investigación

Metodología

Esquema de resolución del problema jurídico

Plan de redacción

Resultados de investigación

Conclusiones

Referencias

Título: corresponde a la idea principal del documento. Se debe indicar en mayúscula sin exceder las 15 palabras, en lo posible, en idioma Español e Inglés. Seguidamente en pie de página se debe indicar: **1.** Si el artículo es inédito; **2.** Si el documento se clasifica como un *artículo de investigación e innovación* y corresponde a alguna de las siguientes tipologías: **a)** artículo de investigación, **b)** artículo de reflexión, **c)** artículo de revisión; **3.** El proyecto de investigación al cual se encuentra adscrito el producto (artículo); **4.** El Grupo de Investigación al cual se encuentra adscrito el proyecto y al cual se adjuntará el producto (Si aplica); **5.** La Institución a la cual pertenece o financia la investigación (filiación institu-

cional); **6.** Nombre del Semillero de investigación que contribuyó en el proceso investigativo (Si aplica); **7.** Nombre de los estudiantes-semilleros de investigación que contribuyeron al proceso investigativo (Si aplica); **8.** Nombre de los auxiliares de investigación que contribuyeron al proceso investigativo (Si aplica).

Nombre completo del autor: Se debe señalar el nombre completo del autor o autores (3) y seguidamente en pie de página: **1.** El nombre completo del autor o autores; **2.** Nivel de formación académica en pregrado e institución de la que se es egresado; **3.** Nivel de formación académica en posgrado e institución de la que se es egresado; **4.** Membresías en institutos o semejantes (Si aplica); **5.** Cargo que en la actualidad desempeña a nivel académico y profesional e institución a la que pertenece; **6.** Correo electrónico institucional (obligatorio) y personal (opcional).

Resumen / Abstract: Es un texto que abarca en *síntesis integral* el contenido del documento. No debe exceder las 300 palabras en ningún caso. Se debe expresar en español e inglés. En el resumen se debe incluir: **1)** descripción breve del problema, **2)** alcance e importancia, **3)** el objetivo general de la investigación. Debe ser claro, coherente y sucinto, para lo cual se sugiere revisar y verificar datos, sintaxis, ortografía, no incluir referencias bibliográficas en lo posible y no caer en erratas.

Palabras clave / Key words: Deben reflejar la idea angular de las materias que se desarrollan en el artículo. Se requiere enunciación en un orden alfabético o de mayor a menor generalidad sin exceder las 10 palabras, mínimo 3, en idioma inglés y español. Las palabras empleadas deben ser relevantes e indicar los temas del contenido a fin de ayudar a su indizado cruzado. Se recomienda utilizar los términos de los tesauros especializados de las disciplinas correspondientes.

Introducción: La introducción no trata una repetición calcada del Resumen. La introducción es un texto de aproximadamente 2 o 3 páginas donde se presenta básicamente lo siguiente: **1)** descripción extensa y completa del contexto o planteamiento del problema de investigación; **2).** identificación y análisis inicial del marco teórico que se desarrolló en la investigación; **3).** hipótesis de la investigación.

Problema de investigación: Debe definirse la pregunta (¿?) que motivó la realización de la investigación. Se trata de una pregunta compleja que no puede responderse con afirmación o negación.

Metodología: Debe indicarse en síntesis el enfoque metodológico, tipo de investigación y las técnicas e instrumentos utilizados para la recolección y análisis de la información. En éste ítem se deben formular los objetivos específicos de la investigación. No debe olvidarse que estos objetivos deben cumplir el objetivo

general planteado en el aparte final del Resumen y que todos ellos en conjunto responden al problema de investigación.

En este ítem el investigador puede exponer el proceso que se diseñó y empleó en el desarrollo de la investigación, en forma detallada, entre otros: **1)** criterios de selección, **2)** población, **3)** muestra.

Esquema de resolución del problema jurídico: Se trata de la enunciación, en orden temático, de cada uno de los capítulos que integran el Plan de redacción de la investigación; en otros términos, corresponde a la mención de cada uno de los tópicos que se debieron abordar para el tratamiento pleno del objeto y problema de investigación, en una semejanza de tabla de contenido que se redacta en prosa.

Plan de redacción: Es la instancia donde se desarrollan cada uno de los procesos y subprocesos temáticos que se definieron en los objetivos. En este punto se demuestra la hipótesis de investigación y se dan los fundamentos que ofrecen soporte a las Conclusiones.

Resultados de investigación: Evidencian o no la validez de la hipótesis de investigación que se formuló en el proceso de investigación.

Conclusiones: Son los postulados finales frente a la resolución del problema jurídico y el cumplimiento del propósito definido en el objetivo general y los objetivos específicos.

Referencias: Son las fuentes primarias y secundarias que efectivamente se emplearon en la investigación frente al cumplimiento de los objetivos de la investigación y la resolución del problema de investigación formulado.

El autor del documento que se somete al proceso editorial deberá atender las sugerencias o modificaciones que el Comité de Editores o el Comité Editorial y el Comité de Árbitros Externos le formulen al escrito en un plazo no mayor a 15 días calendario posteriores a su notificación vía correo electrónico. El Comité de Editores o el Comité Editorial se reservan el derecho de introducir las modificaciones de forma necesaria para adaptar el texto a las normas propias al proceso editorial, sin alterar el fondo de la temática tratada. Una vez se recibe el artículo en el correo electrónico institucional de la Revista o a través de la Plataforma que se ofrezca para tal fin, el autor recibe respuesta sobre cumplimiento inicial de los requisitos editoriales dentro de los 20 días calendario siguientes a su recepción. El miembro del Comité de Árbitros Externos contará con un plazo máximo de 20 días calendario para la remisión de su concepto.

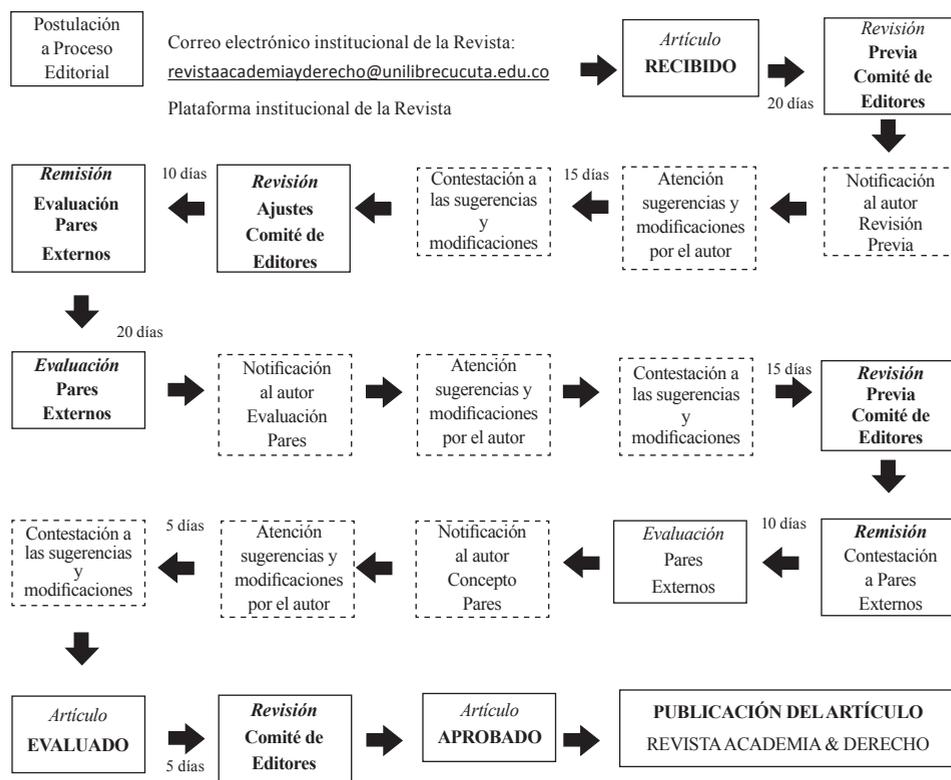
La remisión de documentos con fines de publicación en la Revista Academia & Derecho implica que los autores autorizan, a la Universidad Libre Seccional

Cúcuta y al Comité Editorial, la publicación de los artículos en versión impresa en papel y también en versión electrónica y/o en página web. En este sentido, cuando el autor somete a proceso editorial cualquiera de las categorías enunciadas acepta como contraprestación por la inclusión de su documento en la Revista o en la página web, el recibo de tres (3) ejemplares de la respectiva edición. Si se requieren ejemplares adicionales el autor debe solicitarlos al Editor de la Revista.

La recepción de los documentos se debe efectuar en el Centro de Investigaciones de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, ubicada en la Avenida 4 N° 12N-81, barrio El Bosque, impreso y en CD (Word versión 6.0 en adelante) o puede ser enviado por correo electrónico institucional de la Revista: revistaacademiaderecho@unilibrecucuta.edu.co.

Figura 1. Esquema básico proceso editorial revista Academia & Derecho

Fuente: Comité de Editores



Formato A

Datos del autor

PEDRO JAVIER PÉREZ LÓPEZ

Documento de identidad. Cédula de ciudadanía N° 1.0-0.1-4.1-6

Pasaporte N° AN-8-7-4

Nacionalidad: Colombiana

Fecha de nacimiento: 16 de abril de 1986

Hoja de vida puede ser consultada en: CvLac o equivalente

http://scienti1.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149

Filiación Institucional:

Docente investigador Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Correo electrónico institucional: pedro.perez@universidad.edu.co

Correo electrónico personal: pedro.perez@hotmail.com

Página web de la Universidad:

<http://www.unilibrecucuta.edu.co/portal/>

Nota: Si el artículo es de autoría de varios autores (3), se debe señalar la información de cada uno.

Formato B



Señores

Revista ACADEMIA & DERECHO

Universidad Libre Seccional Cúcuta

E. S. D.

REFERENCIA: CARTA DE ORIGINALIDAD, MANIFESTACION DE INTERÉS Y PRESENTACIÓN DE ARTÍCULO

Cordial saludo,

Por medio de la presente me permito manifestar interés en participar en el proceso de publicación de la **Revista ACADEMIA & DERECHO** de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

El artículo se titula: “SEÑALAR EL TÍTULO DEL ARTÍCULO”, y el mismo es inédito, por lo cual no ha sido publicado ni puesto en consideración en otros medios editoriales. El artículo es un resultado del desarrollo de investigación del (Señale el Grupo de Investigación y/o Semillero de Investigación, el Centro de Investigación al cual se encuentra adscrito y el proyecto de investigación al que se le atribuye el producto). El objeto principal del artículo es: (Señale en menos de 300 palabras el contexto o descripción del problema, su importancia, hipótesis si es pertinente, objetivo general. Este párrafo debe coincidir con el Resumen del artículo)

El tipo de artículo es (señale con una X):

De investigación e innovación: Investigación _____; Reflexión _____; Revisión _____.

No es resultado de investigación: _____.

Finalmente, reitero que he leído y acepto los términos de participación establecidos en el documento: Instrucciones o Guía de Autores, publicado en la página web

institucional. Por lo cual, cedo los derechos de autor en caso de ser publicado y manifiesto conocer las pautas del proceso de pares evaluadores ciegos y/o árbitros.

Atentamente,

(Señalar el nombre completo de cada uno de los autores)

Dirección: (Indique)

Celular: (Indique)

Email: (Indique)

Filiación Institucional: (Indique)



Guide d' auteurs²

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Document Traduit par Álvaro Dickson Molinares Valencia, Membre du Groupe de Recherche en Droit Administratif «Louis Antoine Macarel», Boursier du programme d'échange d'études BRACOL (BRESIL – COLOMBIE) 2015-I Université Fédérale du Paraná – Universidad Libre de Colombia (UFPR – Unilibre).

Traduction corrigée par Miguel Angel Amaya Castaño, Traducteur et Interprète Assermenté de la Colombie *Arrêté 733 du Ministère de la Justice – 1993.*

La Revue Academia & Derecho c'est l'organe de divulgation scientifique de l'Université Libre Section Cúcuta, avec périodicité semestrielle, soit deux numéros par an : l'un comprenant les mois Janvier à Juin et l'autre Juillet - Décembre. Elle comporte des contenus originaux sur la science du Droit et l'Académie dans l'Université, sous le modèle d'évaluation «double aveugle».

Après avoir commencé les travaux en juillet-décembre 2010 de façon ininterrompue, la Revue s'occupe de publier des articles de type i) scientifique ii) réflexion iii) révision, en outre, qui se fondent en études faites par Chercheurs, Groupes de Chercheurs, Centres de Recherche et Groupes de Recherche, sur le plan nationale et internationale en concordance avec ses thématiques juridiques, sociojuridiques et d'éducation universitaire. La publication s'adresse

² La Revue s'est formulée avec la guide du Document Guide du Service Permanent D'Indexation de Revues de Science, Technologie et Innovation Colombiennes de Février 2010 et le Document Guide pour le Service Permanent d'Indexation des Revues Séries de Science, Technologie et Innovation Colombiennes, Juillet 2013 du Département Administratif de Science, Technologie et Innovation -COLCIENCIAS- 1.2. Article de Réflexion : C'est un document qui présente les résultats d'une recherche finit sur un thème spécifique dès une perspective analytique, interprétative ou critique de l'auteur, recourant aux sources originales.

à : des étudiants de Droit, avocats, litigants, juges, fonctionnaires administratifs, professeurs, chercheurs, juristes et à tout la communauté scientifique en générale.

Chaque document –article– se soumet à une évaluation préliminaire par le Comité Editorial à fin de l'examiner au niveau de sa forme, contenu et compléments des normes de publication selon le structure définie par la Guide D'Auteurs. Posteriori, s'envoie l'article à deux (2) membres du Comité d'Arbitres Externes qui, compte tenu des paramètres prévus, choisira la proposition de candidature de tel article, selon son : i) ACCEPTATION ou ii) ACCEPTATION AVEC DES CORRECTIONS ou iii) NON ACCEPTATION DES CONDITIONS DE LA MAISON ÉDITORIALE. Tous les droits de publications appartiennent à l'Université Libre Seccional Cúcuta.

La Revue Academia & Derecho a un format de 21,5 x 28 cm, avec une distribution gratuite de 500 exemplaires et de compliment avec le Dépôt Légal. Peut s'acquérir par échange, par abonnement ou livraison gratuite. Les documents ne peuvent pas excéder les 25 pages, extension minimum non inférieure à 12 pages, type de lettre Times New Roman 12, espace simple et 2.54 cm à chaque marge. Les notes au pied devront se présenter en taille 10. La numération des pages doit se faire avec la marge supérieure droite. Selon le processus d'indexage de la publication, seront reçus d'abord les suivants clases de documents:

1. **ARTICLE DE RECHERCHE ET INNOVATION:** C'est un document qui présente la production originale et inédite, le résultat d'un processus de recherche, réflexion ou révision.
 - 1.1. **Article résultat d'une recherche:** C'est un document qui présente de façon claire et détaillée des résultats originaux d'un projet de recherche aboutie.
 - 1.2. **Article de réflexion:** C'est un document qui présente les résultats d'une recherche terminée à partir d'une perspective analytique, interprétative ou critique de l'auteur, faisant recours aux sources originales.
 - 1.3. **Article de révision:** C'est un document résultat d'une recherche terminée où sont analysés (e) (es), systématisé (e) (es) ou intégrés (es) les résultats de recherches publiées ou pas, sur un champ de science et technologie, afin de rendre compte des avances et tendances du développement.

Se caractérise pour présenter une rigoureuse révision bibliographique d'au moins 50 références.

D'autre part, pourront être l'objet de révision éditoriale les suivantes typologies de documents reconnus:

2. **ARTICLE COURT:** C'est un document bref qui présente des résultats originaux préliminaire ou partiels d'une recherche scientifique qui, généralement, mérite d'une diffusion rapide.
3. **RAPPORT DE CAS:** C'est un document qui présente les résultats d'une étude sur une situation particulière afin de montrer les expériences techniques et méthodologiques considérées dans un cas spécifique. Et même une révision systématique commentée de la littérature sur des cas analogues.
4. **RÉVISION DE THÈME:** C'est un document résultat d'une révision critique de la littérature par rapport à un thème en particulier.
5. **LETTE DE L'AUTEUR:** C'est la position critique, analytique ou interprétative sur des documents publiés dans la Revue que, selon le jugement du Comité Editorial, faire un apport important à la discussion du thème de la part de la communauté scientifique de référence.
6. **EDITORIAL:** C'est un document écrit par l'Editeur, un membre du Comité Editorial ou un Chercheur invité sur quelques orientations dans le domaine thématique de la Revue.
7. **TRADUCTIONS:** C'est un document qui formule la traduction de textes classiques ou d'actualité ou transcriptions de documents historiques ou d'un particulier intérêt dans le domaine publié par la Revue.

Quant à la structure des textes antérieurement décrits, il faut tenir en compte les faits suivants:

- a. Pour son éventuelle publication doit être ORIGINAL ET INEDIT. Pour y arriver, l'auteur doit présenter avec l'article la LETTRE D'ORIGINALITÉ, MANIFESTATION DE LA VOLONTÉ ET PRÉSENTATION D'ARTICLE, laquelle se trouve exemplifiée à la fin de ce guide.
- b. Dans le contenu du document doit uniquement énumérer les points propres du plan de rédaction. C'est-à-dire, le titre, résumé, mots-clés, abstract, introduction, key words, méthodologie, résultats de recherche et conclusions, ne doivent pas être énumérés.
- c. Pour tous les effets, il sera obligatoire suivre les normes internationales APA (American Psychology Association).
- d. Les expressions en latin ou autre langue doivent s'inclure en *italique*.
- e. La paternité littéraire des recherches mises dans le processus éditoriale doit être au moins un (1) dont un devra être le chercheur.
- f. Tout article devra suivre le Format A, lequel se trouve à la fin de ce guide.

- De cette manière, il y a certains aspects administratifs à tenir en compte:
- a. Si l'article est mis en étude pour sa publication ne pourra pas se poser sa candidature dans autres revues ou d'autres moyens de publication.
 - b. L'article peut être retiré du processus éditorial à tout moment par l'éditeur.

STRUCTURE DES DOCUMENTS POSTULES AU PROCESSUS EDITORIAL:

Titre en français
Titre en anglais
Nom (s) du (des) auteur(s) (es)
Résumé
Mots-clés
Abstract
Key Words
Introduction
Problème de recherche
Méthodologie
Plan de rédaction
Résultats de recherche
Conclusions
Références

Titre: Correspond à l'idée principale du document. Il faut l'indiquer en majuscule sans excéder les 15 mots, si possible, et dans la langue anglaise. Suivi d'un pied de page dans lequel il doit être indiqué : i) le projet de recherche auquel s'adscrit le document, ii) le Centre de Recherche, Groupe de Recherche avec l'institution qui finance le projet ou l'aval. S'il s'agit d'un projet indépendant et iii) les auxiliaires de recherche, élèves ou étudiants de License qui ont contribué à la réalisation de la recherche (non obligatoire).

Nom complet de l'auteur: Il faut écrire le nom complet de l' (des) auteur(s)
1) En note en bas de page le nom complet de l' (des) auteur(s) 2) Nom de la License obtenu et nom de l'institution que lui (leur) a donné ce titre 3) Niveau d'études supérieures et nom de l'institution que lui a donné(e) tel titre 4. Adhésion à des

instituts similaires ou (le cas échéant) ; 5). Institution à laquelle il appartient ; 6). Email institutionnel (obligatoire) et le personnel (facultatif).

Résumé / Abstrac: Une synthèse globale de recouvrement de texte dans le contenu du document. Ceci ne doit pas dépasser 300 mots en tout cas. Il doit être exprimé en espagnol et en anglais. Le résumé doit comprendre: 1) une brève description du problème, 2) Son importance et sa portée, 3) objectif global de la recherche. Il devrait être clair, cohérent et concis, pour lequel il est conseillé d'examiner et vérifier les données, de la syntaxe, de l'orthographe.

Mots-clés/Key words: Ces mots devront montrer l'idée des sujets qui vont se traiter tout au long de l'article. Il est nécessaire de les mettre en ordre alphabétique et ne pas dépasser 10 mots, minimum 3, en anglais et en espagnol. Les mots utilisés doivent être pertinentes et indiquer les thèmes de contenu pour aider son contre-indexage. Il est conseillé d'utiliser les termes spécifiques ou propres de chaque discipline.

L'avant-propos: Il ne s'agit pas d'une répétition du résumé tracée. Il s'agit d'un texte d'environ deux ou trois pages environ, où il y a essentiellement: 1) approche vaste et complet dans le contexte ou la description du problème de recherche; 2). identification initiale et l'analyse du cadre théorique développé dans la recherche; 3). hypothèse de recherche.

Question de recherche: Cette question est complexe et ne peut être répondue simplement par la seule affirmation (oui) ou la seule négation (non).

Méthodologie: L'approche méthodologique et le type de recherche est à noter en bref techniques et instruments utilisés pour la collecte et l'analyse des informations. Dans cet article Ils doivent définir des objectifs de recherche spécifiques. Ne pas oublier que ceux-ci (les objectifs de la Recherche spécifiques) doivent rencontrer l'objectif global à la fin que le résumé et qu'ils répondent tous à l'ensemble de la recherche. Dans cet article, le chercheur peut expliquer le processus qui a été conçu et utilisé dans le développement la recherche, dans le détail, entre autres: 1) les critères de sélection, 2) la population, 3) l'échantillon.

Aperçu de la résolution de problème juridique: Ceci est l'énonciation, dans l'ordre thématique, de chacun des chapitres de la rédaction du plan d'enquête; en d'autres termes, il correspond à faire la mention de tous les sujets abordés pour élucider le problème qui fait l'objet de la Recherche dans une ressemblance de table des matières écrit en prose.

Plan d'action: est l'instance où ils développent chacun des fils thématiques et des processus définis dans les objectifs. À ce stade, l'hypothèse de recherche est mise à l'épreuve et les fondations qui offrent un soutien aux conclusions sont données.

Résultats de la recherche: Ils montrent ou non la validité de l'hypothèse de recherche qui a été faite dans le processus de recherche.

Conclusions: Sont les postulés finales qui présentent la réalisation de l'effort dans la recherche et c'est ici où se répond le problème de l'investigation.

Références: Les sources primaires et secondaires utilisés efficacement dans la recherche vers la réalisation des objectifs de l'enquête et la résolution du problème de recherche formulé.

L'auteur du document qui se soumit au processus éditorial devra accepter les suggestions ou modifications que le Comité Editorial ou quelqu'un des membres du Comité de Pares Externes aient formulées au document dans un délai de 15 jours ouvrables après la notification voie e-mail.

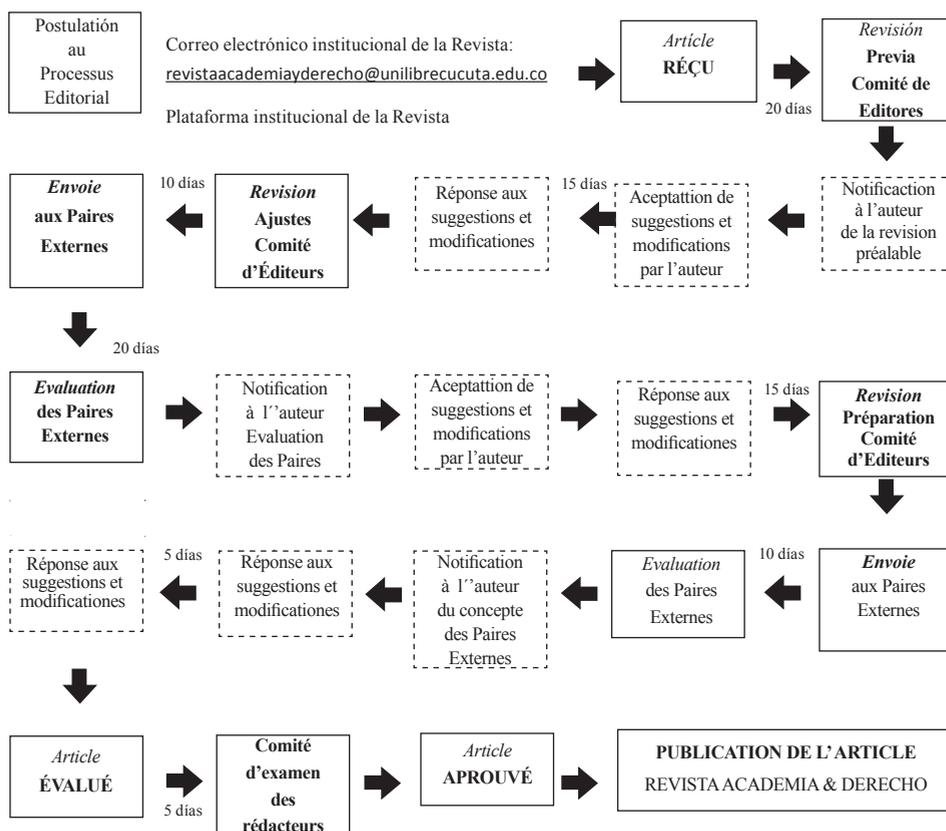
Le Comité Editorial ou le Comité D'Arbitres Externes se réserve le droit d'introduire des modifications de forme nécessaires pour adapter le texte aux normes propres du processus éditoriale, sans modifier le fond de la thématique traité. Une fois reçu l'article dans le courriel institutionnel de la Revue l'auteur reçoit une réponse sur le compliment initiale des conditions d'édition dans les 20 jours ouvrables à sa réception. Le membre du Comité d'Arbitres Externes aura un délai maximum de 20 jours pour la remise de son concept.

La rémission des documents qui seront peut-être publiés dans la Revue Academia & Derecho implique que les auteurs autorisent l'Université Libre Seccional Cúcuta et le Comité Editorial pour les publier en version imprimée et aussi en version électronique et/ou sur la page web. Dans ce sens, quand l'auteur pose sa candidature pour être choisi pour publier, il accepte que son œuvre sera publiée dans l'une des versions, aussi il recevra trois exemplaires de la respective édition, s'il arrive à en avoir besoin d'autres, il devra les commander au Directeur de la Revue.

La documentation peut être remise par la poste au Centre De Recherches de l'Université Libre Seccional Cúcuta située dans l'Avenue 4 N° 12N-81, cartier El Bosque, Cúcuta - Colombie ou peut être envoyé par mail au courriel revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co.

Image 1. Schema basique du processus editorial revue Academia & Derecho

Source : Comité d'Éditeurs



Format A

Coordonnées de l'Auteur

MONSIEUR / MADAME UNTEL

Care d'Identité N° 1.-0-0.1-4.1-6

Passeport N°AN-7-8-4

Nationalité Française

Date de Naissance : 16 Avril 1986

Curriculum Vitae Disponible sur : CvLac ou équivalent

Filiation institutionnelle:
Professeur chercheur Université Libre Seccional Cúcuta

Email Institutionel:

Email personnel :

Page web de l'université:

Note : Si l'article appartient a plusieurs auteurs (3), il faut indiquer cette information pour chaqu'un d'eux.

Formato B



Respectés

Revue ACADEMIA & DERECHO

Universidad Libre de Colombia Seccional Cúcuta

RÉFÉRENCE: LETTRE D'ORIGINALITÉ, MANNIFESTATION
D'INTERES ET PRÉSENTATION DE L'ARTICLE.

Chères Salutations,

J'ai l'honneur de vous manifester mon intérêt en participer dans le processus de postulation de la **Revue Academia & Derecho** de l'Universidad Libre Seccional Cúcuta.

Cet article s'intitule «INDIQUEZ LE NOM DE L'ARTICLE», je donne foie qu'il est inédite et n'a pas été publié ou mis en considération pour sa publications dans d'autres moyens éditoriaux. Cet article est le résultat du développement d'une recherche du groupe «Indiquez le Groupe de Recherche lequel se trouve inscrit au projet de recherche auquel ce produit-ci est attribué».

L'objet principale de cet article est «Signalez en moins de 300 mots le contexte ou description du problème, son importance, l'hypothèse si elle est pertinente, l'objectif général. Ce paragraphe doit coïncider avec le Résumé de l'article»

Le type de cet article est (cochez-le avec un X)

D'une recherche et innovation : Recherche _____ Réflexion _____ Révision _____

N'est pas le résultat d'une recherche : _____

Finallement j'accepte les termes et conditions de participation établis dans ce document : Instruction et Guide d'Auteurs, publié sur la page web institutionnel. Pour cela, je succède, les droits d'auteur au cas d'être publié je manifeste connaître et accepter les conditions du processus de Paires Evaluateurs ou Arbitres.

Attentivement

(Indiquez le nom complet de chaque des auteurs)

Adresse : (Indiquez)

Téléphone : (Indiquez)

Courriel électronique : (Indiquez)

Filiation Institutionnel : (Indiquez)



Guía para autores³

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Traduzido por Álvaro Dickson Molinares Valencia

Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo “Louis Antoine Macarel / Bolsista do Programa BRACOL (BRASIL - COLOMBIA) 2015-I UFPR - Unilibre.

Corregido por Nylcéa Thereza de Siqueira Pedra, Tradutora e Interprete Juramentada (Português - Espanhol / Espanhol - Português) do Brasil, Matrícula JUCEPAR 12/110-T Data 28/08/12 e professora do Departamento de Letras Estrangeiras Modernas da Universidade Federal do Paraná – Curitiba - Brasil

A Revista Academia & Derecho é o órgão de divulgação científica da Faculdade de Direito, Ciência Política e Sociais da Universidad Libre de Cúcuta, com periodicidade semestral de publicação (janeiro-junho e julho-dezembro). Integram-se a ela ARTIGOS ORIGINAIS na ciência do Direito e seu ensino na Academia, segundo o modelo de avaliação duplo-cega *double blind review*.

Começando os trabalhos em junho-dezembro de 2010, de forma ininterrupta, a Revista publica artigos de *caráter científico*, que se fundamentam em estudos feitos por pesquisadores, pesquisadores independentes, grupos de pesquisa, centros de pesquisa e grupos de pesquisa com o acompanhamento de

³ O guia de autores foi elaborado fundamentando-se no Documento Guia do Serviço Permanente de Indexação de Revistas de Ciência, Tecnologia e Inovação Colombianas de fevereiro de 2010 e no Documento Guia para o Serviço Permanente de Indexação de Revistas Seriadas de Ciência, Tecnologia e Inovação Colombianas de julho de 2013 do Departamento Administrativo de Ciência, Tecnologia e Inovação -COLCIENCIAS-.

um pesquisador responsável como coautor, em âmbito nacional e internacional em consonância com suas temáticas jurídica, sócio jurídica, e de educação universitária no Direito, resultado de projetos de pesquisa. A publicação se dirige aos estudantes de direito, advogados litigantes, juízes, funcionários administrativos, professores, pesquisadores e comunidade científica nacional e internacional.

Cada documento –artigo– apresentado ao processo editorial é submetido a uma REVISÃO PRÉVIA pela Comissão Editorial a fim de analisá-lo em quanto à forma, conteúdo e cumprimento das normas de publicação, segundo a estrutura definida neste Guia. Posteriormente, o artigo é enviado para dois (2) membros da Comissão de Avaliação Externa, que, considerando os parâmetros estabelecidos realizarão a AVALIAÇÃO do artigo e poderão tomar alguma das seguintes decisões sobre o mesmo: **i) ACEITO, ii) ACEITO COM CORREÇÕES** ou **iii) NÃO ACEITO POR NÃO CUMPRIR OS REQUISITOS EDITORIAIS**. Todos os direitos de publicação são da Universidade Libre de Cúcuta.

A Revista Academia & Derecho tem um formato 21,5 x 28 cm, com uma tiragem gratuita de 500 exemplares, com depósito legal. Pode ser adquirida por permuta, assinatura ou entrega gratuita. Os documentos não podem superar as 30 páginas, e devem ter uma extensão mínima superior a 15 páginas, tipo de letra TIMES NEW ROMAN, tamanho 12, espaço simples e 2.54 cm de margem. As notas de rodapé devem ser em tamanho 10. A numeração das páginas deve ser feita na margem superior direita.

Em observância ao processo de indexação da publicação, são recebidos principalmente os seguintes documentos:

1. **ARTIGO DE PESQUISA E INOVAÇÃO:** é um documento que apresenta a produção original é inédita, resultado de um processo e de um projeto de pesquisa, reflexão ou revisão.
- 1.1. **Artigo resultados de um processo de pesquisa:** é um documento que apresenta de maneira detalhada os resultados originais de um projeto de pesquisa concluído.
- 1.2. **Artigo de reflexão:** é um documento que apresenta os resultados de uma pesquisa concluída, e sobre um tema específico, desde uma perspectiva analítica, interpretativa ou crítica do autor, recorrendo a fontes originais.
- 1.3. **Artigo de revisão:** é um documento resultado de um projeto de pesquisa concluído no qual se analisam, sistematizam e integram os resultados de

pesquisas publicadas ou não publicadas, sobre um campo da ciência e tecnologia, a fim de apresentar os avanços e tendências do desenvolvimento.

Estes tipos de publicação caracterizam-se por ter uma cuidadosa e pertinente revisão bibliográfica, com, pelo menos, 50 referências.

Por outra parte, excepcionalmente poderão ser objeto do processo editorial os seguintes tipos de documentos:

2. **ARTIGO CURTO:** é um documento breve que apresenta resultados originais, preliminares ou parciais, de uma pesquisa científica que, de maneira geral, requer uma divulgação rápida.
3. **RELATO DE CASO:** é um documento que apresenta os resultados de um estudo sobre uma situação específica com o fim de dar a conhecer as experiências técnicas e metodológicas consideradas em um caso específico. Inclui uma revisão sistemática comentada da literatura sobre casos análogos.
4. **REVISÃO DE TEMA:** é um documento resultado da revisão crítica da literatura sobre um tema em particular.
5. **CARTA DO EDITOR:** é a posição crítica, analítica ou interpretativa dos documentos publicados na Revista que, segundo a Comissão Editorial, são importantes para a discussão do tema por parte da comunidade científica de referência.
6. **EDITORIAL:** é um documento escrito pelo editor, um membro da Comissão Editorial ou um pesquisador convidado sobre orientações no âmbito temático da Revista.
7. **TRADUÇÕES:** É um documento que formula a tradução de textos clássicos ou atuais ou transcrições de documentos históricos ou de interesse particular no âmbito de publicação da Revista.

No que cabe à estrutura dos artigos descritos no número 1, deve-se considerar o seguinte esquema de trabalho para apresentação do conteúdo:

- a. Todo artigo apresentado para publicação deve ser ORIGINAL E INÉDITO. Para tal, o autor deve apresentar, junto com o artigo, a CARTA DE ORIGINALIDADE, MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE E APRESENTAÇÃO DO ARTIGO, exemplificada no final do presente Guia, Formato B.
- b. No conteúdo do documento só devem ser enumerados os pontos próprios do plano de redação. Em outras palavras, título, resumo, palavras-chave,

- abstract, key words, introdução, metodologia, resultados de pesquisa e conclusões, não se enumeram.
- c. Para todos os efeitos devem ser seguidas as normas internacionais de citação APA (American Psychological Association).
 - d. As expressões em latim ou outra língua devem aparecer em *itálico*.
 - e. Na autoria das pesquisas apresentadas para o processo editorial pelo menos um (1) deve ser docente pesquisador.
- Além disso, alguns aspectos administrativos que devem ser considerados são:
- a. Se o artigo for submetido ao processo editorial, não pode ser apresentado simultaneamente a outras revistas.
 - b. O artigo pode ser retirado a qualquer momento do processo editorial pelo autor.

ESTRUTURA DOS DOCUMENTOS A SEREM APRESENTADOS AO PROCESSO EDITORIAL

Título em espanhol (é a língua oficial da revista, não?)

Título em Inglês

Nome (s) do (dos) autor (es)

Resumo

Palavras-chave

Abstract

Key Words

Introdução

Problema de Pesquisa

Metodologia

Esquema de Resolução do problema jurídico

Plano de redação

Resultados da pesquisa

Conclusões

Referências

Título: corresponde à ideia principal do documento. Deve ser identificado em maiúscula, sem exceder 15 palavras, se possível, em espanhol ou inglês. Posteriormente, em nota de rodapé, deve-se indicar. **1)** Se o artigo é inédito; **2)** Se

o documento é classificado como um *artigo de pesquisa e inovação* e corresponde a alguma das seguintes tipologias: **a)** artigo de pesquisa, **b)** artigo de reflexão, **c)** artigo de revisão **3)** O projeto de pesquisa ao qual se encontra adscrito o produto (artigo); **4)** O grupo de pesquisa ao qual se encontra adscrito o projeto e a qual se se incorporará o produto (Se for o caso); **5)** A Instituição a qual pertence ou que financia a pesquisa (filiação institucional); **6)** Nome do grupo de pesquisa que contribuiu na pesquisa (se for o caso); **7)** Nome dos estudantes membros do grupo de pesquisa que contribuíram com a pesquisa (se for o caso); **8)** Nome dos auxiliares de pesquisa que contribuíram com a pesquisa (aplicasse for o caso).

Nome completo do autor: deve-se indicar o nome completo do autor ou autores (3) e em nota de rodapé: **1)** o nome completo do autor ou autores, **2)** Nível de formação académica em graduação e instituição na qual se formou; **3)** Nível de formação académica em pós-graduação e instituição na qual se titulou; **4)** Nome dos grupos dos quais é membro (Se for o caso); **5)** Cargo que atualmente ocupa a nível académico e profissional e instituição a qual pertence; **6)** E-mail institucional (obrigatório) e pessoal (opcional).

Resumo/Abstract: é um texto que apresenta uma *síntese* integral do conteúdo do documento, cuja extensão não deve superar as 300 palavras. Deve ser apresentado em inglês ou espanhol. No resumo, deve-se incluir: **1)** descrição breve do problema, **2)** alcance e relevância, **3)** o objetivo geral da pesquisa. Deve ser claro, coerente e sucinto. Sugere-se revisar e verificar dados, sintaxe, ortografia, não incluir referências bibliográficas sempre que possível e não cair em erratas.

Palavras-Chave/ Key words: devem refletir a ideia principal dos elementos desenvolvidos no artigo. devem estar organizadas em ordem alfabética ou de maior a menor generalidade sem exceder as 10 palavras, com um de mínimo 3, em inglês e espanhol. As palavras utilizadas devem ser relevantes e indicar os temas do conteúdo a fim de auxiliar o conteúdo do texto. Recomenda-se a utilização dos termos dos jargões especializados das disciplinas correspondentes.

Introdução: a introdução não é uma cópia do Resumo. A introdução é um texto de aproximadamente 2 a 3 páginas onde se apresenta basicamente: **1)** descrição extensa e completa do contexto ou apresentação do problema de pesquisa; **2)** identificação e análise inicial do referente teórico desenvolvido na pesquisa; **3)** hipótese da pesquisa.

Problema de pesquisa: deve-se definir a pergunta (?) que motivou a realização da pesquisa. Trata-se de uma pergunta complexa que não pode ser respondida com afirmação ou negação.

Metodologia: deve-se indicar o enfoque metodológico, tipo de pesquisa e as técnicas e instrumentos utilizados para a coleta e análise da informação. Neste item, devem-se formular os objetivos específicos da pesquisa. Não deve esquecer-se que tais objetivos devem cumprir o objetivo geral apresentado na parte final do Resumo e que todos eles juntos correspondem ao problema de pesquisa.

Neste item, o pesquisador pode expor de maneira detalhada o processo que pensou e utilizou no desenvolvimento da pesquisa, entre outros: **1)** critérios de seleção, **2)** população, **3)** amostra.

Esquema de resolução do problema jurídico: trata-se da enunciação, em ordem temática, de cada um dos capítulos que integram o Plano de redação da pesquisa, isto é, corresponde à menção de cada um dos tópicos que deveriam ser abordados para o tratamento pleno do objeto e problema de pesquisa, em uma espécie de tabela de conteúdo, apresentada em prosa.

Plano de redação: é a instância onde se desenvolvem cada um dos processos e subprocessos temáticos definidos nos objetivos. Neste ponto, demonstra-se a hipótese de pesquisa e se apresentam os fundamentos que oferecem suporte para as Conclusões.

Resultados da pesquisa: evidenciam ou não a validade da hipótese de pesquisa formulada no processo de pesquisa.

Conclusões: são os postulados finais diante da resolução do problema jurídico e do cumprimento do propósito definido no objetivo geral e nos objetivos específicos.

Referências: são as fontes primárias e secundárias efetivamente utilizadas na pesquisa para o cumprimento dos objetivos da mesma e da resolução do problema de investigação formulado.

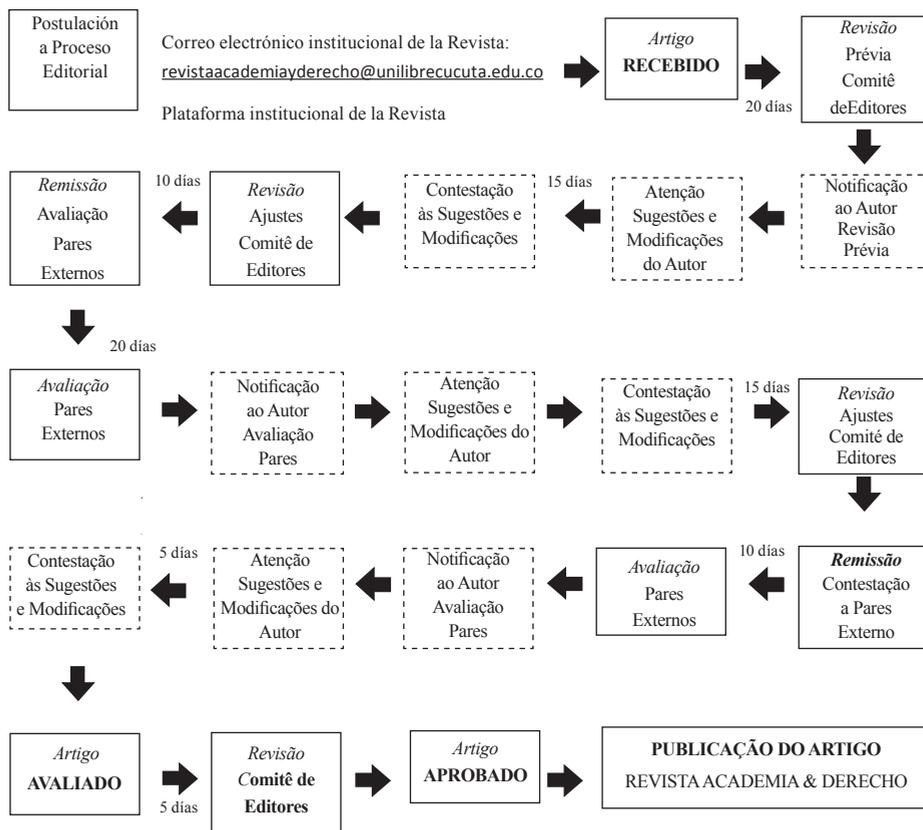
O autor do documento submetido ao processo editorial deverá acatar as sugestões ou modificações que a Comissão de Editores ou a Comissão Editorial e a Comissão de Avaliadores Externos lhe formularem ao artigo em um prazo não superior a 15 dias úteis depois de sua notificação via e-mail. A Comissão de Editores ou a Comissão Editorial reservam-se o direito de introduzir as modificações de forma necessária para adaptar o texto às normas próprias do processo editorial, sem modificar a temática tratada. Uma vez recebido o artigo no e-mail institucional da Revista ou através da Plataforma para tal fim, o autor recebe resposta sobre o cumprimento inicial dos requerimentos editoriais dentro dos 20 dias úteis seguintes à recepção. O membro da Comissão de Pareceristas Externos terá um prazo máximo de 20 dias úteis para o envio de sua avaliação.

O envio de documentos com fins de publicação na Revista Academia & Derecho implica que os autores autorizam a Universidad Libre de Cúcuta e a Comissão Editorial, a publicação dos artigos em versão impressa e também em versão eletrônica e/ou na página web. Neste sentido, quando o autor submete ao processo editorial a qualquer uma das categorias enunciadas, aceita como contraprestação pela inclusão do seu documento na Revista ou na página web, o recebimento de três (3) exemplares da respectiva edição. Para requisitar exemplares adicionais o autor deve solicitá-los diretamente ao Editor da Revista.

A entrega dos documentos realizar deve ser feita no Centro de Investigaciones da Universidad Libre de Cúcuta, na Avenida 4 N° 12N-81, bairro El Bosque, impresso e em CD (Word versão 6.0 ou superior) ou enviado para o e-mail institucional da Revista: revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co.

Figura 1. Esquema básico proceso editorial revista academia & derecho

Fuente: Comité de Editores



Format A

Dados do autor

SEU NOME

Documento de Identidade.R.G.⁴ N° 1.0.-0.1-4.1-6

Passaporte N° NA-8-7-4

Nacionalidade: Brasileiro

Data de nascimento: 16 de abril de 1986

Curriculum Vitae virtual⁵: CvLac ou equivalente

http://scienti1.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149.

Filiação Institucional

Professor pesquisador Universidad Libre de Cúcuta, Colombia

E-mail institucional seunome@universidad-edu-co

E-mail pessoal: seunome@hotmail.com

Página Web da Universidade

www.unilibrecucuta.edu.co

Nota: Se o artigo é produto de coautoria (3), deve-se indicar a informação de cada um dos autores.

⁴ Entenda-se “Cédula de Cidadania” como o Documento de Identificação Nacional (DNI), exemplo R.G.

⁵ Neste caso, pode ser o Lattes.

Formato B



Prezados senhores,

Revista ACADEMIA & DERECHO

Universidad Libre de Cúcuta

E. S. D.

REFERÊNCIA: CARTA DE ORIGINALIDADE, MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE E APRESENTAÇÃO DE ARTIGO

Caros,

Por meio da presente, permito-me manifestar o meu interesse em participar no processo de publicação da **Revista ACADEMIA & DERECHO** da Universidad Libre de Cúcuta.

O título do artigo é “INSERIR O NOME DO ARTIGO” e ele é inédito, não tendo sido publicado nem submetido a outros meios editoriais. O artigo é resultado do desenvolvimento de pesquisa do (Indique o centro de pesquisa e/ou grupo de pesquisa ao qual está vinculado e o projeto de pesquisa ao qual se atribui o produto).

O Objetivo principal do artigo é (Apresente em pelo menos 300 palavras o contexto ou descrição do problema, sua relevância, hipótese -se for pertinente-, objetivo geral. Este parágrafo deve coincidir com o Resumo do seu artigo).

O tipo de artigo é (marque com um X)

De pesquisa e inovação: Pesquisa ____ Reflexão ____ Revisão ____

Não é resultado de pesquisa: _____

Finalmente, reitero que li e aceito os termos de participação estabelecidos no documento, Instruções do Guia para Autores, publicado na página web institucional. Por isso, cedo os direitos de autoria caso este seja publicado e manifesto conhecer os trâmites processo de pares pareceres-cegos.

Atenciosamente,

(Indicar tanto seu nome quanto o nome dos demais autores, se houver)

Endereço: Indique-o

Telefone: Indique-o

E-mail: Indique-o

Filiação Institucional: Indique-a



Guide for author¹

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Traducido por Diego Ramírez Galeano

Miembro del Grupo de Investigación en Competitividad y Sostenibilidad
para el Desarrollo de la Universidad Libre -Cúcuta-

The magazine *Academia & Derecho* is the means for scientific dissemination of the Faculty of Law, Political and Social Sciences of Universidad Libre Seccional Cúcuta, two publications per year; January-June and July-December editions. It contains original articles in the science of law and law teaching, with double blind review evaluation.

This work began in July-December 2010, the magazine publishes scientific articles, which are based on studies carried out by researchers, independent researchers, research groups, research centers and research incubators with the guidance of a researcher responsible as co-author, in the national and international level as results of research projects. The publication is addressed to law students, trial lawyers, judges, administrative officials, teachers, researchers, authors, and national and international scientific community.

Each document –article- is reviewed by the Editorial Committee in order to analyze its form, content and accordance with the rules of publication set in this guide. Then, the article is sent to two (2) members of the Committee on External Arbitrators, that evaluate the article and may take any of the following decisions on the Postulation: i) APPROVED, ii) APPROVED WITH CORRECTIONS or

¹ The authors Guide was formulated based on Documento Guía del Servicio Permanente de Indexación de Revistas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas February 2010 and Documento Guía para el Servicio Permanente de Indexación de Revistas Seriadas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas July 2013 by Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación -COLCIENCIAS

iii) NOT APPROVED FOR BREACH OF THE EDITORIAL REQUIREMENTS. All copyrights belong to Universidad Libre -Cúcuta-.

The magazine *Academia & Derecho* has a Format of 21.5 x 28 cm, with a circulation of free 500. It can be purchased by exchange, subscription or free delivery. The documents must not exceed 30 pages, minimum extension; not less than 15 pages, font Times New Roman, size 12, single space and 2.54 cm to each margin. Footnotes should be presented in size 10. The numbering of the pages must be in the upper-right margin.

In agreement with the indexing process of the publication the following types of documents are received:

1. **RESEARCH AND INNOVATION ARTICLE.** It is a document which presents original and unpublished production, the result of a research, reflection or revision process.
 - 1.1. Article resulting from a research process. It is a document which presents detailed results of a complete research project.
 - 1.2. Reflection article. It is a document which presents the results of a complete research project about a specific topic from an analytical perspective, interpretive or criticism of the author, resorting to original sources.
 - 1.3. Review article. It is a result of a complete research project where results are analyzed, systematized and integrated to published or not published researches. This is done to have an overview of technology and science tendencies.

These typologies are characterized by a bibliographic review of at least 50 references.

On the other hand, exceptionally the following documents might be published:

2. **SHORT ARTICLE.** It is a short document that presents preliminary or partial results that generally requires prompt dissemination.
3. **CASE REPORT.** It is a document which presents the results of a study on a particular situation in order to show the technical and methodological experiences considered in a specific case. It includes a systematic literature review on similar cases.
4. **TOPIC REVISION.** It is a result of a literature review on a particular topic.

5. Editor letter. It is the critical, analytical or interpretive position on the documents published by the Magazine that, in the opinion of the Editorial Committee, constitute an important contribution to the discussion of the item by the scientific community.
6. Editorial. It is a document written by the Editor, a member of the Editorial Committee or an investigator about the magazine's topics.
7. Translations. Translations of classical texts or transcripts of historical documents.

In regard to the structure of the articles described in paragraph 1, it must take into account the following work scheme:

- a. Every article that is postulated for publication must be original and unpublished. The author must attach an originality Charter, MANIFESTATION OF INTEREST AND ARTICLE PRESENTATION, which is at the end of this guide, Format B.
- b. The title, abstract, keywords, abstract, key words, introduction, methodology, results of research and the conclusions are not numbered.
- c. For all purposes the American Psychological Association (APA) standards should be followed.
- d. Expressions in Latin or another language must be indicated in italics.
- e. At least one (1) author must be a teacher researcher.
- f. Every article must be submitted with the information displayed in Format A, which is at the end of this guide.

Likewise, some aspects that should be taken into account are:

- a. If the article is submitted to the editorial process should not run simultaneously in other journals or other means of disclosure.
- b. The article can be removed from the editorial process at any time by the author.

STRUCTURE OF DOCUMENTS POSTULATED FOR THE EDITORIAL PROCESS:

Title in spanish

Title in english

Author's name (s)

Summary

Keywords

Abstract

Key words

Introduction

Research problem

Methodology

Resolution scheme of legal problem

Drafting plan

Research results

Conclusions

References

Title: It's related to the document's main idea. You must use uppercase. No more than 15 words, Spanish and English preferred. Footers should indicate: 1. if the article is unpublished; 2. if the document is classified as a research and innovation article and corresponds to any of the following types: a) research article, b) reflection article, c) review article; 3. The research project to which the article is related to; 4. The research group to which the project is related to. 5. The institution to which it belongs or which funds the research (institutional affiliation); 6. Name of the research incubator which contributed in the investigation process (if applicable); 7. The name of students- research incubators that contributed to the investigation process (if applicable); 8. Name of the research assistants who contributed to the investigation process (if applicable).

Author's full name: The author's full name (s) (3) and next in footnote m: 1. Author's full name (s); 2. Academic degree and institution of origin; 3. Academic formation in postgraduate and institution; 4. Memberships in institutes or similar (if applicable); 5. Role currently performed at academic and professional level and institution; 6. Institutional email (mandatory) and personal (optional).

Abstract / Abstract: It is summary of the document's content. It should not exceed 300 words in any case. It must be written in Spanish and English. This summary should include: 1) A brief description of the problem, 2) scope and importance, 3) The research main goal. It should be clear, coherent and succinct. We suggest to review and verify data, syntax, and spelling, not to include bibliographical references.

Key words: They should be related to the main idea of the subjects developed in the article. Alphabetical order Enunciation is required without exceeding 10 words, minimum 3, in English and Spanish. The words used should be relevant and indicate the content topics in order to help cross-indexing. It is recommended to use specialized words.

Introduction: The introduction does not deal with a patterned repetition of the Summary. The introduction is a text of approximately 2 or 3 pages which basically presents the following: 1) extensive and complete description of the context or approach of the research problem; 2). Identification and initial analysis of the theoretical framework developed in the research; 3). Research hypothesis.

Research problem: The question (?) That motivated the research should be defined. It is a complex question that can not be answered with affirmation or negation.

Methodology: The methodological approach, type of research and the techniques and instruments used for the collection and analysis of the information should be indicated in summary. In this item the specific objectives of the research must be formulated. These objectives must meet the general objective. Every goal is an attempt to solve the research problem.

In this item the researcher can expose the process designed and used in the research, in detail, among others: 1) selection criteria, 2) population, 3) sample.

Scheme for the legal problem resolution: It is the enunciation, in thematic order, of each one of the chapters contained in the writing plan for the investigation; that is to mention each of the topics related to the research problem, it is similar to a content table written in prose.

Writing plan: It is where each of the processes defined in the objectives are developed. At this point the research hypothesis is demonstrated and the foundations that support the Conclusions are given.

Research results: They are about the validity of the research hypothesis formulated in the research process.

Conclusions: These are the final postulates regarding the resolution of the legal problem and the fulfillment of the purpose defined on the main and specific goals.

References: They are the primary and secondary sources used in the investigation to achieve the investigation goals and solve the research problem.

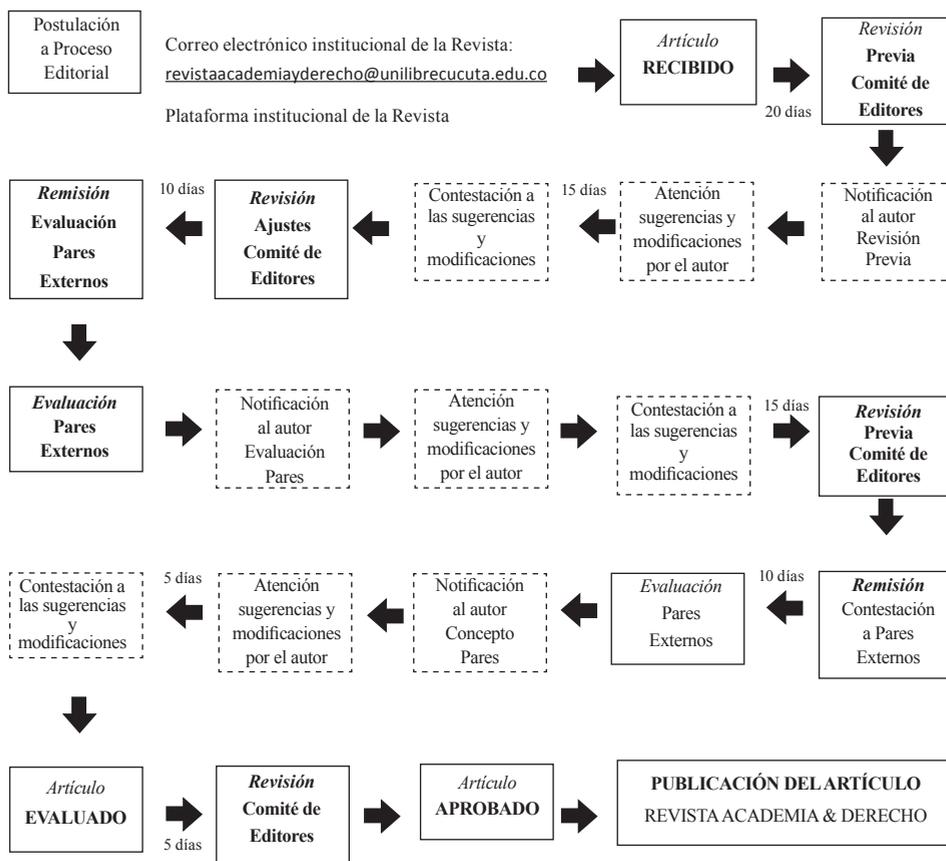
The author must take care of suggestions or modifications formulated by the Editorial Committee or the Editorial Committee and the Committee of External Referees in no more than 15 days after the notification. The Editorial Committee or the Editorial Committee reserves the right to introduce the modifications necessary to adapt the text to the proper rules of the editorial process, without altering the substance. Once the article is received in the institutional e-mail of the Journal or through the Platform offered for this purpose, the author receives a response on initial compliance with the editorial requirements within 20 days. The member of the Committee of External Referees will have a maximum term of 20 days to send suggestions.

The submission of documents for publication purposes in the Magazine *Academia & Derecho* means that authors authorize Universidad Libre and the Editorial Committee to publish articles in printed version and also in electronic version and / or in Web page. Thus, when the author submits to editorial process any of the categories listed, he/she receives three (3) copies of the magazine. If additional copies are required the author must contact journal's editor.

The document must be sent to Centro de Investigaciones Universidad Libre -Cúcuta-, located at Avenida 4 N° 12N-81, El Bosque neighborhood printed and on CD (Word version 6.0 onwards) or it can be sent to: revistacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co.

Figura 1. Esquema básico proceso Editorial Revista Academia & Derecho

Fuente: Comité de Editores



Format A

Author's information

PEDRO JAVIER PÉREZ LÓPEZ

Identification document: No. 1.0-0.1-4.1-6

Passport No. AN-8-7-4

Nationality: Colombian

Birth date: 16 April 1986

CV can be consulted in: CvLac or equivalent:

[Http://scienti1.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149](http://scienti1.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149)

Institutional affiliation:

Researcher professor Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Institutional email: pedro.perez@universidad.edu.co

Personal email: pedro.perez@hotmail.com

University Website:

[Http://www.unilibrecucuta.edu.co/portal/](http://www.unilibrecucuta.edu.co/portal/)

Note: If the article is written by several authors (3), every author's information should be submitted.

Format B



Señores

Revista ACADEMIA & DERECHO

Universidad Libre Seccional Cúcuta

E. S. D.

REFERENCE: ORIGINALITY LETTER, INTEREST
MANIFESTATION AND ARTICLE PRESENTATION

Sincerely,

I hereby express my interest to publish the magazine ACADEMIA Y DERECHO
Universidad Libre -Cúcuta-.

The article is entitled: "ARTICLE TITLE", and it is has not been published.
The article is a result of the research carried out by...(Research Group and / or
Research incubator, Research Center and the research project)

The article's main subject is: (Indicate in less than 300 words, context or problem
description, its importance, hypothesis if necessary, main goal. This paragraph
must relate to the abstract)

This article is (Put an X):

Research and innovation: Research _____; Reflection _____; Review _____.

It is not the result of research: _____.

Finally, I state that I have read and accept the conditions set by: Author's guide, published on the university website. Therefore, I transfer copyright. I also accept reviewers and / or referees checking process.

Sincerely,

(Author's full name)

Address: (Indicate)

Mobile: (Indicate)

Email: (Indicate)

Institutional Affiliation:



EDITORIAL

DIEGO ARMANDO YÁÑEZ MEZA

Damos a conocer una nueva edición de nuestra querida Revista Academia & Derecho RA&D, época en la cual se finaliza también el séptimo año de trabajo en un proceso editorial que se ha proyectado a cada una de las publicaciones realizadas desde la Universidad Libre -Cúcuta-.

Como ya se ha hecho tradicional, en este espacio se plantean los múltiples desafíos que presenta el proceso editorial, tanto desde el punto de vista de la institución que edita la publicación, como desde quienes presentan los productos de su investigación, proceso en el que se teje una auténtica disertación y en el que, muy seguramente, el documento que en un principio se postula difiere sustancial y formalmente del que resulta finalmente publicado, lo cual ha merecido importantes reconocimientos por diversos autores e instituciones que han visto su artículo publicado.

Fieles a estos postulados, para este número 13 la problemática que se abordará se refiere a uno de los apartes que caracteriza la formulación y ejecución de todo proyecto de investigación: el marco teórico. Desde esta perspectiva, se debe afirmar que el marco teórico no es un listado de conceptos que se definen a partir de los significados que se extraen del diccionario de la Real Academia Española RAE o de diccionarios especializados en una disciplina; el marco teórico no es una relación de diferentes fuentes de información donde se caracteriza la fuente y en forma inmediata se resume la tesis que se expone por el autor en concreto.

Por el contrario, el marco teórico debe entenderse como un punto en el cual, luego de un ejercicio de lectura profunda y ordenada sobre el objeto de estudio, se conoce la problemática concreta con tal detalle que es posible una caracterización general del objeto, de tal forma que sin importar la latitud en la

que nos encontremos se pueda perfilar cómo se conoce ese mismo objeto en esa otra porción geográfica y su realidad.

Dentro del proceso de investigación de cualquier proyecto y su resultado, bien se materialice en un artículo, capítulo o libro de investigación o cualquier otro, el marco teórico es el elemento más importante luego del problema de investigación, además porque solo con este es posible construir unos objetivos específicos que sean seguros frente al tema planteado y el vacío que define el propósito de la investigación.

Naturalmente, en el artículo de investigación que se postula al proceso editorial de una Revista es imposible evidenciar esa compleja actividad por la gran extensión que seguramente posee el marco teórico concreto, debiendo realizarse un verdadero ejercicio de condensación y síntesis porque en todo caso ese elemento debe acreditarse. Cuando se lee la Introducción de cada artículo se debe comprender, entre otros elementos, el marco teórico.

Bajo la anterior reflexión, se publica la Revista Academia & Derecho en su edición N° 13, correspondiente al período Julio-Diciembre del año 2016, con la seguridad de presentar artículos que plantearán una discusión crítica con serios fundamentos en cada uno de sus ámbitos.

El sistema de videovigilancia policial en Cúcuta y la inviolabilidad del domicilio*

Police video surveillance system in Cucuta
and the inviolability of the home

Recibido: Febrero 12 de 2016 - Evaluado: Junio 01 de 2016 - Aceptado: Junio 07 de 2016

Eduardo Gabriel Osorio Sánchez**
Javier Andrés Perozzo Hernández***

Para citar este artículo / To cite this article

Osorio Sánchez, E. G., & Perozzo Hernández, J. A. (2016). El sistema de videovigilancia en Cúcuta y la inviolabilidad del domicilio. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 59-90.

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación denominado “Sistema de Videovigilancia en el Espacio Público de la Ciudad de Cúcuta. Límites y Garantías frente a su utilización por parte de la Policía Nacional”, desarrollada por el Grupo de Investigación Jurídico Comercial y Fronterizo del programa de Derecho de la misma Universidad y financiada mediante el Contrato FINU 034 de 2015, con el apoyo de los Auxiliares de Investigación Ricardo José Rojas Torres, Claudia Mayerly Toscano García, María Alejandra Jaimes Velasco y Karen Bibiana Mora Villán.

** Abogado, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomas (Colombia); Magister y Doctor en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Conjuer del Tribunal Administrativo del Norte de Santander y Profesor Investigador de la Universidad Francisco de Paula Santander. Fundador del Observatorio de Derecho Público y Derechos Humanos del Norte de Santander.

Correo electrónico: eduardogabrielos@ufps.edu.co.

*** Abogado, Especialista en Derecho Contencioso Administrativo y Candidato a Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Profesor Investigador del Programa de Derecho de la Universidad Francisco de Paula Santander. Miembro Fundador del Observatorio de Derecho Público y Derechos Humanos del Norte de Santander.
Correo electrónico: javierandreshp@ufps.edu.co.

Resumen

El presente artículo analiza los alcances y límites de la videovigilancia policial en la ciudad de Cúcuta frente al derecho a la inviolabilidad del domicilio dentro del ordenamiento constitucional multinivel en Colombia, ante su posible restricción y/o vulneración, resaltándose que si bien se parte de un presupuesto de que los Estados deben resguardar su seguridad interior para garantizar que sus ciudadanos cuenten con las condiciones mínimas de seguridad en las cuales puedan ejercer democráticamente derechos y libertades, se logra evidenciar cómo el uso generalizado e indiscriminado de la videovigilancia, puede llegar a afectar y vulnerar derechos fundamentales.

El análisis propuesto parte de la investigación financiada por la Universidad Francisco de Paula Santander, identificada con el contrato FINU 034-2015 denominada “Sistema de Videovigilancia en el Espacio Público de la Ciudad de Cúcuta. Límites y Garantías frente a su utilización por parte de la Policía Nacional”, desarrollada por el Grupo de Investigación Jurídico Comercial y Fronterizo, que tuvo por objetivo general estudiar y analizar el uso de videovigilancia en el espacio público de la ciudad de Cúcuta por parte de la Policía Nacional y la relación que existe entre éste mecanismo y los derechos fundamentales.

Palabras Claves: Videovigilancia. Estado Democrático, Derechos Fundamentales, Policía Nacional.

Abstract

This article is about the scope and limits of police video surveillance in Cucuta based on the right that people have to the inviolability of their home in the multilevel constitutional system in Colombia, according to its possible restriction and / or violation, taking into states must protect their internal security in order to ensure their citizens have the minimum security in which democratic rights and freedoms be respected, it demonstrates how the indiscriminate use of video surveillance, may affect and violate fundamental rights.

The proposed analysis of the research funded by the Francisco de Paula Santander University, identified with FINU 034-2015 contract called “Video Surveillance System in Public Space in Cucuta city. Limits and safeguards against its use by the National Police”, developed by the Group of Legal Research and Border Trade, which had the overall objective to study and analyze the use of video surveillance in the public space of the city of Cucuta by the National Police and the relationship between this mechanism and fundamental rights.

Keywords: Video Surveillance, Democratic State, Fundamental Rights, National Police.

Resumo:

O presente artigo analisa os alcances e limites da vigilância em vídeo policial na cidade de Cucuta frente ao direito da inviolabilidade do domicílio segundo o ordenamento constitucional colombiano, frente à sua possível restrição e/ou vulneração, ressaltando assim que mesmo se a salvaguarda da segurança dos cidadãos tenta oferecer-lhes as condições mínimas de vida garantindo assim os seus direitos e liberdades, é possível evidenciar como o uso generalizado além de indiscriminado desse sistema de monitoramento pode afetar e vulnerar alguns direitos fundamentais.

A análise proposta parte da pesquisa financiada pela Universidade Francisco de Paula Santander, a qual é identificada pelo contrato FINU 034-2014 também chamado “Sistema de Monitoramento por vídeo do Espaço Público na cidade de Cucuta. Limites e garantias frente à sua utilização por parte da Polícia Nacional” desenvolvida pelo Grupo de Pesquisa Jurídico Comercial e Fronteiriço. O estudo teve por objetivo estudar y analisar o uso do monitoramento por vídeo no espaço público na cidade de Cucuta por parte da Polícia Nacional e a relação existente entre tal mecanismo e os direitos fundamentais.

Palavras chave: Monitoramento por vídeo, Estado Democrático, Direitos Fundamentais, Polícia Nacional.

Résumé:

Le présent article analyse la portée et les limites de la vidéosurveillance faite par la police dans la ville de Cúcuta face au droit à l’invulnérabilité du domicile au sein du système constitutionnel multi-niveau en Colombie, lors de son possible restriction et/ou vulnérabilité, en soulignant que si l’on part d’un présupposé que les Etats doivent protéger son sécurité interne pour garantir que leurs citoyens comptent avec les conditions minimales de sécurité avec lesquelles ils peuvent exercer démocratiquement leurs droits et leurs libertés, en atteignant à mettre en évidence comme l’utilisation généralisée et indiscriminée de la vidéosurveillance peut affecter et de porter atteinte aux droits fondamentaux.

L’analyse proposée part de la recherche financée par l’Université Francisco de Paula Santander, identifiée avec le contrat FINU 034-2015 dénommé « Système de vidéosurveillance dans l’espace public de la ville de Cúcuta. Ses limites et ses

garanties face à l'utilisation par la police nationale », développé par le groupe de recherche juridique commerciale et frontalière, qui a eu pour objet général d'étudier et d'analyser l'utilisation de la vidéosurveillance dans l'espace public de la ville de Cúcuta par la police nationale et le lien qui existe entre ce mécanisme et les droits fondamentaux.

Mots Clés: Vidéosurveillance, Etat Démocratique, Droits fondamentaux, Police nationale

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - 1. Aspectos generales de la videovigilancia. 2. La videovigilancia efectuada por parte de la Policía Nacional. - 3. El derecho a la Inviolabilidad del domicilio y la videovigilancia policial de la ciudad de Cúcuta. - Conclusiones. - Referencias.

Introducción

Los Estados deben garantizar su seguridad interna como presupuesto para el libre disfrute y ejercicio de los derechos por parte de las personas que viven en su territorio y para este propósito cuentan con una serie de mecanismos e instrumentos que le permiten llevar a cabo ese cometido, a través de diversas actividades, ya sean de prevención, de represión de los delitos, de descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes, de control del tránsito vehicular, entre otras. Dentro de esos mecanismos, el uso de las cámaras de videovigilancia –en adelante CCTV- en el espacio público, se ha convertido en un aliado importante que acompaña a la Policía en su labor de vigilancia de las calles, masificándose su utilización en diversos países a nivel mundial.

Sin embargo, la utilización generalizada del CCTV en el espacio público, ha traído no pocos cuestionamientos debido al peligro que su errada utilización comporta para los derechos fundamentales, pues derechos como la intimidad personal y familiar, a la inviolabilidad del domicilio, al honor, entre otros, se pueden ver seriamente afectados con estos mecanismos tecnológicos, puesto que la utilización no adecuada en el uso generalizado del CCTV puede desencadenar en grabaciones clandestinas, filmaciones a larga distancia sin justificación alguna, datos personales almacenados sin conocimiento del afectado, lo que genera que no se puedan ejercer los mecanismos necesarios para proteger sus derechos fundamentales.

Por esta razón, es necesario que en Colombia se implementen suficientes garantías y mecanismos administrativos y judiciales al servicio de los ciudadanos para evitar abusos en la utilización de la videovigilancia policial, permitiendo

proteger la utilización de la información de las personas que quedan grabadas y almacenadas en los ficheros o base de datos policiales. Lo anterior, en el marco de una normativa estatutaria clara y precisa sobre la utilización del CCTV por parte de la Policía Nacional, donde se determinen los linderos de su actuación frente a los derechos fundamentales que se ven afectados con su uso en el espacio público de las ciudades.

El presente artículo, se ocupa de analizar uno de los derechos fundamentales que se limitan y pueden llegar a ser vulnerados con la errónea implementación de la videovigilancia policial en la ciudad de Cúcuta, como lo es la inviolabilidad del domicilio, derecho que se encuentra directamente relacionado con el derecho a la intimidad personal y familiar y a la privacidad, entre otros. El análisis propuesto se inserta en la investigación financiada por la Universidad Francisco de Paula Santander, identificada con el contrato FINU 034-2015 denominada “Sistema de Videovigilancia en el Espacio Público de la Ciudad de Cúcuta. Límites y Garantías frente a su utilización por parte de la Policía Nacional”, desarrollada por el Grupo de Investigación Jurídico Comercial y Fronterizo.

Problema de Investigación

¿Cuáles son los alcances y límites del sistema de videovigilancia policial en la ciudad de Cúcuta frente a la vigencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio?

Metodología

La investigación estuvo conformada por dos campos de trabajo. Por un lado, se desarrolló la metodología denominada como constitucional-multinivel, la cual parte de la construcción de un marco constitucional de la institución objeto de estudio, que en el presente caso se trató del uso de la videovigilancia en el espacio público por parte de la Policía Nacional, utilizando para dicho propósito el estudio y análisis de las sentencias de la Corte Constitucional, así como diversos tratados internacionales y especialmente las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, configurando así el marco constitucional multinivel que se utilizó para examinar la constitucionalidad de la normativa de desarrollo que justifica legalmente el uso de la videovigilancia en el espacio público por parte de la Policía Nacional.

Una vez se encontró plenamente identificado y constituido el parámetro constitucional, se procedió al estudio desde la Constitución, analizando la

estructura y funcionamiento que desde las leyes se ha establecido para el uso de la videovigilancia en el espacio público por parte de la Policía Nacional en Colombia, complementando el estudio con apoyo de doctrina jurídica especializada, a partir de una revisión bibliográfica.

Por otro lado, con el fin de complementar la parte teórica y dar un contexto social a la investigación, se efectuó una metodología de tipo cualitativa, basada en la realización y ampliación de un trabajo de campo en los principales espacios públicos de la ciudad de Cúcuta donde se encuentran ubicadas las cámaras de videovigilancia operadas por la Policía Nacional, lo que permitió conocer las características del espacio público que es vigilado por medio de las cámaras de videovigilancia, determinando con qué objetivo y hacia donde se encuentran dirigidas las cámaras de videovigilancia (calles, establecimientos públicos, viviendas), estableciendo la necesidad de contar con la videovigilancia en los mismos, haciéndose un análisis más preciso entre los derechos fundamentales de las personas y el uso de la videovigilancia como instrumento para garantizar la seguridad ciudadana en los espacios públicos de Cúcuta. Para cumplir con este objetivo, se utilizó la técnica de la observación participante la cual es definida como una técnica de recogida de información por parte de los investigadores, los cuales a su vez, se convierten en participantes de las actividades del grupo que se está investigando.

El trabajo de campo se realizó a partir de diez salidas de campo, en las cuales los investigadores utilizaron para el registro de la investigación, instrumentos audiovisuales y narrativos, por medio de registro fotográfico y una bitácora de trabajo en donde se condensó la información recogida.

1. Aspectos generales de la videovigilancia

A partir de los grandes atentados terroristas registrados a nivel mundial – Nueva York el 11 de septiembre de 2001, Madrid el 11 de marzo de 2004 y Londres el 7 de julio de 2005- el fenómeno del terrorismo global (Gil Márquez, 2014) ha justificado que los Estados refuercen la seguridad interna de sus territorios, encontrando como uno de los mecanismos idóneos para la prevención y represión de ese fenómeno en particular y de los delitos en general, el uso de cámaras de video-vigilancia en el espacio público de sus ciudades, utilización que incluso ha llegado a ser generalizada (Remotti Carbonell, 2009, pág. 90)

La utilización de la videovigilancia por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de los Estados ha respondido a dos objetivos básicos que ayudan al cumplimiento de las funciones constitucionales de esos cuerpos en la protección y garantía de los derechos y libertades de las personas. Por un lado, se ha utilizado

como un mecanismo preventivo o disuasorio de la criminalidad, debido a que en el campo o espacio de visualización de las cámaras de videovigilancia, el delincuente tiene mayor posibilidad de ser descubierto o identificado; y por el otro lado, una función represiva de los delitos al utilizarse dichas cámaras como instrumento en la investigación penal o administrativa correspondiente, la cual sería una función que prestaría ante el fracaso de su función preventiva o disuasoria (Freixes Sanjuán, Hernández, Remotti Carbonell, & Freixes Montes, 1995, págs. 53-55)

Sin embargo, la utilización generalizada en el espacio público de las cámaras de videovigilancia por parte de las instituciones públicas, genera como mínimo una grave preocupación frente a la vigencia de ciertos derechos fundamentales limitados y en ciertos casos, vulnerados con este tipo de mecanismos. Derechos fundamentales como la intimidad personal y familiar, a la inviolabilidad del domicilio, al honor, al libre desarrollo de la personalidad, al secreto de las comunicaciones, a los datos personales, a la imagen, entre otros podrían verse afectados gravemente si en el ordenamiento jurídico de los Estados no existen verdaderas garantías que los protejan frente a un uso desproporcionado e injustificado de las cámaras de videovigilancia por parte de las autoridades.

Lo anterior es así, debido a que si bien puede considerarse que los ciudadanos en los espacios públicos de su ciudad ven reducido su ámbito de intimidad y los derechos que de este ámbito se desprendan, al configurarse esos espacios como puntos de encuentro culturales, sociales y políticos donde se generan toda clase de relaciones (Ayala García, 2010, págs. 9-13), éstos ciudadanos no encuentran anulada su intimidad. Al respecto, autores como (Remotti Carbonell, 2009, pág. 92) señalan que aun encontrándonos en la vía pública, no es posible que sin orden judicial se escuchen nuestras conversaciones, se lean nuestras notas personales, ni se hagan seguimientos específicos, que no se encuentren enmarcados en el desarrollo de tareas concretas de prevención o investigación de delitos.

Teniendo en cuenta la anterior perspectiva, es necesario resaltar desde este momento que en un Estado social y democrático de derecho tanto los derechos, los bienes jurídicos y las instituciones tienen unos límites necesarios para la vida en democracia, lo que indica que no son absolutos y que por lo tanto pueden ser limitados. En efecto, una de las características más importantes de las Constituciones de Integración (Smend, 1985) se manifiesta en la existencia de intereses y valores contrapuestos que identifican a la sociedad en los textos constitucionales, logrando que en Constituciones como la colombiana se les dé plena protección constitucional a derechos fundamentales como la libertad frente a derechos como la intimidad o frente a bienes jurídicos como la seguridad y el orden público. De esta manera, es necesario tener presente que en un Estado democrático no hay conceptos absolutistas y por el contrario a veces los derechos constitucionales

deben ceder frente a otros derechos o bienes jurídicos, pero teniendo en cuenta que los límites generados por los choques entre éstos, tampoco son absolutos y a su vez, estos límites se encuentran limitados para poder ser compatibles con la vigencia del texto constitucional (Osorio Sánchez, 2015).

Para dar solución a los constantes choques entre derechos y bienes a los cuales muchas veces les subyacen intereses y valores contrapuestos y que a su vez pueden generar límites, se considera necesario acudir a la técnica de *balancing* (Freixes Sanjuán, 1992) que permita hallar un equilibrio entre ambos, logrando que no se sacrifiquen totalmente ninguno de las instituciones jurídicas contrapuestas.

Pues bien, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se debe resaltar que efectivamente y directamente relacionado con la clase de tecnología que se utilice, los derechos fundamentales –en especial los relacionados o derivados de la intimidad de las personas– se pueden ver limitados y en ciertos casos seriamente afectados –vulnerados incluso- con el uso generalizado de las cámaras de videovigilancia en los espacios públicos de una ciudad.

Por ejemplo, las cámaras de vigilancia que se utilicen en determinado punto de la ciudad –sean fijas o móviles– dependiendo de su tecnología, permiten las siguientes acciones (Freixes Sanjuán & Remotti Carbonell, 1995, págs. 10-12): visualización; grabación; manejo de Base de Datos (Remotti Carbonell, 2009, págs. 93-95); tratamiento digital de la imagen; campo de visualización extremadamente amplio; reconocimiento facial a distancia y Alerta sobre patrones de comportamiento desviado.

Cómo se puede observar, el uso de las cámaras de vigilancia es una herramienta importante en manos del Estado para efectos de garantizar la seguridad y el orden público constitucional como presupuesto para el libre ejercicio de los derechos por parte de las personas. Sin embargo, su utilización generalizada, indiscriminada, ilimitada, podría llevar a una vulneración de diversos derechos fundamentales, pues dependiendo de la tecnología con la que cuentan las cámaras de vigilancia instaladas en los espacios públicos de las ciudades, se podrían afectar gravemente la vigencia de derechos fundamentales. En este sentido, vale la pena señalar que la Corte Constitucional (Sentencia T-611, 1992) resaltó cómo todas las conductas, ya sea de agentes estatales o particulares, que traspasen los límites de la intimidad (sea en el ámbito del libre desarrollo de la personalidad o en la privacidad familiar) lesionan un derecho fundamental, para lo cual señala expresamente:

“La descripción de Orwell en el campo literario muestra con nitidez el efecto que se produce en el ánimo del individuo como consecuencia de la total exposición a la vigilancia de otros inclusive en lo que atañe a los más insignificantes actos de la vida cotidiana: “Siempre los ojos que os contemplaban y la voz que os

envolvía. Despiertos o dormidos, trabajando o comiendo, en casa o en la calle, en el baño o en la cama, no había escape. Nada era del individuo a no ser unos cuantos centímetros cúbicos dentro de su cráneo”.

El respeto a este derecho supone, desde luego, el de la dignidad de la persona humana (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 5), que no puede desconocerse ni postergarse en aras de intereses económicos o publicitarios, y -claro está- el de la familia como institución básica de la sociedad (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 5-42), en cuanto uno y otro corresponden a postulados de nuestro Derecho Público que se erigen en pilares de la actividad oficial y privada, razón que fundamenta el especial celo del Constituyente al proveer sobre su guarda.

La persona no puede estar sujeta de modo permanente a la observación y a la injerencia de sus congéneres. Inclusive tiene derecho a reclamar de sus propios familiares, aún los más allegados, el respeto a su soledad en ciertos momentos, la inviolabilidad de sus documentos personales y de su correspondencia, así como la mínima consideración respecto de problemas y circunstancias que desea mantener en reserva. Si ello ocurre en el interior de la familia, dentro de la cual se presume que existe la máxima expresión de confianza, tanto más se explica y justifica éste derecho en cuanto alude a personas extrañas a esa unidad aunque sean conocidas o existan respecto de ellas relaciones de amistad, compañerismo, subordinación o superioridad y con mucho mayor fundamento si se trata de conglomerados, aunque sean reducidos (vgr. colegio, universidad, empresa, barrio) y con mayor razón frente a comunidades de grandes dimensiones (vgr. pueblo, departamento, país)”.

Por esta razón, se considera absolutamente necesario que en Colombia – como estado democrático- existan y sean eficientes diversas garantías judiciales y administrativas para que los ciudadanos tengan la posibilidad real de proteger sus derechos, cuando los mismos son ilegítimamente limitados o vulnerados por el uso de las cámaras de videovigilancia en los espacios públicos de la ciudad y especialmente las utilizadas por las propias autoridades policiales.

2. La videovigilancia efectuada por parte de la Policía Nacional

Frente a la implementación de la videovigilancia policial en el territorio colombiano (Consejo nacional de política económica y social, 2006), se estimó que ante la necesidad de integrar y coordinar el trabajo conjunto de la Fuerza Pública y de los organismos de seguridad y emergencias del Estado, era menester dotar a las autoridades de nuevas herramientas para la prevención, disuasión, control y mitigación en la comisión de delitos, concretamente, mediante la implementación

del proyecto Sistema Integrado de Emergencias y Seguridad – en adelante SIES- fijando así, parámetros generales para la implementación de un centro de gestión de emergencias y seguridad que coadyuve a su vez, a atender oportunamente las necesidades de la comunidad, previniendo consecuencias mayores de la actividad delictual, bajo un esquema integrado.

Dentro de las nuevas herramientas contempladas en el proyecto SIES se integró el Circuito Cerrado de Televisión como apoyo tecnológico a las labores preventivas y de control, teniendo como fundamento principal la prevención, disuasión y control criminal, así como su utilización para propósitos legales, para efectos de individualizar de manera posterior los posibles autores de los delitos y judicializarlos. Es decir, el fundamento de la implementación de la videovigilancia consiste en lograr dos objetivos específicos: por un lado, prevenir o disuadir la criminalidad, lo que necesariamente implica que el delincuente tenga conocimiento de la implementación de la medida y se abstenga de cometer delitos dentro del campo de visualización del CCTV y por el otro, la medida cumple un factor represivo del delito, pues ante la comisión de determinado delito que quede registrado dentro de su campo de visualización, los datos grabados y almacenados serán utilizados en la correspondiente investigación penal, lo cual sería una función que prestaría ante el fracaso de su función preventiva o disuasoria de la criminalidad.

Por su parte, debe resaltarse que de conformidad con (Consejo nacional de política económica y social, 2006), se expidieron los Decretos Reglamentarios 4366 del 2006, y 4708 de 2009. Por disposición expresa (Decreto 4366, 2006, Art. 3º) la Policía Nacional es el organismo encargado de ejercer la *dirección* del Sistema Integrado de Emergencias y Seguridad –SIES- actividad que se encuentra supeditada a los lineamientos fundamentales de tipo administrativo, técnico y operativo definidos en el Protocolo de Práctica base, elaborado por un equipo interdisciplinario integrado por miembros de la Fuerza Pública y por el Ministerio del Interior y Justicia.

En este sentido, se tiene que el citado organismo policial mediante instructivos No. 002 DIPON –OFPLA del 10 de enero de 2007 y No. 003 SUDIR del 19 de enero de 2007, dio a conocer a los miembros de la Policía Nacional el Sistema Integrado de Emergencia y Seguridad, y a través de la directiva No. 044 DIPON –OFITE del 27 de marzo de 2007, ordenó la implementación de dicho sistema, según lo señaló en el Oficio No. S-2015-/ MECUC ASJUR 29 del 04 de marzo de 2015 dentro del proyecto FINU desarrollado por la Universidad Francisco de Paula Santander.

En cuanto a la competencia que recae en los Municipios y Departamentos frente al CCTV policial, es deber de éstos gestionar la financiación o cofinanciación ante el Ministerio del interior de los proyectos elaborados por el Consejo Nacional

de Policía y Seguridad Ciudadana en materia de seguridad de la comunidad, tendientes a satisfacer las necesidades de la Policía Nacional, mediante medidas que permitan el eficaz cumplimiento de la misión de ésta.

Dicha gestión se dirige a obtener los recursos destinados que propicien la seguridad ciudadana y la preservación del orden público dentro de su respectiva jurisdicción, precisamente a través de la implementación y fortalecimiento de los sistemas de información, vigilancia y reacción contra la delincuencia, a efectos de disminuir los índices de criminalidad. Cabe referir en este punto, que (Ley 418, 1997, Art. 122) creó el Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana –FONSECON- el cual es una cuenta destinada a satisfacer esta necesidad, financiando y/o cofinanciando los proyectos asociados a los programas del Sistema Integrado de Emergencia presentados por el Municipio y/o Departamento interesado al Ministerio del Interior, el cual previa aprobación, es consolidado a través de convenios interadministrativos suscritos entre la entidad territorial interesada y el Ministerio del Interior y de Justicia - Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana –Fonsecon– de conformidad con (Decreto 4366, 2006, Art. 1-3) y (Ley 1454, 2011, Art. 18) con el compromiso de que la entidad territorial interesada, garantizará la administración y sostenimiento del proyecto *SIES* propuesto, con cargo al Fondo de Seguridad y Convivencia Ciudadana de la respectiva entidad territorial, según lo dispuesto (Ley 418, 1997, Art. 119), fondo que a su vez, es objeto de control y seguimiento por parte del Ministerio del Interior.

Además, el proyecto *SIES* presentado por el Municipio o Departamento interesado deberá establecer el objetivo fundamental para el uso e implementación del sistema con el apoyo de la Fuerza Pública y los Organismos de Seguridad del Estado, incluyendo en el mismo, *la justificación* de la instalación del esquema tecnológico, puesta en marcha y su sostenibilidad en el tiempo, teniendo en cuenta que debe ser un sistema de carácter permanente para garantizar la seguridad ciudadana y convivencia comunitaria. Entretanto, en el ámbito de la implementación del *SIES* propuesto, éste deberá cumplir con los lineamientos fundamentales de tipo administrativo, técnico y operativo definidos en el Protocolo de Práctica base, elaborado por el equipo interdisciplinario integrado por miembros de la Fuerza Pública y por el Ministerio del Interior y Justicia.

De esta manera, se puede apreciar que el fundamento normativo en el que se asienta no sólo la implementación del CCTV en Cúcuta sino en todo el territorio colombiano, descansa en (Consejo nacional de política económica y social, 2006) y (Decreto 4366, 2006) (Decreto 4708, 2009), lo que conlleva a la inevitable conclusión de que en Colombia, el desarrollo de un mecanismo que comporta límites específicos a derechos fundamentales y que incluso sí es mal utilizado

puede llegar a vulnerarlos, ha sido desarrollado en el plano reglamentario, limitándose a aspectos técnicos y económicos del SIES; a establecer su Dirección por parte de la Policía Nacional y a la creación del Comité técnico del SIES, el cual tiene como objetivo estructurar un plan de ejecución del mismo, teniendo en cuenta el marco fiscal de mediano plazo y el marco de gasto de mediano plazo.

Sin embargo, se deja de lado el necesario desarrollo legal de la medida, donde se determinen claramente los linderos de la actuación policial cuando utiliza la videovigilancia frente a los derechos fundamentales que se ven afectados con su uso en el espacio público de las ciudades y se establezcan garantías judiciales y administrativas específicas y el adecuado control y vigilancia de la actuación policial frente a la ejecución del sistema de videovigilancia policial y la protección de los datos recolectados en las bases de datos pertinentes.

Lo anterior, atendiendo a que sí bien en Colombia se cuenta con una Ley Estatutaria de Protección de Datos Personales (Ley 1581, 2012), dicha normativa exceptúa expresamente de su ámbito de aplicación a las bases de datos y archivos que tangan por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, a pesar de que sí se aplican a dicha base de datos los principios para el tratamiento de datos personales que vienen previsto en la ley y que se encuentran en su artículo 4: a) Principio de legalidad en materia de Tratamiento de datos; b) Principio de finalidad; c) Principio de libertad; d) Principio de veracidad o calidad; e) Principio de transparencia; f) Principio de acceso y circulación restringida; g) Principio de seguridad y, h) Principio de confidencialidad.

En esta línea se debe resaltar que debido la existencia de ámbitos exceptuados de las previsiones de la Ley Estatutaria de Protección de Datos Personales en Colombia, la Corte Constitucional (Sentencia C-748, 2011) estableció que dichos ámbitos exceptuados deben ser regulados por medio de Ley Estatutaria:

“En consecuencia, una interpretación del inciso tercero del artículo 2 consonante con la Constitución y el contenido y finalidad del proyecto de ley es que aquél no prevé regímenes excluidos de la aplicación de la ley sino exceptuados de algunas de sus disposiciones en virtud de los intereses que se hallan en tensión. Esos casos exceptuados deben ser regulados por leyes estatutarias especiales y complementarias, las cuales deberán sujetarse a las exigencias del principio de proporcionalidad.

En este orden de ideas, las leyes especiales que se ocupen de los ámbitos exceptuados deberán **(i)** perseguir una finalidad constitucional, **(ii)** prever medios idóneos para lograr tal objetivo, y **(iii)** establecer una regulación que en aras de la finalidad perseguida, no sacrifique de manera irrazonable

otros derechos constitucionales, particularmente el derecho al habeas data. Además, de conformidad con los principios que se examinarán más adelante, el cumplimiento de las garantías y la limitación del habeas data dentro de los límites de la proporcionalidad debe ser vigilada y controlada por un órgano independiente, bien sea común o sectorial”.

Bajo la anterior perspectiva, se debe resaltar que a pesar de que los derechos fundamentales en un Estado democrático no son absolutos y pueden llegar a ser limitados, tales restricciones tampoco son absolutas, siendo una característica necesaria para que dichos límites sean compatibles con el texto constitucional. De manera específica, autores como (Osorio Sánchez , 2015, págs. 313-314) han señalado que si bien con la actuación de la Fuerza Pública en el cumplimiento de su función constitucional, se puede materializar la limitación democrática de derechos fundamentales, la actuación policial no es absoluta y se encuentra limitada, por lo que considera que el primer límite a la actividad policial se configura a partir de la función constitucional de respeto y protección de los derechos fundamentales que le corresponde a la Policía, resaltándose que no todos los procedimientos se encuentran justificados para alcanzar los objetivos esperados en el cumplimiento de la función policial.

En este mismo sentido ha sido señalado por la Corte IDH (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras., 1989) (Caso Neira Alegría y otros. Vs. Perú, 1995):

“Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por grave que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio de la dignidad humana”.

De igual manera lo ha entendido (Sentencia C-041, 1994) cuando ha señalado:

“(…) el orden público debe ser entendido como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. Este marco constituye el fundamento y el límite del poder de policía, que es el llamado a mantener el orden público, pero en beneficio del goce pleno de los derechos. En ese sentido, la preservación del orden público no puede lograrse mediante la supresión o restricción desproporcionada de las libertades públicas, puesto que el desafío de la democracia es permitir el más amplio y vigoroso ejercicio de las libertades ciudadanas”.

Es por esta razón, que se considera absolutamente necesario que un instrumento como la videovigilancia policial, deba estar adecuadamente regulado al interior del Estado colombiano, como presupuesto necesario para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales que eventualmente puedan verse limitados o incluso vulnerados con la medida. Esta línea de reflexión, ha sido desarrollada por autores como Alejandra Jaimes y Eduardo Osorio quienes establecen que para la implementación democrática de la videovigilancia policial se deben observar un conjunto de estándares mínimos, dentro de los cuales se encuentra que la videovigilancia debe ser necesariamente desarrollada mediante ley (Osorio Sánchez & Jaimes Velasco, Octubre 2015).

De esta manera, para efectuar una adecuada implementación del CCTV en Cúcuta y en Colombia, se debe contar con una regulación legal de carácter estatutario que propugne por el equilibrio necesario entre los bienes jurídicos de seguridad y orden público constitucional y los derechos fundamentales que eventualmente pueden verse limitados y en algunos casos vulnerados frente a la utilización de la videovigilancia. Esta normativa, deberá establecer los límites de la utilización del CCTV frente a los derechos y determinar las garantías específicas para que las personas puedan defender sus intereses frente al ejercicio del poder público.

3. El derecho a la Inviolabilidad del domicilio y la videovigilancia policial de la ciudad de Cúcuta

Uno de los objetivos específicos del proyecto de investigación se encontró encaminado a identificar qué Derechos Fundamentales de las personas se pueden afectar con la utilización de las cámaras de videovigilancia en el espacio público de la ciudad de Cúcuta y analizar los límites en el uso de la videovigilancia frente a la vigencia de esos derechos fundamentales.

Para lograr adecuadamente dicho cometido, en el proyecto se desarrolló una observación participante con el objeto de determinar las características de los espacios video-vigilados en la ciudad de Cúcuta, estableciendo por ejemplo si son espacios residenciales, comerciales, financieros o institucionales; si la población que lo apropia y utiliza es flotante o permanente; la clase de inmuebles que están dentro del campo de visualización de las cámaras, etc., ya que son elementos importantes al momento de analizar la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad de la videovigilancia frente a la posible afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos con la utilización del CCTV policial.

En el desarrollo de la observación participante se hizo necesario determinar en primer lugar en qué espacios de la ciudad de Cúcuta se venía implementando

la videovigilancia policial y en lo posible conocer en qué lugares específicos se encontraban ubicadas cada una de las cámaras de videovigilancia pertenecientes al SIES, para lo cual se contó con información oficial que la propia Alcaldía del Municipio de Cúcuta publicó en su página web oficial y a través de notas de prensa dirigidas a la comunidad cucuteña en general, dotándose de rigurosidad y certeza, la ubicación de las cámaras de videovigilancia policial de la ciudad de Cúcuta, resaltándose al respecto, la poca colaboración prestada por la institución policial frente a la identificación de los espacios video-vigilados al considerar que la misma era información sujeta a reserva, situación contraria a lo que consideró la Alcaldía de Cúcuta.

De esta manera y para efectos del trabajo de campo y debido a los límites y dificultades del mismo, los investigadores identificaron 39 de las 53 cámaras de videovigilancia visibles y fácilmente ubicables en los espacios públicos de la ciudad de Cúcuta, contando además para dicho propósito con información oficial de la Policía Nacional, sobre las especificaciones técnicas de las cámaras de videovigilancia, clase, tipo, marca, referencia y capacidades técnicas.

Con base a lo anterior, se pudo establecer que la ciudad de Cúcuta contaba para el primer semestre de 2015 con 53 cámaras de videovigilancia instaladas en diferentes lugares de su Espacio Público¹, las cuales tienen dentro de sus características técnicas, el poseer un lente marca Panasonic 9500-NTSC-ETI-35x, con capacidad de giro vertical y horizontal de 360 por 180, con visualización y aproximación de 200 metros, capacidad de grabación y almacenamiento de dos (2) meses, aunque no cuenta con sistema de grabación de audio ni sistema de reconocimiento facial.

Así, con los elementos anteriormente reseñados, se pudo llevar a cabo el trabajo de campo planificado en el proyecto de investigación, encontrándose que dentro de los derechos que pueden llegar a ser limitados y eventualmente vulnerados con el uso inadecuado del CCTV en Cúcuta, se encuentran los derechos derivados de libertad como la libertad de expresión, el libre Desarrollo de la Personalidad, los derechos a la Intimidad, Honra, Buen Nombre y Habeas Data, el derecho a la imagen, así como el derecho de Acceso a la Información el cual se encuentra íntimamente ligado con el derecho de Petición, entre otros pues no es taxativa la lista (Sentencia C-251, 2002)

¹ El número de cámaras instaladas en la ciudad de Cúcuta que se señala en el presente artículo, se basa en la información oficialmente obtenida durante el primer semestre de 2015, siendo necesario resaltar que actualmente se han puesto en funcionamiento un total de 309 cámaras más que han sido instaladas.

En el presente apartado y siguiendo el objeto del presente artículo se realizarán unas precisiones generales sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio y la limitación o afectación del mismo con base en tres situaciones específicas que el CCTV policial materializa al ser utilizado: la visualización, la grabación y el uso posterior de las imágenes.

De esta manera, es menester resaltar que el derecho a la inviolabilidad del domicilio viene previsto en (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 28), cuando se preceptúa que nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Este derecho también se encuentra positivado en (Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 11) como parte integrante del Derecho de la Honra y la Dignidad, cuando se menciona que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, añadiendo que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques².

Frente a este derecho ha señalado la (Caso Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina, 2011) que el artículo 11 de la Convención reconoce el derecho que tiene toda persona a la vida privada y prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en ella, en diversos ámbitos como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias.

De esta manera, el Estado tiene la obligación negativa de no realizar injerencias arbitrarias o abusivas en el ámbito de la vida privada de las familias, sus domicilios o sus correspondencias, pero además tiene la obligación positiva de garantizar dicha privacidad. En este sentido, la Corte IDH (Caso de las masacres de Ituango Vs. Colombia, 2006) ha considerado que el ámbito de privacidad tiene como característica estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de las autoridades públicas, enfatizando que el domicilio y la vida privada se encuentran íntimamente ligados, pues el domicilio es el espacio en el cual se desarrolla libremente la vida privada.

Por su parte, la Corte Constitucional ha establecido que el derecho previsto en el artículo 28 de la Constitución:

² Sobre el control de convencionalidad puede consultarse (Cubides Cárdenas, Chacón Triana & Martínez Lazcano, 2015) (Sánchez Vallejo, 2015).

- Goza de protección del Estado y hace parte del núcleo esencial de los derechos a la intimidad personal y familiar, a la libertad y seguridad individual y a la propiedad de las personas (Sentencia C-176, 2007).
- Tiene como objeto proteger los ámbitos en los que se desarrolla la intimidad o privacidad de las personas (Sentencia T-611, 1992).
- Puede ser limitado para proteger otros derechos y valores con gran relevancia constitucional.
- Sometido a una estricta reserva legal, ya que además de las excepciones previstas en los artículos 32 y 250 de la Constitución, solo el legislador tiene la competencia para determinar expresamente los motivos que facultan allanamientos y registros en el domicilio (Sentencia C-176, 2007).
- Comprende la protección de todos aquellos espacios cerrados en donde las personas desarrollan de manera inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad (Sentencia C-519, 2007).

Así mismo, la Corte Constitucional ha señalado³ que de conformidad con el artículo 28 constitucional son tres los requisitos exigidos a las autoridades para registrar un domicilio:

- (i) Mandato escrito de autoridad judicial competente.
- (ii) El respeto de las formalidades legales.
- (iii) La existencia de un motivo previamente señalado por la ley.

No obstante los anteriores requisitos, la Corte Constitucional ha reconocido unas excepciones a los mismos que provienen del propio texto constitucional y de la ley, considerándose a estos últimos como compatibles con la Constitución (Sentencia C-256, 2008).

De orden constitucional se tienen los previstos en (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 32) que permite el ingreso de los agentes de la autoridad al domicilio donde se refugia el delincuente sorprendido en flagrancia y (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 250 N° 2) que autoriza a los fiscales a ordenar y practicar allanamientos con el control posterior del juez de control de garantías.

Por su parte, como excepciones de orden legal compatibles con la Constitución, la Corte Constitucional ha reconocido los allanamientos Administrativos

³ *Ibidem.*

practicados por la autoridad señalada en la ley, encontrándose la posibilidad de llevar a cabo dichos allanamientos para efectos de inspeccionar lugares abiertos al público; para capturar a quien se le haya impuesto pena privativa de la libertad; para aprehender a enfermo mental o peligroso o a enfermo contagioso; para indagar sobre maniobras fraudulentas en las instalaciones de servicios públicos de acueducto, energía eléctrica, teléfonos; para practicar inspección ocular ordenada en juicio de policía; para examinar instalaciones de energía eléctrica y de gas, chimeneas, hornos, estufas, calderas, motores y máquinas en general y almacenamiento de sustancias inflamables o explosivas con el fin de prevenir accidentes o calamidad; para rescatar menores que se encuentren en situaciones de peligro extremo para su vida e integridad personal, siguiendo el procedimiento previsto en el Código del Menor; para socorrer a alguien que de alguna manera pida auxilio” situación en la que se entiende que hay un consentimiento tácito para el ingreso; para extinguir incendio o evitar su propagación, o remediar inundación o conjurar cualquier otra situación similar de peligro por tratarse de una situación de peligro objetivo; entre otras situaciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, es dable resaltar que los requisitos para que estos allanamientos sean constitucionales a pesar de ser de diverso orden se encuentran íntimamente relacionados a:

- (i) la existencia de un peligro inminente y grave;
- (ii) que amenaza la vida, la integridad, la seguridad o la salubridad de las personas; y
- (iii) la existencia de elementos que circunscriben el margen decisorio de la autoridad administrativa y permiten un control posterior efectivo ante una autoridad judicial en caso de presentarse excesos o arbitrariedades.

La Corte Constitucional aclara que los anteriores requisitos no se exigen cuando se trata de ingresar a lugares abiertos al público, o cuando el morador del domicilio autoriza el ingreso de las autoridades administrativas, pero se encuentran como incompatibles con la Constitución allanamientos administrativos cuya finalidad es la búsqueda de evidencia física para efectos penales, en donde ha desaparecido el elemento de flagrancia (Sentencia C-176, 2007).

Pues bien, teniendo presente la configuración que se ha realizado del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en cuanto se encuentra íntimamente ligado al derecho a la privacidad e intimidad familiar y personal, protegido de las intervenciones arbitrarias de los particulares y los poderes públicos, para efectos de analizar cómo este derecho se puede encontrar restringido con el uso de la videovigilancia en la ciudad de Cúcuta, es necesario preguntarse si la exigencia de un mandato escrito de autoridad judicial competente, el respeto de las

formalidades legales y la existencia de un motivo previamente señalado por la ley e incluso las excepciones a estas reglas previstas constitucional y legalmente, se refieren únicamente al allanamiento y entrada física del Estado o de una persona al domicilio de las personas o dicha entrada puede también predicarse de otro tipo de situaciones en las que no se entra físicamente, como lo podría ser la visualización o grabación que del domicilio pudieran efectuar las cámaras de videovigilancia de la Policía (Freixes Sanjuán, Hernández, Remotti Carbonell, & Freixes Montes, 1995).

La respuesta a dicho cuestionamiento, la proporciona precisamente la configuración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la garantía que su positivización trae para los derechos a la privacidad e intimidad personal y familiar, relacionado igualmente con otros derechos como la honra y el buen nombre, por lo que es viable señalar que la protección al domicilio comprende no solo la entrada física de personas o agentes del Estado, sino que implica la protección de injerencias arbitrarias diferentes. De esta manera, la visualización y grabación de ámbitos relacionados con el domicilio de las personas por parte de las CCTV en Cúcuta, podría llegar a ser una restricción ilegítima de este derecho si no se encuentra dentro de los supuestos constitucionales y legales que se han señalado en líneas anteriores.

En este mismo sentido lo ha considerado la Corte Constitucional (Sentencia T-611, 1992) en un caso que a pesar de que gira en torno a los medios de comunicación y no directamente en torno al CCTV, hace importantes consideraciones frente a la protección constitucional de la intimidad en relación a las telecomunicaciones, indicando que la protección de este derecho tiene plena consonancia con principios consagrados desde la Constitución de 1886, tales como la inviolabilidad del domicilio y la prohibición de interceptar la correspondencia, los cuales son una forma de proteger la intimidad de las personas y la familia y se configuran en la Constitución de 1991 como derechos fundamentales “(..) aplicables en relación con los más modernos adelantos de las telecomunicaciones”.

Para mayor abundamiento se puede reseñar que la Corte Constitucional (Sentencia T-768, 2008) (Sentencia T-407, 2012) ha reconocido el contexto contemporáneo en el que cada vez más existen cámaras de vigilancia en los distintos espacios (públicos, semi-privados y privados), pronunciándose específicamente sobre su utilización en los ámbitos laborales y educativos, amparando los derechos de las personas que se consideraron afectadas por esta tecnología luego de aplicar un juicio de proporcionalidad. Igualmente, en estos pronunciamientos se ha manifestado sobre la característica del domicilio como espacio privado, afirmando además que el lugar donde las personas habitan es “el espacio privado por excelencia” y resaltando expresamente:

Al igual que el espacio público, el espacio privado, es tanto un derecho como un lugar en el que se ejercen derechos, principalmente la intimidad y las libertades individuales, como se mencionó anteriormente. La garantía del respeto a esta esfera individual y privada se sustenta en el principio de dignidad humana y autodeterminación, y es absoluta cuando las acciones que en ella realizan los ciudadanos no tienen repercusiones sociales y solo interesan al titular del derecho, mientras que se atenúa cuando se trata de espacios cerrados menos íntimos en los que se desarrollan actividades con mayores efectos sociales[20]. Así, la garantía y protección de los espacios privados, está estrechamente asociada a la noción de intimidad (Sentencia T-407, 2012)

Pues bien, para determinar si el CCTV policial instalado en Cúcuta restringe y/o vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio de los ciudadanos cucuteños es necesario tener presente previamente lo siguiente:

- Teniendo en cuenta el ámbito de protección de la privacidad e intimidad ligado a la protección del domicilio de las personas, el mismo no se limita por la casa de habitación de la persona, sino que puede incluir los recibidores, pórticos, balcones, jardines, terrazas y otras partes integradas a la vida personal y familiar de las personas (Freixes Sanjuán, Hernández, Remotti Carbonell, & Freixes Montes, 1995).
- Las cámaras de videovigilancia tienen un campo de visualización de 200 metros cuadrados, con capacidad de giro vertical y horizontal de 360 por 180 y capacidad de grabación y almacenamiento de dos (2) meses, aunque no cuenta con sistema de grabación de audio ni sistema de reconocimiento facial.

Con base en los anteriores considerandos se puede observar cómo muchas de las cámaras de videovigilancia instaladas en la ciudad de Cúcuta dentro del SIES y que fueron objeto del trabajo de campo realizado en el proyecto de investigación, se encuentran íntimamente relacionadas con la posible limitación y eventualmente vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en el sentido que se ha señalado en las líneas precedentes.

En efecto, en la descripción del trabajo de campo realizado sobre los espacios públicos video-vigilados de la ciudad de Cúcuta, se puede observar cómo muchos de los espacios sometidos a estudio son de tipo residencial o mixto (residencial-comercial e institucional-comercial-residencial) y cómo en algunos casos casas de habitación, balcones, antejardines y terrazas se encuentran dentro del radio de visualización y grabación de las cámaras de videovigilancia, lo que implica que las 24 horas del día dichos espacios se encuentren bajo la posible injerencia de la Policía Nacional, sin orden judicial previa o posterior, sin serios

motivos de Seguridad Ciudadana u Orden Público Constitucional que permitan ponderar adecuadamente los límites o restricciones que constitucionalmente pueden llegar a ser idóneos, necesarios y proporcionales frente a la inviolabilidad del domicilio y sin la existencia de un peligro inminente y grave que amenace la vida, integridad o seguridad de las personas.

En este sentido, se pueden observar algunos sectores de la ciudad de Cúcuta en los cuales el domicilio de las personas es objeto de una restricción inconstitucional que afecta otros derechos fundamentales que se encuentran dentro del contenido de protección del mismo, tales como la intimidad personal y familiar, el derecho al buen nombre y a la honra. Como los domicilios gravemente afectados, en los cuales hay una visualización y grabación directa y sin obstáculos naturales, se encontraron unos sectores específicos de la ciudad de Cúcuta, cuyas características generales pueden evidenciarse en la siguiente tabla:

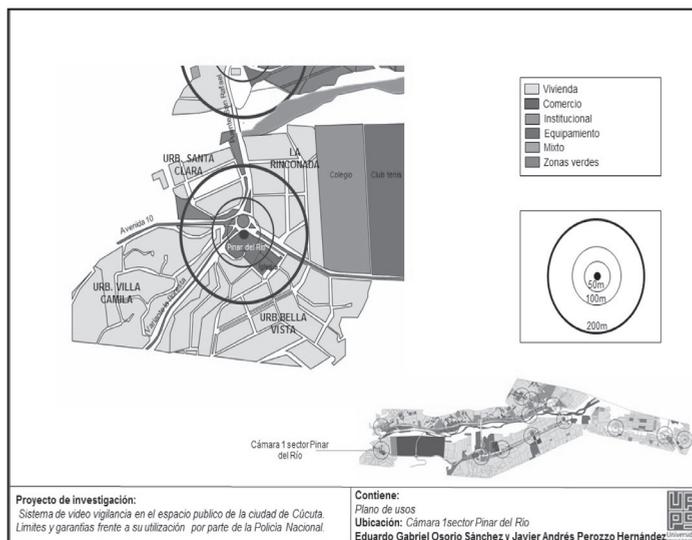
Identificación de la Cámara en el Proyecto	Sector dónde se encuentra instalada la Videocámara	Características Generales del Sector	Rango de visualización residencial.
Cámara No. 1	Redoma del Pinar del río-Barrio Bellavista	Mixto (Residencial y Comercial)	Balcones y ventanas de viviendas unifamiliares
Cámara No. 2	Puente San Rafael	Mixto (Residencial y Comercial)	Viviendas ubicadas en el Barrio Santo Domingo
Cámara No. 8	Diagonal Santander con Avenida 4ª	Mixto (institucional, comercial y residencial)	Edificio Residencial Max Millas
Cámara No. 10	Avenida 3ª y las calles 7ª y 8ª	Mixto (Residencial y Comercial)	Viviendas del sector
Cámara No. 12	Carrera 7ª con calle 7ª	Mixto (Residencial y Comercial)	Viviendas unifamiliares de uno o dos pisos
Cámara No. 13	Redoma Escobal	Mixto (Residencial y Comercial)	Conjuntos residenciales ubicados a los costados Norte y Sur con respecto a la Autopista Vía Ureña
Cámara No. 15	Entre los barrios Prados del Este y San Martín	Residencial	Viviendas ubicadas en el barrio Prados de Este
Cámara No. 16	Redoma 4 vientos	Mixto (Residencial y Comercial)	Barrio San Luis bajo y el Condominio Navarra
Cámara No. 17	Redoma de San Mateo	Mixto (institucional, comercial y residencial)	Viviendas del barrio San Mateo
Cámara No. 21	Calle 16 Fn con Avenida 13 Barrio Divino Niño	Predominantemente Residencial	Viviendas del Sector
Cámara No. 29	Calle 4N con Av. 21 Atalaya I Etapa	Mixto (institucional, comercial y residencial)	Viviendas del sector

Cámara No. 33	Avenida Camilo Daza con Avenida 12	Mixto (Residencial y Comercial)	Viviendas del Conjunto Residencial Mallorca
Cámara No. 37	Avenida Guaimaral con calle 4N	Mixto (institucional, comercial y residencial)	Consultorios, despachos profesionales y viviendas
Cámara No. 38	Avenida 0 con calle 15	Mixto (Residencial y Comercial)	Unidades habitacionales como Villa Real y el edificio la Bellavista

Tabla. 01: Cámaras de Videovigilancia

Fuente: Elaboración propia

Se debe resaltar que la Cámara que se encuentra ubicada en la redoma de Pinar del Río que corresponde a un sector de uso mixto, cuenta con una importante zona residencial conformada por los barrios la Rinconada, Santa Clara, Bellavista y Villa Camila y dentro del rango de los 200 metros de visualización que tiene la cámara de vigilancia allí instalada se encuentran por ejemplo, los balcones y salas de las unidades habitacionales del edificio Onix del Barrio Bellavista o los balcones y algunos ventanales del Condominio la Rinconada, y algunas casas del costado del barrio Santa Clara, pudiéndose observar con las cámaras de vigilancia los balcones y ventanas de viviendas unifamiliares (ver figura 01).

**Fig. 01: Pinar del Río**

Fuente: Elaboración propia

En este mismo sector, se encuentra otra cámara ubicada en el puente de San Rafael desde donde hay un importante punto de visualización y grabación sobre las viviendas ubicadas en el barrio Santo Domingo, especialmente en las viviendas que poseen dos pisos, grandes ventanas o balcones.

Por su parte, la Cámara ubicada en el centro de la ciudad, en la Diagonal Santander con Avenida 4ª es un sector de uso mixto (institucional, comercial y residencial) en el cual se encuentra dentro del campo de visualización y grabación las 24 horas del día, el domicilio de las personas que habitan los apartamentos del Edificio Residencial Max Millas (Gino Pascalli), el cual debido a su ubicación es objeto de un monitoreo constante. Así también se encuentra la cámara ubicada entre la Avenida 3ª y las calles 7ª y 8ª en un sector de uso mixto (comercial y residencial) que tiene dentro de su campo de visualización y grabación a viviendas de usos mixtos (comercial en los pisos inferiores y residencial en los superiores).

En otros puntos de la ciudad, se encuentran también sectores videovigilados que son predominantemente residenciales, como lo es el sector videovigilado por la cámara ubicada en la carrera 7ª con calle 7ª dentro la comuna 4 de la ciudad de Cúcuta, en un contexto de uso del suelo mixto (comercial y residencial), cubriendo dentro de su rango de acción el área residencial entre el nuevo y el viejo Escobal, sector que se caracteriza por una alta densidad habitacional con pequeños puntos de comercio formal, predominando las viviendas unifamiliares de uno o dos pisos, sin que se encuentren edificaciones de gran altura, hecho que favorece la visibilidad de la cámara de videovigilancia (ver figura 02).

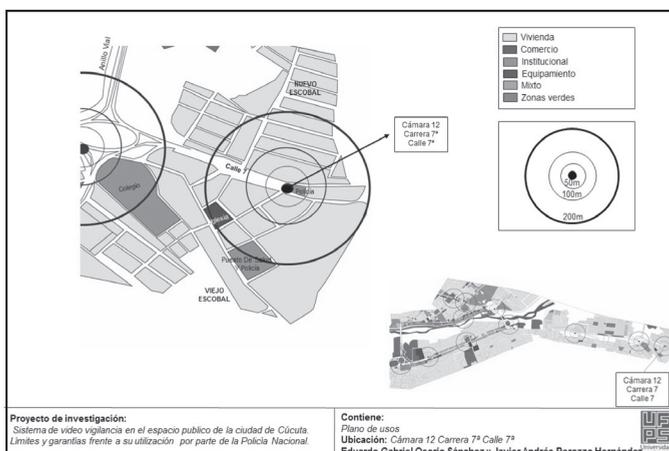


Fig. 02: carrera 7ª con calle 7ª

Fuente: Elaboración propia

En este mismo sector, se encuentra la cámara ubicada en la Redoma del Escobal. Su radio de acción tiene una importante injerencia en los conjuntos residenciales ubicados a los costados Norte y Sur con respecto a la Autopista Vía Ureña, siendo un espacio de videovigilancia que dentro de su rango de acción abarca las unidades habitacionales de dos o más pisos dentro de un espacio visualmente abierto, lo que permite la visualización y grabación directa de dichos inmuebles y los residentes de los mismos.

Igualmente, tiene especial relevancia frente al domicilio de los cucuteños, la cámara ubicada entre los barrios Prados del Este y San Martín con un radio de acción que abarca la Avenida 5B y la Avenida 7^a, el cual es considerado como un espacio altamente residencial. El campo de visualización y grabación de la cámara es directo frente a las viviendas ubicadas en el barrio Prados de Este, monitoreándose constantemente las habitaciones, balcones, áreas de esparcimiento, piscinas; entre otras.

En este mismo sentido, se encuentra el sector videovigilado por la cámara ubicada en la redoma 4 vientos bajo el eje estructurante de la Avenida Demetrio Mendoza, cobijando el barrio de San Luis bajo, así como el Condominio Navarra, Centro Comercial Navarra, el Hotel Bolívar, el Centro Comercial Bolívar y las Oficinas de Transito. Este sector, se encuentra atravesando un proceso de densificación demarcado por la construcción en altura, sumado a las viviendas unifamiliares de uno o dos pisos características del barrio San Luis.

Por su parte, la cámara que se encuentra en la Redoma de San Mateo, perteneciente a la comuna número 3, a pesar de justificarse su ubicación por la presencia del Comando de Policía y el Gaula, también tiene una visualización y posible grabación constante sobre las viviendas ubicadas en el barrio San Mateo y próximamente sobre el Edificio Residencial Silver Park que se encuentra en construcción.

A su vez, especial preocupación generó la cámara de vigilancia ubicada en la calle 16 Fn con Avenida 13 del barrio Divino Niño, puesto que el radio de monitoreo de dicha cámara se encuentra en un área principalmente residencial, donde fácilmente se captura la privacidad de las familias al interior de sus viviendas, ubicadas alrededor de una cancha de fútbol, sin que se cuente con mayores obstáculos naturales para tal visualización, por lo que puertas, grandes ventanales y balcones que dan acceso al interior de las casas de habitación se encuentran las 24 horas del día bajo la visualización y grabación por parte de la Policía Nacional (ver figura 03).

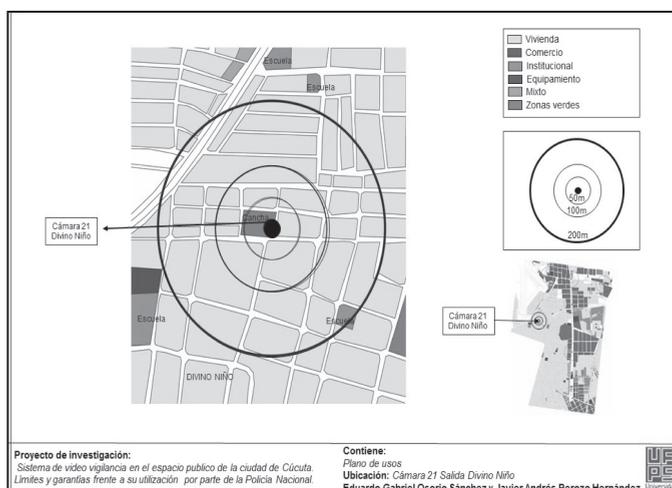


Fig. 03: Barrio Divino Niño

Fuente: Elaboración propia

Otra cámara con gran visualización residencial es la ubicada en la Calle 4N Av. 21, en donde se observó una posible importante intromisión de la Policía Nacional en la vida privada personal y familiar de los residentes del sector, debido a la tipología residencial del mismo, compuesto por casas de dos pisos con ventanas y balcones que permiten la visualización del interior de las viviendas.

En otro espacio video-vigilado de la ciudad se presenta otro sector que puede ser catalogado como paradigmático debido a la intromisión que la Policía Nacional efectúa frente a varias casas del barrio Prados del Norte. Se trata de la cámara ubicada en la Avenida Aeropuerto con Avenida Camilo Daza en la comuna 5, dentro de un sector que se cataloga como residencial y comercial. Debido a la ubicación estratégica de esta cámara de videovigilancia, se presenta un ángulo de visualización y grabación idóneo frente al interior de las viviendas del Conjunto Residencial Mallorca del Barrio Prados del Norte.

En esta misma línea, se resalta la cámara ubicada en la Avenida Guaimaral con calle 4N. Dentro del ámbito de monitoreo directo de dicha cámara se encuentran consultorios, droguerías, despachos profesionales, el Edificio Alexandra y viviendas en general, destacándose que los residentes de los apartamentos del Edificio Alexandra, se encuentran expuestos de manera directa ante la cámara de vigilancia, la cual monitorea sin mayores obstáculos las ventanas y salones principales de esas unidades habitacionales con una alta posibilidad de observar el interior de las viviendas. (ver figura 04)



Fig. 04: Avenida Guaimaral

Fuente: Elaboración propia

Finalmente, esta situación, se predica de manera similar y más gravosa, respecto de la cámara que se encuentra ubicada en la Avenida 0 con calle 15, en donde se encuentran dentro del ámbito de monitoreo directo de la cámara droguerías, oficinas, peluquerías, centros médicos, consultorios y unidades habitacionales como las que conforman el Edificio Villa Real y el Edificio Bellavista, los cuales constan de apartamentos dotados de amplios balcones y ventanas (ver figura 05).



Fig. 05: Avenida Cero con Calle 15

Fuente: Elaboración propia

Conclusiones

La garantía de la inviolabilidad del domicilio hace parte del núcleo esencial de los derechos a la intimidad personal y familiar, a la libertad y seguridad individual y a la propiedad de las personas y si bien este derecho fundamental no es absoluto, si goza de una protección constitucional multinivel frente a las posibles injerencias arbitrarias del Estado, lo que implica que éste se abstenga de efectuar tales injerencias y que además garantice su protección por medio de medidas concretas que protejan el ámbito de privacidad del domicilio frente a la actividad de las autoridades públicas, personas privadas en incluso medios de comunicación.

Lo anterior indica que si bien la inviolabilidad del domicilio puede ser objeto de límites, los mismos deben ser necesarios para la vida en democracia, deben estar previstos en una ley que para el caso de la videovigilancia y los límites específicos que impone a los derechos fundamentales deberá ser estatutaria y debe obedecer a los lineamientos constitucionales e incluso a las excepciones legales que sobre su inviolabilidad ha reconocido la Corte Constitucional, justificándose la injerencia del Estado –sin orden judicial previa– sólo en los casos en los que existan serios motivos de seguridad ciudadana u orden público constitucional y previa ponderación de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida intromisoria frente a la vigencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Sin embargo, en el caso colombiano se encuentra que para la videovigilancia que se realiza en la ciudad de Cúcuta no se cuenta ni siquiera con una ley en sentido material o formal que regule adecuadamente las circunstancias y condiciones generales que autorizan la injerencia estatal que se puede hacer con la videovigilancia frente al derecho a la inviolabilidad del domicilio, dejando al ámbito decisorio administrativo la restricción y eventual vulneración de este derecho, sin que haya elementos claramente definidos sobre el tratamiento de los datos obtenidos por el CCTV policial al interior de las viviendas o despachos profesionales o control administrativo o judicial específico frente a la utilización de esta herramienta tecnológica de vigilancia.

Incluso, se considera aún más gravoso el hecho de que no exista norma que regule adecuadamente la garantía de los ciudadanos de conocer con cierta certeza si determinada cámara de vigilancia se encuentra visualizando y grabando las 24 horas del día el interior de su vivienda, despacho profesional, balcón u otro elemento de su domicilio en el que desenvuelve alejado de la intromisión estatal, dentro de su esfera de autonomía, su intimidad personal y familiar.

En este sentido, no se desconoce que en el documento (Consejo nacional de política económica y social, 2006) se diseña un “Código de Práctica para Sistemas Integrados de Emergencia y Seguridad (SIES) en Colombia” del que se pueden extraer una serie de garantías específicas para derechos que eventualmente se puedan ver limitados con la implementación del CCTV policial en Colombia, previendo para el caso específico del derecho a la inviolabilidad al domicilio, que si dentro del campo de visualización se presentan áreas domésticas como jardines o áreas no previstas, la Alcaldía o la Gobernación deben consultar con los propietarios si pueden registrar esas imágenes y en caso de que no accedan, se deben generar “parches” para evitar que la cámara visualice dichas áreas y que los monitores que muestren imágenes de áreas en las cuales los ciudadanos puedan ser observados en situaciones de privacidad no deberán ser vista por cualquier otra persona diferente a los empleados para el uso del equipo, así como que el acceso a imágenes restringidas se limita al administrador o miembro designado quien decidirá si permite las solicitudes de acceso a terceros, de acuerdo con las políticas del ente regulador del sistema.

Sin embargo, teniendo en cuenta lo anterior, y más allá de la conformidad que haya con algunos de los elementos anteriormente señalados, lo cierto es que ninguna de las normas analizadas en la investigación y que se han expedido para darle desarrollo al CCTV, se ha ocupado de regular alguno de estos elementos lo que ha propiciado que todas las garantías, los límites, los procedimientos y demás linderos de la aplicación del CCTV en Cúcuta, se haya mantenido en un campo de discrecionalidad administrativa.

En este sentido, se debe aclarar que si bien no fue posible determinar con la investigación –pues no era su objeto– si en la práctica la Policía Nacional, la Alcaldía o la Gobernación han consultado a los propietarios sobre el monitoreo de su domicilio o han generado parches en los campos de visualización del mismo, en el sentido que señala (Consejo nacional de política económica y social, 2006) lo cierto es que en Colombia se carece de una ley formal o material que regule adecuadamente estos elementos y que garantice obligaciones específicas de los poderes públicos frente a la implementación del CCTV policial y garantías específicas a los ciudadanos cuando con su implementación de pongan en peligro sus derechos fundamentales, como en el presente caso con el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Referencias

- AYALA GARCÍA, É. (2010). *Jugando en la plaza Can Rabacols. Un estudio interdisciplinar sobre la influencia de los espacios públicos en el desarrollo cognitivo y motriz de los niños*. Barcelona, Colombia: Tesis de grado. Universidad Politécnica de Cataluña.
- Caso de las masacres de Ituango Vs. Colombia. (01 de julio de 2006). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, Costa Rica: (Fondo, reparaciones y costas.) Obtenido de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf
- Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. . (29 de noviembre de 2011). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, Costa Rica: (Fondo, reparaciones y costas). Obtenido de: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf
- Caso Neira Alegría y otros. Vs. Perú. (19 de enero de 1995). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, Costa Rica: (De fondo). Obtenido de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf
- Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. (21 de julio de 1989). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, Costa Rica: (De fondo). Obtenido de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf
- Consejo nacional de política económica y social. (04 de agosto de 2006). *Departamento nacional de planeación*. Obtenido de Implementación del sistema integrado de emergencias y seguridad-SIES en Colombia. Documento CONPES 3437: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/1FC942F59C0E200C05257784006950D3/\\$FILE/3437.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/1FC942F59C0E200C05257784006950D3/$FILE/3437.pdf)
- Constitución Política de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente . *El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida [...]*. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=4125>
- Convención Americana de Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969). Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica. Obtenido de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

- CUBIDES CÁRDENAS, J. A., CHACÓN TRIANA, N., & MARTÍNEZ LAZCANO, A. J. (2015). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 53-94.
- Decreto 4366. (04 de diciembre de 2006). Presidencia de la República de Colombia. *por el cual se regula la operatividad de los Sistemas Integrados de Emergencias y Seguridad, SIES*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 46472 de diciembre 04 de 2006. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=22391>
- Decreto 4708. (30 de noviembre de 2009). Ministerio de Interior y justicia de la República de Colombia. *Por el cual se crea el Comité Técnico del Sistema Integrado de Emergencias y Seguridad, SIES, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C. , Colombia: Diario Oficial 47.549 de noviembre 30 de 2009. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=38146>
- FREIXES SANJUÁN, T. (1992). *Constitución y derechos fundamentales. I: Estructura jurídica y función constitucional de los derechos: Introducción al sistema de derechos de la constitución española de 1978* (1ª ed.). Barcelona, España: S.A PPU.
- FREIXES SANJUÁN, T., & REMOTTI CARBONELL, J. (1995). La configuración constitucional de la seguridad ciudadana. *Revista de estudios políticos Nueva Época*, I(87), 141-162.
- FREIXES SANJUÁN, T., HERNÁNDEZ, C., REMOTTI CARBONELL, J., & FREIXES MONTES, J. (1995). *Constitución y sistema de vigilancia en vídeo instalado en la vía pública*. Barcelona, España: Centre d' Estudis de DretsHumans, Universidad Autónoma de Barcelona.
- GIL MÁRQUEZ, T. (2014). 1er Workshop “Espacio Público y Civismo Espai Públic i Civisme”. En E. Ayala García, D. Rodríguez Angarita, J. Pimiento Echeverry, J. Pérez Franchesc, & T. Gil Márquez. Cúcuta, Colombia: Universidad Francisco de Paula Santander.
- Ley 1454. (28 de junio de 2011). Congreso de la República de Colombia. *Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1454_2011.html
- Ley 1581. (17 de octubre de 2012). Congreso de la República de Colombia. *Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 48587 de octubre 18 de 2012. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=49981>
- Ley 418. (26 de diciembre de 1997). Congreso de la República de Colombia. *Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la*

- justicia y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C. , Colombia: Diario Oficial No. 43.201, de 26 de diciembre de 1997. Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0418_1997.html
- OSORIO SÁNCHEZ, E. (2015). *La naturaleza y función constitucional de la policía nacional en Colombia. la protección de los derechos y el mantenimiento de la paz* (1ª ed.). Barcelona, España: Servei publicacions. Universitat Autònoma de Barcelona.
- OSORIO SÁNCHEZ, E., & JAIMES VELASCO, M. (Octubre 2015). *Análisis Convencional de la Videovigilancia policial: estándares para su utilización en un estado democrático. I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional Ministra Margarita Beatriz Lunas Ramos.* Chiapas, México: Facultad Libre de Chiapas.
- PELÁEZ MEJÍA, J. M. (2013). Reglas de prueba en el incidente de reparación integral. *Revista Academia & Derecho*, 7 (4), 29-39.
- REMOTTI CARBONELL, J. (2009). De la sociedad de la libertad a la sociedad del control. En J. L. Francesch, *Libertad, seguridad y transformaciones del Estado* (págs. 81-130). Barcelona, España: Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials.
- SÁNCHEZ VALLEJO, J. (2015). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 183-226.
- Sentencia C-041. (03 de febrero de 1994). Corte Constitucional de Colombia . *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz* . Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Demanda N° D-365. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-041-94.htm>
- Sentencia C-176. (14 de marzo de 2007). Corte Constitucional de Colombia. *M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-6472. Obtenido: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=28330>
- Sentencia C-251. (11 de abril de 2002). Corte Constitucional de Colombia. *M.P. Eduardo Montealegre Lynett. M.P. Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes D-3720 y D-3722. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-251-02.htm>
- Sentencia C-256. (11 de marzo de 2008). Corte Constitucional Colombia. *M.P. Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C. , Colombia: Referencia: expediente D-6859. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-256-08.htm>
- Sentencia C-519. (11 de julio de 2007). Corte Constitucional de Colombia. *M.P. Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-6559. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-519-07.htm>
- Sentencia C-748. (06 de octubre de 2011). Corte Constitucional Colombia. *M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C. , Colombia: Referencia: expediente PE-032. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-748-11.htm>

- Sentencia C-825. (31 de agosto de 2004). Corte Constitucional de Colombia. *M.P. Rodrigo Uprimny Yépes*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-5082. Obtenido de: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-825-04.htm>
- Sentencia T-407. (31 de mayo de 2012). Corte Constitucional Colombia. *M.P. Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-3.348.314. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-407-12.htm>
- Sentencia T-611. (15 de Diciembre de 1992). Corte Constitucional Colombia. *M.P. José Gregorio Hernández Galindo. M.P. Fabio Morón Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-5139. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-611-92.htm>
- Sentencia T-768. (31 de julio de 2008). Corte Constitucional Colombia. *M.P. Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-1865118. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-768-08.htm>
- SMEND, R. (1985). *Constitución y derecho constitucional*. Deutsch: Centro de Estudios Constitucionales.

La restitución de tierras consagrada en la Ley 1448 de 2011, a la luz de la teoría neoconstitucionalista*

Land restitution in Law 1448 of 2011,
according to the neoconstitutionalist theory

Recibido: Febrero 7 de 2016 - Evaluado: Abril 26 de 2016 - Aceptado: Junio 07 de 2016

Estefanía Arévalo Perdomo**
Carolina Sotomayor Espitia***

Para citar este artículo / To cite this article

Arévalo Perdomo, E., & Sotomayor Espitia, C. (2016). La restitución de tierras consagrada en la Ley 1448 de 2011 a la luz de la teoría neoconstitucional. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 91-118.

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación denominado “Estudio de la restitución de tierras consagrada en la Ley 1448 de 2011, a la luz de la teoría neoconstitucionalista”, desarrollada por las autoras para optar al título de Magister en derecho administrativo en la Universidad Libre de Colombia.

** Abogada de la Universidad Libre, Especialista en Derecho Público Financiero y Magister en derecho administrativo. Docente de posgrados de la Corporación Universitaria Republicana. Asesora Jurídica de la Dirección Jurídica de la Unidad de Restitución de Tierras. Correo electrónico estefaniaarevaloperdomo@gmail.com.

*** Licenciada en Español y Lenguas Extranjeras de la Universidad Pedagógica Nacional, Abogada y especialista en derecho administrativo de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en derecho penal y Magister en derecho administrativo. Docente universitaria. Correo electrónico: caritosotomayor@hotmail.com.

Resumen

Esta investigación versa sobre los fundamentos doctrinales y legales del neoconstitucionalismo, de la justicia transicional y de la restitución de tierras contemplada en la Ley 1448 de 2011, así como sobre los postulados jurisprudenciales planteados por la Corte Constitucional frente a la restitución de tierras en el país, que reflejan la aplicación de los fundamentos neoconstitucionales. El trabajo se realizó a través de un análisis doctrinal-teórico, mediante el estudio de las normas relacionadas con la restitución de tierras en Colombia, el desarrollo de esa política pública y la determinación de los elementos neoconstitucionales a través de un estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que fundamentan la normatividad relacionada con la materia.

Palabras clave: Justicia transicional, neoconstitucionalismo, restitución de tierras.

Abstract

This research is about the doctrinal and legal foundations of neoconstitutionalism, transitional justice and land restitution in Law 1448 of 2011, as well as the jurisprudential principles raised by the Constitutional Court about the land restitution in the country, which reflect the neoconstitutional foundations of this public policy. This work was done through a doctrinal and theoretical analysis that consisted in studying the rules relating to land restitution in Colombia, the development of public policy and the determination of the neoconstitutional elements, taking into account the study of the Constitutional Court jurisprudence and the regulations related to the subject.

Key words: Transitional justice, neoconstitutionalism, lands restitution.

Resumo:

O presente artigo estuda os fundamentos doutrinais e legais do neoconstitucionalismo da justiça transicional e da restituição de terras segundo a lei 1448 de 2011, além das bases jurisprudenciais feitas pela Corte Constitucional da Colômbia frente à restituição de terras, as quais refletem os fundamentos constitucionais. O trabalho foi feito por meio de uma análise doutrino-teórica por meio do estudo de normas relacionadas com a restituição de terras na Colômbia, o desenvolvimento dessa política pública e a determinação de elementos neoconstitucionais à través do estudo da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana que fundamentam a normatividade relacionada na matéria.

Palavras chave: justiça transicional, neoconstitucionalismo, restituição de terras.

Résumé:

Cette recherche concerne sur les fondements doctrinaux et légaux du néoconstitucionalisme, de la justice transitionnelle et de la restitution de terres envisagées dans la loi 1448 de 2011, ainsi que les postulats jurisprudentiels posés pour la Cour Constitutionnelle de la Colombie face à la restitution de terrains en ce pays, qui reflexe l'application des fondements néo-constitutionnelles. Cette recherche s'est développé par un analyse doctrinal-théorique, à travers de l'étude des normes liées avec la restitution de terres en Colombie, le développement de celle politique publique et la détermination des éléments néo-constitutionnelles par la biais d'un étude de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle qui base la normative liée avec cette matière.

Mots Clés: justice Transitionnelle, néoconstitucionalisme, restitution de terrains.

Introducción

Se considera que el desplazamiento forzado ha sido uno de los problemas más graves que ha afectado a la sociedad colombiana, por el impacto social que genera, a la par con las consecuencias negativas en las familias y personas que se ven abocadas a dejar abandonados los lugares de asentamiento, quienes por lo general requieren asistencia no solo económica, sino psicológica, alimentaria, asistencial, de vivienda, etc. (Niño Pavajeau, 1999). En ese sentido, ha sido necesario que el Estado implemente diferentes medidas con el objeto de contrarrestar los efectos del desplazamiento. No obstante, lo anterior, como se verá, la insuficiencia de dichas medidas de atención, llevó a que la Corte Constitucional declarara el estado de cosas inconstitucionales a través de la sentencia T-025 de 2004 e impusiera al Estado una serie de obligaciones tendientes a proteger y garantizar los derechos de las víctimas de dicho flagelo. (Sentencia T-025, 2004)

Asimismo, mediante el auto de seguimiento a la sentencia T-025 de 2005, Auto 008 de 2009, la Corte fue más específica considerando que la restitución de tierras no había sido objeto de estudio, ni se habían impuesto obligaciones para el Estado respecto de dicho tema, y ordenó al estado adoptar medidas de reparación a las víctimas, así como de restitución de sus bienes, ordenando la creación de una comisión estatal que se pusiera al frente del tema. (Auto 008, 2009). Los

pronunciamientos jurisprudenciales habían sido más generales, enfocados en las necesidades humanitarias de las personas en condición de desplazamiento. Con el Auto referenciado el Alto Tribunal hizo referencia a derechos más concretos, como la restitución de bienes. La respuesta del Gobierno fue la redacción e impulso de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, la cual fue promulgada por el Congreso como la Ley 1448 de 2011. Esta Ley establece medidas de atención y reparación para las víctimas, de igual forma determina la restitución de tierras a quienes fueron despojadas o se vieron obligadas a abandonarlas. (Ley 1448, 2011)

La restitución de tierras se establece en la mencionada Ley y en sus decretos reglamentarios como una política pública de aplicación eminentemente jurídica y de importante relevancia para la construcción de la paz en el país. Bajo ese marco, esta investigación se enmarca en un estudio teórico de las normas y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con el objeto de encontrar en el neoconstitucionalismo el fundamento axiológico de la restitución de tierras. Así las cosas, la pregunta que orienta esta disertación y que se erige como el problema de la presente investigación se expresa de la siguiente manera ¿Cuáles son las figuras y características del neoconstitucionalismo que se identifican en la política pública de restitución de tierras establecida en la Ley 1448 de 2011?

Bajo ese marco, lo que se pretende en el presente artículo es demostrar que la política pública de restitución de tierras encuentra sus fundamentos en el neoconstitucionalismo, por cuanto, en la misma se identifican varias figuras de la mencionada teoría, las cuales establecen un derrotero hermenéutico y de aplicación a los diferentes operadores jurídicos de la Ley 1448 de 2011.

El texto se divide en tres partes: en la primera, se efectúa un breve análisis teórico de los puntos de encuentro entre el neoconstitucionalismo, la justicia transicional y la restitución de tierras que sirve para comprender sus proximidades. En la segunda, se explica la figura jurídica de la restitución de tierras, su origen constitucional y una breve descripción del desarrollo actual. Finalmente se identifican, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional las figuras neoconstitucionalistas que se evidencian en la teoría y aplicación de la restitución de tierras, tal como está planteada en la Ley 1448 de 2011.

La presente estructura permite comprender la metodología empleada para la elaboración del presente artículo, consistente en un análisis doctrinal-teórico, mediante el estudio de las normas relacionadas con la restitución de tierras, así como un estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, para identificar la existencia de figuras neoconstitucionalistas, del derrotero interpretativo y la potencialidad de la comprensión de esta articulación como contexto interpretativo el neoconstitucionalismo, por tal razón previamente se describe su ámbito y alcance en esta discusión.

1. Del Neoconstitucionalismo a la Justicia Transicional

El término neoconstitucionalismo se ha acuñado para describir los fenómenos constitucionales que se dieron a partir de la segunda guerra mundial. Algunos autores señalan que ha sido complejo definir su entidad y su identidad (Aldunate Lizana, 2010) toda vez que ha implicado diversidad de situaciones y aplicaciones, que hacen que sea más fácil explicarla desde sus características.

Sin embargo, sobre la noción de neoconstitucionalismo se encuentran definiciones precisas como la de Prieto Sanchís que considera que puede ser identificado con una filosofía política que considera que el Estado constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política (Prieto Sanchís, 2011, pág. 202). Asimismo, este autor plantea que el neoconstitucionalismo tiene una segunda dimensión como ideología:

Dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho, al menos allí donde existe cabe sostener una vinculación necesaria entre el Derecho y la moral y postular, por tanto, alguna forma de obligación de obediencia al Derecho. (Prieto Sanchís, 2011, pág. 202)

Sin embargo, la forma más eficiente de dimensionar el neoconstitucionalismo es a partir de sus características, siendo las más relevantes:

- a) Surge de constituciones rígidas, vinculantes, con garantía jurisdiccional y normativamente densas: El neoconstitucionalismo ha determinado la existencia de constituciones cuya modificación atiende a trámites especiales. En ese sentido, es importante que el Legislador no pueda modificar la constitución a su antojo, sino que esta se salvaguarde con vocación de permanencia. Por ende, se pone la mayor parte de la producción normativa bajo tutela de la jurisdicción constitucional. (Aldunate Lizana, 2010, pág. 86)

Asimismo, las constituciones gozan de un fuerte y ambicioso contenido normativo, contentivo de la organización del Estado, pero además de una formulación de derechos y de obligaciones correlativas (Prieto Sanchís, 2004). No obstante, ese amplio contenido normativo no es simplemente enunciativo, sino que tiene fuerza vinculante. (Guastini, 2003)

- b) Genera una constitucionalización del derecho: Considerando las características de las constituciones indicadas en el aparte anterior, se evidencia una constitucionalización del derecho, que no deriva únicamente de la fuerza vinculante de la Constitución, sino también de la garantía y de su supremacía en el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, se identifica que para el neoconstitucionalismo la Constitución es el centro del derecho, no solo

jerárquicamente, sino también porque su contenido refleja los principios en los que se fundamenta la sociedad.

En ese sentido, para la elaboración de las normas, el poder legislativo debe atender a la correspondencia de estas con la Constitución. De esa forma, se identifica que para el neoconstitucionalismo existe una limitación de la discrecionalidad para la creación de leyes por parte del poder legislativo, el cual debe necesariamente atender a los principios y normas constitucionales. Asimismo, los jueces al momento de decidir las diferentes situaciones deben basar sus decisiones en las normas constitucionales, porque estas, como se dijo anteriormente, gozan de una aplicación directa. (Barroso, 2008)

De la misma forma, debe reconocerse que la constitucionalización del derecho ha influido directamente en el modelo del Estado. En ese sentido, explica Ferrajoli (2003): “se trata de una evolución del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho”. (Ferrajoli, 2003, pág. 18)

- c) Los derechos fundamentales integrados en la constitución e identificados como principios o como valores: El neoconstitucionalismo se identifica con el iusnaturalismo en destacar la relación del derecho con la moral. Sin embargo, encuentra su identificación con el positivismo debido a que existe una consagración normativa de esa moral. (Vigo, 2015)

La moral incorporada a la constitución se revela entonces como el parámetro, no ya de la justicia, sino de la propia validez de las demás normas; y la divergencia entre moral y derecho se traslada al interior del orden jurídico como una divergencia entre constitución y ley. (Prieto Sanchís, 2010, pág. 466)

Esa constitucionalización de la moral determinó que en las constituciones se establecieran derechos fundamentales como principios, entendidos estos como “mandatos de optimización” los define Alexy (1993) de la siguiente manera: “normas que ordenan la realización de algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexy, 1993, pág. 14). Por consiguiente, se entiende que, su aplicación no puede ser como una regla (subsunción), sino que requiere de un ejercicio de ponderación y argumentación.

Esa incorporación de valores en la constitución es de suma importancia para el neoconstitucionalismo, toda vez según esta teoría, los valores constitucionalizados se presentan como la base del ordenamiento jurídico, transformándose en un referente legislativo y además en el sustento de las decisiones judiciales. (Alexy, 1993)

- d) Injerencia de la autoridad judicial en el desarrollo de la Carta: Teniendo en cuenta las características anteriores, el neoconstitucionalismo determina que

los jueces, y específicamente los constitucionales, tienen una gran participación en la aplicación directa de la constitución, su garantía jurisdiccional, la preponderancia de los derechos fundamentales e incluso en la creación y desarrollo de las normas. (Sierra, 2009).

Así lo explica Sierra (2009):

El derecho constitucional es el derecho de la democracia, y la Constitución es la ley de la cual dependen todas las otras leyes, como Hans Kelsen lo afirmó en su teoría pura del derecho. El derecho constitucional toma así la plaza de un derecho global, capaz de portar sobre sí toda la estructura jurídica del Estado, y el juez constitucional en consecuencia, juega el rol de regulador del sistema jurídico político, o de feedback, si se interpreta la sociedad y al Estado desde una visión y metodología sistémica. (...) (Sierra Cadena, 2009, pág. 15)

En razón a esto, la acción pública y las políticas públicas permanecen fuertemente influenciadas por la acción del juez constitucional, quien surge como regulador de las funciones de los poderes y de los actores públicos.

Pero lo anterior también implica la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas”, que resume Guastini, R. (2003) así:

Quien juzga la legitimidad constitucional de las leyes puede adoptar una postura de self-restraint frente a las political questions, respetando la discrecionalidad política del legislador, o, al contrario, meter en la discusión las decisiones legislativas aun cuando no sean claramente inconstitucionales. (Guastini, 2003, pág. 161)

Según indica el autor, al tener los jueces constitucionales que interpretar el texto y además revisar que las leyes también se ajusten a ese contenido, tienen la posibilidad de regular las relaciones políticas mediante las decisiones judiciales.

Lo dicho, ha sido fuertemente criticado por diferentes autores, ya que consideran que los Tribunales Constitucionales no deben tener injerencia en la producción de las normas, ya que se desdibujaría la división de poderes. Sin embargo, quienes defienden las facultades extendidas de los jueces, consideran necesario el direccionamiento de las relaciones políticas, para garantizar materialmente la efectividad de la Constitución.

Expuesto lo anterior, es claro que los fundamentos de esta teoría pretenden introducir principios y valores a las Constituciones, que son reconocidos por la comunidad internacional como inmanentes a los seres humanos. Así, los textos constitucionales y el control que respecto a su contenido y a las demás normas ejercen los tribunales especializados, buscan garantizar la materialización, no solo

de los fines propios que persigue el país, sino también del respecto a los derechos mínimos que deben tener los seres humanos.

Teniendo en cuenta las características de esta teoría, se considera que bien podría establecerse que generó algunos fundamentos para el desarrollo de las primeras aproximaciones a la “justicia transicional”. Y si bien, algunos autores consideran que solo es posible hablar de esa clase de justicia al evaluar los fenómenos surgidos en los años ochenta en América Latina. (Arthur, 2009) Ciertamente es que otros teóricos consideran que las primeras muestras de la transicionalidad se dieron con los juicios de Nurheberg (Teitel, 2003).

Con independencia de la postura que se adopte, se estima que lo cierto es que el neoconstitucionalismo amplía el contenido de los textos constitucionales, para que se contemplen o se haga referencia a principios, valores y derechos mínimos, así como a normas de derechos humanos y derecho internacional humanitario, las cuales también encuentran su aplicación cuando se trata de llevar a cabo procesos de justicia transicional. Por ello, sin la concepción moderna de lo que las constituciones deben proteger y de los valiosos derechos y deberes que las conforman, no podría hablarse de garantías que busquen la superación de estados violentos a estados de paz.

Por ello se considera que el neoconstitucionalismo es una de las teorías a partir de las cuales se construyen los procesos de justicia transicional en Colombia, especialmente, teniendo presente que la normatividad interna del país no reglamenta el desarrollo de estos procesos, siendo necesaria la remisión a normas de derecho internacional -por integración del Bloque de Constitucionalidad-, que además de regular la materia, fijan parámetros mínimos que deben ser observados por los países integrantes de los pactos, con el fin procurar la garantía de los derechos de todas las partes involucradas, y que además se basan en principios y valores a los que las Altas Cortes han hecho alusión en los diferentes pronunciamientos sobre las normas de justicia transicional promulgadas a la fecha. En consecuencia, acudir a normas supranacionales que integran la Constitución del país y que a su vez sirven de elementos de juicio para los pronunciamientos judiciales, no solo es imperativo, sino también un reflejo de la inserción de las características neoconstitucionales que se han enunciado.

Ahora bien, como se citó supra:

... para el neoconstitucionalismo existe una limitación de la discrecionalidad para la creación de leyes por parte del poder legislativo, el cual debe necesariamente atender a los principios y normas constitucionales. Asimismo, los jueces al momento de decidir las diferentes situaciones deben basar sus decisiones en las normas constitucionales, porque estas, como se dijo anteriormente, gozan de una aplicación directa. (Barroso, 2008)

En consecuencia, al tener en cuenta que en Colombia la norma de normas es la Constitución y que el Legislador y las demás autoridades que producen textos normativos deben acoger cada uno de sus postulados, pues las normas son sometidas al control constitucional de esa Corte o del Consejo de Estado, según su competencia, puede concluirse que efectivamente se tornan en un “referente legislativo” (Alexy, 1993), que en términos de justicia transicional se hace más riguroso, dada la remisión a las normas de derecho internacional sobre DDHH y DIH. Son justamente esta clase de referentes los que caracteriza o resalta el neoconstitucionalismo.

De otra parte, uno de los aspectos que a la luz de esta teoría se encuentra presente en Estados con neo constituciones, es que tanto los principios como los valores que consagran la Constitución y las normas que la integran, son el sustento de las decisiones judiciales. Este aspecto se encuentra evidenciado en el país, ya que la Corte Constitucional, según se verá, frecuentemente alude a esas bases que han motivado la consagración de las normas internas y externas para interpretar su contenido y determinar si son exequibles o no, o bien, para establecer si las acciones u omisiones gubernamentales vulneran esos principios y valores que aunque no se encuentran positivados en la Constitución deben ser aplicados y garantizados por integrar el derecho internacional.

Al respecto, como se observará en el acápite “la restitución de tierras en Colombia como desarrollo del neoconstitucionalismo, a la luz de la jurisprudencia constitucional”, el Alto Tribunal referenciado, mediante sentencia T-821 de 2007, precisó que el derecho a la restitución de los bienes de los cuales las personas han sido despojadas, constituye también un derecho fundamental, considerando que es parte fundamental del derecho a la reparación integral. (Sentencia T-821, 2007). Nótese cómo este pronunciamiento le otorga la calidad de fundamental a un derecho que no se encuentra consagrado como tal en el ordenamiento interno, ni en el externo, sino que se inscribe dentro del desarrollo del deber que tienen los Estado de procurar la reparación integral de las víctimas, principio éste que por demás, para el momento de la emisión de la sentencia solo encontraba desarrollo en las regulaciones internacionales. (Sentencia C-715, 2012)

1.1. Punto de encuentro: neoconstitucionalismo, justicia transicional y restitución de tierras

Se considera que aunque la justicia transicional ha tenido diferentes etapas y modelos de aplicación, sus características actuales no son objeto de discusión, ya que tanto Altas Cortes como doctrinantes, tienen en sus definiciones diferentes puntos de encuentro, no de disenso, por lo que como conclusión, puede decirse que

se trata de un mecanismo excepcional, concebido específicamente para atender las necesidades de las víctimas de vulneraciones a los DDHH o al DIH, que conlleva reformas institucionales, creación de mecanismos especiales, acciones judiciales y demás actividades que permitan el paso de la guerra o el conflicto hacia la paz, garantizando la verdad, justicia y reparación.

Sobre el derecho a la reparación integral, se tiene lo siguiente:

(...) la reparación a que tiene derecho la víctima de una violación grave de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario asume las siguientes modalidades: (1) restitución, (2) indemnización, (3) rehabilitación, (4) satisfacción, (5) garantías de no repetición (...) el restablecimiento de la libertad, los derechos legales, la situación social, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades (Botero Marino & Restrepo Saldarriaga, 2006)

Evidentemente, se estima que este derecho impone grandes cargas al Estado, ya que implica el desarrollo de políticas públicas suficientemente sustentadas, que permitan la atención adecuada de las necesidades actuales (en términos pecuniarios, asistenciales, morales, etc.), la determinación clara de los hechos pasados que vulneraron los DDHH y el DIH, y además las acciones futuras que impidan que los hechos se repitan. Bajo ese marco se tiene que la justicia transicional implica diferentes acciones con el fin de lograr la reparación integral, sin embargo, para que los mecanismos que se consagren sean efectivos, se requiere de una transformación y flexibilización estatal y legal que permita alcanzar los fines traspasando las barreras de la justicia ordinaria.

Una de las modalidades que debe abordarse, para cumplir el deber estatal de reparar integralmente a las víctimas, es la ‘restitución de tierras’, la cual tiene regulación internacional, de tal forma que es un imperativo para los Estados desarrollarla en los términos fijados por los estamentos supranacionales.

Al respecto, en los “Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas” de la Organización de las Naciones Unidas en su principio 2, se establece que todos los refugiados y desplazados tienen derecho a que se les restituyan las viviendas, las tierras y el patrimonio de que hayan sido privados arbitraria o ilegalmente, o a que se les indemnice cuando no sea posible la restitución. (Organización de las Naciones Unidas, 2007)

Asimismo, se regula que la restitución es el modo preferente de la reparación; que debe garantizarse a los desplazados la posibilidad de solicitar ante los entes

estatales la restitución de sus predios en forma idónea y gratuita; que deben establecerse las personas que pueden ser beneficiadas de la medida, comprendiendo entre ellas a la víctima directa, como a sus parientes, esposas, compañeras y los llamados a sucederlos; entre otros.

Además, en el principio 18, numeral 18.3, 2007, se determina que:

Los Estados deben garantizar que la legislación nacional relativa a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio sea coherente con el derecho interno y compatible con los acuerdos pertinentes en vigor, como los acuerdos de paz y de repatriación voluntaria, en la medida en que dichos acuerdos sean compatibles a su vez con las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas conexas. (Organización de las Naciones Unidas, 2007)

Como puede observarse, la normatividad internacional es clara en definir cuáles son los aspectos que deben garantizarse para restituir a las víctimas los predios que hayan perdido.

Igualmente, se evidencia que cualquier normatividad interna que regule la materia, debe estar acorde a los parámetros internacionales de DDHH y DIH, de tal forma que no son solo las legislaciones internas las que determinan los mecanismos que deben abordarse, sino que éstas deben flexibilizarse y ampliarse para estar acorde con las normas internacionales, lo cual solo es posible a partir de neoconstituciones, ya que son estos textos los que consagran principios y valores que atienden a postulados del derecho internacional, como en el caso colombiano a través del Bloque de Constitucionalidad. Si nos encontráramos ante constituciones meramente legalistas, cuyos únicos mandatos obedecen a lo allí consagrado y al derecho interno, las lógicas de los procesos transicionales no podrían materializarse.

Por último, es relevante destacar que las normas y principios sobre DDHH y DIH consagrados en instrumentos internacionales son de obligatorio cumplimiento para Colombia, como miembro de la comunidad internacional, de ahí la relevancia de adoptarlos en la legislación interna.

Al respecto, se tiene que la Constitución colombiana de 1991 establece en su artículo 93:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (Constitución Política, 1991)

Sobre el artículo precitado y el bloque de constitucionalidad que se conforma a partir del mismo, la Corte Constitucional ha indicado:

(...) la noción “bloque de constitucionalidad” pretende transmitir la idea de que la constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales.

(...) ‘Tal como se había adelantado, el concepto de “bloque de constitucionalidad” fue sistematizado de manera definitiva en la Sentencia C-225 de 1995, fallo en el cual la Corte Constitucional procedió a la revisión del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), así como de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo.

(...) La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional estrictu sensu.’ (Sentencia C-067, 2003)

Bajo ese marco, las normas relacionadas con DDHH y DIH consagradas en los convenios ratificados por Colombia, forman parte de la legislación colombiana (Sánchez Vallejo, 2015), motivo por el cual, es necesario formular normas de justicia transicional que respondan a las necesidades internas y que además atiendan las prescripciones internacionales sobre la materia, en este caso, la restitución de tierras.

2. Sobre la Restitución de Tierras en Colombia

Durante años el país ha enfrentado el fenómeno de desplazamiento masivo de víctimas de la violencia por causa de las acciones de grupos armados ilegales, conllevando la pérdida de las tierras porque las personas se han visto obligadas a abandonarlas o han sido despojadas de éstas. Autores como Reyes y Bejarano citados por Ramírez (2011) indican que la lucha por la tierra ha sido uno de los fenómenos principales generador del desplazamiento en el país (Ramírez, 2011), al tiempo que Duque expresa “estamos asistiendo a un proceso de despojo territorial

que está contribuyendo a aumentar la deuda histórica que tiene el país con millones de campesinos”. (Duque, 2006) (Gómez Isa, 2010, pág. 15)

Ante tal situación, durante años se han implementado por parte del Estado diferentes mecanismos que han buscado suplir las necesidades básicas de las personas en condición de desplazamiento, así como otorgarles ayudas que les permitan recuperar sus bienes y/o reubicarse en otros lugares. No obstante, la puesta en marcha de las diferentes medidas gubernamentales no fue efectiva (Uprimny-Yepes & Sánchez, 2010) motivo por el cual en el año 2004 se emitió un pronunciamiento de la Corte Constitucional que implicó un verdadero punto de partida para la materialización de los mecanismos concebidos hasta el momento y para el reconocimiento de la crisis frente a la atención de las personas desplazadas en Colombia.

Pese a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que alertaban sobre la situación en la que se encontraban las personas desplazadas, los resultados de las acciones desarrolladas por el Estado para atender las órdenes judiciales no fueron los esperados, por lo que se profirieron diferentes autos de seguimiento y sentencias complementarias, entre ellas, la sentencia T-821 de 2007, mediante la cual, por primera vez se reconoció la restitución de bienes como un derecho fundamental, entendiendo esta acción no solo por la relación con la tierra, sino también en lo atinente al regreso de la víctima a la situación en la que se encontraba antes del desplazamiento. Con este pronunciamiento judicial además de reconocerse la importancia del derecho a la restitución de bienes como un complemento necesario para concretar las medidas de reparación integral, se visualizó la necesidad de generar una política pública que procurara la recuperación de los muebles e inmuebles perdidos por las víctimas por causa del conflicto armado interno. (Sentencia T-821, 2007)

Continuando el Alto Tribunal precitado como gestor para el desarrollo de la política pública, se emitió uno de los diferentes autos de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, esto es, el Auto 008 de 2009 instando al Estado a generar una política integradora y consistente que permitiera orientar la acción estatal a la recuperación de los territorios, para que las víctimas pudieran gozar efectivamente de ellos, hoy materializado mediante (Ley 1448, 2011) también conocida como ‘Ley de Víctimas y Restitución de Tierras’.

El cuerpo normativo del texto legal precitado está dividido en dos grandes grupos, el primero, relacionado con los lineamientos y principios generales, las medidas asistenciales y de atención a las víctimas, sus derechos y las instituciones que deben garantizarlos; y el segundo, que contempla las disposiciones sobre la acción de restitución de tierras.

Uno de los aspectos más relevantes a destacar sobre la Ley, es que en cuanto a restitución de tierras se refiere, se fijó en el artículo 75 (Ley 1448, 2011) la temporalidad para acceder al derecho, de tal forma que los propietarios, poseedores o explotadores de baldíos, que hubieran abandonado o sido despojados de sus predios, como consecuencia de los hechos que configuran las violaciones del artículo tercero ibídem, entre el 1º de enero de 1991 y el término de vigencia de la Ley, pueden solicitar la restitución jurídica y material de las tierras. Término declarado exequible en (Sentencia T-679, 2015)

Por otra parte, respecto a la política pública de restitución de tierras, debe destacarse que la Ley de Víctimas (Ley 1448, 2011) contiene tres grandes novedades respecto a las anteriores normas que pretendieron regular la materia, la primera, está relacionada con la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas –Unidad de Tierras–; la segunda, es la creación de una jurisdicción especial de jueces y magistrados especializados en la materia; y la tercera, que recoge las dos anteriores y que puede definirse como la integración de diferentes entidades para viabilizar la política pública, evitando incurrir en los errores de normas anteriores. La Unidad de Tierras tiene dentro de sus funciones adelantar la etapa administrativa relacionada con la inclusión en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, de las personas y los predios que cumplen los requisitos establecidos en el artículo 75 precitado, con la salvedad que ese acto definitivo tan solo constituye el requisito de procedibilidad para accionar ante la jurisdicción de restitución de tierras, instancia que finalmente resolverá si procede o no el derecho reclamado. De esta forma, es claro que la Unidad no tiene dentro de sus funciones el otorgamiento del derecho a la restitución ni la formalización de los predios, no obstante, si la decisión de la Unidad consiste en no iniciar el estudio de la solicitud o no incluir en el Registro de Tierras, la posible víctima no podrá acceder a la jurisdicción especializada.

Culminada la etapa administrativa con una decisión de inclusión en el Registro, constitutiva del requisito de procedibilidad, la posible víctima podrá interponer la demanda ante los jueces especializados en restitución de tierras, por medio de la Unidad de Tierras (servicio gratuito), en forma directa, o por intermedio de apoderado, de forma verbal o escrita. Ante la jurisdicción, las pruebas que aporta la Unidad y que fueron recaudadas durante la etapa administrativa, se presumen fidedignas.

El proceso judicial consagrado en la Ley, goza de particularidades que hasta el momento no habían sido conferidas a ninguna otra jurisdicción, entre ellas se encuentra el breve término con el que cuentan los jueces para pronunciarse mediante sentencia definitiva, esto es, cuatro meses; las presunciones de derecho y legales que otorgan a los jueces mayores herramientas para definir los derechos,

incluso al punto de permitirles declarar nulos actos administrativos ejecutoriados o sentencias proferidas por otras jurisdicciones. En el artículo 77 (Ley 1448, 2011).

Asimismo, en su artículo 95 (Ley 1448, 2011) establece una posibilidad procesal que permite a los jueces y magistrados integrar los litigios que se estén tramitando ante otras jurisdicciones u entes administrativos, de tal forma que su sentencia puede resolver en forma definitiva el derecho sobre el bien inmueble, aunque este haya estado pendiente en otros estrados. Se considera que esta acumulación tiene como finalidad propiciar fallos integradores, que definan de fondo y en una sola oportunidad los derechos respecto a los predios, superando la desarticulación y pulverización normativa que se había tenido hasta la fecha, otorgándole a los jueces, una facultad jurisdiccional ilimitada en lo atinente a resolver los conflictos sobre las tierras reclamadas en restitución o formalización.

En atención a todo lo expuesto, puede concluirse que la Ley 1448 de 2011 es el reflejo del crecimiento institucional respecto a la política pública de restitución de tierras, por cuanto da muestra de una verdadera integración institucional en pro de restituir los bienes a las víctimas de la violencia, esperando, por el bien de los sujetos a quien está dirigida, que logre los fines propuestos.

3. La restitución de tierras en Colombia como desarrollo del neoconstitucionalismo, a la luz de la jurisprudencia constitucional

Según se indicó en el acápite anterior, es claro que la restitución de tierras cuenta con un origen principalmente constitucional, y bajo ese entendido, es posible identificar en el contenido de la Ley 1448 de 2011 una base neoconstitucionalista a la luz de lo expuesto supra, siendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional la mejor guía para su identificación.

3.1 Garantía jurisdiccional de la Constitución y la injerencia de la autoridad judicial en el desarrollo de la restitución de tierras

Juan Carlos Henao (2013) expone que han sido las condiciones sociales las que han llevado al juez constitucional a intervenir en la implementación y desarrollo de las políticas públicas, toda vez que la gobernanza, entendida esta como la capacidad financiera y administrativa para convertir las decisiones del Estado, en realidad ha entrado en crisis. A su vez, es viable concluir que la intervención

de los jueces en las políticas públicas se encuentra legitimada en el deber de la guarda de la integridad y supremacía de la constitución, “[p]or ende, el tribunal constitucional juega un rol en el sistema jurídico-político: preservar la vigencia de la Constitución y controlar que así se haga en cada acción del Estado.” (Henao Pérez, 2013, pág. 73)

Como se precisó en el capítulo anterior, la emisión de la Ley 1448 de 2011 estuvo precedida de una serie de pronunciamientos de la Corte Constitucional como seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, y a partir de la entrada en vigencia de la norma, el Alto Tribunal ha sido el encargado de interpretar y establecer el alcance de la Ley. En ese sentido, se han proferido diversas sentencias en las que es posible identificar la existencia de ejes temáticos principales de la restitución de tierras, los cuales tienen correspondencia con la teoría neoconstitucionalista.

3.2 Derechos fundamentales como principios o valores y optimización de los derechos en la restitución de tierras

Tal como se expuso en el primer capítulo, el neconstitucionalismo ha determinado que los derechos no sean simples descripciones normativas, sino que atiendan a la estructura de principios y valores, por lo cual se presentan como mandatos de optimización. Atendiendo a lo anterior, la Corte Constitucional ha propugnado la optimización del derecho a la reparación de las víctimas y específicamente del derecho a la restitución de tierras, como uno de los componentes principales de la reparación. Lo anterior, considerando que en las diversas ocasiones en las cuales la Corte ha tenido que ponderar otros derechos, con el derecho a la restitución, ha preferido optimizar este último, verbigracia con el derecho a la propiedad privada o al debido proceso¹.

En ese orden de ideas respecto al derecho a la restitución, la Corte Constitucional en sentencia C-715 de 2012 indica que la reparación debe ser

¹ Así por ejemplo la Corte Constitucional al realizar el estudio de la única instancia en el proceso de restitución, optimizó este último considerando que se requiere de un trámite expedito en aras de satisfacer los derechos de las víctimas, por lo cual el derecho a la doble instancia debe ceder ante el derecho a la restitución C- 099/13. Igualmente, el derecho a la propiedad de los terceros sea de buena fe exenta de culpa o no, debe ceder ante el derecho a la restitución, toda vez que si hay lugar a la restitución, al tercero, si es de buena fe exenta de culpa o segundo ocupante, se le reconoce una compensación; pero pierde una su relación con el predio, y si no lo es, no se le reconoce compensación y como consecuencia del fallo pierde la propiedad sobre el inmueble.(Sentencia C-099, 2013) (Sentencia C-795, 2014)

integral, por consiguiente, lo que se pretende es restablecer a la víctima a la situación anterior en que se encontraba previa la vulneración. En ese orden de ideas, reitera la Corte en su pronunciamiento (Sentencia T-821, 2007), para precisar que el derecho a la restitución de los bienes de los cuales las personas han sido despojadas, constituye también un derecho fundamental, considerando que es parte fundamental del derecho a la reparación integral. (Sentencia C-715, 2012)

Bajo ese marco, se puede identificar que el reconocimiento de derecho a la restitución, y más aún como un derecho fundamental, puede ser una clara manifestación del neoconstitucionalismo². Lo anterior teniendo en cuenta que el derecho a la restitución se erige en aras de optimizar otros derechos fundamentales, tales como el derecho la reparación integral, el derecho a la vida digna, el derecho a la igualdad, entre otros; pero también se establece para apoyar un restablecimiento de la justicia que ha sido resquebrajada respecto de sujetos de especial protección como lo son las víctimas.

Por otro lado, frente a la protección de los derechos de las víctimas, la Corte Constitucional señala en sus sentencias que el contenido normativo respecto de la restitución de tierras se encuentra orientado a la protección de las víctimas del conflicto, que en el presente caso han sido además víctimas de despojo o de abandono forzado; con ello, como lo señala Silva (2008): “pretende brindar a las personas víctimas de violaciones de derechos humanos un mecanismo constitucional, y por lo tanto, interno, que remedie la vulneración.” (Silva Portero, 2008, pág. 75)

Atendiendo lo mencionado, en sentencia de 2012 la Corte Constitucional establece que siendo la restitución una medida de reparación, se encuentra

² Una de las características principales del neoconstitucionalismo es la identificación de los derechos como principios o valores, los cuales de conformidad con la teoría de Robert Alexy (1993) se entienden como mandatos de optimización, concepto que define el mencionado autor de la siguiente manera: “normas que ordenan la realización de algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexy, 1993, pág. 14). Bajo ese marco, teniendo en cuenta la prevalencia que da la Corte Constitucional al derecho a la restitución en todos sus pronunciamientos sobre el tema, desde el Auto 008 de 2009 en adelante, hasta su última providencia, la Sentencia C- 330 de 2016, es posible concluir que el precitado Máximo Tribunal ordena la realización de la restitución de tierras en la mayor medida posible, reconociéndole como un derecho de carácter fundamental, de conformidad con el los principios internacionales que sobre el derecho de las víctimas de los conflictos se han proferido (Principios Pinheiro y Principios Deng) (Sentencia C-330, 2016). Lo anterior, evidencia que la restitución de tierras puede presentarse como un desarrollo de la teoría neoconstitucionalista.

fundamentada en la especial protección a las víctimas del conflicto armado. (Sentencia C-820, 2012)

Por otro lado, en sentencia C-250 de 2012, la corte estudia la temporalidad establecida en la Ley 1448 de 2011 para la restitución de tierras, es decir, la aplicación de las medidas de restitución para aquellas víctimas de despojo y abandono forzoso a partir del 1 de enero de 1991, estableciendo que la limitación no desconocía a las víctimas anteriores a la mencionada fecha y que la distinción no es arbitraria, ya que atiende a la preservación de la información y a la protección de derechos de terceros. (Sentencia C-250, 2012)

Igualmente, en sentencia C-795 de 2014 respecto a la entrega del predio establecida para tres días después del pago de las compensaciones, norma contenida en el artículo 100 de la Ley 1448 de 2011, la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo, teniendo como razón principal la necesidad de proteger la situación de vulnerabilidad e indefensión de las víctimas y la materialización del derecho a la restitución. (Sentencia C-795, 2014)

De otro lado, en Sentencia T- 679 de 2015, sostiene la Corte que en el caso de la restitución, se garantice mínimamente el derecho, debe existir un plan. Expone el Máximo Tribunal que lo mínimo que debe hacer la autoridad a cargo de cumplir con la obligación de realizar la restitución. No se cumple, entonces, con la dimensión positiva del derecho fundamental a la restitución “cuando ni siquiera se cuenta con un plan que conduzca, gradual pero seria y sostenidamente garantizarlo y protegerlo”. Bajo el anterior postulado, la Alta Corporación ordenó al Gobierno Nacional, elaborar un plan estratégico que determine las acciones y tiempos para la implementación de la restitución por el término de la vigencia de la Ley 1448 de 2011. (Sentencia T-679, 2015)

Asimismo, en Sentencia C-330 de 2016, la Corte nuevamente confronta el derecho a la restitución con el derecho a la propiedad, la posesión u ocupación de terceros, en este caso frente a los segundos ocupantes. En el aludido fallo la mencionada Corporación mantiene la exequibilidad de la expresión “buena fe exenta de culpa”, contenida en los artículos 88, 91, 98 y 105 de la Ley 1448 de 2011, según la cual solo al opositor que demuestre en el marco de la etapa judicial del proceso de restitución de tierras, su buena fe exenta de culpa, tendrá derecho a la compensación. (Sentencia C-330, 2016)

La Corte, en aras de proteger el derecho a la restitución de las víctimas que sufrieron el despojo o abandono forzoso de sus tierras, expuso lo siguiente:

La buena fe exenta de culpa es una exigencia esencial en los procesos de restitución de tierras, pues pretende revertir el despojo y el abandono forzado de predios que, en el marco del conflicto armado interno, se dieron a través

de una combinación de estrategias violentas, con el abuso de la posición de debilidad de las víctimas y el interés por extender, con posterioridad, un manto de legalidad a los negocios. (Sentencia C-330, 2016)

Bajo ese marco, la Corte mantuvo la constitucionalidad de la expresión; pero condicionó su interpretación para que también fueran compensados aquellos terceros denominados segundos ocupantes, los cuales se definen como aquellas personas vulnerables, que ocuparon un predio con el propósito de hacer efectivos sus derechos fundamentales a la vivienda, el mínimo vital y el trabajo, y que no tuvieron relación alguna con el despojo, independientemente de que no hayan realizado todas las gestiones requeridas para verificar que el predio no fue objeto de despojo o abandono forzoso. (Sentencia C-330, 2016)

Las decisiones anteriores, permiten concluir que en la Ley 1448 de 2011 existe una preocupación y garantía respecto de los derechos de las víctimas, lo cual se ha materializado a través de los pronunciamientos del máximo órgano de lo constitucional, toda vez que este Tribunal ha propugnado dar a dichos derechos un gran alcance y respeto en el ordenamiento jurídico a través de todos sus pronunciamientos sobre el tema, en los cuales con claridad ha hablado de la relevancia del derecho a la restitución como parte del derecho a la reparación integral y como derecho fundamental autónomo.

Recordando lo que se trató en el primer capítulo respecto de la teoría de Robert Alexy de los principios como mandatos de optimización (Alexy, 1993), es posible identificar con claridad que la Corte Constitucional, en el estudio de constitucionalidad de las normas de la Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras, ha realizado un ejercicio de ponderación orientado siempre a dar un mayor peso a los derechos de las víctimas (Alexy, 1997).

Dicho ejercicio de ponderación se sustenta en el reconocimiento del derecho a la restitución como un derecho fundamental, que se deriva del derecho a la reparación integral de las víctimas. En ese sentido, atendiendo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional previamente citados, es posible evidenciar que dicha corporación propugna la optimización de los derechos de las víctimas, siempre dándoles un mayor peso.

En efecto, tal como se observó en las decisiones precitadas, se observa que la Máxima Corporación hace ceder otros derechos frente al derecho a la restitución de las víctimas, así por ejemplo ocurre con el derecho a la compensación de los terceros, el derecho a la propiedad, el derecho a la doble instancia, entre otros, e incluso en aras de optimizar dicha restitución, la Corte confronta al Gobierno Nacional para que desarrolle un plan mediante el cual garantice la efectiva restitución de tierras de todas las víctimas de despojo y abandono forzoso del país.

En ese orden de ideas, es evidente la intención de la Corte de hacer que el derecho a la restitución se realice en la mayor medida posible, lo cual según la teoría de Robert Alexy (1993) podría significar que el aludido derecho se manifiesta para el Máximo Tribunal, como un mandato de optimización.

En consecuencia, se observa la participación de la teoría neoconstitucionalista en el articulado de la Ley 1448 de 2011, pero además es evidente que en la interpretación que realiza la Corte Constitucional de la norma, existe una gran preocupación por dar el mayor alcance a los derechos de las víctimas, lo cual también implica un desarrollo de tipo neoconstitucionalista, considerando que los derechos son tomados como principios o valores que determinan la aplicación e interpretación de la ley.

3.3 Eficacia directa y supremacía de la Constitución en la restitución de tierras.

La restitución de tierras encuentra identidad con el neoconstitucionalismo respecto a la eficacia directa, teniendo en cuenta que para su reconocimiento como derecho y su aplicación y obligatoriedad, no requiere de un desarrollo normativo por parte del órgano legislativo, sino que se trata de una garantía jurídica propia de las víctimas. La legislación obra como una herramienta y es obligación del Estado desarrollarla, sin embargo, el reconocimiento, garantía y protección opera a partir del establecimiento del derecho de carácter constitucional.

De la misma manera, la restitución de tierras es un desarrollo de la supremacía constitucional, toda vez que la máxima jerarquía de la Carta fundamental determinó la necesidad de establecer una política pública, y un procedimiento constitucional y expedito para propugnar la restitución jurídica y material de los predios que fueron objeto de despojo y abandono por parte de grupos armados al margen de la ley. En ese sentido, los principios y características de la restitución de tierras, así como su proceso, atienden principalmente a normas de jerarquía constitucional, que operan más allá de las normas civiles que deban aplicarse en cada caso concreto, lo anterior considerando el fin que se persigue respecto a la atención y reparación de las víctimas del conflicto armado en un marco de justicia transicional.

Ahora bien, pueden identificarse dos ejes temáticos que demuestran el desarrollo de las características neoconstitucionalistas de eficacia directa y supremacía constitucional con referencia a la restitución de tierras:

3.3.1 Independencia del derecho a la restitución.

En la sentencia C-820 de 2012, la Corte Constitucional desliga la restitución de tierras de la discrecionalidad del Estado, toda vez que como medida de reparación, la restitución no deriva del reconocimiento del legislador, sino de una garantía jurídica que tienen las víctimas para presentar solicitudes para recuperar los derechos reales que tenían sobre un predio, y que en caso de no ser posible lo anterior, se proceda a la devolución por equivalencia o a la compensación. En consecuencia, el carácter de medida de reparación de la acción de restitución, implica reconocer que la víctima es titular de un derecho que no deriva, aunque se reafirme y adquiera forma, del reconocimiento que del mismo hace el Legislador. (Sentencia C-820, 2012)

Amén de lo anterior, la restitución de tierras no responde únicamente a una determinación estatal para combatir el delito, y en esa medida, se insiste, la comprensión de los mecanismos que la hacen realidad debe partir del reconocimiento de un derecho subjetivo, adscrito a los derechos constitucionales, de acceder a la administración de justicia para obtener la reparación de los daños sufridos y a contar con la protección de las diversas manifestaciones de la propiedad. (Sentencia C-820, 2012)

En consecuencia, el derecho a la restitución de tierras tiene eficacia directa por lo cual es un deber del Estado su garantía inmediata. Tal como lo expone la Corte, la regulación del derecho a la restitución de tierras en la Ley 1448 de 2011 es un mecanismo para lograr la efectividad y garantía del derecho, pero de su desarrollo legal no depende su reconocimiento ni existencia. (Ley 1448, 2011)

3.3.2 El especial proceso de restitución de tierras.

La Ley 1448 de 2011 y su Decreto reglamentario 1071 de 2015 compilatorio del Decreto 4829 de 2011 establecen un proceso de restitución de tierras mixto según se vio en el acápite precedente, siendo del caso precisar que no se trata de un proceso civil ordinario que atiende a las normas regulares, sino que se trata de un proceso especial que se vincula a derechos fundamentales enmarcados en principios supra nacionales, específicamente el derecho a la restitución y a la reparación integral, toda vez que cuenta con términos expeditos, es de única instancia³, requiere la decisión de una autoridad administrativa para la inclusión

³ Si bien el principio general constitucional colombiano es la doble instancia, en el caso de la restitución de tierras, el hecho de que exista una única instancia optimiza el derecho fundamental

en el Registro de Tierras Despojadas o Abandonadas Forzosamente, de una autoridad judicial para la controversia de las pruebas recaudadas por la Unidad y la decisión en derecho sobre la procedencia o no de la restitución. (Decreto 1071, 2015) (Decreto 4829, 2011)

El proceso tal y como está formulado en la Ley cuenta con todos los elementos para la protección constitucional de los derechos de las víctimas y de los derechos de terceros que intervienen en el mismo, así lo estableció la Corte Constitucional en sentencia C-099 de 2013 cuando estudió la constitucionalidad de la única instancia en la etapa judicial, justificando sus específicas particularidades. (Sentencia C-099, 2013)

Bajo ese marco, es posible establecer que el proceso de restitución se ajusta a las exigencias constitucionales de establecer un procedimiento expedito para la garantía del derecho fundamental a la restitución de tierras, por lo cual es un desarrollo de la eficacia directa y la supremacía constitucional, toda vez que su existencia se deriva directamente de normas constitucionales (internas y bloque de constitucionalidad) y jurisprudencia constitucional. Incluso puede considerarse que el proceso de restitución no es una acción de carácter civil, sino por el contrario es una acción de carácter constitucional.

Ramírez (2013) destaca que el proceso de restitución de tierras despojadas o abandonadas es un recurso de carácter constitucional, lo cual según el autor se refleja de la siguiente forma:

- a) Aplicación directa de principios que hacen parte del bloque de constitucionalidad: Existe una aplicación directa de principios rectores contenidos en instrumentos internacionales, tales como los principios Deng y los principios Pinheiro (...); b) La existencia de principios constitucionales en la Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras (Ley 1448 de 2011): Se destacan los siguientes principios: i. El principio pro homine (...) ii. El principio de buena fe (...) iii. El principio de prevalencia constitucional (...) iv. El principio de debido proceso (...); c) Informalidad en el ejercicio del derecho de acción: Se asemeja a las acciones constitucionales en la informalidad para su presentación; d) Presunciones especiales e inversión de la carga de la prueba (...); e) Las

a la restitución, toda vez que en tratándose del precitado derecho, se requiere de un proceso expedito que permita proteger a las víctimas del despojo y evitar su exposición al riesgo, así como la efectividad de la restitución. Por consiguiente el proceso de restitución de tierras es una excepción a la doble instancia, lo cual en este caso favorece los derechos a la reparación integral de las víctimas y a la restitución.

facultades especiales del juez de restitución de tierras: Las facultades del juez de restitución se asemejan más a las facultades de un juez constitucional que a las de un juez civil (...); f) Celeridad y eficacia del trámite: El término para decidir es expedito (4 meses prorrogables por 4 más) y pretende proteger a las víctimas de la tramitología propia de los procesos civiles ordinarios. En ese sentido, en la ley se establecen otras medidas en aras de la celeridad, tales como: i. La notificación por el medio más expedito (...); ii. Proscripción de instituciones propias del proceso civil (...) iii. La única instancia (...); g) La posibilidad de adelantar procesos colectivos: Asemejándose a la acción popular o de grupo (...). (Ramírez Cardona, 2013)

En atención a todo lo expuesto, considerando el fin constitucional del proceso y las características y figuras también constitucionales del mismo, es posible determinar que el carácter del mismo es constitucional y no civil (Ramírez Cardona, 2013).

En ese orden de ideas, no puede entenderse que el proceso de restitución sea de naturaleza civil, respecto del cual inexorablemente deben aplicarse, en lo no regulado por la ley, las normas de ese procedimiento. Conviene precisar, que si bien la situación objeto de litigio en principio afecta derechos patrimoniales entre particulares, lo cierto es que el hecho de estar directamente involucrado a derechos fundamentales como lo son el derecho a la restitución y el derecho a la reparación integral, el alcance de la restitución, las circunstancias generadoras del despojo o abandono, la posibilidad de que se vean también vinculados intereses patrimoniales del Estado y la misma imposición de realizar el objeto de la ley en el marco de la justicia transicional, conllevan a afirmar que el proceso trasciende el ámbito de la jurisdicción civil.

Conclusiones

Considerando lo expuesto, es posible determinar que la restitución de tierras en Colombia es un desarrollo del neoconstitucionalismo, teniendo en cuenta que se encuentra una clara identidad entre sus ejes temáticos y figuras principales con las características que diversos autores han establecido para la mencionada teoría.

Lo anterior implica que el desarrollo de la restitución de tierras como política pública y como figura jurídica debe estudiarse a luz de los principios constitucionales y desde la jurisprudencia constitucional, teniendo en cuenta que es la Corte Constitucional la encargada de realizar el estudio de la norma a la luz de los contenidos de la Carta Fundamental y de los postulados de derecho internacional sobre la materia.

Asimismo, esta relación entre neoconstitucionalismo y restitución de tierras permitirá a los distintos operadores jurídicos, al momento de resolver los diversos conflictos que se presenten, acudir primariamente a las fuentes constitucionales y al bloque de constitucionalidad, pues como se ha indicado, los postulados de la Ley 1448 de 2011 responden a principios y valores contenidos más allá de las fuentes legales ordinarias propias del derecho civil.

De igual forma, es claro que, en el país, el desarrollo de la política pública para la atención y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno ha sido impulsado por la Corte Constitucional, quien desde distintos escenarios de análisis situacional, ha instado al Estado a adoptar las medidas necesarias para conjurar la crisis humanitaria y estado de cosas inconstitucionales derivado del desplazamiento masivo. Asimismo, ha sido ese Alto Tribunal el encargado de reconocer que la restitución de los bienes es un derecho fundamental que debe ser garantizado por los diferentes entes estatales, a la luz de lo consagrado en los instrumentos internacionales.

Sin las acciones de seguimiento y vigilancia al desarrollo de la política pública en torno a los derechos de las víctimas de la violencia, y sin el análisis de los postulados internacionales sobre este tema, que ha llevado a cabo el máximo Tribunal de lo Constitucional, no hubiera sido posible la materialización de la Ley 1448 de 2011⁴ y de su especial acápite sobre la restitución de tierras, hoy, muestra del deseo que tiene el Legislador de lograr la articulación interinstitucional y la puesta en marcha de verdaderas medidas que permitan restituir las tierras a las personas que se han visto obligadas a abandonarlas o han sido despojados de las mismas.

Se concluye entonces, que la Ley 1448 de 2011 es el reflejo del crecimiento institucional respecto a la política pública de restitución de tierras, por cuanto da muestra de una verdadera integración institucional en pro de restituir los bienes a las víctimas de la violencia, teniendo como ejes centrales normas no

⁴ Así se reconoce en la exposición de motivos desarrollada en la Gaceta 617 de 2010 de la Cámara de Representantes, en la cual se estableció lo siguiente:

“La Corte Constitucional en el Auto 008 de 2009 señaló los siguientes parámetros que fundan las disposiciones del proyecto de ley que se presenta a consideración de las Cámaras” (Proyecto de ley 085, 2010)

Asimismo, en dicha exposición de motivos se indica que el proyecto de Ley deberá cumplir con cumplimiento a los requisitos mínimos de racionalidad de las políticas públicas señalados por la Corte Constitucional entre otras en la Sentencia T-025 de 2004 y en los Autos 185 de 2004, 178 de 2005, 218 de 2006, 092 de 2007 y 251 de 2008.30.

solo constitucionales, sino supranacional les que finalmente, han establecido en forma primigenia, los derechos de las personas que han perdido sus tierras por causa de la violencia y los estándares mínimos que deben tenerse presentes para lograr una restitución efectiva.

Por consiguiente, la implementación de esta política implica enormes retos en materia de articulación, integración y atención institucional, cuyos fines deben alcanzarse para beneficiar a una población que ha sido constantemente vulnerada por la guerra en la que ha vivido el país.

Referencias

- ALDUNATE LIZANA, E. (Julio de 2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho*, XXIII (1), 79-102. Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100004
- ALEXY, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. México D.F.: Distribuciones Fontamara.
- ALEXY, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (C. d. Constitucionales, Ed.) España: Ilustrada.
- ANGULO CEBALLOS, J. (2014). La Ley de víctimas y restitución de tierras y sus repercusiones de favorabilidad para la paz de Colombia. *Revista Advocatus*, 11 (23), 167-180.
- ARTHUR, P. (Mayo de 2009). How “Transitions” Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice. *Humans right quarterly*, 31(2), 321-367. Obtenido de <http://www.qub.ac.uk/home/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Fileupload,697309,en.pdf>
- Auto 008. (26 de Enero de 2009). Corte Constitucional. La Sala Segunda de Revisión. M.P.: *Manuel José Cepeda Espionza*. Bogotá D.C., Colombia: REF: sentencia T-025 de 2004. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A008-09.htm>
- BARROSO, L. R. (2008). *El Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México. Obtenido de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Barroso-El-neoconstitucionalismo-y-la-constitucionalizacion-del-Derecho-El-triunfo-tardio-del-Derecho-constitucional-en-Brasil.pdf>
- BOTERO MARINO, C., & RESTREPO SALDARRIAGA, E. (2006). Estándares Internacionales y procesos de transición en Colombia. En R. Uprimny Yepes, M. P. Saffon Sanín, C. Botero Marino, & E. Restrepo Saldarriaga, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (1ª ed., págs. 45-107). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Antropos. Obtenido de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf

- CARBONELL SANCHEZ, M. (2003). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos* (1ª ed.). Madrid, España: Trotta Ediciones.
- Constitución Política. (20 de Julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. *en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia...* Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Decreto 1071. (26 de Mayo de 2015). Presidencia de Colombia. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 49.523 de 26 de mayo de 2015. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=62505>
- Decreto 4829. (20 de Diciembre de 2011). Presidencia de la República. *Por el cual se reglamenta el Capítulo III del Título IV de la Ley 1448 de 2011 en relación con la restitución de tierras*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 48280 del 20 de diciembre de 2011. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=45065>
- DUQUE, M. (2006). “Desplazados y desterrados... Un desafío en marcha”, en Tierra y desplazamiento en Colombia. Crisis humanitaria por el control del territorio. *Taula Catalana per la Pau i els Drets Humans a Colombia*, 109-114.
- FERRAJOLI, L. (2003). Pasado y Futuro del Estado de Derecho. En M. Carbonell Sanchez, *Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escogidos*. (1ª ed., págs. 13-19). Madrid, España: Trotta Ediciones. Obtenido de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>
- GÓMEZ ISA, F. (Julio-Diciembre de 2010). La restitución de la tierra y la prevención del desplazamiento forzado en Colombia. *Estudio Socio-Jurídico*, 12(2). Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792010000200002
- GUASTINI, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell Sanchez, *Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escogidos* (1ª ed., págs. 49-73). Madrid, España: Trotta Ediciones. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/22/11.pdf>
- HENAO PÉREZ, J. C. (2013). El Juez Constitucional: Un actor de las políticas públicas. *Revista De Economía Institucional*, 15(29), 67-102. Obtenido de <http://www.economiainstitucional.com/esp/vinculos/pdf/No29/jhenao29.pdf>
- Ley 1448. (10 de Junio de 2011). Congreso de la República. *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.096 de 10 de junio de 2011. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=43043>

- NIÑO PAVAJEAU, J. F. (1 de Agosto de 1999). Las migraciones forzadas de población, por la violencia, en Colombia: una historia de éxodos, miedos, terror y pobreza. *Scripta Nova Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*.(45). Obtenido de <http://www.ub.edu/geocrit/sn-45-33.htm>
- Organización de las Naciones Unidas. (Abril de 2007). *Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas*. Obtenido de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2008/6325.pdf>
- PRIETO SANCHÍS, L. (Mayo-Agosto de 2004). El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional* (71), 47-72. Obtenido de <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-ElConstitucionalismoDeLosDerechos-989905.pdf>
- PRIETO SANCHÍS, L.(2010). Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos). *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*(44), 461-506. Obtenido de <file:///C:/Users/usuario/Downloads/516-782-1-PB.pdf>
- PRIETO SANCHÍS, L. (2011). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid. Obtenido de [https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(201-228).pdf)
- Proyecto de ley 085. (9 de Septiembre de 2010). Cámara de Representantes. *Por la cual se establecen normas transitorias para la restitución de tierras*. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta del Congreso 617. Obtenido de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=085&p_consec=26717
- RAMÍREZ CARDONA, O. H. (Diciembre de 2013). La restitución de tierras. Acción constitucional para la protección de un derecho social fundamental. *Revista de Derecho Público*(31), 2-28.
- SÁNCHEZ VALLEJO, J. (2015). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 183-226.
- RAMÍREZ, S. (2011). El giro de la política exterior colombiana. *Nueva Sociedad*(231), 79-95. Obtenido de <http://nuso.org/articulo/el-giro-de-la-politica-exterior-colombiana/>
- Sentencia C-067. (4 de Febrero de 2003). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: *Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C., Colombia: REF: expediente D-4111. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>
- Sentencia C-099. (27 de Febrero de 2013). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: *Maria Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C., Colombia: REF: expediente D-9214. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-099-13.htm>
- Sentencia C-250. (28 de Marzo de 2012). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: *Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C., Colombia: REF: expedientes D-8590, D-8613 y D-8614 acumulados. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-250-12.htm>

- Sentencia C-330. (23 de Junio de 2016). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: *María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C., Colombia: REF: expediente D-11106. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-330-16.htm>
- Sentencia C-715. (13 de Septiembre de 2012). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: *Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia: REF: expediente D-8963. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-715-12.htm>
- Sentencia C-795. (30 de Octubre de 2014). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: *Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá D.C., Colombia: REF: expediente D-10190. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-795-14.htm>
- Sentencia C-820. (18 de Octubre de 2012). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: *Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C., Colombia: REF: expediente D-9012. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-820-12.htm>
- Sentencia T-025. (22 de Enero de 2004). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. M.P.: *Manuel José Cépeda Espinosa*. Bogotá D.C., Colombia: REF: expediente T-653010. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>
- Sentencia T-679. (3 de Noviembre de 2015). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. M.P.: *Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia: REF: Expediente T-4.573.722. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-679-15.htm>
- Sentencia T-821. (5 de Octubre de 2007). Corte Constitucional. La Sala Octava de Revisión. M.P.: *Catalina Botero Marino*. Bogotá D.C., Colombia: REF: T-1642563. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-821-07.htm>
- SIERRA CADENA, G. (2009). *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia*. (1ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario.
- SILVA PORTERO, C. (2008). Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción? En R. Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo y sociedad*. (1ª ed., págs. 51-84). Quito, Ecuador: V&M Gráficas.
- TEITEL, R. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 16. Obtenido de <http://www.qub.ac.uk/home/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Fileupload,697310,en.pdf>
- UPRIMNY-YEPES, R., & SÁNCHEZ, N. C. (Julio-Diciembre de 2010). Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 12(2), 305-342. Obtenido de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1373/1263>
- VIGO, R. L. (2015). Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias. En M. Carbonell Sánchez, H. F. Fix-Fierro, & D. Valadés, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*. (Vol. 2, págs. 851-885). México D.F.: Universidad Autónoma de México. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3845/33.pdf>

Igualdad, derechos y garantías de las parejas del mismo sexo: análisis descriptivo de las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional colombiana*

Equality, rights and warranties of same-sex couples descriptive: analysis of interpreting techniques used by the colombian constitutional court

Recibido: Enero 25 de 2016 - Evaluado: Abril 19 de 2016 - Aceptado: Mayo 28 de 2016

Ahneyenzy Carrillo Velásquez**

Para citar este artículo / To cite this article

Carrillo Velásquez, A. (2016). Igualdad, derechos y garantías de las parejas del mismo sexo: análisis descriptivo de las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional colombiana. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 119-142.

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación denominado “Nuevos Derechos y garantías de las parejas del mismo sexo en Colombia”. Adscrito al Grupo de investigación “Derecho y Sociales”, Semillero de investigación denominado “Teoría y Jurisprudencia de los derechos fundamentales” de la Fundación Universitaria Tecnológico de Comfenalco.

** Abogada. Candidata a Magister en Estado de Derecho Global & Democracia Constitucional. Universidad de Génova. Italia; Especialista en Derecho Civil y de Familia. Universidad del Norte. Barranquilla, Colombia. Docente investigadora de la Fundación Universitaria Tecnológico de Comfenalco, Cartagena, Colombia.
Correo electrónico: ahneyenzycv@gmail.com

Resumen:

Este artículo analiza y describe, la situación fáctica y jurídica de las parejas del mismo sexo, y el desarrollo de sus derechos, obligaciones y garantías, reconocidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, fundamentado en principios constitucionales como la igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad.

Conjuntamente con lo anterior, este escrito especifica cuáles han sido las técnicas de interpretación usada en la línea jurisprudencia der la Corte Constitucional Colombiana, de conformidad con la teoría de interpretación jurídica del profesor Riccardo Guastini, para luego determinar cuál es la tendencia interpretativa de la Corte Constitucional en su línea jurisprudencial.

Palabras clave: Parejas del mismo sexo, derechos, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, Constitución, Corte Constitucional, técnicas de Interpretación.

Abstract:

This article analyzes and describes the factual and legal situation of same sex couples and the development of their rights, obligations and guarantees, recognized in the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court, based on constitutional principles such as equality, non-discrimination and Free personality development.

This paper specifies the interpretation techniques that are used in the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court, according to the theory of juridical interpretation of Professor Riccardo Guastini, in order to determine the interpretive tendency of the Constitutional Court in its jurisprudential line.

Key words: Same-sex couples, rights, equality, free development of personality, Constitution, Constitutional Court, Interpretation techniques.

Resumo:

O presente artigo analisa e descreve a situação fática e jurídica dos casais do mesmo sexo e o desenvolvimento dos seus direitos, obrigações e garantias reconhecidos pela jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, sendo eles a base constitucional da igualdade, da não discriminação e do livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, este artigo especifica quais têm sido as técnicas de interpretação utilizadas pela Corte Constitucional nas suas jurisprudências, segundo a teoria da interpretação do professor Riccardo Guastini, para assim poder

determinar com exactitude qual é a tendência interpretativa da Corte Constitucional colombiana nas suas providencias.

Palavraschave: casais do mesmo sexo, direitos, igualdade, livre desenvolvimento da personalidade, Corte Consticional, técnicas de interpretação.

Résumé:

Cette article analyse et décrit la situation factuelle et juridique des couples du même sexe, et le développement des leurs droits, leurs obligations et leurs garanties, qui ont été reconnus dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle colombienne, basés sur les principes constitutionnelles comme l'égalité, la non-discrimination et le libre développement de la personnalité.

En plus, cet écrit fait une spécification de quels ont été les techniques d'interprétation utilisée dans jurisprudence constante de la Cour Constitutionnelle colombienne, de conformité avec la théorie d'interprétation juridique du professeur Riccardo Guastini, pour ensuite déterminer quelle est la tendance interprétative de la Cour Constitutionnelle dans son jurisprudence constante.

Mots Clés: Couples du même sexe, droits, égalité, libre développement de la personnalité, Constitution, Cour Constitutionnelle, techniques d'interprétation.

SUMARIO: Introducción. -Problema de investigación. - Metodología. -1. Igualdad social y constitucional. - 2. Análisis jurisprudencial. - a. Sentencia C - 075 del 2007: Derechos patrimoniales en parejas del mismo sexo. - b. Sentencia C - 811 del 2007: Régimen de Seguridad social en salud para parejas del mismo sexo. - c. Sentencia C- 336 del 2008: Reconocimiento de pensión de sobrevivientes. - d. Sentencia C-798 de 2008: Derecho y obligaciones de alimentos entre parejas del mismo sexo. - e. Sentencia C - 029 de 2009: Reconocimiento de otros derechos civiles, políticos y patrimoniales a parejas del mismo sexo. - f. Sentencia C - 577 de 2011: Matrimonio en parejas del mismo sexo. - Resultado de la línea jurisprudencial: Sentencias Hito. 3. Técnicas de interpretación jurídica, para la evolución de los derechos en parejas del mismo sexo. - 3.1. Técnicas de interpretación jurídica: Riccardo Guastini. - 4. Técnicas de interpretación utilizadas en la jurisprudencia constitucional colombiana con relación a los derechos y garantía de las parejas del mismo sexo. -Conclusiones. - Referencias.

Introducción

La jurisprudencia constitucional Colombiana ha señalado en sentencias de Acción de Tutela y de Constitucionalidad que los homosexuales han sido un

grupo tradicionalmente discriminado por la sociedad, y que todo trato diferencial y discriminatorio en razón de la orientación sexual de una o varias personas, tiene el carácter de inconstitucional y debe ser sometido a los respectivos controles de constitucionalidad.

El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 13) establece que son tratos discriminatorios aquellos basados en razones de sexo, raza origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. No significa esto, que exista una lista taxativa, sino determinadas conductas que reflejan un decaimiento de criterios que, por razones históricas, han de actualizarse, con el propósito de evitar que grupos humanos sean objeto de tratamientos incompatibles con el orden jurídico que, “se consideran como criterios sospechosos de clasificación, aquellas categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales.(Sentencia C-481, 1998)

La discriminación es el trato excluyente o inequitativo que recibe un individuo o grupo, por su presunta o real identidad respecto de otros individuos o grupos, la cual se imputa a personas, comunidades o instituciones, pero el principal responsable suele ser el Estado como garante del orden público interno y en especial de las libertades fundamentales. En concordancia con lo anterior, La (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969) estableció que el principio de no discriminación constituye uno de los pilares de todo sistema nacional, regional o global de protección de los derechos humanos y resulta plenamente compatible con las medidas de “discriminación positiva”, que suelen establecer muchas legislaciones para compensar o morigerar las desventajas o discapacidades de ciertas minorías perseguidas, y poblaciones vulnerable.

Este artículo analiza y describe cuáles han sido los nuevos derechos y garantías que la Corte Constitucional Colombiana ha otorgado a las parejas del mismo sexo, quienes por muchos años han sufrido un trato discriminatorio por la sociedad y por el sistema jurídico, lo que conlleva de alguna forma al no reconocimiento de sus derechos como personas. Para ello, se desarrollará un análisis sobre el derecho a la igualdad social y constitucional, análisis de la línea jurisprudencial de las sentencias: (Sentencia C-075, 2007), (Sentencia C-811, 2007), (Sentencia C-366, 2008), (Sentencia T-789, 2008), (Sentencia C-029, 2009),(Sentencia C-577, 2011). Posteriormente, se realizará un análisis de la línea jurisprudencial de las sentencias que son objeto de esta investigación, y de las

técnicas de interpretación desarrolladas por (Guastini, 1999), de conformidad con las técnicas de investigación de líneas jurisprudenciales establecidas por (Medina López, 2010), para finalmente establecer las conclusiones de este artículo investigativo.

Problema de investigación

¿Cuáles han sido los nuevos derechos y garantías de las parejas del mismo sexo reconocidos jurisprudencialmente y las técnicas de interpretación implementadas por la Corte Constitucional Colombiana?

Metodología

El enfoque metodológico es de carácter descriptivo y analítico. El nivel descriptivo se encuentra en el desarrollo jurisprudencial, y el nivel analítico se descubre a partir de los resultados arrojados por la línea jurisprudencial, y finaliza con la comparación de las técnicas de interpretación implementadas por la Corte Constitucional Colombiana de conformidad con la teoría de interpretación jurídica (Guastini, 1999).

El análisis de las sentencias se llevará a cabo mediante la técnica denominada “*análisis dinámico de precedentes*”, que consta de tres pasos, que son los siguientes: *i) El punto arquimedico, ii) Ingeniería reversa, y iii) La telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia o nicho citacional*, a esto se añade el *balance constitucional* que gira en torno a determinar la regla de conducta y estándar de crítica a la actividad de jueces (Medina López, 2010, pág. 140). El nicho jurisprudencial de esta investigación está consolidado por las sentencias que han desarrollado el tema en común, desde el año 2007 hasta el 2011, y su *escenario constitucional o patrón fáctico*, que para el caso que nos ocupa, es el problema jurídico que encabeza la línea jurisprudencial (Medina López, 2010, pág. 147), el cual consiste en determinar cuáles son los nuevos derechos y garantías de las parejas del mismo sexo en Colombia¹.

¹ El desarrollo de este escrito de investigación, se desarrollara de la siguiente manera: 1. Igualdad social y constitucional. 2. Análisis jurisprudencial, (Sentencia C-075, 2007), (Sentencia C-811, 2007), (Sentencia C-366, 2008), (Sentencia T-789, 2008), (Sentencia C-029, 2009), (Sentencia C-577, 2011). 3. Técnicas de interpretación jurídica, para la evolución de los derechos en parejas del mismo sexo. 4. Técnicas de interpretación utilizadas en la jurisprudencia constitucional colombiana en la garantía de los derechos de las parejas del mismo sexo.

1. Igualdad social y constitucional

Con anterioridad a la (Constitución Política de Colombia, 1991), era impensable que parejas del mismo sexo pudieran llegar a obtener derechos, garantías y deberes igual que al resto de parejas heterosexuales. Durante mucho tiempo fue un grupo social totalmente discriminado y no aceptado por la sociedad mayoritaria. Con la expedición de ésta², y la creación de la Corte Constitucional Colombiana, se inicia un revuelo en el desarrollo de principios como la igualdad, la no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Este hecho, entre otros más, de alguna forma han permitido el desarrollo jurisprudencial que permite dar un alcance a las normas, llenando vacíos normativos y sugiriendo diversas interpretaciones jurídicas.

La discriminación es el trato excluyente o inequitativo que recibe un individuo o grupo, por su presunta o real identidad, imputable a personas, comunidades o instituciones. No obstante, el principal responsable suele ser el Estado como garante del orden público interno y en especial de las libertades fundamentales. Desde el punto de vista constitucional (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 13), se observa que son tratos discriminatorios aquellos basados en razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, política o filosófica, es decir, es considerado como un derecho fundamental la igualdad ante la ley.

Por muchos años, las personas que tienen una sexualidad diferente a la heterosexual, han tenido que padecer tratos inequitativos sin justificación lógica alguna; el rechazo de un grupo social, en una escuela, trabajo, y sobre todo, el no reconocimiento de sus derechos y obligaciones. Estos tratos discriminatorios justifican el análisis del estado de los derechos de los homosexuales, debido a que antes detener una clasificación social, religiosa o de sexo, son seres humanos que gozan de la calidad de ser personas.

En materia de derechos y garantías de las parejas del mismo sexo, en Colombia se ha dado un revuelo que ha quebrantado paradigmas, y planteado nuevos esquemas de interpretación de las normas y principios. La Corte Constitucional ha señalado como criterio sospechosos para determinar la existencia de comportamientos y/o decisiones que van en contra del ordenamiento jurídico, y devenguen tratos inequitativos o discriminatorios como lo son:

- (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas

² Ibídem.

características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. (Sentencia C-481, 1998)

Por lo tanto, la identificación de conductas y decisiones discriminatorias contra determinadas personas, se hace más fácil su identificación, si se tiene en cuenta los criterios o categorías sospechosas, para esto, se debe tener en cuenta un “escrutinio estricto” para el caso particular, con el objeto de determinar que tanto se aplica el principio de igualdad.

El escrutinio estricto es el elemento más importante de la llamada “nueva” jurisprudencia norteamericana sobre el principio de igualdad, que comenzó a gestarse a partir del final de los años sesenta (...) este escrutinio debe aplicarse cuando una diferenciación se fundamente en criterios sospechosos como la raza o de acuerdo con la tendencia jurisprudencial expansiva que conoció en Estados Unidos durante la década de los setenta- la condición social, orientación sexual, la edad o la minusvalía. (Bernal Pulido, 2008, pág. 267) (subrayado por fuera del texto original)

La condición sexual de una persona o pareja homosexual, es considerada una categoría sospechosa, que vulnera el artículo 13 de la Constitución Política, y tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es por esto, que la jurisprudencia ha sostenido que, limitar los derechos de estas personas por su condición sexual, carece de todo fundamento legal y constitucional, vulnerando de forma directa su derecho al libre desarrollo de la personalidad, igualdad ante la ley y la sociedad.

2. Análisis jurisprudencial

A continuación se llevará a cabo el análisis de la línea jurisprudencial del tema que nos ocupa, para eso, se tendrá en cuenta la técnica de investigación denominada “análisis dinámico del precedente”, y los elementos a tener en cuenta son los siguientes:

Patrón factico o escenario constitucional: que se busca resolver consiste en determinar: ¿Cuáles fueron las técnicas de interpretación implementadas por la Corte Constitucional Colombiana, para el desarrollo e innovación en los nuevos derechos y garantías de las parejas del mismo sexo?

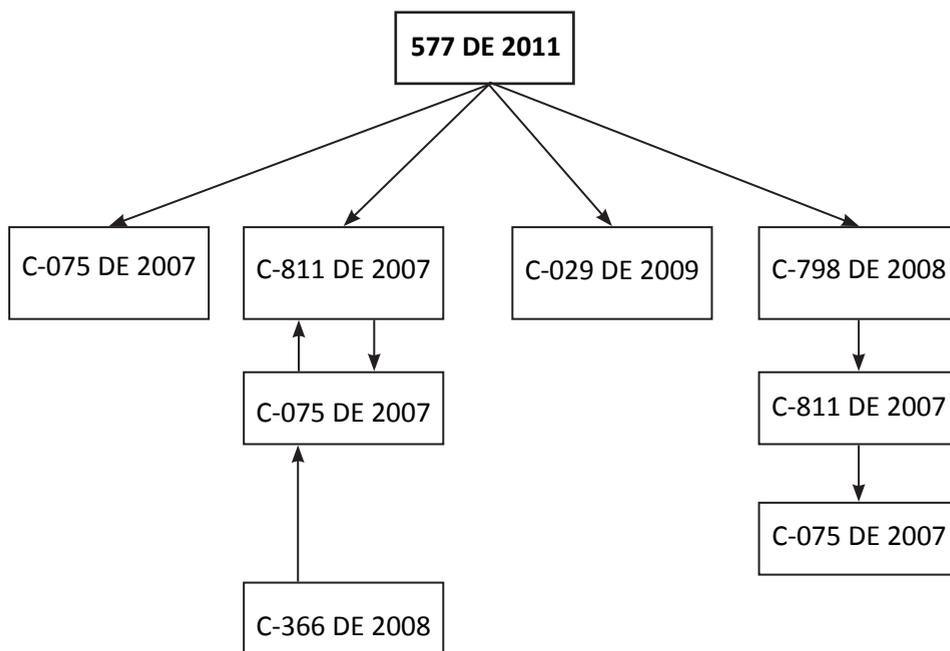
Punto arquimedico de apoyo: (Sentencia C-577, 2011)

Análisis dinámico de precedentes serán los siguientes:

Año	2007	2008	2009	2011
Identificación	C – 075	C – 366	C – 029	C – 577
	C – 811	C – 798	-	-

Nicho citacional:

- ✓ (Sentencia C-075, 2007): Se reconoció la Unión Marital de hecho.
- ✓ (Sentencia C-811, 2007): Se reconoció la Cobertura en Servicios de Salud
- ✓ (Sentencia C-366, 2008): Se reconoció la Pensión de Sobrevivientes
- ✓ (Sentencia T-789, 2008): Se reconocieron las obligaciones alimentarias.
- ✓ (Sentencia C-029 , 2009): Reconocimiento de diferentes derechos civiles, y Políticos.
- ✓ (Sentencia C-577, 2011): Solemnización de la unión civil en parejas del mismo sexo.



Análisis de las sentencias importantes seleccionadas:

a. (Sentencia C-075, 2007): Derechos patrimoniales en parejas del mismo sexo.

Los actores, interponen demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2, parciales, de la (Ley 54, 1990), modificada parcialmente por la ley 979 de 2005, alegando que estas normas vulneraban la (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 1-38), y que igualmente esta situación tiene un impacto a nivel penal, laboral, civil, a su dignidad humana, y derecho de libre asociación, en las parejas del mismo sexo.

En este caso, la Corte estableció que efectivamente las parejas homosexuales que cohabitan y se encuentran en Unión libre, se encuentran desprotegidos patrimonialmente, sin tener las suficientes herramientas jurídicas que les permita reclamar lo que por derecho les corresponde, una vez finaliza la cohabitación entre estas parejas, ya sea por la decisión de separarse o por la muerte de uno de ellos. Sin desmeritar el trabajo del legislador, que de alguna forma creo (Ley 54, 1990) con el fin de proteger patrimonialmente aquellas parejas que conviven por muchos años en unión libre, esto no justifica el hecho de que se excluyan a las parejas del mismo sexo por su condición sexual.

Finalmente, la Corte otorga reconocimiento del régimen patrimonial para los integrantes de parejas homosexuales, que cohabiten de forma singular, permanente y por más de dos años, ya que de lo contrario se estaría lesionando la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad y la no discriminación.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional resuelve “declarar la exequibilidad de la Ley³, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.”

b. (Sentencia C-811, 2007): Régimen de Seguridad social en salud para parejas del mismo sexo.

En esta sentencia los actores, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad interponen demanda de inconstitucionalidad contra (Ley 100, 1993, Art.163), por la expresión “**familiar**”. Norma que según los accionantes

³ Ibidem.

infringen la (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 1-13-16-48-49 y 366), por considerar que esta ley desconoce y excluye a las parejas del mismo sexo de ser beneficiarios del régimen contributivo de seguridad social en salud, a pesar de haber tomado la decisión de cohabitar de forma responsable y permanente como pareja, situación que evidencia una clara discriminación, violación al principio del libre desarrollo de la personalidad e igualdad para estas personas.

Al respecto la Corte Constitucional consideró que la negativa de las EPS en la inclusión al régimen contributivo de seguridad social en salud a parejas del mismo sexo, que manifiestan encontrarse en calidad de compañeros permanentes, contribuye a su vulneración de derechos fundamentales como la vida, la salud, y dignidad humana. Por su parte, en materia de seguridad social existe el principio de *progresividad*, que tiene como fin ampliar progresivamente la cobertura de seguridad social (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 48). Para la Corte, la no inclusión de estas parejas al régimen de seguridad social en salud, trae consigo un perjuicio mayor al de la exclusión del régimen patrimonial, y agrega que:

“En conclusión, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual se vincule como beneficiario de otro al sistema general del régimen contributivo configura un déficit de protección del sistema de salud que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar una pareja.”(Sentencia C-811, 2007)

Finalmente, la Corte resuelve declarar EXEQUIBLE (Ley 100, 1993, Art. 163) el artículo 163 de la ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido, se aplica también para las parejas del mismo sexo.

c. (Sentencia C-366, 2008): Reconocimiento de pensión de sobrevivientes

En esta sentencia, el actor interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos (Ley 54, 1990, Art. 1 Parcial); (Ley 100, 1993, Art. 47 parcial-74 parcial-163), en el entendido de que estas no se extienden a las parejas homosexuales, evidenciando una desprotección por parte de la ley el reconocimiento de pensión de sobreviviente al compañero supérstite.

En este caso, la Corte ha sido reiterativa en que la prohibición de someter a las personas a tratos discriminatorios en razón de su sexualidad, se encuentra fundamentado en normas constitucionales e internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Al respecto, la Corte tiene en cuenta lo establecido en la Sentencia (Sentencia C-811, 2007) y (Sentencia C-075, 2007),

en cuanto a los derechos del libre desarrollo de la personalidad e igualdad de la que gozan las parejas del mismo sexo.

“(…) En este pronunciamiento, la Corte concluyó que la vulneración de los derechos de las parejas del mismo sexo en relación con el Plan Obligatorio de salud comporta para éstas un déficit de protección inadmisibles a la luz de la Constitución.”

El Sistema de Seguridad Social en Salud, se encuentra fundamentado en el principio de la Universalidad, que consiste en amparar a todas las personas residentes en Colombia, sin importar su raza, sexo, o religión, por lo tanto, no es posible que se excluya a una persona del Sistema de Seguridad Social simplemente por ser homosexual. Es por esto, que el legislador de ahora en adelante deberá ampliar la protección social de pensiones a parejas del mismo sexo que tenga la condición de compañero supérstite.

De conformidad con lo anterior, la Corte resuelve declarar exequible las expresiones demandadas, en el entendido de que las parejas del mismo sexo también son beneficiarias del Sistema de Seguridad Social.

d. (Sentencia T-789, 2008): Derecho y obligaciones de alimentos entre parejas del mismo sexo.

Mediante acción pública de inconstitucionalidad, el accionante demandó (Ley 1181, 2007, Art. 1º Parág. 1º), que modificó (Ley 599, 2000, Art. 233), por considerar que esta norma vulnera el Preámbulo y los artículos 1, 13 y 16 de (Constitución Política de Colombia, 1991), debido a que en materia de obligaciones de alimenticias, éste solo se limita a la protección de las parejas heterosexuales, y excluye a las parejas del mismo homosexuales, lo que trae como consecuencia de la vulneración al principio de igualdad, la no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, y la dignidad humana.

Por su parte, la Corte consideró que de conformidad con la interpretación sistemática que se hizo sobre la unión marital de hecho (regulada por la (Ley 54, 1990) modificada por (Ley 979, 2005) en la (Sentencia C-075, 2007), no existe ninguna duda de la existencia de los derechos y obligaciones alimentarias que existe entre las parejas independientemente de su orientación sexual, por lo tanto, las obligaciones alimentarias (Ley 57, 1887, Art. 411), que hace alusión a los conyugues, se entiende de que también es para compañeros permanentes, y por lo tanto, aparejas homosexual y heterosexual, siempre y cuando se cumpla con las condiciones establecidas en la (Ley 54, 1990).

La obligación alimentaria, tiene su fundamento constitucional con relación al principio de la *solidaridad, equidad*, y hace parte del régimen patrimonial de las parejas que se encuentran en Unión de hecho, al respecto la Corte ha ya sido reiterativa y ha sido firme en su doctrina, en el que no existe justificación para desproteger patrimonialmente a parejas homosexuales.

Por consiguiente, La Corte Constitucional resolvió declarar exequible las expresiones demandadas, en el entendido que también integra a las parejas del mismo sexo las obligaciones alimenticias.

e. (Sentencia C-029, 2009): Reconocimiento de otros derechos civiles, políticos y patrimoniales a parejas del mismo sexo.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los actores demandaron varios artículos y normas que contenían expresiones como “*familiar*”, “*familia*” o “*familiares, compañero y compañera permanente*, por ser excluyentes con relación a las parejas del mismo sexo.

La Corte determina que, si bien es cierto que las normas demandadas contienen ese tipo de expresiones, y como se ha manifestado en sentencias anteriores, la situación jurídica en la que se encuentran los compañeros permanentes heterosexuales, en la misma en homosexuales, en este tipo de casos, lo que se debe valorar es que en la pareja surja ese vínculo especial, de apoyo y afecto mutuo en el que tienen un proyecto de vida en común con vocación de permanencia, gozando de asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, en este contexto, y como ha sido reiterado en sentencias anteriores, las parejas homosexuales y heterosexuales gozan de las mismas garantías y derechos constitucionales. El ordenamiento jurídico no puede desprotegerlos, y sus derechos se encuentran fundamentados en el principio de igualdad, libre desarrollo de la personalidad, y solidaridad.

En este caso, la Corte decidió declararse inhibida para pronunciarse sobre las expresiones como “*familia, familiar o grupo familiar*” contenida en varias disposiciones normativas, que fueron demandadas, por ineptitud sustantiva de la demanda. Declaró la exequibilidad de las expresiones como “*compañero o compañera permanente; compañeros permanentes cuya unión haya perdurado por lo menos dos años, unión singular, permanente y continua, unión permanente, durante un lapso no inferior a dos años*” contenida en las normas demandadas, en el entendido de que también integra a las parejas del mismo sexo. Y por último declaró la inexecutable de la expresión “*Para el caso del compañero(a) sólo cuando la unión permanente sea superior a dos (2) años*”, contenida en el literal a) (Decreto 1795, 2000, pág. Art. 24)

f. (Sentencia C-577, 2011): Matrimonio en parejas del mismo sexo.

En esta Sentencia, los actores demandaron algunas expresiones contenidas en (Ley 57, 1887, pág. Art. 113), (Ley 294, 1996, pág. Art. 2 Inc. 1°), y (Ley 1361, 2009, págs. Art. 2°, Inc. 1°), por considerar que expresiones como “hombre y mujer” y “procreación” son contrarias al preámbulo y estar en contra de (Constitución Política de Colombia, 1991, págs. Art. 1, 2, 4, 12, 13, 16, 42, 43 y 93). Los accionantes afirman que si la Corte llegare a determinar la unión homosexual como familia, o que uno de los fines últimos del contrato de matrimonio es la creación voluntaria de la familia, este igualmente no sería suficiente para las parejas homosexuales, porque no existe una relación entre la finalidad de la “procreación” y la celebración del contrato de matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Los actores sostienen que el contrato de matrimonio ofrece más garantías a las parejas que conviven en unión marital de hecho, pues de él se derivan derechos y obligaciones que van más allá de lo económico o patrimonial, como por ejemplo que una vez celebrado el contrato de matrimonio surge inmediatamente una sociedad conyugal, sin embargo con la unión marital de hecho, solo se puede ser declarada judicialmente si ha existido la unión marital por más de dos años. Para los accionantes, no existe justificación alguna para que las parejas del mismo sexo no puedan ser acogidos por este régimen del contrato de matrimonio.

La Corte Constitucional inicialmente reiteró que de conformidad con lo dicho (Sentencia C-075, 2007), la expresión “hombre y mujer” (Ley 57, 1887, pág. Art. 113), el legislador al momento de expedir esta norma no tuvo la intención de excluir a las parejas del mismo sexo, porque para ese entonces, esto no era una realidad visible o previsible. Sin embargo, a pesar de que la Corte ha otorgado el reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales, todavía existen situaciones que los privan de herramientas que les permitan desarrollarse como pareja, lo que implica una falta de reconocimiento jurídico. En lo concerniente a la interpretación y sentido (Constitución Política de Colombia, 1991, pág. Art. 42), cabe recordar que el concepto de familia también se entiende incluido por parejas del mismo sexo.

Por otro lado, con relación a la sentencia (Sentencia C-811, 2007):

El mismo Magistrado reiteró sus criterios en salvamento de voto a la Sentencia⁴, mientras que una Magistrada, en aclaración de voto ya citada en esta sentencia, afirmó que, “a partir de una nueva y más realista y plural concepción de la

⁴ *Ibidem*.

familia, es posible concebir un universo muy diverso de formas de relación entre personas que merecen protección constitucional”, que incluiría al núcleo afectivo establecido entre la madre cabeza de familia y sus hijos, entre los abuelos y los nietos a su cargo, entre los tíos y tías responsables de sus sobrinos, así como otra serie de relaciones personales sin similitud alguna con las parejas heterosexuales, vinculadas por “nexos permanentes de amor, afecto y solidaridad” que incluyen “sin duda, a las parejas del mismo sexo”.

Con relación a la Sentencia (Sentencia C-029, 2009), se fundamentó esta sentencia, con relación a la determinación de tratos discriminatorios entre parejas heterosexuales y homosexuales, con lo siguiente:

A partir de esta manifestación, la Corte Constitucional postuló la existencia de un déficit de protección y, en el ámbito permitido por sus competencias, ha avanzado hacia su superación, bajo la advertencia de que “no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria *per se*, ni considerarse fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que puede surgir de las diferencias que existen entre unas parejas y otras”.

Por otro lado, con respecto al concepto de “*procreación*”, la Corte estimó que esta no es una condición obligatoria del matrimonio, es una posibilidad que tienen las parejas que celebran el contrato de matrimonio. El legislador lo estipuló como una de las finalidades del matrimonio, porque es un hecho que suele ser frecuente cuando las parejas se casan. En este punto, para la Corte los cargos formulados en contra de la expresión “*procreación*” carecen de toda certeza, y son sustancialmente ineptos.

Después de todos los argumentos expuestos por la Corte, esta decide exhortar al Congreso para que sea el quien decida, regule y legisle esta nueva situación con respecto al matrimonio homosexual, debido a que considera que normativamente no existe inconstitucionalidad en las normas demandadas. Al respecto argumento lo siguiente:

Puesto que del análisis efectuado se ha deducido que las parejas del mismo sexo deben contar con la posibilidad de acceder a la celebración de un contrato que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la surgida de la unión de hecho, que la regulación de esta figura corresponde al legislador, que no hay lugar a que en esta sentencia la Corte proceda a diseñarla y a fijar su alcance y que no cabe una sentencia de inexecutable diferida, pues no se ha declarado la inconstitucionalidad de los preceptos acusados, dada la importancia de la materia y de los derechos involucrados, la Corporación

considera pertinente dirigir un exhorto al Congreso de la República, a fin de que se ocupe del análisis de la cuestión y de la expedición de una ley que, de manera sistemática y organizada, regule la comentada institución contractual como alternativa a la unión de hecho.

(..) así que el principio democrático impone que el Congreso de la República, como máximo representante de la voluntad popular tenga la posibilidad de actuar, pero a su turno, la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales impone señalar que si el 20 de junio del año 2013 no se ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia, de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión.

Resultado de la línea jurisprudencial: Sentencias Hito

Agregando a lo anterior, es oportuno determinar las Sentencias hito que se encuentran en la línea jurisprudencial, de la siguiente manera:

La (Sentencia C-075, 2007), goza de la calidad de ser *fundadora de línea y dominante*, debido a que este tipo de fallos son (...) “Son sentencias ambiciosas en materia doctrinaria y, en la que se hacen grandes recuentos históricos y comparados (a falta de experiencia jurisprudencial local), de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio”. (...) (Medina López, 2010, pág. 1641); Y segundo cumple con la calidad de ser dominante, porque, con esta “la Corte Constitucional resuelve un conflicto de intereses dentro de determinado escenario constitucional”. (Medina López, 2010, pág. 165); La (Sentencia C-811, 2007) y la (Sentencia C-366, 2008), y (Sentencia T-789, 2008), son *Sentencias confirmadoras de principio*, por su apoyo en la sentencia anterior, aquí “los jueces descargan su deber de obediencia al precedente” (Medina López, 2010, pág. 167). Por otro lado, (Sentencia C-577, 2011), es una *Sentencia hito dominante*, por las razones expuestas anteriormente.

3. Técnicas de interpretación jurídica, para la evolución de los derechos en parejas del mismo sexo.

En el mundo jurídico son variadas las diferentes técnicas de interpretación que han sido desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia y otras fuentes del derecho, esto, debido a la intrínseca relación que existe entre el lenguaje y el derecho, y la interpretación jurídica. El Derecho se expresa a través del lenguaje

y, como todo lenguaje, también el del derecho ha de ser interpretado; esto es, requiere una atribución de significado (Prieto Sanchis, Betegón Carrillo, & Gascón Abellán, 1998, pág. 361)

El Código Civil Colombiano (Ley 57, 1887), también ha señalado las siguientes clases de interpretación jurídica como: auténtica, doctrinal, gramatical, sistemática, por extensión, equidad, entre otros. La doctrina por su parte, han desarrollado otras técnicas de interpretación como: histórica, sociológica, teleológica, analogía, a contrario, a fortiori, psicológico, de autoridad, entre otros.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo planteado al inicio de este artículo, se realizará un análisis detallado de las técnicas de interpretación propuestas por Riccardo Guastini, con el objeto de poder enlazarlo con el análisis jurisprudencial que es objeto de estudio.

Lo primero que cabe señalar, es que para Guastini el concepto de interpretación es un término muy controvertido en la teoría del derecho, y ha sido objeto de múltiples debates, es por ello que no se tiene un único significado correcto. Lo segundo, es que Guastini para definir *¿qué es la interpretación?*, parte de del concepto de “definición”. A partir de allí sostiene que el término de interpretación se puede utilizar (Guastini, 1999):

- a. Para referirse a una actividad, caso en el cual la interpretación (interpretación actividad) busca establecer el significado de vocablos particulares, sintagmas o enunciados completos),
- b. Para referirse al resultado o producto de esta actividad (interpretación producto).

Cuando hablamos de interpretación, se hace referencia al resultado o producto del análisis de los enunciados, en donde se analizan el significado de los vocablos particulares, sintagmas o enunciados completos, y todo esto se hace teniendo en cuenta las diferentes técnicas de interpretación en la cual unas hacen referencia a la literalidad de los enunciados, los hechos históricos, contextos sociales, ente otros aspectos más.

Para Guastini, la interpretación hace referencia a la atribución de significado a un texto normativo o la clasificación jurídica de un supuesto de hecho. Por lo tanto, se debe diferenciar entre *la interpretación en abstracto*, que consiste en identificar el contenido de significado expresado por, y/o lógicamente implícito en un texto normativo sin referencia a algún supuesto de hecho concreto (Guastini, 1999, pág. 29); y *la interpretación “en concreto”*, que consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada “en abstracto”. (Guastini, 1999, pág. 30).

3.1. Técnicas de interpretación jurídica: Riccardo Guastini.

El profesor Riccardo Guastini⁵, ha desarrollado lo que él considera las principales técnicas de interpretación de los enunciados normativos, que son las siguientes: **a) interpretación literal o declarativa; b) Correctora**, que a su vez se subdivide en interpretación extensiva, restrictiva, sistemática y conforme; **c) histórica; y d) evolutiva.**

A continuación, se desarrollará en qué consiste cada una de estas técnicas:

- (i) la **interpretación literal o declarativa**, como su misma palabra lo dice, solo atribuye a las disposiciones normativas su “propio” significado. Esta es una posición un poco ingenua y poco aceptada. Hace referencia al significado *prima facie*, que es sugerido por el uso común de las palabras y de las conexiones sintácticas. Pero no es posible poder atribuir el significado exacto de las palabras. El significado literal, en efecto, es una variable dependiente de la competencia lingüística y de la intuición lingüística de cada uno, así que termina siendo un poco subjetiva. No admite que se pueda atribuir un significado distinto a una determinada disposición. (Guastini, 1999, págs. 211-214).
- (ii) La **interpretación correctora**, como su misma palabra lo dice, es una técnica que busca es la corrección de la actividad legislativa, es decir, toda interpretación que no atribuye a un texto normativo el significado literal más inmediato sino un significado distinto. Como ya se mencionó anteriormente, esta técnica se subdivide en primero: **interpretación extensiva**, que consiste es una interpretación que “extiende” el significado *prima facie* de una disposición, en donde se incluyen supuestos de hecho, que según la interpretación literal no quedaría incluido. Segundo: **interpretación restrictiva**, se restringe, circunscribe, el significado *prima facie* de una disposición, de forma que excluye algunos supuestos de hecho. Esta interpretación se contrapone a la extensiva y a la literal. Puede ocurrir que un intérprete quiera reconducir un determinado supuesto de hecho al dominio de una norma distinta, simplemente porque esto satisface mejor su sentido de justicia. Tercero: **interpretación sistemática**, es aquella interpretación que pretende obtener el significado de una disposición a partir de su ubicación en el “sistema” del derecho; sistema jurídico en conjunto; se tiene en cuenta el contexto en que está ubicada. Y por último tenemos a la **interpretación conforme**, que es un género de interpretación sistemática, esta se puede adaptar al significado de una disposición al significado de rango

⁵ Ibidem.

superior. También se hace interpretación conforme cada vez que se adecua el significado de una disposición a una disposición general o fundamental de derecho. (Guastini, 1999, pág. 228)

- (iii) Finalmente, tenemos a la **interpretación histórica**, que consiste en la interpretación que adscribe a una disposición uno de los significados que le fueron atribuidos al momento de su creación, y la interpretación **evolutiva**, es aquella que agrega un significado nuevo distinto de su significado histórico (Guastini, 1999, pág. 233).

4. Técnicas de interpretación utilizadas en la jurisprudencia constitucional colombiana con relación a los derechos y garantía de las parejas del mismo sexo.

El desarrollo jurisprudencial descrito anteriormente en relación a los nuevos derechos y garantías de las parejas del mismo sexo, hace evidente que la Corte Constitucional Colombiana ha innovado en materia jurisprudencial al admitir y reconocer que en la sociedad colombiana si hay parejas del mismo sexo, que son seres humanos y personas con iguales derechos y garantías que las parejas heterosexuales y, por lo tanto, si no hay legislación que garantice sus derechos, entonces estos se deben garantizar por vía jurisprudencial.

A continuación, se realizará un análisis detallado de cada una de la sentencia, en la que se determinará qué técnicas de interpretación se han utilizado en cada una de ellas, y al finalizar, se establecerá cuál fue la(s) técnica(s) de interpretación que mayor preponderancia tuvo, y su impacto a nivel jurídico-social.

Con la (Sentencia C-075, 2007), la Corte consideró como aspectos principales para su decisión, el hecho de que las parejas del mismo sexo se encontraban en una situación de desprotección patrimonial; a pesar de que a Constitución Política reconoce y protege los derechos fundamentales y la diversidad sexual, al mismo tiempo se priva de las herramientas necesarias para hacer impedir la vulneración de estos. La Corte consideró que se debe proteger la afectación a la dignidad humana, y al libre desarrollo de la personalidad, ya que no se puede seguir permitiendo una restricción injustificada de la autonomía de las parejas del mismo sexo. Estos sujetos han sido ignorados por el ordenamiento jurídico y por la sociedad, demostrando que existe un déficit en la protección constitucional y una discriminación. Finalmente la Corte resolvió “*declarar EXEQUIBLE el art 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la ley 979 de 2005, en el entendido de que el régimen de protección en ella contenido también se aplica a las parejas del mismo sexo*”. (Subrayado por fuera del texto original).

La Corte interpretó este caso teniendo en cuenta la técnica de interpretación *correctora – extensiva*, debido a que corrigió la voluntad de la actividad legislativa, y extendió el sentido de esta norma (Ley 54, 1990, págs. Art. 1, 2.), considerando que la unión marital de hecho, no solo es entre “hombre y mujer” sino que también se debe entender que es para parejas del mismo sexo.

Con la (Sentencia C-811, 2007), la Corte consideró que *“su intención es que se extienda la protección que la ley da a las parejas de diferente sexo a las parejas del mismo sexo. Que se les extienda la protección del sistema de seguridad social, para garantizar la cobertura del que se ha quedado desempleado”* (...). (Subrayado por fuera del texto original).

La Corte entiende que la norma denunciada, impide el buen ejercicio de la libertad a la elección sexual, y esto conlleva a la no inclusión de las parejas del mismo sexo en el régimen contributivo, es decir, se les niega tener el derecho a la autodeterminación y a la dignidad humana. Finalmente la decisión que tomó la Corte Constitucional, fue *declarar EXEQUIBLE el artículo 163 de la ley 100 de 1993, en el entendido de que el régimen de protección en ella contenido, se aplica también para las parejas del mismo sexo*. (Subrayado por fuera del texto original)

La Corte Constitucional en este caso particular, al igual que el análisis de la sentencia anterior, extendió o amplió el sentido de la norma demandada, es decir, que utilizó una técnica de interpretación *correctora- extensiva*, debido a que, amplió el significado *prima facie* de este, creo una interpretación diferente a las que se habían hecho anteriormente, apartándose de la literalidad de la norma.

Con la (Sentencia C-366, 2008), los demandantes tenían como petición principal, que se extendiera el sentido de la norma jurídica, por cuando alegaban que a las parejas homosexuales también se les debía reconocer la pensión de sobrevivientes, cuando uno de los dos ha fallecido, al igual que sucede con las parejas heterosexuales.

Al respecto, la Corte consideró que el principio de *“Universalidad”*, establece que *la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquier etapa de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica* (...) (Subrayado por fuera del texto original).

Ésta es una de las razones principales por la que la Corte decidió: declarar exequibles las disposiciones jurídicas demandadas, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

Al igual que en las otras sentencias, la Corte decidió ampliar el sentido y significado de las normas demandadas, y al igual que las sentencias anteriores, se utilizó una técnica de interpretación *correctora - extensiva*.

Por otro lado, con la (Sentencia T-789, 2008), la Corte, consideró que no existía ninguna violación de las disposiciones jurídicas demandadas, debido a que, si se tenía en cuenta una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico colombiano, no había duda de que si existe una obligación alimentaria entre compañeros permanentes, independientemente de su orientación sexual, siempre y cuando esta pareja cumpla con los requisitos legales que establece la ley 54 de 1990. Finalmente, la Corte declara *Exequible* las expresiones demandadas, en el entendido de que los conceptos como: “compañero o compañera permanente”, se debe entender que incluye a parejas del mismo sexo. La Corte utilizó una **interpretación sistemática**, ya que, creó un significado a partir de los fundamentos jurídicos del ordenamiento jurídico y/o Sistema jurídico Colombiano, ya que anteriormente en otras disposiciones jurídicas cuando se menciona en concepto de “Hombre y Mujer” o “Compañero y Compañera permanente”, ya esta corporación había establecido que se debe entender que también es para parejas homosexuales, por lo tanto no es necesario declarar la inexecutable de estas normas, cuando haciendo una interpretación sistemática, es fácil concluir a primera vista que no se está excluyendo a las parejas homosexuales.

Con la (Sentencia C-029, 2009), la Corte consideró declarar la Exequibilidad de las disposiciones demandadas, ya que la situación de los integrantes de las parejas del mismo sexo, es completamente asimilable a la de parejas heterosexuales, y no hay razón para que existe una diferencia de trato. Así que fundamentándose en el “Principio de la igualdad”, excluir a las parejas homosexuales de forma injustificada, desconocería los principios constitucionales. Al igual que en el análisis de sentencia mencionado anteriormente, en este caso, la Corte utilizó una técnica de interpretación **Correctora – Sistemática**, por varias razones, ya que no se cogió a la literalidad de la norma jurídica, creó una interpretación nueva, y extendió su sentido jurídico, teniendo en cuenta lo que se ha planteado anteriormente con relación a los derechos de las parejas homosexuales.

Finalmente, tenemos (Sentencia C-577, 2011), que hasta el momento ha sido una de las más trascendentales, ya que en este caso, se demandó (Ley 54, 1990, pág. Art. 113), en donde se establece que el Matrimonio es entre un “*Hombre y una Mujer*” con varios fines, entre esos, el de la “procreación”. Situación que se prestó para muchos debates de tipo político, religioso, social, cultural, etc. En este caso la Corte consideró que, como tal, no existía una inconstitucionalidad de las normas demandadas, ya que haciendo una interpretación sistemática, no había manera de concluir una inconstitucionalidad, es por esto, que en este caso particular, esta

Corporación exhorto al Congreso de la Republica para que legislara esta situación de las parejas homosexuales, y si antes del 20 de Junio del año 2013, esta situación no se había legislado, entonces, estos podías acudir ante Notario para solemnizar su situación contractual como conyugues.

Al igual que en la Sentencia anterior, la Corte utilizó la técnica de interpretación **Correctora - Sistemática**, acudiendo al ordenamiento jurídico Colombiano de la forma más amplia, sin embargo, encontramos que en la parte resolutive de la Sentencia, no estableció su sentido, sino que exhorto al Congreso para que legislara.

Conclusiones

Finalmente, después de todo el análisis descriptivo desarrollado en este artículo, se concluye lo siguiente:

Para que se pudiera dar una evolución normativa en relación a los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia, fue necesario implementar técnicas de interpretaciones diferentes a las dogmáticas, literales o restrictivas, debido a que la tendencia de estas técnicas tradicionales normalmente no permiten que la ley avance de forma paralela con la evolución de la sociedad.

De acuerdo a lo planteado con respecto a las Técnicas de interpretación de Riccardo Guastini, y enfoque que se hizo con el análisis de jurisprudencia, nos demuestra que las Técnicas de interpretación que más se utilizó fue la **Correctora – Extensiva** y la **Correctora - Sistemática**, es decir que, los diferentes reconocimientos de los derechos y garantías de las parejas homosexuales se logró gracias a la extensión, ampliación y modificación el sentido de las disposiciones normativas demandas, es decir, no se acogió a la literalidad de las normas, y así se adquirió el hecho de que las parejas homosexuales se les reconociera en primera medida la “*unión marital de hecho*”, *pensión de sobrevivientes*, *obligaciones alimentarias*, *diferentes derechos civiles, políticos*, y finalmente en el año 2013 se les reconoció la *solemnización de su unión marital entre parejas del mismo sexo* por vía notarial.

En el análisis jurisprudencial se evidencia que las interpretaciones de carácter literal, gramatical o dogmático, no tuvo protagonismo, lo que demuestra que la actividad de los jueces o juristas, no es ser un mero aplicador de la ley de acuerdo a lo establecido en (Constitución Política de Colombia, 1991, pág. Art. 230). Hoy en día, el juez también debe ser un interpretador de las normas jurídicas, debido a que la sociedad avanza mucho más rápido que las normas, por lo tanto, es el juez debe aplicar e interpretar las normas de conformidad con las necesidad del contexto social.

La tendencia jurídica e interpretativa de la Corte, con respecto a los derechos de las parejas del mismo sexo, conllevan a considerar que aunque no se establezca de forma literal sus derechos, eso no es un obstáculo para que no sean respaldados por sus derechos, obligaciones y garantías como personas, esto, fundamentado en principios constitucionales como la igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad.

Referencias

- BERNAL PULIDO, C. (2008). *El derecho de los derechos*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial U. Externado de Colombia.
- Convención Americana de Derechos Humanos . (22 de noviembre de 1969). Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. *Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto [...]*. San José de Costa Rica, Costa Rica: Organización de los Estados Americanos. Obtenido de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Constitución Política de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. *El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida [...]*. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional N°. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Decreto 1795. (14 de septiembre de 2000). Presidencia de la República de Colombia . *Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 44.161, del 14 de septiembre de 2000. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1795_2000.html
- GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho* (1ª ed.). Editorial Gedisa S.A. .
- Ley 100. (23 de diciembre de 1993). Congreso de la República de Colombia. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C. , Colombia: Diario Oficial 41.148 del 23 de Diciembre de 1993. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=5248>
- Ley 1181. (31 de diciembre de 2007). Congreso de la República de Colombia. *por la cual se modifica el artículo 233 de la Ley 599 de 2000*. Bogotá D.C., Colombia: Diario

- Oficial 46858 de diciembre 31 de 2007. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=28143>
- Ley 1361. (03 de diciembre de 2009). Congreso de la República de Colombia, *por medio de la cual se crea la Ley de protección Integral a la familia*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 47.552 de diciembre 3 de 2009. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=38145>
- Ley 294. (16 de julio de 1996). Congreso de la República de Colombia . *Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 42.836, de 22 de Julio de 1996. Obtenido de: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0294_1996.htm
- Ley 54. (28 de Diciembre de 1990). Congreso de la República de Colombia . *por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 39615 de diciembre 31 de 1990. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=30896>
- Ley 57. (15 de abril de 1887). Consejo nacional legislativo . *Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de: <file:///C:/Users/Marcela%20Florez/Downloads/Ley%2057%20de%201887.pdf>
- Ley 599. (24 de julio de 2000). Congreso de la República . *Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Ley 979. (26 de julio de 2005). Congreso de la República de Colombia . *Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 45982 de junio 27 de 2005. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=30898>
- MEDINA LÓPEZ, D. (2010). *El derecho de los jueces*. Bogotá D.C., Colombia : Editorial Legis.
- PRIETO SANCHIS, L., BETEGÓN CARRILLO, J., & GASCÓN ABELLÁN, M. (1998). *Lecciones de teoría del derecho* (2ª ed.). España : MacGraw Hill S.A.
- Sentencia C-029. (28 de enero de 2009). Corte Constitucional. *M.P. Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-7290. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm>
- Sentencia C-075. (07 de febrero de 2007). Corte Constitucional. *M.P. Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-6362. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>
- Sentencia C-366. (16 de Abril de 2008). Corte Constitucional. *M.P. Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-6947. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>

- Sentencia C-481. (09 de Septiembre de 1998). Corte Constitucional . *M.P. Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-1978. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-481-98.htm>
- Sentencia C-577. (26 de julio de 2011). Corte Constitucional. *M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expedientes acumulados D-8367 y D-8376. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>
- Sentencia T-789. (19 de agosto de 2008). Corte Constitucional. *M.P. Jaime Cardona Triviño*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-1.861.467. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-789-08.htm>
- Sentencia C-811. (03 de octubre de 2007). Corte Constitucional. *M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-6749. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-811-07.htm>

Justicia transicional: principios de Chicago comparados al proceso de paz en Colombia*

Transitional Justice: Chicago principles compared to the peace process in Colombia

Recibido: Noviembre 20 de 2014 - Evaluado: Junio 15 de 2016 - Aceptado: Junio 20 de 2016

Luis Fernando Niño López**

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación denominado “Justicia transicional: principios de Chicago comparados a proceso de paz en Colombia”, realizado al interior del Grupo de Investigación Prospectiva y Desarrollo Humano de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. El Semillero de Investigación que contribuyó en la realización del proyecto es el Semillero de Desarrollo Humano y estuvo formado por: Jeinny Benavides, Rosa Barón, Hillary Barbosa y Carolina Jaimes, Kelly Angélica Mejía Rojas, Fredy Quintana González, Deifan Nicolás Roza Páez, Ramón José Villamizar Correa, Julián Alberto Beltrán Díaz, Andrea Katherine Acero Salazar, Angelith Alarcón Solano, Nelson Camilo Cortez Santos, Perla Juliana Galvis Barón, Cindy Karolina Gelvez Ávila, Janeth Rocío Hernández Bayona, Natalia Jaime Duran, Daniel Eduardo Méndez Díaz, Sara María Fabiana Pérez Cáceres, Daniel Andrés Pérez Jáuregui, Bonny Alexander Santos Jaimes, Lina María Umaña Rangel, Ana Gabriel Villalobos Carmona, Silvia Begambre Estévez, Cesar Augusto Cano, Annie Katherine Márquez, Alejandra Miranda Meza, Angélica Niño, Nicolás Jaimes, Betsy Zulay Rondón, Carlos Carrillo, Claudia Amaya, Daniela luna Pabón, Daniela Valentina Rodríguez, Elsa Cantillo, Gessell Andrea Rojas Rocuts, María Fernanda Salcedo, Nicolás Aponte, Uriel Zambrano, Yesenia Churrio. Los Auxiliares de Investigación que contribuyeron en la realización del proyecto fueron: Marcela Fernanda Salinas Acevedo, Claudia Lucía Peñaranda Celis; Miguel Ángel Páez Espinosa, Julio Cesar Mendoza Cruz.

** Licenciado en Filosofía, Ética y Valores, Universidad Santo Tomás de Aquino, USTA Sede Bogotá; Magister en Educación, Universidad Santo Tomás de Aquino, USTA Sede Bogotá; Doctor en Historia y Artes, Universidad de Granada, España; Miembro de la Academia de Historia de

Para citar este artículo / To cite this article

Niño López, L. F. (2016). Justicia transicional: principios de Chicago comparados al proceso de paz en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 143-184.

Resumen

La sociedad colombiana desde el comienzo del conflicto armado se ha visto afectada por las innumerables violaciones de Derechos Humanos. La situación de inseguridad que se vivió en el país produjo temor en toda la población colombiana, esta etapa se ha vivido por un largo período de tiempo, en el cual se ha revelado la urgente necesidad de la terminación del conflicto y el resarcimiento de derechos vulnerados. El presente artículo corresponde al análisis de la aplicación de los Principios de Chicago como fundamentos importantes de la justicia transicional dentro de los acuerdos realizados actualmente en la mesa de conversaciones entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP para la construcción de la paz.

Palabras clave: Justicia transicional, derechos humanos, verdad, reparación, memoria histórica.

Abstract

Colombian society, since the beginning of the armed conflict, has been affected by the innumerable violations of Human Rights. The situation of insecurity experienced in the country caused fear in the entire Colombian population, this has been lived for a long period of time, which has revealed the urgent need for ending the conflict and the compensation of violated rights. This article corresponds to the analysis of the Chicago Principles implementation as important basis of transitional justice inside the agreements currently made between the national government and the FARC-EP to start peace.

Key words: Transitional Justice, Human Rights, truth, repair, historic memory.

Norte de Santander; Miembro de la Asociación de Escritores de Norte de Santander; Docente Investigador, Universidad Libre Seccional Cúcuta; Director Semillero de Investigación en Desarrollo Humano adscrito al Centro de Investigaciones de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

Correo electrónico: fernando.nino@unilibrecucuta.edu.co.

Resumo:

A sociedade colombiana desde os começos do conflito armado, tem-se visto afetada pelas inúmeras violações aos direitos humanos. A situação de insegurança produto da guerra vivida no país acabou gerando medo na população colombiana devido ao longo período de tempo, durante o qual a tornou-se urgente a necessidade de terminação definitiva do conflito armado além do ressarcimento dos direitos vulnerados. O presente artigo corresponde à análise da aplicação dos Princípios de Chicago como fundamentos importantes na justiça transicional dentro dos acordos realizados atualmente nas conversas entre o Governo Colombiano e as FARC-EP na procura da construção duma paz duradeira.

Palavras chave: Justiça transicional, Direitos humanos, verdade, reparação, memória histórica.

Résumé:

Depuis le début du conflit interne, la société colombienne s'est vue tellement affectée à cause des innumérables atteintes aux droits de l'homme. La situation d'insécurité issue de ces conflits a fini par créer une crainte encore vivante dans la population colombienne, cette étape, même si présente depuis longtemps, elle a pu démontrer l'impétueux besoin de la terminaison du conflit armée ainsi que la réparation des violations de droits de l'homme. Cet article vise à analyser la mise en application des Principes de Chicago en tant que ciments importants de la Justice Transitionnelle à l'intérieur des accords réalisés entre le Gouvernement National Colombien et les FARC-EP.

Mots-clés: Justice transitionnelle, droits de l'homme, vérité, réparation, mémoire historique.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Plan de redacción. - 1. Fundamentos de la justicia transicional. - 2. Los principios de Chicago sobre justicia transicional. - 2.1. *Principio 1* - Investigación, procuración de justicia. - 2.2. *Principio 2* - Búsqueda de la verdad e investigaciones por los delitos del pasado. - 2.3. *Principio 3* - Derecho de las víctimas, recursos y reparaciones. - 2.4. *Principio 4* - "Vetting", inhabilitaciones, sanciones y medidas administrativas. - 2.5. *Principio 5* - Conmemoración, educación y preservación de la memoria histórica. - 2.6. *Principio 6* - Enfoque de acceso a la justicia y reparaciones a grupos indígenas y religiosos. - 2.7. *Principio 7* - La reforma institucional y el gobierno eficaz. - Conclusiones. - Referencias.

Introducción

La experiencia internacional en la terminación de conflictos ha dado como resultado un documento denominado, “Los Principios de Chicago Sobre Justicia Transicional, donde se presentan directivas básicas para el diseño y aplicación de políticas para hacer frente a las atrocidades del pasado” (Bassiouni, 2007), que en nuestro país se ha ido implementado a través de la expedición de la ley de víctimas y restitución de tierras, entre otros decretos conexos, que dan aplicación en el papel a los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional.

Haciendo referencia al caso de Colombia, este ha padecido más de 50 años de conflicto interno, dejando innumerables víctimas, sufrimientos, inseguridad, y desconfianza por parte de la sociedad. En el año 2012 se dio un paso fundamental para generar un cambio en la sociedad colombiana, ya que se iniciaron los diálogos de paz en la Habana-Cuba por parte del Gobierno Nacional y las FARC. La pretensión de estos diálogos es la realización de acuerdos que contribuyan a la construcción de la paz en todo el territorio nacional y la terminación del conflicto interno armado.

Lo que se desea analizar con el presente artículo de reflexión es la manera como los principios de Chicago se han tomado en consideración al momento de realizar los acuerdos de paz de Colombia, ya que estos acuerdos deben estar basados en fundamentos de Justicia Transicional como medida idónea para tratar la complejidad del conflicto armado. Para tener una comprensión holística de lo que representa el proceso de paz actual se debe tener conocimiento de que este se ha fundamentado en un objetivo trascendental para la sociedad colombiana: pactar el fin del conflicto para poder comenzar una fase de construcción de paz.

Así mismo, se hace referencia de todas las medidas que se han acordado para cumplir con el objetivo de los diálogos de paz. Principalmente este proceso ha tomado el papel de las víctimas de manera fundamental, debido a que estas son las principales afectadas por el conflicto y por ende a las que se le deben resarcir todos los derechos vulnerados. En ese orden de ideas las víctimas están en el centro de este proceso y de todos los acuerdos firmados dentro de el por el Gobierno Nacional y las FARC, en el entendido que su propósito es promover, proteger y garantizar los derechos de todos los colombianos prestando atención particular a las víctimas. Teniendo en cuenta lo anterior, este proceso de paz se caracterizará por la no impunidad de los delitos cometidos por los grupos al margen de la ley y también por la no implementación de intercambio de impunidades, lo anterior se hará con el fin de satisfacer los derechos de las víctimas, al no ser negociables dentro del marco del fin del conflicto.

Es importante que se den garantías de no repetición, reparación, protección, seguridad, y esclarecimiento de la verdad, a toda la sociedad especialmente a las víctimas del conflicto, de este modo se pretende, que ningún colombiano padezca o vuelva a ser puesto en condición de víctima. Así mismo, su participación dentro los acuerdos que se están realizando en la Habana son de gran importancia, ya que el conflicto se puede analizar desde diferentes puntos de vista y de una manera más integral. Otro de los acuerdos dentro de la agenda, es la participación política en la que haya una apertura democrática y se consoliden los derechos de todos los movimientos sociales caracterizándose por la transparencia, la cultura y la seguridad en el ejercicio de la política, con el fin de generar integración con las regiones más golpeadas por el conflicto, fortalecer los mecanismos de participación y transparencia electoral, y confortar la democracia con la implementación de que habrá una exclusión de armas en el escenario político y un complejo trabajo para incluir a las zonas más afectadas por el conflicto armado garantizándoles todos sus derechos, como los sociales, políticos, económicos, civiles, etc. Es decir, que dentro de estos pactos no solo se busca la desmovilización y reintegración de los grupos subversivos, sino reformar los territorios en su integridad.

Como gran avance de este proceso se dará la solución al problema de drogas ilícitas, buscando una reforma rural integrada, en donde se transforme las zonas afectadas y se mejore las condiciones de la comunidad, en particular de las derivan su subsistencia de esos cultivos, haciendo enfoque a la salud pública y la lucha contra el narcotráfico. Para dar una mayor seguridad, por primera vez en el país, se logró implementar un proyecto piloto de desminado conjunto entre el Ejército Nacional y las FARC-EP, para avanzar en la construcción de confianza, este pacto es una forma de limpieza y descontaminación del territorio nacional, además de que mejora las condiciones de vida de las personas, especialmente de la población campesina, quienes han sido los principales afectados por estas áreas del conflicto, de esta forma se ayuda a la política de desarrollo agrario integral en la cual se darán grandes oportunidades para el desarrollo de las zonas rurales, quitando el sufrimiento humano y haciendo de Colombia un país más pacífico e incluyente.

Estos grandes avances también se ven representados en los tres mecanismos que se han puesto a disposición de los colombianos para garantizar su participación dentro del proceso, por lo que se hace evidente que las conversaciones y avances de este proceso son públicos para facilitar el entendimiento de lo que está sucediendo en La Habana.

Sabemos que el proceso de paz requiere de tiempo para tomar decisiones y llegar a acuerdos que beneficie a cada una de las partes del conflicto, por lo que es importante tomar referencia de diferentes directrices que dan valiosas pautas a la

hora de realizar dichos convenios entre el Gobierno Nacional y las FAR-EP. Una de estas directrices son Los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional, los cuales se establecieron debido a la vulneración de los derechos humanos, por lo que son una forma de contribuir a movimientos internacionales comprometidos con la verdad, la justicia y la reconciliación.

Estos principios son de gran importancia dentro del proceso de paz y el post conflicto, ya que están considerablemente aceptados por la justicia transicional, por lo que se pueden utilizar como una forma de lenguaje común, es decir, terminología y conceptos que permiten mejorar la comunicación entre las Naciones Unidas, los gobiernos, órganos regionales y no gubernamentales y entre las partes negociadoras del conflicto para determinar cuáles son las estrategias eficaces que pueden hacer frente a la parte social, política y cultural.

Dentro de estos principios se encuentran expresamente los puntos necesarios para la construcción de la paz y para el post conflicto como lo son el acceso a la justicia; la búsqueda de la verdad fundamentado en la costumbre internacional; las investigaciones de violaciones del pasado sobre los crímenes cometidos por los grupos al margen de la ley; el principio de Vetting; los derechos de las víctimas, los recursos y las reparaciones; la investigación; las sanciones y medidas administrativas; la conmemoración, la educación con respecto a la violencia y preservación de la memoria histórica; enfoque a grupos indígenas tradicionales, religiosos y otros; reforma institucional y buen gobierno, estas serán explicadas desde el punto de vista del proceso de paz, en la medida en que se van desarrollando en cada uno de los acuerdos programados en la agenda para la construcción de la paz.

Problema de investigación

Teniendo en cuenta lo anterior, ¿Qué impacto tienen los principios de Chicago dentro del desarrollo del proceso de paz que atraviesa el Estado colombiano y cuál es el papel de estos en el plano del post conflicto?

Metodología

En este artículo se utilizó el método analítico-deductivo, el cual fue determinante para estudiar los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional de manera individual y examinar su aplicación dentro de los acuerdos que se están llevando a cabo entre el Gobierno Nacional y las FARC. La información se obtuvo mediante una indagación exploratoria de tipo documental a cada uno de los siete

Principios de Chicago sobre Justicia Transicional, profundizando en el impacto de cada uno de ellos en los puntos de la agenda de conversaciones.

Plan de redacción

Partiremos de lo general del tema como lo son los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional, para llegar a la particularidad de cada uno de ellos, los cuales serán puestos en contra posición con lo avanzado en los diálogos de paz desde lo establecido en los borradores conjuntos sobre los puntos de la agenda de paz, lo establecido en los informes publicados por la Mesa de Conversaciones y los adelantos realizados por el Centro Nacional de Memoria Histórica.

1. Fundamentos de la justicia transicional

Los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional no son fruto de la casualidad, es el aporte de varios años de estudios coordinados de académicos, periodistas, religiosos y organizaciones como la ONU que han tenido papeles protagónicos en la resolución de conflictos de carácter internacional, presentando directrices para el diseño y aplicación de políticas que buscan hacer frente a todos los actos violentos desarrollados durante el conflicto interno como las vulneraciones a los derechos humanos, dentro de las que se encuentran las masacres, la tortura, las desapariciones forzadas, y abusos sexuales, que han quedado protegidas en el manto de la impunidad, a lo cual las víctimas reclaman verdad, justicia, reparación y no repetición de los hechos atroces¹.

La sociedad requiere un cambio de actitud por parte de sus integrantes para llegar a la reconciliación, la paz, la democracia y la estabilidad política después de los conflictos. Las políticas que buscan justicia por las violaciones del pasado deben centrarse en los derechos de las víctimas, en los recursos y las reparaciones a fin de que vuelvan a llevar una vida digna, es decir, dentro del marco de la Justicia Transicional que no significa impunidad, y garantiza el bienestar de las víctimas luego del conflicto.

¹ Respecto a la impunidad ante graves violaciones a los derechos humanos y el derecho a la reparación puede consultarse (Gómez Montañez, 2014).

2. Los principios de Chicago sobre justicia transicional

2.1. *Principio 1 - Investigación, procuración de justicia*

LOS ESTADOS DEBERÁN JUZGAR A LOS PRESUNTOS AUTORES DE LAS VIOLACIONES GRAVES DE LOS DERECHOS HUMANOS E INFRACCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. (Bassiouni, 2007, págs. 18-22)

Respecto de la primacía del Estado para investigar, si bien esta es función primigenia, todas las violaciones de los derechos humanos y la legislación interna junto con la de la comunidad internacional han establecido unas penas altas para esta clase de delitos, sin embargo para que se alcance el objetivo que plantean los diálogos de paz, no sería efectivo utilizar el sistema acusatorio colombiano, sino un sistema basado en los fundamentos de la justicia transicional, es decir, la implementación de penas alternativas y extrajudiciales que contribuyan con la reinserción a la sociedad de los integrantes de las FARC.

En consecuencia de lo anterior la sociedad colombiana, especialmente las víctimas, han demostrado su descontento. Según entrevistas hechas por *El Tiempo*, algunas víctimas solo estarían de acuerdo con la aplicación de penas extrajudiciales o alternativas, si los victimarios cumplieran efectivamente con lo acordado en la Habana respecto de aceptar su responsabilidad, contribuir a la búsqueda de personas desaparecidas y ayudar al mejoramiento de las tierras afectadas en el país por el conflicto armado, pero por otro lado hay víctimas que niegan totalmente la imposición de una condena sin prisión, ejemplo de ello es Farid Alberto Usme (2015), Representante de la Mesa de Víctimas en Antioquia, quien expresó que:

No estoy de acuerdo con que se les den penas en las que no vayan a la cárcel. Quienes son acusados por crímenes de lesa humanidad tienen que ir a prisión porque la justicia tiene que estar por encima de cualquier acuerdo. Si no van a la cárcel, para mí esto implicaría impunidad. (*El Tiempo*, 2015)

Según el profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana Alejandro Aponte (International Center for Transitional Justice, 2014), es fundamental que se quiten concepciones erróneas de las penas alternativas tales como: Creer que dichas penas son sinónimos de impunidad; creer que las sanciones del derecho penal se limitan estrictamente a la cárcel; y por último, que estos mecanismos están dirigidos a los desmovilizados en un proceso de paz o a funcionarios públicos que han cometido violaciones a los derechos humanos sin tener en cuenta la satisfacción de los derechos de las víctimas.

De acuerdo a lo anterior, las penas alternativas siguen siendo una sanción, pero estas tienen el fin de transformar y reintegrar a los autores de los delitos a la

sociedad, sin que estos dejen de responder por sus conductas. No significa que los derechos de las víctimas sean ignorados, sino que es importante comprender, que en un proceso tan complejo como el que se está llevando a cabo entre el Gobierno Nacional y las FARC, no se puede implementar el derecho penal sino la justicia transicional como medio idóneo para afrontar todos los delitos cometidos contra los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario durante el conflicto armado.

Rettberg afirma “si bien el derecho de las víctimas a la justicia es sacrificado de manera importante, lo es en pro de la garantía de los derechos y garantías de las mismas a la verdad y a la reparación”. (Rettberg, 2005, pág. 219)

En concordancia con el principio en estudio, el borrador conjunto del acuerdo sobre las víctimas del conflicto (Mesa de conversaciones, 2015, págs. 4-24) expresa que se crearán tribunales competentes para llevar a cabo todas las investigaciones de los delitos cometidos durante el conflicto y así fomentar las responsabilidades de los autores que participaron directa o indirectamente en las hostilidades, promover el esclarecimiento de las violaciones e infracciones y realizar la búsqueda de las personas desaparecidas que se encuentren con vida o por el contrario entregar los restos dignamente.

Todas las actuaciones tienen la obligación de cumplir con el debido proceso, proveyendo a los autores de los delitos el derecho a la defensa, a ser oídos en un juicio justo e imparcial, pero sin dejar de lado los derechos de las víctimas. Teniendo en cuenta que para adelantar las investigaciones y cumplir objetivamente con la procuración de justicia en un proceso tan complejo como el conflicto colombiano, que ha implicado graves y sistemáticas vulneraciones a los derechos humanos fundamentales, a causa de la tortura, las desapariciones, las masacres, los abusos y el desplazamiento masivo de personas, entre otros hechos victimizantes, se requieren de mecanismos especializados para su debido tratamiento. Por ello un paso primordial en los diálogos de paz es la creación de un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición (SIVJRNR) dentro del cual se articulan todos los medios y mecanismos idóneos para llevar a cabo las investigaciones y por ende el resarcimiento de los derechos de las víctimas como eje fundamental de los acuerdos planteados.

Dentro de los medios articulados en el (SIVJRNR) se encuentra La Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, elemental para el cumplimiento de la recolección de datos sobre la cantidad de personas desaparecidas, las estrategias para la búsqueda e identificación de los restos, la confirmación de la información dada por distintas fuentes, entre otras funciones que en concordancia con el principio

en estudio se harán con la ayuda de organizaciones Nacionales e Internacionales. Todos los actos, cumplirán con el principio de publicidad dando la información a la sociedad, especialmente a las víctimas.

Bassiouni dijo que *“Obtener Justicia luego de los conflictos representa un cambio significativo en la política internacional de la paz, la seguridad y la reconstrucción nacional, así como para proteger y defender los derechos humanos fundamentales”*. (Bassiouni, 2007, pág. 5)

Asimismo en materia de justicia se promovió en los diálogos de paz la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz, la cual cooperará en las investigaciones y esclarecimiento de las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, este órgano desempeñará funciones judiciales en aras de cumplir con la imposición de sanciones propias y alternativas con función restauradora y reparadora, estas sanciones tendrán una duración de 5 a 8 años, restringiendo libertades y derechos mediante mecanismos de monitoreo y supervisión sin que estos sean entendidos como cárcel u otra medida de aseguramiento.

Por otra parte en los diálogos de paz, se ha acordado el tema de la amnistía, tomado no como una forma para absolver a los autores de delitos sino como un medio limitado a lo necesario para finalizar el conflicto. Según la sentencia C-225/95: “El Estado colombiano se reserva el derecho de definir cuáles son los delitos de connotación política que pueden ser amnistiados, si lo considera necesario, para lograr la reconciliación nacional, una vez cesadas las hostilidades”. (Sentencia C-225, 1995)

Así mismo, teniendo en cuenta las prohibiciones de amnistía del Derecho Internacional Humanitario el gobierno podrá definir los delitos que podrán ser amnistiados una vez se firme el acuerdo final del proceso de paz.

Partiendo del artículo 6 numeral 5 del protocolo II de los Convenios de Ginebra en donde se expresa que: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”, a excepción de los delitos definidos en el Estatuto de Roma, podrán ser amnistiados los delitos políticos o conexos como sedición, la rebelión, asonada, muertes en combate, concierto para delinquir con fines de rebelión y porte ilegal de armas. (Protocolo II, 1997)

Como se dijo anteriormente la aplicación de la amnistía solo se hará con el propósito de contribuir a la terminación del conflicto que por mucho tiempo ha

quitado la paz y la esperanza a los colombianos, además la amnistía no implica que se exima la responsabilidad de colaborar con el esclarecimiento de la verdad, ya que primordialmente los acuerdos del proceso de paz tienen la finalidad de resarcir los derechos de las víctimas.

En consecuencia, el objetivo al que se pretende llegar con la aplicación del principio en estudio, es que luego de la terminación del conflicto la verdad sea revelada, proporcionando la reparación total y completa con un debido proceso en el que se apliquen todas las garantías procesales como un juicio abierto, transparente, veraz y oportuno a fin de equilibrar la paz, la justicia y la reconciliación como objetivos fundamentales de la justicia transicional. Para ello los acuerdos realizados hasta el momento por el Gobierno Nacional y las FARC dan el primer paso a cumplir a cabalidad con las investigaciones pertinentes para el esclarecimiento de la verdad, contando con órganos transitorios competentes que hagan cumplir los fundamentos de la justicia transicional en aras de poder reinsertar a la sociedad a los autores de delitos y a que los derechos de las víctimas sean reparados, para lograr la paz anhelada por las víctimas y la sociedad en general.

2.2. Principio 2 - Búsqueda de la verdad e investigaciones por los delitos del pasado

LOS ESTADOS DEBEN RESPETAR EL DERECHO A LA VERDAD Y FOMENTAR LAS INVESTIGACIONES DE COMISIONES DE LA VERDAD Y OTRAS INICIATIVAS SIMILARES POR LAS DENUNCIAS DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS. (Bassiouni, 2007, págs. 22-26)

Cuando se habla de violaciones masivas a los derechos humanos, como los crímenes de lesa humanidad, el derecho de las víctimas no solo debe quedar reducido a la reparación económica, sino que requiere de una investigación exhaustiva que garantice la revelación de los hechos violentos y los motivos por los cuales se efectuaron tales acontecimientos, para así darle a los afectados la garantía a sus derechos fundamentales. Como proposición a esta situación brota el derecho a la verdad, el cual posteriormente servirá como base a los derechos vulnerados de las víctimas del conflicto, buscando un método holístico que realice soluciones desde lo intrínseco para generar sinergia social, donde sea homogénea la búsqueda de integración de la comunidad y no solo un método desigual donde se favorezca a unos y se excluya a la población más afectada.

Comenzando por la concepción del derecho a la verdad, la Organización de los Estados Americanos (Organización de Estados Americanos OEA, 2015) lo considera como un derecho perteneciente a las víctimas, a sus familiares y a la

sociedad en general, y que surge de los artículos 1.1, 8, 25 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Sánchez Vallejo, 2015). Por ende, para su debido cumplimiento se requiere tomar las medidas acordes a los hechos victimizantes y a la identificación de sus responsables, buscando el conocimiento de las circunstancias en las que se cometieron los delitos para que no haya repetición en un futuro.

El cumplimiento efectivo del derecho a la verdad, comenzará una vez firmado el acuerdo final del proceso de paz, en donde se pondrán a disposición los diferentes instrumentos jurídicos de justicia transicional de carácter judicial y extra-judicial como la creación de la Comisión para el esclarecimiento de la verdad la cual hace parte de los componentes fundamentales del (SIVJRNR). Lo anterior se fija en el acto legislativo 01 del 31 de julio de 2012, en el que se establece la creación del artículo transitorio 66 para tales fines. (Acto Legislativo 01, 2012)

El nacimiento de una comisión de la verdad es muy importante para la solución del conflicto armado, siempre y cuando cumpla con cada una de las funciones asignadas. En Colombia existe un antecedente de este organismo, constituida por la Corte Suprema de Justicia para abordar los acontecimientos violentos que rodearon la toma del Palacio de Justicia en 1985 y, como es necesidad, de todos los sucesos de aquella época que no se han esclarecido hasta el momento. La Corte Suprema de Justicia cumplió con funciones similares a las que hoy en día son ejercidas por las Comisiones de verdad, caracterizadas por ser tribunales temporales y no judiciales.

En el derecho comparado, el estudio llamado “Comisiones de verdad ¿un camino incierto?” (Espinoza Cuevas, 2003) Muestra las experiencias de diferentes comisiones de verdad realizadas en países como el Salvador, Argentina, Chile, Guatemala y Sudáfrica, quienes han tenido una influencia internacional por la creación de comisiones de paz para buscar la solución a los conflictos ocasionados².

En Chile y Argentina las comisiones se crearon en los años 1983 y 1990 respectivamente para reanudar el sistema democrático, por otro lado en el Salvador y Guatemala se crearon en los años 1991 y 1996 como parte de los acuerdos de paz entre las guerrillas y el gobierno y en Sudáfrica se creó en 1995 mediante un acta parlamentaria sometida a debate público. La finalidad en las cinco comisiones fue la investigación de los hechos victimizantes, el esclarecimiento de la verdad y la reconciliación.

² Una propuesta de alternativa de legitimidad para la solución por vía de negociación al conflicto armado interno colombiano desde el derecho internacional penal puede consultarse (Pabón Giraldo & Jiménez Ospina, 2014).

En Argentina el objetivo de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas CONADEP, fue la investigación acerca de lo sucedido con las personas detenidas o desaparecidas, determinando y decidiendo sobre los culpables. Para ello se encargó de la recepción de denuncias, las excavaciones para la búsqueda de los desaparecidos, obtención de testimonios, entre otros. Además realizó mesas redondas y conferencias para dar información a la sociedad. Como resultado de esto, rindió un informe llamado “Nunca Más” en el cual se reportaron 8960 personas detenidas y desaparecidas.

En Chile la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (CNVR) se creó con el fin de esclarecer globalmente la verdad sobre las violaciones graves a los DD.HH y contribuir con la reconciliación de la comunidad chilena, asimismo investigó los casos de tortura, desaparición de personas y ejecución y muerte por parte de los agentes del Estado y particulares. Terminadas las investigaciones rindió un informe al presidente de la época, donde se reportaron 3400 casos de personas detenidas o desaparecidas.

La Comisión de la Verdad del Salvador se creó con la finalidad de colaborar con la reconciliación de todos los salvadoreños y fortalecer la paz basado en el concepto de verdad. Realizó investigaciones sobre crímenes como masacres, matanzas, torturas, desapariciones, secuestros por parte de la guerrilla y ejecuciones extrajudiciales por parte de agentes del estado. Ofrecieron declaraciones en medios de comunicación, invitaron a interponer denuncias, convocaron a la rendición de testimonios bajo confidencialidad y recibieron informes de organizaciones internacionales y otros gobiernos. Finalizada su actividad rindió un informe llamado “de la locura a la esperanza” en el cual se registraron 22.000 denuncias y solo 34 investigaciones.

La Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala (CEH), se creó con la finalidad de satisfacer el conocimiento de la verdad, contribuir con la no repetición de los hechos y eliminar toda venganza. Para ello investigó actos de genocidio contra la población maya, masacres, matanzas, secuestros, desapariciones, desplazamientos y reclutamientos forzados. Tomó en cuenta las sugerencias de cada una de las partes, de los representantes de la sociedad civil y la experiencia de otras comisiones y de las Naciones Unidas. Al finalizar las investigaciones, rindió un informe llamado “memoria del silencio” en el cual se reportaron más de 20.000 muertos y desaparecidos, 626 masacres efectuadas por la fuerza del Estado y 32 masacres por parte de la guerrilla.

En Sudáfrica se creó The Truth and Reconciliation Commission (TRC) su objetivo fue la promoción de la unidad Nacional y la reconciliación, la investigación de delitos, la compensación a las víctimas y el otorgamiento de amnistía a cambio

de confesiones. Realizó investigaciones sobre delitos como matanzas, torturas, desapariciones, abusos causados por agentes del Estado, FFAA y la policía, además de las violencias motivadas por la política a cargo de los particulares³. En el proceso identificaron a 6 grupos responsables de los delitos quienes se presentaron en audiencias públicas para solicitar la amnistía. Así mismo esta comisión estuvo integrada por 3 comités, el primero llamado comité de la violación de los Derechos Humanos encargado de la investigación de lo ocurrido, el comité de la amnistía, y el comité de reparación y rehabilitación. Como resultado de sus investigaciones entregó un informe al presidente Nelson Mandela, en donde se registraron más de 21.000 víctimas de las cuales 2.400 rindieron testimonio. Se estableció que la mayoría de los crímenes habían sido cometidos por la minoría blanca, además de que se registraron 7.000 solicitudes de amnistía.

Los periodos de las investigaciones en las 5 comisiones mencionadas se definieron por los hechos políticos y no por el momento en que ocurrieron las violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, señalando únicamente un periodo de tiempo general. La comisión que duro más tiempo fue la de Sudáfrica con 23 años, debido a que se creó la nación africaner, se presentó la masacre de schaperville y se instauró la CNA para luchar contra el apartheid. Debido a que los periodos de tiempo no se realizaron acorde a las cantidades de hechos victimizantes, el trabajo fue muy exhaustivo y por ende muchas denuncias quedaron sin investigación y sin conclusión.

Aunque estas comisiones tuvieron algunas fallas como en el caso del Salvador en donde no se tomaron en cuentas las recomendaciones hechas por la comisión, sino que eliminaron la posibilidad de investigar y de sancionar a los responsables a causa de una ley de amnistía, dejan una importante experiencia que ayuda a la creación de comisiones futuras, como en el caso actual de Colombia.

Las sugerencias más destacadas de estas comisiones son en principio que se cumplan con todas las recomendaciones que la comisión de paz realice, de tener un proceso que permita saber con precisión lo que se necesita, los recursos, los objetivos y como se cumplirán, para que las decisiones de la comisión no cambien durante el transcurso de su tiempo en vigencia. El periodo de tiempo de trabajo de la comisión debe ser muy amplio conforme a la cantidad de crímenes cometidos, para que se puedan realizar todas las investigaciones, la divulgación de la verdad y el informe de lo ocurrido. Los comisionados y el equipo de trabajo seleccionado para conformar la comisión de paz deben ser personas que además de tener una

³ Sobre la violencia política puede consultarse (Arboleda Ramírez, 2014) (Avendaño Castro, Mogrovejo Andrade & Bastos Osorio, 2014).

trayectoria en la defensa de los DD.HH también sean profesionales capacitados. La comisión debe buscar las medidas necesarias para realizar la debida publicación de información sobre el proceso de investigación, para garantizar el derecho a la verdad y tomar la participación de las víctimas como parte fundamental del proceso para que de esa manera sus derechos sean resarcidos y haya una reparación proporcional al daño sufrido.

En el caso de Colombia, según el borrador Conjunto del acuerdo sobre el punto de las víctimas del conflicto, el Gobierno Nacional y las FARC-EP han establecido la creación de la Comisión del Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición con el propósito de satisfacer los derechos de las víctimas especialmente el derecho de la verdad, preservar la memoria histórica y promover la convivencia, la reconciliación y la no repetición. (Mesa de conversaciones, 2015, págs. 4-24)

En cumplimiento de los fundamentos y principios de la justicia transicional, la comisión responderá a tres objetivos fundamentales encaminados a la no repetición de los hechos delictivos, comenzando por el esclarecimiento y la explicación de todo lo ocurrido, la cooperación en el reconocimiento de las víctimas como ciudadanos y ciudadanas y de todos aquellos que participaron directa o indirectamente en el conflicto, además de ayudar a establecer la convivencia dentro de un marco de respeto, comprensión y tolerancia en espacios pacíficos.

La comisión tendrá el deber de dar garantías procesales a todos los que participen en ella, como a ser oídos, conceder un trato justo, digno, no discriminatorio y ser objetivos e imparciales a la hora de proceder en sus actividades. Dentro de las funciones esenciales que se atribuyen a la comisión en los acuerdos de paz se encuentra la investigación del mandato atreves de todos los medios de recolección aceptados por las ciencias sociales, asegurar que todos los sectores especialmente los más afectados por el conflicto sean oídos, es decir, dar una participación amplia a las víctimas y a todo los grupos de la sociedad por medio de la creación de espacios a nivel Nacional, regional y territorial como audiencias públicas, orientar a las víctimas a participar de mecanismos que satisfagan sus derechos, implementar todas las maneras necesarias como los medios de comunicación, los pensum educativos y el Museo Nacional de Memoria Histórica para divulgar la información sobre todos los procesos, los avances y desarrollos de las actividades realizadas y dar un informe final con todas las investigaciones teniendo en cuenta los diferentes contextos además de las recomendaciones y conclusiones.

En consecuencia, para que se desarrolle el proceso de paz, es de gran trascendencia la creación de la comisión de paz como un mecanismo de justicia

transicional extrajudicial que ayude a la investigación de los delitos cometidos y a la reconciliación de la sociedad en general, teniendo en cuenta los derechos de las víctimas y su participación en todas las actividades. Su reconocimiento a nivel mundial se fundamenta en la costumbre internacional, constituida porque existe una *opinio juris* desarrollada a través de principios, declaraciones y jurisprudencia, consolidada por una práctica que se traduce en la creación de comisiones de la verdad.

2.3. Principio 3 – Derecho de las víctimas, recursos y reparaciones.

LOS ESTADOS DEBEN RECONOCER LA ESPECIAL SITUACIÓN DE LAS VÍCTIMAS, GARANTIZAR EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DESARROLLO DE RECURSOS Y REPARACIONES. (Bassiouni, 2007, págs. 26-28)

Durante el conflicto armado activo desde hace 50 años, diferentes sectores de la sociedad colombiana han pasado por situaciones en las que sus Derechos Humanos han sido vulnerados. Según la ley 1448 de 2011 en su artículo 3° expresa la concepción de víctimas de conflicto armado señalando que son:

Aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno (Ley 1448, 2011)

En ese orden de ideas, las mujeres, los niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos mayores, personas en situación de discapacidad, los pueblos indígenas, las comunidades campesinas, las poblaciones afrocolombianas, negras, palenqueras y raizales, la población LGBTI, los defensores y las defensoras de derechos humanos, sindicalistas, periodistas, agricultores y agricultoras, ganaderos y ganaderas, comerciantes y empresarios y empresarias y en general toda la sociedad que ha estado implicada en el conflicto armado y se le ha vulnerado sus derechos tienen la calidad de víctimas.

Estas víctimas no solo han tenido que resistir a las arbitrariedades realizadas por grupos al margen de la ley, sino que por mucho tiempo se han quedado en silencio, ejemplo de ello es Jimena Ochoa, directora ejecutiva de la Federación Colombiana de Víctimas de las FARC quien participó en el primer foro de construcción para la paz realizado en la Universidad Libre de Colombia Seccional Cúcuta, por parte del Semillero de Desarrollo Humano en colaboración con la Gobernación de Norte de Santander y el Centro de Inspiración para la Paz. El testimonio de esta víctima dio a conocer la manera como fue desplazada con

su familia, el sufrimiento de pasar por el secuestro de su padre, y las miles de extorsiones hechas por el grupo armado de las FARC, que aunque en un principio ella y su familia obedecían en silencio a sus peticiones, terminaron por contar todas las situaciones de violencia que habían tenido que padecer, ya que como lo dijo Jimena: “obedecerles y darles plata es empoderarlos, es darles instrumentos, armas y formas de organización, para perjudicar a más personas”.

Al igual que el caso mencionado, el Registro Único de Víctimas (RUV) (Unidad de Víctimas, 2014) registra 7.762.840 víctimas, de las cuales 9.949 han sido por abandono o Despojo Forzado de Tierras, 89.771 por actos terrorista/Atentados/Combates/ Hostigamientos, 304.346 por amenazas, 14.473 por delitos contra la libertad y la integridad sexual, 162.288 desaparición forzada, 6.803.961 por desplazamiento, 971.035 por homicidio, 10.924 minas antipersonal/munición sin explotar/artefacto explosivo, 104.961 por pérdida de Bienes Muebles o, inmuebles, 31.211 por secuestro, 9.822 por tortura, 7.931 por vinculación de niños, niñas y adolescentes y 40 que no reportan información.

Estas cifras demuestran el gran impacto que ha tenido el conflicto interno armado en Colombia y la necesidad de crear mecanismos contundentes y eficaces que certifiquen el resarcimiento de los derechos de las víctimas como principal objetivo de los diálogos de paz entre el Gobierno Nacional y las FARC, ya que son ellas las que tienen el papel más importante para lograr la construcción de paz. Así lo reiteró la Corte Constitucional en la Sentencia C-776/10 la cual expresa que: “El Estado como máxima autoridad pública y encargada del país debe velar y diseñar un plan para aquellas personas que fueron víctimas del conflicto armado y asegurar que se les brinde todas las medidas de apoyo para tratar de remediar en una parte los derechos vulnerados con aquel daño. Esta indemnización se hace con el fin de ayudar a las víctimas para que se vuelvan a reivindicar con la sociedad y puedan salir adelante por si mismas sin la ayuda del Estado”. (Sentencia C-776, 2010)

Segura Álvarez, publicó sobre el estudio titulado “Evaluation for the Unidad para las Víctimas: global and comparative benchmarking”, realizado por Harvard, fue financiado por la agencia de cooperación estadounidense Usaid, llegando a concluir que: “la naturaleza ambiciosa de la Ley de Víctimas y su pretensión de cobertura pueden redundar en dificultades de cumplimiento”, pues en los anteriores casos ha quedado solo en formalismos diplomáticos con vacíos en la aplicación, para así solo vender una imagen de tranquilidad a los inversionistas extranjeros olvidando la esencia de esta ley que busca un espacio para que los afectados tengan acceso a saber quiénes y el por qué sufrieron acciones inhumanas donde sus vidas tuvieron ese cambio tan drástico. (Segura Álvarez, 2014)

Aunque ley 1448 del 2011 refleja un avance importante en la reparación de las víctimas, ya que amplía la forma de reparación, para que no solo quede en una indemnización económica sino también se de una ayuda psicosocial, vivienda digna, restitución de tierras, entre otras, tiene muchas falencias en la implementación de su programa como el cumplimiento de la promesa de transformar las vidas de las víctimas sin tener en cuenta aspectos como su pobreza y marginalidad.

De esta manera el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) (Portilla Benavides & Correa, 2015) realizó algunas recomendaciones para hacer más objetiva la ley en estudio. Principalmente el Estado debe asumir su responsabilidad frente a la violación de los Derechos Humanos, pedir perdón y fortalecer los mecanismos de reparación simbólica. El Presidente de la República debe impulsar los diferentes programas establecidos en la ley para que la sociedad fortalezca su confianza en las instituciones del país. Se debe otorgar a la Uariv estatus político y jurídico para que pueda administrar y coordinar los recursos y de este modo hacer más efectivo el desarrollo de sus políticas. Sugiere acelerar el proceso de reparación administrativa y asegurar los recursos necesarios para que las víctimas no tengan que esperar a que haya disponibilidad en el presupuesto. También debe enviar recursos a las regiones más afectadas para diseñar una política de desarrollo social y por último garantizar la protección a las víctimas y a sus líderes.

Como pieza trascendental para garantizar la construcción de la paz en el territorio colombiano y la satisfacción de los derechos de las víctimas en el borrador conjunto del acuerdo sobre las víctimas del conflicto (Mesa de conversaciones, 2015, págs. 4-24), expresa que una vez firmado el acuerdo final se da el paso a la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), por medio de este mecanismo se pretende el resarcimiento de los derechos de las víctimas como eje fundamental del proceso de paz, ya que su objetivo se basa en el reconocimiento de las víctimas como ciudadanos de derechos, en el esclarecimiento de la verdad, en la identificación de los responsables por los delitos cometidos durante el conflicto y en la premisa de no intercambiar impunidad.

Como se ha mencionado, el SIVJRNR se compone de otros mecanismos de justicia transicional que contribuyen a lograr la paz y a finalizar el conflicto armado como son la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, quien contribuirá a la búsqueda de la verdad y la investigación de lo ocurrido, al reconocimiento de las víctimas y de los autores de delitos, así como garantizar la convivencia y la no repetición de los hechos victimizantes; la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto, la cual coordinará la búsqueda e identificación

de las personas desaparecidas cuando se encuentren con vida o en casos contrarios realizar la entrega de los restos dignamente; la Jurisdicción Especial para la Paz cumplirá con la investigación, la persecución y la sanción de las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario para reparar el daño causado y contribuir con el esclarecimiento de la verdad; y las medidas específicas de reparación son aquellas que fortalecen los mecanismos existentes para la reparación de las víctimas dentro de las que se incluye a la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la no repetición.

Algunas de las medidas que establece el acuerdo sobre las víctimas del conflicto son los actos de reconocimiento de la responsabilidad para pedir perdón y asumir lo que les corresponde, estos actos se harán a nivel Nacional, regional y territorial con el apoyo de Diálogo Intereclesial por la Paz (DIPAZ). Realización de acciones concretas de contribución a la reparación, en las que los autores de delitos manifestarán su contribución a satisfacer a las víctimas y a la comunidad en general, también contribuir con la infraestructura de los territorios más afectados, descontaminación de territorios de minas antipersonas, artefactos explosivos, municiones sin explotar o restos explosivos de guerra. Implementar la Reparación colectiva por medio de programas de la Reforma Rural Integral con el fin de mejorar las condiciones de vida de las víctimas y reconstruir sus proyectos, para ello se utilizaran medidas materiales y simbólicas como homenajes, conmemoraciones... y medidas de convivencia y reconciliación para atender los daños de la sociedad y promover la convivencia al interior de las comunidades.

Otras medidas son los mecanismos de participación de las víctimas en espacios determinados. Medida de recuperación por medio de la rehabilitación psicosocial para aliviar el dolor de las víctimas. Procesos colectivos de retornos de personas en situación de desplazamiento y reparación de víctimas en el exterior dándoles medidas de seguridad para garantizar la vida e integridad. Medidas sobre restitución de tierras con el fin de fortalecer y dinamizar los procesos de restitución de tierras en un escenario de fin del conflicto y el fortalecimiento del fondo de reparación para las víctimas de la violencia, entre otras a las que el Gobierno Nacional y las FARC se comprometen a realizar para contribuir con la reparación material e integral de las víctimas.

En consecuencia, si bien el acceso a la justicia y la reparación integral de las víctimas se deben garantizar dentro del proceso de paz, los mecanismos y medidas anteriormente mencionadas proporcionan un plus para que los derechos de las víctimas sean resarcidos, por medio de la rendición de cuentas, de la garantía a la seguridad jurídica, la no repetición de los hechos victimizantes, la promoción de la convivencia y la reconciliación en todos los sectores de la sociedad, cumpliendo a cabalidad con los fundamentos de justicia transicional.

2.4. Principio 4 – “Vetting”, inhabilitaciones, sanciones y medidas administrativas.

LOS ESTADOS DEBERÍAN APLICAR POLÍTICAS DE INHABILITACIÓN, SANCIONES Y MEDIDAS ADMINISTRATIVAS. (Bassiouni, 2007)

El *Vetting* lo podemos definir como el proceso de investigación de antecedentes al que se somete una persona para acceder a determinados cargos estatales. Este es llevado a cabo en el proceso de acceso a un puesto gubernamental, es decir, es la investigación previa que se le hace a una persona de sus antecedentes para determinar si la misma está habilitada o no para ejercer algún cargo público o para participar de forma directa en la política en este caso. El *Vetting* es necesario como protección porque permite excluir de cargos públicos a las personas que representan algún tipo de amenaza para el Estado. (Bassiouni, 2007)

Es esencial hablar de este principio respecto a la participación política de ex combatientes, ya que estos son vistos de una u otra forma como una amenaza a la “seguridad” del Estado, por ser personas con antecedentes de haber cometido crímenes de lesa humanidad, por lo tanto, el *Vetting* es la inhabilitación que busca impedir que los perpetradores de violaciones del pasado participen en el gobierno o tenga algún tipo de participación.

La participación política la podemos definir como la capacidad que adquiere una persona para ejercer sus derechos políticos. *Esta participación teóricamente no viola ningún derecho de las víctimas. En el marco internacional para la protección a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, no existe ninguna norma o ley que obligue a un Estado a prohibir la participación ya sea individual o colectiva de los ex miembros de grupos al margen de la ley, siempre y cuando no se vulneren o violen los derechos de las víctimas reconocidos por el derecho internacional como lo son la obligación a la prevención de nuevas violaciones a los derechos humanos, sanción a las violaciones de DDHH y la reparación de forma integral de las víctimas.* (Londoño Lázaro, 2014)

Teniendo en cuenta lo anterior y que el borrador del segundo punto de la agenda de paz en La Habana, Cuba versa expresamente de la participación política y establece las garantías que deben existir para hacer ejercicio de este derecho por parte de los grupos insurgentes, las víctimas y la población civil en general, es pertinente cuestionarse la contradicción que se crea en cuanto a la aplicabilidad completa del Pacto de Chicago y Justicia Transicional en los diálogos de paz.

En la agenda de conversaciones de paz llevadas a cabo por el Gobierno colombiano y las FARC tiene como punto número dos la participación política (Mesa de Conversaciones, 2012) de integrantes de grupos al margen de la ley que

se han desmovilizado como parte de un proceso de Justicia Transicional. Este es uno de los puntos más controversiales para la opinión pública como lo ha sido en general todo el proceso, pero específicamente este tema porque ha generado muchas dudas en cuanto a si debe ser un punto en el que el Gobierno debe ceder. Martha Lucía Ramírez, ex candidata presidencial señaló en entrevista realizada por el periódico El País que es necesario que aquellos responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad paguen para demostrar su real compromiso con la justicia, indicando que el pago de una condena es un requisito para su participación política (Beltrán, 2015). Esta línea de pensamiento va acorde a lo planteado con el principio de Vetting puesto que ésta establece que aquellos actores que tengan mayor responsabilidad en la comisión de graves violaciones a los Derechos Humanos deben ser excluidos de participar en el gobierno. De acuerdo con la ex candidata se encuentra el 70% de los colombianos que participaron de una encuesta realizada por Noticias RCN los cuales señalaron no estar de acuerdo con la participación política de la guerrilla de las FARC, siendo un 65% proveniente de zonas de conflicto. (Noticias RCN, 2013)

El punto ya fue discutido en la mesa, donde se señaló que para la consolidación de la paz se hace necesaria la promoción de la tolerancia y la no estigmatización, por lo que deben existir garantías para el ejercicio de la oposición política la cual es una pieza fundamental para la democracia amplia, frente a estos fundamentos se propone la implementación de un Sistema de Garantías para la Participación Política que garantice una cultura de convivencia y prevenga cualquier forma de estigmatización, exponiendo también en el apartado de Jurisdicción Especial para la Paz que la imposición de cualquier sanción por el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (de ahora en adelante SIVJRNR) no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de cualquier derecho activo o pasivo en esta materia (Mesa de conversaciones, 2015, pág. 27). De esta manera, los derechos referentes a la participación política son fuertemente protegidos, en el borrador del acuerdo en materia de víctimas se hace constante reiteración de la obligación del gobierno de respetar y garantizar el pleno goce de los derechos humanos de los destinatarios del SIVJRNR conforme al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin embargo, en el borrador no se establecen las reglas para acceder a la amnistía y el indulto el cual es el espacio donde los líderes de las FARC se pueden ver beneficiados para iniciarse en la política legal de manera inmediata, este tema será discutido en el acuerdo final por lo que sólo se conocerá en el final el verdadero rumbo de la carrera política de las FARC la cual ya ha empezado luego de que los representantes del grupo armado en La Habana se reunieron con grandes figuras políticas del mundo como el ex presidente de Uruguay José Mujica (Semana, 2016), junto a la visita del secretariado de las FARC en febrero del 2016

al corregimiento de Conejo en La Guajira donde se reunieron un aproximado de 2.000 personas para hablar de las negociaciones en Cuba, violando el compromiso de no tener trato con la población civil. (Cosoy, 2016)

El acto legislativo 01 del 2012 también llamado Marco Jurídico para la Paz establece las medidas de justicia transicional que podrían aplicarse en el país en caso de un acuerdo con las FARC, habla de la limitación del derecho a la participación política de aquellos quienes hayan sido condenados por delitos de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, una actuación que asegura el cumplimiento de condenas y la identificación de los victimarios en el conflicto, tal y como lo establece el principio, pero en contra posición señala el mismo acto legislativo que se hará uso de criterios de priorización para centrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables de los delitos que adquieran connotación de lesa humanidad, autorizando de esta manera la renuncia a la persecución penal judicial de los casos no seleccionados, dando lugar a la no judicialización de actores de grandes violaciones de derechos humanos cuyo evento no tendría otra connotación que la de impunidad, de esta misma manera lo comprende el Procurador General de la Nación Alejandro Ordóñez que en comunicación enviada a la fiscal jefe de la Corte Penal Internacional que señaló en éste que lo convenido en La Habana “concreta la falta de voluntad del Estado y su incapacidad para proceder de manera auténtica en la investigación, el enjuiciamiento y la sanción, teniendo en cuenta que el vicio sobre una de tales etapas, en este caso puntual la sanción, afecta integralmente la autenticidad del procedimiento judicial.” (Procuraduría General de la Nación, 2016)

Ahora bien, dentro del marco jurídico para la paz queda en pie de igual manera la posibilidad de que, en la forma prevista en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución que señala que por graves motivos de conveniencia pública o por decisión mayoritaria en la Cámara de Representantes se conceda la amnistía y el indulto generales por delitos políticos. Excluyéndolos de cumplir con una condena y ofreciéndoles participación política (República de Colombia, 1991), sumando que en caso de excluirse de igual manera de su responsabilidad civil, el Estado quedará obligado a pagar por las respectivas indemnizaciones, por lo que no habrá lugar al pago de una pena alternativa para resarcir a la comunidad como establece el Marco Jurídico para la Paz y el borrador del acuerdo sobre las víctimas.

A pesar de ser un tema al que se le tiene desconfianza por la ausencia de información clara debido a que la última palabra sobre esta situación se dará en el acuerdo final, se ha reconocido que es un paso significativo para la solución al conflicto armado en Colombia respecto a dos temas:

1. La renuncia de este grupo armado a la vía de las armas como una estrategia usada para alcanzar el poder político que en sí es su meta principal.
2. El reconocimiento a las limitaciones del sistema político y el derecho a garantizar el derecho a la vida y a la seguridad de los opositores políticos.

Por otro lado, el principio de *Vetting*, de los principios de Chicago establece que los Estados deberían considerar la posibilidad de adoptar sanciones y medidas administrativas para los individuos responsables de graves violaciones de los derechos humanos y de infracciones del derecho internacional humanitario, tales como la revocación de las licencias profesionales o el rechazo de beneficios públicos, sin embargo, el borrador del acuerdo sobre las víctimas del conflicto establece en su numeral sesenta que las sanciones observadas de la Jurisdicción Especial para la Paz consisten en restricciones en los derechos de libertad de residencia y movimiento, además de la realización de funciones restaurativas y reparadoras en un lapso mínimo de cinco años a uno máximo de ocho años, mismo período de tiempo establecido para quienes se enfrenten a una pena privativa de la libertad (Mesa de conversaciones, 2015, págs. 39-40).

Por lo que si se logra firmar el tratado de paz existiría una impunidad, lo cual ha ocurrido en varios procesos de paz, no solo en Colombia, como el caso de Nicaragua que en 1988 fruto de conversaciones entre el Gobierno de Nicaragua y la Resistencia Nicaragüense se expidió la Ley de Amnistía General que fue en la cual se concedía la amnistía general para aquellos procesados y condenados por violaciones a la seguridad pública y por delitos cometidos antes de 1979 (Sentencia C-579, 2013). De igual manera, en 1970 se expide en Perú el decreto Ley N° 18692 en el cual se condene amnistía e indulto a todos los acusados de delitos político-sociales y conexos dejándolos en libertad de manera inmediata. Las amnistías obtenidas de esos procesos de conversaciones que se llevaron en estos Estados son muestras de la imposibilidad de que los Estados logren judicializar a todos los victimarios, ambas partes deben ceder en mayor o menor medida frente a las exigencias de las mismas y la flexibilidad frente a la participación política y la posibilidad de renuncia de la persecución penal frente a determinados delitos puede desembocar en una amnistía general.

Sin embargo, permitiendo aprender de otras conversaciones que dieron lugar a amnistías es pertinente recordar que en 1986 en Argentina se expidió la ley del Punto Final que estableció la caducidad de la acción penal de los imputados responsables de desaparición forzada, detenciones ilegales, torturas y homicidios agravados durante la dictadura militar del Proceso de Reorganización Nacional. Esta ley fue anulada en el 2003 por el Congreso Nacional y posteriormente en el 2005 la Corte Suprema de Argentina la declaró inválida e inconstitucional (Mesa

de conversaciones, 2015, págs. 5-12). Atendiendo a estos casos de amnistía que se presentaron en Latinoamérica, la salida del proceso colombiano podría ser similar a alguna de ellas o bien podría cambiar su rumbo para seguir los planteamientos del principio IV del Pacto de Chicago que exhorta a realizar esfuerzos especiales para determinar la responsabilidad individual de militares y de acuerdo a ella, identificar a los mayores responsables para excluir su participación del gobierno o en las fuerzas de seguridad por toda la vida o un período determinado proporcional a la responsabilidad adquirida por la violación.

Por otro lado, los acuerdos han resultado ser ampliamente garantistas con las víctimas y la participación política que éstas tendrán en el escenario de post-conflicto, puesto que en su borrador del acuerdo sobre la participación política establecen como una medida de reparación y de construcción de paz se compromete a crear Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz para la representación política de poblaciones y zonas especialmente afectadas por el conflicto y el abandono (Mesa de conversaciones, 2015, págs. 5-12). Por lo tanto, estas campañas contarán con financiación especial y acceso a medios regionales, además de que tendrá reglas especiales para la inscripción de candidatos y su elección.

Al hablar de la participación política que puedan obtener los desmovilizados luego de un eventual tratado de paz surge la pregunta; ¿está preparada Colombia para este nuevo desafío? Colombia es un país que ha sido aterrorizado por más de 50 años (Centro de Memoria Histórica, 2016) por diversos grupos al margen de la ley, esta situación de constante vulneración de los derechos humanos pueden dar lugar a opiniones por parte de la población general y víctima que sean de carácter inflexible frente a la aplicación de penas severas o pueden aprobar la realización de un proceso con garantías para los victimarios del conflicto, estas posiciones se vieron expresadas en la encuesta realizada en el Centro de Memoria Histórica (Centro de memoria histórica, 2012, págs. 83-95) donde de acuerdo a las estadísticas la población no logró ponerse de acuerdo sobre dar beneficios legales a los grupos guerrilleros que no se han desmovilizado o si la mejor solución era hacer que éstos paguen penas más severas pues de la población general entrevistada el 51% estuvo de acuerdo con los beneficios legales y el 49% exigió condenas severas, resultados similares dio la población víctima en la que el 54% expresó su acuerdo con los beneficios y el 46% se opuso a los mismos. En cambio, de los expertos que respondieron la encuesta un 69% estuvo de acuerdo con los beneficios legales para los grupos guerrilleros y sólo el 15% opinó que se les debe vencer militarmente y obligarles a pagar penas más severas.

Uno de los objetivos de la Justicia Transicional es demostrar que la paz y la justicia son complementarias, las normas internacionales no limitan el acceso a la política de los miembros de grupos armados, sin embargo las atrocidades del

pasado no pueden quedar impunes tal como se expone en el Pacto de Chicago; encontramos en los principios de Chicago condiciones en las cuales se puede ser vetado de participar en la política pública a ciertas personas debido a su accionar en el conflicto, sin llegar a sacrificar a toda una organización.

Para la construcción de una sociedad democrática se debe permitir la participación política de estos grupos (Sentencia C-577, 2014), regulados por acuerdos con el gobierno y con determinadas limitaciones para cumplir con la garantía de no repetición que tiene la aplicación de justicia transicional. Estudiar a los países que ya dejaron a atrás su conflicto y lograron emplear la Justicia Transicional permite vislumbrar los posibles efectos de los diálogos en el entorno colombiano, ejemplos de países que lograron integrar exitosamente a la vida civil y políticas a desmovilizados de los grupos armados son Sudáfrica, Indonesia y en Latinoamérica, Guatemala cuyo conflicto armado inició, explica Yolanda Aguilar, antropóloga de la BBC mundo, bajo el argumento de las organizaciones guerrilleras sobre la existencia de profundas condiciones de desigualdad, los cuales lograron involucrar en su política pública a estos desmovilizados de los grupos con los cuales se firmó el respectivo tratado de paz; Guatemala es un gran ejemplo en la reinserción a la política pública de dichos grupos ya que tres años después de firmar el acuerdo, “seis parlamentarios y nueve alcaldes elegidos, provenían de dichos grupos” (El Espectador, 2014).

La consolidación de los derechos de oposición, el reconocimiento y trámite pacífico de los movimientos sociales establecidos en La Habana e impulsados por los principios de Chicago da oportunidad a la creación de nuevos partidos que expresan sus ideales con garantías de seguridad con fin de realizar un cambio en la comunidad, que la desmovilización represente efectivamente una transformación social para que cuando aquellos que abandonaron las armas hagan parte de la sociedad civil cumpla no solo con sus derechos si no al mismo tiempo con sus deberes, actuando con la firme convicción de terminar la guerra interna y, siguiendo el orden de ideas del jefe de equipo negociador del gobierno, Humberto De La Calle, haciendo que “imperen las ideas, no las armas” (Alto Comisionado para la Paz, 2016).

2.5. Principio 5 - Conmemoración, educación y preservación de la memoria histórica.

LOS ESTADOS DEBEN APOYAR PROGRAMAS OFICIALES E INICIATIVAS POPULARES EN MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS PARA EDUCAR A LA SOCIEDAD CON RESPECTO A LA VIOLENCIA POLÍTICA PASADA Y PRESERVAR LA MEMORIA HISTÓRICA. (Bassiouni, 2007)

“Cuando el mundo toma conciencia de la dimensión del genocidio judío. Aparece el deber de memoria: la humanidad no puede permitirse otra experiencia de inhumanidad porque no la soportaría. De ahí el *nunca más*. Y el antídoto contra el poder destructor de la barbarie es, según los supervivientes, la modesta memoria.” (Reyes, 2012)

Para asegurar el derecho a recordar y el deber de no olvidar para evitar la repetición de desafortunados sucesos se debe partir desde la conmemoración del 9 de abril en el cual se celebra el día nacional de la Memoria y la Solidaridad por las Víctimas del Conflicto Armado creado por la Ley 1448 de 2011 con el fin de recordar los efectos de las décadas de violencia en el país y de qué manera se están sobreponiendo las víctimas para continuar con sus proyectos de vida. La ley no sólo preceptúa la celebración de este día, sino que desarrolla en el ordenamiento interno lo referente a las medidas de atención, asistencia y reparación integral para las víctimas dentro del marco de la justicia transicional teniendo como principio preponderante la dignidad de las víctimas, por lo que las víctimas según lo señalado en la ley tienen derecho a ser informados de todos los aspectos jurídicos dentro de sus procesos judiciales, como también tienen derecho a la ayuda humanitaria, asistencia funeraria y tendrán acceso a instituciones educativas del sector oficial o privado para la continuación de sus estudios, brindándoles todas las garantías posibles para la continuación con sus proyectos de vida.

Así mismo, no sólo estableció los derechos, garantías y mecanismos para que las víctimas del conflicto armado vivan con dignidad, sino que creó el Centro de Memoria Histórica como un establecimiento público del orden nacional con personería jurídica, patrimonio propio, que desarrollará programas para el cumplimiento del deber del Estado de reconstrucción de memoria como aporte al ejercicio del derecho a la verdad que tienen las víctimas y la sociedad en general y que la misma ley establece en su artículo nueve como un derecho de las víctimas sin importar quién sea el responsable de los delitos. El Centro de Memoria Histórica tiene entre sus funciones integrar un archivo que cuente con documentos originales o copias fidedignas de todos los hechos victimizantes a los que hace referencia la ley en todo el país, un trabajo extenso considerando la magnitud del conflicto colombiano y sus cincuenta años de existencia; igualmente el Centro debe recopilar testimonios de las víctimas sobre violaciones de derechos a los que hace referencia la ley 1448, además de tener documentación de otros procesos similares a los diálogos de paz en La Habana que se hayan realizado en otros países. Pero que desafortunadamente se ha quedado corto ante la realidad violenta del país (Ley 1448, 2011).

El trabajo del Centro de Memoria Histórica está altamente comprometido con la búsqueda de la verdad y el mantenimiento de la misma para el conocimiento

de la sociedad, planteamiento con el que el pueblo colombiano se encuentra de acuerdo según lo establecido en las encuestas que realizó el mismo Centro, debido a que el 76% de las víctimas y la población en general, como el 96% de los expertos están de acuerdo en que lo mejor para las víctimas del conflicto armado es saber la verdad y es precisamente esto lo que se debe entender, no se puede perder la memoria de lo acontecido. Según Mitre Antonio *“Desde sus orígenes la historia es un combate contra dos de sus peores enemigos: el olvido y su gran aliado, el tiempo cuyo paso incesante va borrando “el pez y su latido”, es decir, el pasado y su recuerdo”* (Mitre, 2002). Pues como afirmó el autor, el paso del tiempo es implacable y todo tiende a olvidarse dando como consecuencia la reincidencia en los hechos atroces que con los diálogos se busca dar fin. Es insuficiente el reconocimiento pasivo del sufrimiento que padecen las víctimas, visibilizarlas, dignificarlas y humanizar los hechos por los que han pasado son requisitos del ejercicio del derecho a la verdad y del deber de no olvido que tiene el Estado para cumplimiento de una de las garantías que les concede la justicia transicional, la no repetición.

La ejecución de políticas de investigación, procesos archivísticos, museología e iniciativas de memoria son todas responsabilidades del CNMH las cuales pueden resultar bastante superficiales si este tipo de actividades y los frutos de ellas no producen un cambio social, por lo que haciendo caso al principio que señala la ley 1448 al de participación conjunta que implica el deber del solidaridad y respeto de la sociedad civil y el sector privado con las víctimas, el Centro de Memoria Histórica contribuyendo a la tarea de que la sociedad colombiana se sienta comprometida con las tareas de reconstrucción de la memoria histórica y también en el proceso de dignificación de las voces de las víctimas, desarrolla una política de pasantías para la involucrar más sectores sociales en estos propósitos, ofreciendo de esta manera a estudiantes de distintas carreras a contribuir con su trabajo a la reconstrucción de la memoria histórica.

Por otro lado, siguiendo lo establecido en los principios de Chicago, la ley 1448 ha exhortado al CNMH a la creación del Museo Nacional de la Memoria para la construcción permanente de la verdad y la paz, el museo permite la visibilizar la magnitud del conflicto y debatir sobre las causas y condiciones que desencadenaron el conflicto, movilizando el pensamiento crítico frente a la construcción de la democracia⁴. El MNM se encontrará ubicado en la capital colombiana, en el que se tratarán temas como las dimensiones, características y modalidades de la violencia

⁴ Los contenidos de la democracia son amplios y han dependido a lo largo de la historia de los sucesos políticos, culturales, etc. que refleja esas sociedad. Al respecto puede consultarse

contemporánea, las causas de la violencia y los responsables, como también los daños causados a las *víctimas, la sociedad y al país. De esta manera, el MNM será un sitio de conmemoración del honor, la dignidad, el sufrimiento y la humanidad de las víctimas de abierta participación ciudadana, generando una muestra de sensibilidad hacia la cultura local, la historia y los valores.*

El problema de quien recopile la información de los hechos de barbarie del conflicto se resuelve con la creación del Centro Nacional de Memoria Histórica y la responsabilidad que tiene el Estado de educar sobre las violaciones del pasado la solución la ley 1732 de 2014 que crea la Cátedra para la Paz cuyo reglamento es el Decreto 1038 el cual en su artículo número dos señala como fin de la Cátedra:

Fomentar el proceso de apropiación de conocimientos y competencias relacionados con el territorio, la cultura, el contexto económico y social y la memoria histórica, con el propósito de reconstruir el tejido social, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (Decreto 1038, 2015).

La Cátedra fue incorporada como asignatura en el Plan de Estudios y se implementa en las instituciones de educación preescolar, básica y media donde los profesores que la imparten están capacitados para realizar esta labor, para abordar con éxito las temáticas que exige la Cátedra como los de mayor conexión con lo establecido por el Pacto de Chicago en su principio número cinco que son la justicia y los derechos humanos, la resolución política de conflictos, la memoria histórica y la historia de acuerdos de paz nacionales e internacionales. Además, como parte de la Cátedra para la Paz se incluye la realización de talleres CaPAZes para niños, niñas y jóvenes para el reconocimiento de sus derechos, la resolución de conflictos, la participación social y el empoderamiento infantil y juvenil.

A pesar del gran trabajo que ha hecho el legislador a la hora de satisfacer su deber de preservación de la memoria histórica, el éxito del Centro Nacional de Memoria Histórica, sus procesos investigativos, vinculación de las víctimas a las actividades de preservación junto con sus campañas y especiales de visibilización de las historias de las víctimas, el CNMH se queda corto en su actividad territorial debido a que éste sólo cuenta con sedes en la ciudad de Bogotá, las demás sedes son de Dirección de Acuerdos de la Verdad que se reparten entre las capitales de los

(Jiménez Ramírez & Arboleda Ramírez, 2015). Así mismo, sobre la democracia participativa puede consultarse (Ramírez Nardiz, 2014).

principales departamentos del país, sin cubrir a los municipios más afectados, y que cumplen con la función específica de recibir, clasificar, analizar y preservar los testimonios de los desmovilizados de las AUC que firmaron los acuerdos de Contribución a la Verdad con el gobierno. Por lo que en el momento en el que se firme el acuerdo final de los diálogos de paz con los grupos guerrilleros, el trabajo de recolección de información para preservación de la memoria histórica va a ser arduo y extenso, como la recolección de testimonios, además de las actividades museísticas y pedagógicas para dar a conocer al pueblo colombiano la historia de los conflictos, que se deben realizar en cada rincón del país para fortalecimiento de la memoria colectiva. La entidad no tiene el andamiaje para una efectiva recolección de información en todo el territorio nacional, la atención a las víctimas es imperiosa y su exigencia de ejercicio del derecho a la verdad será inminente, en busca de respuesta satisfactoria para calmar su dolor.

Siendo esta la situación, se propone la participación de estudiantes de los últimos semestres de diferentes carreras para resolver esta situación, la intervención de las universidades en la solución se traduciría en el auténtico compromiso de ellas con el desarrollo regional y el cual se advertiría con la participación de las diferentes facultades afines a la problemática como psicología, trabajo social, comunicación social, pedagogía, y en especial las facultades de derecho contribuyendo en la recolección y conservación de la memoria sobre el conflicto del país en pro de su no repetición.

Un proyecto presentado a la unidad de registro nacional de abogados y auxiliares de la justicia del Consejo Superior de la Judicatura y al Centro Nacional de Memoria Histórica es una alternativa positiva para la región y para los estudiantes de la facultad de derecho, ya que pueden realizar sus prácticas jurídicas en dicha entidad. De tal manera, en cada departamento existiría una oficina del CNMH en constante funcionamiento donde los estudiantes, bajo la dirección de un coordinador, ayudan a recoger la información para el Centro Nacional de Memoria Histórica y a su vez cumplen con el requisito de la práctica jurídica satisfaciendo los requisitos que estableció la Corte Constitucional al precisar la validez constitucional de la práctica en:

La existencia de una relación inescindible entre el desempeño idóneo del abogado y la posibilidad de acceder a prácticas jurídicas que sirvan de escenario para la aplicación de los conocimientos adquiridos en las distintas asignaturas que integran el pensum correspondiente, a través del ejercicio de cargos o actividades que impliquen el desarrollo de tareas propias de la disciplina del Derecho. (T- 932, 2010)

2.6. **Principio 6 - Enfoque de acceso a la justicia y reparaciones a grupos indígenas y religiosos.**

LOS ESTADOS DEBEN APOYAR Y RESPETAR LAS TRADICIONES DE LOS GRUPOS INDÍGENAS Y DE OTROS GRUPOS RELIGIOSOS. CRITERIOS SOBRE ESAS VIOLACIONES.

“El enfoque del acceso a la justicia de los grupos indígenas y religiosos varía ampliamente con la cultura y el contexto. Sin embargo, estas prácticas manifiestan similitudes conceptuales, estructurales y de procedimiento con respecto a elementos clave de la sociedad local, incluyendo, la familia, la identidad de grupo, las relaciones patrón-cliente, la solidaridad social, la participación y las normas de honor, vergüenza, dignidad y prestigio”. (Bassiouni, 2007)

Por ello a la hora de hablar de una justicia generalizada se hace referencia a la parcialidad en el tema de justicia para todo un país con diversidad étnica, debido a que no se puede aplicar el mismo trato que se da a la sociedad en general, a las comunidades indígenas, afro-americanos y grupos religiosos, a causa de los factores económicos, sociales que rodean a estas comunidades y por la poca accesibilidad de estas poblaciones a los mecanismos de reconocimiento y justicia del país.

En Colombia el enfoque étnico es un componente del enfoque diferencial por la diversidad étnica y cultural que tiene el país. De acuerdo a la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el contexto colombiano las comunidades Rrom, afro, negras, palenqueras y raizales pertenecen a este enfoque.

En razón de la diferenciación cultural que tienen estas comunidades y atendiendo a los principios de Chicago, se debe promover el desarrollo de proyectos específicos para estas comunidades, concentrándose en las violaciones que padecieron y en la manera en la que las resistieron a ellas. Estas comunidades como víctimas gozan de los mismos derechos que ellas los cuales para su ejercicio deben ser adaptados a las singularidades étnicas de estos pueblos impidiendo que estas se conviertan en obstáculos para el ejercicio de sus derechos.

La reconstrucción de la historia de estos pueblos puede incluso resultar más amplia que la obtenida de la comunidad víctima en general por la posibilidad de que la historia de las violaciones de Derechos Humanos de estas comunidades sean anteriores al conflicto armado generados por la falta de conocimiento, de las poblaciones aledañas y la comunidad colombiana en general, sobre su cultura y el respeto que se debe tener por ella y sus territorios. Frente a este aspecto, la preservación de la memoria histórica de estos grupos se traduce no sólo en el cumplimiento del derecho a la verdad que tienen las víctimas, sino una manera de

resistirse a la violencia que creó todas aquellas memorias que el CNMH y el país debe conservar, conocer la historia ha obtenido un valor positivo y los actos de memoria no tienen un matiz de pena, por el contrario, la memoria es un factor de denuncia, de lucha frente a la violencia y la impunidad. El acceso a la verdad que es garantizado para las víctimas no ha sido de goce de las comunidades indígenas del país, como tampoco los derechos de acceso a la justicia y la reparación integral lo cual expresan estas comunidades apoyados en la voz del senador Marco Aníbal Avirama, que exige se reconozca a los pueblos indígenas como víctimas del conflicto armado al ser sus territorios usados como escenarios para la guerra. (Prensa senador Marco Aníbal Avirama, 2012)

Hay grupos étnicos que han sufrido particularmente los estragos del conflicto. Los afrocolombianos son unos de ellos. El Pacífico, donde se trasladó el conflicto armado desde mediados de los años noventa, es una de las regiones que más ha padecido la guerra. Por allí han pasado todos los grupos armados, las guerras y la coca. El reclutamiento infantil y la dictadura de las bandas criminales tienen sitiados a varios barrios de Tumaco. Solo Buenaventura tuvo 13.468 desplazados en el 2013 (Human Rights Watch, 2014) y sus barrios han sido disputados calle a calle por paramilitares, guerrilleros y bandas criminales. En otras regiones de población afro ha ocurrido lo mismo. Siendo en los departamentos del Cauca, Nariño, Valle y Chocó donde provienen la mitad de ciudadanos desplazados por el conflicto armado donde se vieron afectados más de 18500 colombianos pertenecientes a comunidades negras, señala en un informe la delegada para los Derechos de la población desplazada de la defensoría (Caracol Radio, 2015)

De igual forma, las situaciones de desplazamiento forzado que han vivido los pueblos indígenas causan estragos en su estructura social debido a que sus sistemas económicos, sociales y culturales se fundamentan completamente en su relación con la tierra, bien expone un indígena Siona lo anterior asegurando que “perder nuestra tierra es perdernos nosotros” (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2009). La comunidad Awá en Nariño es víctima de desplazamientos masivos desde el 2004 y la comunidad Embera en el Chocó padece bajo los grupos armados irregulares que se encuentran en la zona, quienes se disputan su territorio sagrado, sólo en el 2008 sufrieron doce desplazamientos masivos. Los desplazamientos masivos se deben a la búsqueda de dominio de sus territorios son ricos en recursos naturales como los biocombustibles, petróleo y madera, además de que sus terrenos son propicios para el cultivo de la coca. Sin embargo, los pueblos indígenas colombianos y las comunidades negras no sólo han padecido el flagelo del desplazamiento forzado, sino que han vivido amenazas, sufrido a causa de minas antipersona, reclutamiento forzado y controles de comportamiento.

El Estado, por su parte, reconoce todas estas situaciones de violación a los Derechos Humanos de estas comunidades e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que se ocasionaron en el marco del conflicto, por lo que por medio de los decretos 4633, 4634 y 4635 genera los marcos legales e institucionales de la política pública de atención integral, protección, reparación integral y restitución de derechos territoriales para los pueblos indígenas, las comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y las comunidades Rrom. La regulación sobre estas acontecimientos haciendo acopio a la justicia transicional se realiza bajo el enfoque diferencial, por lo que los decretos regulan de acuerdo a la cultura de la comunidad víctima y su situación histórica particular, reconociendo los derechos principalmente afectados de cada una de ellas. Sin embargo, pese a lo reiterativos que resultan los preceptos de la justicia transicional frente al trato diferencial que deben recibir estas comunidades que están protegidas de manera especial en la constitución colombiana estos decretos son las únicas leyes que versan sobre los derechos que tienen estas comunidades frente al conflicto y la necesidad que tienen de que estos les sean garantizados de manera inmediata. En los borradores de los acuerdos de los diálogos de paz sus derechos diferenciados son expresados superficialmente y su estatus de víctimas es reconocido sin ningún carácter especial, por lo que estos decretos resulta la piedra angular del ejercicio de todos sus derechos como lo es la verdad, el acceso a la justicia, la reparación y su participación política. Sin embargo, con el fin de garantizar de manera seria el enfoque étnico, territorial y diferencial del que gozan estas comunidades, representantes de estos pueblos harán parte de la Mesa de Conversaciones de manera temporal para el estudio de sus aportes y propuestas con el fin de afianzar el respeto y protección de la diversidad étnica y cultural (Mesa de conversaciones, 2016).

Los decretos que cobijan a estas comunidades son comprensivos con las exigencias de la Justicia Transicional, por lo que reconocen el enfoque diferencial étnico con el deben ser tratadas estas comunidades y señalan como principio el respeto por el derecho propio de las comunidades de tal manera que se protege su identidad étnica y cultural. Para pervivencia de estas comunidades se garantiza en los decretos su derecho a la ayuda humanitaria que debe ser de manera inmediata como también establece medidas especiales de protección de los derechos a la vida, libertad e integridad de las comunidades que se encuentren en situación de riesgo y de manera particular reconoce el derecho fundamental de los pueblos indígenas al territorio calificándolo de inalienable, imprescriptible e inembargable ya que es base fundamental de su cultura y vida espiritual, en suma, los decretos leyes resultan apropiadamente garantistas.

Ahora que Colombia está en un arduo camino hacia la paz en La Habana, es el momento en que se reconozcan a todos los pueblos indígenas de Colombia y que sobresalgan todas las violaciones de derechos que quedan impunes o en la

oscuridad, Colombia debe reconocer esto para encontrar una reparación integral que no consista sólo en la debida atención a los sectores sobresalientes del país, el papel de los pueblos indígenas va a ser fundamental para implementar esos acuerdos debido a que tienen presencia en las distintas regiones del país donde se vive el conflicto con mayor fuerza y de igual manera, reside gran parte de la riqueza del país.

Del enfoque diferencial que establecen los acuerdos, particularmente del enfoque de género, hace parte también la diversidad sexual que abarca a las comunidades LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales) personas con orientaciones sexuales diferentes a las comunes de su sexo. Estas comunidades han venido luchando por sus derechos, y la aprobación de leyes que les permitan vivir como un ciudadano normal sin ninguna limitación en sus derechos, por lo que en reconocimiento de esta labor se ha integrado abiertamente a la comunidad LGBTI en el proceso de paz por medio de la subcomisión de género de los acuerdos pues la perspectiva de género incluye comprender y reconocer los derechos de esta comunidad. La participación activa y directa de esta comunidad dentro de un proceso de paz es histórica, puesto que es la primera vez que sucede. Wilson Castañeda, politólogo y defensor de derechos de esta comunidad, expresó en la mesa de negociaciones, que su comunidad enfrenta un vacío legal, que ha facilitado que sean víctimas de homicidios, desplazamientos, amenazas y agresiones físicas, de las cuales han sido victimarios desde grupos ilegales hasta agentes del Estado, que tienen en común prejuicios y rechazos por la diversidad sexual y de géneros (ILGALAC, 2013) y se han revelado de manera categórica y efectiva los sesgos existentes en los marcos normativos nacionales e internacionales respecto a la clasificación de la violencia cometida en el contexto del conflicto armado. Estos avances han estado orientados principalmente al reconocimiento de la violencia sexual como una de las más graves infracciones. El proyecto de Justicia Transicional en Colombia refleja esta evolución, con una referencia explícita a la violencia sexual en los textos que establecen y regulan tanto la Ley de Justicia y Paz como el régimen administrativo de reparaciones establecido por el Decreto 1290 de 2008.

A pesar de estos avances normativos, la “jerarquía de violaciones” de larga data permanece intacta en el proyecto de Justicia Transicional en Colombia, las múltiples experiencias que se quedan por fuera de este alcance son por defecto caracterizadas como privadas y de poco interés para el Estado en términos de qué debería ser esclarecido, castigado, reparado, recordado y nunca repetido.

2.7. Principio 7 - La reforma institucional y el gobierno eficaz.

LOS ESTADOS DEBEN BRINDAR APOYO INSTITUCIONAL A LA REFORMA DEL ESTADO DERECHO PARA RESTAURAR LA CONFIANZA DEL

PÚBLICO, PROMOVER LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y APOYAR EL BUEN GOBIERNO. (Bassiouni, 2007)

Para cumplir con los principios establecidos por la Justicia Transicional una vez firmados los acuerdos se observan reformas de carácter institucional y constitucional que serán precisamente la principal garantía de no repetición y serán la base del fortalecimiento y adecuación de la participación política para la inclusión. Ante ello el Gobierno estableció en Congreso de la Republica la Reforma constitucional para la paz con el fin de sentar bases jurídicas que permitan la implementación de los acuerdos que se están llevando a cabo en la Habana. Este proyecto de acto legislativo para la paz fue aprobado el 20 de abril de 2016 por la plenaria del Senado, dando facultades al presidente durante 180 días a partir de la vigencia del acto y del acuerdo final de paz, para realizar decretos con fuerza de ley y así asegurar la implementación de los acuerdos (Galvis, 2016).

Sin embargo, el gobierno ha logrado avanzar por aparte frente a la necesidad de mejorar la gobernabilidad y el manejo de las instituciones al señalar el respeto mutuo como uno de los principios generales en cuanto a las medidas de atención, asistencia y reparación integral, señalamiento que se hace reiterativo y extensivo en todos los decretos que regulen estas materias o afines, como es la ley 1448 del 2011 que en su articulado expresa el compromiso de los funcionarios a regirse por el respeto mutuo y la cordialidad, como también la responsabilidad del Estado de remover cualquier obstáculo que impida el acceso real a las víctimas a las medidas de atención, asistencia y reparación.

Visto lo anterior se puede determinar que el gobierno nacional está desarrollando cada uno de los principios de Chicago en las negociaciones de la Habana con las FARC-EP, bien sea en mayor o menor medida, las determinaciones que se han tomado en las negociaciones han resultado garantistas para las víctimas, estableciendo mecanismos para satisfacer sus necesidades de acuerdo a la situación particular de cada una de ellas. Este documento sobre los principio de chicago permite revisar las experiencias de procesos exitosos para tomar de referente en el post conflicto y así evitar cometer errores sucedidos en otros procesos de paz, teniendo en cuenta que ninguno de estos principios puede ser abandonado por los negociadores en aras de llevar a feliz término el proceso de paz.

Conclusiones

Se hace evidente cómo en el proceso de paz que adelanta el gobierno nacional con las FARC-EP se implementan cada uno de los siete principios de Chicago cumpliendo así con la aplicación de los preceptos de la justicia transicional para

dar fin al conflicto armado y buscar la paz de manera garantista para toda la población colombiana que se ha visto afectada en distintos grados y formas por estas situaciones de violación de los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Un cambio sustancial transicional requiere voluntad política, recursos y compromisos de larga duración. Los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional alientan un enfoque global e integrado para hacer frente a las atrocidades del pasado que impliquen una acción rápida, la planificación a largo plazo, las consultas nacionales, la participación de diversos grupos, la sensibilidad con el contexto local y la cultura, una amplia reforma institucional y una perspectiva interdisciplinaria nacional e internacional a la vinculación de la justicia, la paz y la reconciliación.

Así bien, tras lo investigado sobre Justicia Transicional, y la fuerte presencia que esta tiene en el proceso de paz contamos con un concepto propio, su aplicación logra para las víctimas que las autoridades investiguen y sancionen a los responsables de múltiples violación de Derechos Humanos. Entonces, frente al temor por la impunidad se establecen reglas en las cuales se otorgará la amnistía frente a determinados delitos como son los de carácter político y conexos, y sobre cómo en ningún caso se renunciarán a la persecución penal de delitos de lesa humanidad de manera que se garantice justicia y no haya lugar para la impunidad. Cumplir este objetivo es un reto logístico, administrativo y judicial grande al que el Estado debe hacer frente de manera competente de manera que las víctimas del conflicto no sean revictimizadas.

Se considera que en este proceso la justicia debe estar en todo momento pensando en las víctimas ya que estas conocen los hechos que deben ser castigados por el Estado y son la razón principal por la que se moviliza el Estado en estos diálogos⁵. Se garantiza el castigo de los responsables siempre invocando la dignidad humana de los mismos y su derecho al debido proceso, como también se garantiza el derecho de las víctimas a conocer la verdad a través de la obligación del Estado a preservar la memoria histórica y como medio de reparación de las víctimas.

El Estado se compromete a través de los acuerdos a sancionar a los culpables de los diversos crímenes de manera justa dependiendo los actos cometidos, es decir si un sujeto que ha cometido grandes violaciones a los derechos humanos y a la sociedad en general no podrá quedar impune ni recibir una sanción menor o igual a

⁵ Esta circunstancia puede ser ampliada en el documento Política, derecho y post-conflicto (Pabón Arrieta y Torres Argüelles, 2015).

aquel que cometió actos mínimos, sino recibirá el castigo justo y correspondiente a sus acciones. Se debe presentar un compromiso con lo anteriormente mencionado, ya que es muy importante y causa un efecto a largo plazo en la reconciliación nacional y la paz del país, evitando a toda costa que un delincuente que generó mucho daño y violó de gran manera los derechos fundamentales de la sociedad se le dé un estamento público o se convierta en un personaje importante en el gobierno.

De lo anterior se puede decir que el Gobierno Nacional está empleando todo lo dispuesto en los Principios de Chicago con miras a terminar el conflicto interno, con la creación de la ley de víctimas, el centro de memoria histórica y el Sistema Integral de la Verdad, Justicia, Reparación y No Reparación. La participación política de las FARC-EP es una realidad que debe asumir el pueblo colombiano, como lo exponen en el punto cuatro de los principios de Chicago: “Principio 4 – “Vetting”, inhabilitaciones, sanciones y medidas administrativas”, ya que dicho grupo se forma tras una serie de inequidades y la única forma de combatirlos lícitamente es desde la representación política en el legislativo y en los diferentes cargos públicos de elección popular y ningún miembro de este grupo firmará la paz para quedar excluido de esta posibilidad.

En Colombia 50 años de conflicto han dejado un devastador resultado. Seis millones de víctimas y miles de familias destrozadas, muertos, secuestrados y una historia llena de miedo y dolor. El país merece un cambio, pero hoy, aun después de analizar desde diferentes contextos no se puede concluir que se esté preparado para una nueva etapa debido a que los principales temas de la agenda y que tendrán particular repercusión en la población colombiana están siendo discutidos sin haber nada claro, por lo que las actuaciones que se realizarán respecto a la lucha contra la corrupción, desarme y reinserción social de desmovilizados son inciertas. La justicia transicional debe ser aplicada de manera correcta para lograr resultados efectivos, cada principio tiene un papel importante en la construcción de la paz anhelada por todos los colombianos y su aplicación es un desafío por la magnitud del conflicto. La reparación integral a las víctimas es sin duda una de los retos más complejos que debe afrontar este proceso, pero es el gran punto de partida para esta nueva etapa que está por comenzar.

Referencias

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (Julio de 2009). “Perder nuestra tierra es perdernos nosotros” *Los indígenas y el desplazamiento forzado en Colombia*. Obtenido de ACNUR: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/Los_indigenas_y_el_desplazamiento_forzado_en_Colombia.pdf?view=1.

- ARBOLEDA RAMÍREZ, P. B. (2014). Aproximación teórica al estudio de la violencia política en Colombia durante el siglo XX. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 119-135.
- AVENDAÑO CASTRO, W. R., MOGROVEJO ANDRADE, J. M., & BASTOS OSORIO, L. M. (2014). Una mirada de la violencia en Colombia desde la teoría del poder de J. Thompson. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), (153-182).
- ESPINOZA CUEVAS, V. (2003). *Comisiones de la verdad: un camino incierto? : estudio comparativo de comisiones de la verdad en Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala y Sudáfrica desde las víctimas y las organizaciones de derechos humanos*. Santiago, Chile: Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo, CODEPU Asociación para la prevención de la tortura, APT.
- Semana. (28 de Enero de 2016). Mujica se reunió con los negociadores de las FARC en Cuba. *Revista Semana*. Obtenido de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/pepe-mujica-y-farc-se-reunen-en-cuba-en-medio-de-dialogos-de-paz/458366>
- Acto Legislativo 01. (31 de Julio de 2012). Congreso de la República. *Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=48679>
- Alto Comisionado para la Paz . (23 de Marzo de 2016). *Declaración del jefe de la delegación del Gobierno Humberto de la Calle*. Obtenido de La Habana: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/pronunciamientos-jefe-de-la-nacion/Paginas/2016/Marzo/Declaracion-del-jefe-de-la-delegacion-del-Gobierno-Humberto-de-la-Calle.aspx>
- BASSIOUNI, M. (2007). *Los Principios de Chicago sobre Justicia transicional*. Obtenido de International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affaire, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Association Internationale de Droit Pénal: file:///C:/Users/Marcela%20Florez/Downloads/93.pdf
- BELTRÁN, L. (5 de Julio de 2015). Participación política de las Farc, un tema que revivirá en la mesa de diálogos. *El País*. Obtenido de: <http://www.elpais.com.co/proceso-de-paz/participacion-politica-de-las-farc-un-tema-que-revivira-en-la-mesa-de-dialogos.html>
- Caracol Radio. (21 de Mayo de 2015). Más de 18.000 personas de comunidades afro han sido desplazadas: Defensoría. *Caracol Radio*. Obtenido de: http://caracol.com.co/radio/2014/05/21/nacional/1400668800_235229.html
- Centro de memoria historica. (2012). *Encuesta Nacional ¿que piensan los colombianos despues de siete años de justicia y paz?* Bogotá D.C.
- Centro de Memoria Historica (2016). *¡Basta Ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá D.C.
- COSOY, N. (19 de Febrero de 2016). Las FARC “violan las reglas del juego” y empiezan a hacer política en Colombia. *BBC Mundo*. Obtenido de: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160217_colombia_farc_politica_conejo_crisis_nc

- Decreto 1038. (25 de Mayo de 2015). Presidente de la República. *Por el cual se reglamenta la Cátedra de la Paz*. Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial 49522. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=61735>
- El Espectador. (27 de Mayo de 2014). “Participación política de desmovilizados no incide en las víctimas”: Defensor del Pueblo. *El Espectador*. Obtenido de <http://www.defensoria.gov.co/es/nube/enlosmedios/1751/Participaci%C3%B3n-pol%C3%ADtica-de-desmovilizados-no-incide-en-las-v%C3%ADctimas-Defensor-del-Pueblo-Marco-Jur%C3%ADdico-para-la-paz.htm>
- El Tiempo. (24 de Septiembre de 2015). Penas alternativas no gustan a todas las víctimas de las Farc. *EL TIEMPO*. Obtenido de: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/proceso-de-paz-penas-alternativas-no-gustan-a-todas-las-victimas-de-las-farc/16385331>
- GALVIS, A. (22 de Abril de 2016). *Acto Legislativo para la paz: su estudio y debate en recta final en el Congreso*. Obtenido de Senado de la República de Colombia : <http://www.senado.gov.co/noticias/item/24254-acto-legislativo-para-la-paz-su-estudio-y-debate-en-recta-final-en-el-congreso>
- GÓMEZ MONTAÑEZ, J. A. (2014). Derecho a la reparación y lucha contra la impunidad ante graves violaciones a los derechos humanos. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 99-118.
- Human Rights watch. (20 de Marzo de 2014). *La crisis en Buenaventura. Desapariciones, desmembramientos y desplazamientos en el principal puerto de Colombia en el Pacífico*. Obtenido de Human Rights watch: <https://www.hrw.org/es/report/2014/03/20/la-crisis-en-buenaventura/desapariciones-desmembramientos-y-desplazamiento-en-el>
- ILGALAC. (2013). *La comunidad LGBT participa en el proceso de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC-EP*. Obtenido de <http://ilga-lac.org/la-comunidad-lgbt-participa-en-el-proceso-de-paz-entre-el-gobierno-de-colombia-y-las-farc-ep/>
- International Center for Transitional Justice. (20 de Mayo de 2014). *Conversatorio sobre penas alternativas y sanciones extrajudiciales en Colombia: Más allá de la cárcel*. Obtenido de <https://www.ictj.org/es/news/conversatorio-penas-alternativas-sanciones-extrajudiciales-colombia>.
- JIMÉNEZ RAMÍREZ, M. C., & ARBOLEDA RAMÍREZ, P. B. (2015). La cláusula democrática en la Constitución: una aproximación a su alcance. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 53-90.
- Ley 1448. (10 de junio de 2011). Congreso de la República. *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.096 . Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html

- LONDOÑO LÁZARO, M. (6 de Julio de 2014). *Participación política de ex combatientes y Marco Jurídico para la Paz: la perspectiva de los Derechos Humanos ante la Corte Constitucional*. Obtenido de Universidad de La Sabana: <https://acedicilsa.com/2014/07/06/participacion-politica-de-ex-combatientes-y-marco-juridico-para-la-paz-la-perspectiva-de-los-derechos-humanos-ante-la-corte-constitucional/>
- Mesa de Conersvaciones. (26 de Agosto de 2012). *Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Obtenido de <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/AcuerdoGeneralTerminacionConflicto.pdf>
- Mesa de conversaciones. (15 de Diciembre de 2015). *Borrador conjunto del acuerdo sobre las víctimas del conflicto armado*. Obtenido de La Habana: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/borrador-conjunto-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto-1450190262.pdf>
- Mesa de conversaciones. (2 de Junio de 2016). *Comunicado conjunto #73*. Obtenido de La Habana, Cuba: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/comunicado-conjunto-73-1464879298.-la-habana-2-de-junio-de-2016-1464879298.pdf>
- MITRE, A. (2002). *EL DILEMA DEL CENTAURO. ENSAYOS DE TEORÍA DE LA HISTORIA Y PENSAMIENTO LATINOAMERICANO*. Centro de Investigaciones Diego Barros Arana (Dibam).
- Noticias RCN. (6 de Noviembre de 2013). desde <http://www.noticiasrcn.com/nacional-pais/colombianos-rechazan-participacion-politica-las-farc>. *Noticias RCN*.
- Organizacion de Estados Americanos OEA. (2015). *Derecho a la verdad*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=156&IID=2>
- PABÓN ARRIETA, J. A., & TORRES ARGÜELLES, P. (2015). Política, derecho y post-conflicto. *Revista Advocatus*, 12 (25), 89-104.
- PABÓN GIRALDO, L. D., & JIMÉNEZ Ospina, A. (2014). Una alternativa de legitimidad para la solución por vía de negociación al conflicto armado interno colombiano desde el derecho internacional penal. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 137-152.
- PORTILLA BENAVIDES, A., & CORREA, C. (Marzo de 2015). *Estudio sobre la implementación del programa de reparación individual en Colombia*. Obtenido de Centro Internacional Para la Justicia Transicional ICTJ: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-COL-Estudio-reparacion-individual-2015.pdf>
- Prensa senador Marco Aníbal Avirama. (18 de Julio de 2012). *“Los indígenas son víctimas del conflicto armado y se reclaman como actores de paz”*: senador Avirama. Obtenido de Congreso de la República de Colombia : <http://www.senado.gov.co/historia/item/14377-maltratando-a-los-soldados-y-policias-de-colombia-los-indigenas-no-obtienen-la-paz-senador-virguez>

- Procuraduría General de la Nación. (9 de Enero de 2016). “*Acuerdo entre Gobierno de Colombia y FARC es un pacto de impunidad*”: Procurador Alejandro Ordóñez a Corte Penal Internacional. Obtenido de https://www.procuraduria.gov.co/portal/_Acuerdo-entre-Gobierno-de-Colombia-y-FARC-es-un-pacto-de-impunidad___Procurador-Alejandro-Ordenez-a-Corte-Penal-Internacional_news
- Protocolo II. (8 de Junio de 1997). *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977*. Obtenido de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>
- RAMÍREZ NÁRDIZ, A. (2014). La democracia participativa como elemento del modelo democrático del siglo XXI. *Revista Advocatus* , 11 (23), 117-131
- República de Colombia. (1991). *Constitucion politica. De las Leyes*. Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores S.A.
- RETTBERG, A. (2005). *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- REYES, M. (7 de Marzo de 2012). *Memoria de la barbarie y construcción del futuro*. Obtenido de Fronterad: <http://www.fronterad.com/?q=memoria-barbarie-y-construccion-futuro>
- SÁNCHEZ VALLEJO, J. (2015). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 183-226.
- SEGURA ÁLVAREZ, C. (18 de octubre de 2014). La primera de tres evaluaciones. El diagnóstico de Harvard para la Unidad de Víctimas. *El Espectador* . Obtenido de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/el-diagnostico-de-harvard-unidad-de-victimas-articulo-522915>
- Sentencia C-225. (18 de Mayo de 1995). Corte Constitucional. Sala Plena . *M.P.: Alejandro Martínez Caballero* . Bogotá D.C., Colombia: REF:Expediente No. L.A.T.-040. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>
- Sentencia C-776. (29 de Septiembre de 2010). Corte constitucional. Sala Plena. *M.P.: Jorge Ivan Palacio Palacio*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-8027. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-776-10.htm>
- Sentencia C-577. (6 de Agosto de 2014). Corte Constitucional. Sala Plena . *M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez* . Bogotá D.C., Colombia : Referencia: expediente D-9819. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-577-14.htm>
- Sentencia C-579. (28 de Agosto de 2013). Corte Constitucional. Sala Plena . *M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C., Colombia : Referencia: expediente D - 9499. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>

Sentencia T-932. (23 de Noviembre de 2010). Corte Constitucional. Sala novena de revisión. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia : Referencia: expediente T-2699941. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-932-10.htm>

Unidad de Víctimas. (1 de octubre de 2014). Red Nacional de Información RNI. *Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:UObELLSAkc4J:cifras.unidadvictimas.gov.co/+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>

Impacto familiar por la variabilidad laboral. Dos derechos constitucionales: trabajo y familia*

Family impact by working variability.
Two constitutional rights: work and family

Recibido: Enero 20 de 2016 - Evaluado: Mayo 29 de 2016 - Aceptado: Junio 20 de 2016

Pablo Gutiérrez Cardoso**

Beatriz Álvarez Isaza***

Mónica Carolina Corredor Corredor****

Isabel Cristina Martínez Sánchez*****

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación denominado Semillero de Investigación del Instituto de la Familia de la Universidad de la Sabana en la línea de investigación “Trabajo y familia: relaciones, tensiones y transformaciones”. Los autores agradecen en forma especial a Mabel Burin, por su contribución como Asesora externa de la investigación.

** Director de investigación.
Correo electrónico: pabloguca@unisabana.edu.co.

*** Psicóloga. Fundación Universitaria Konrad Lorenz. Especialista en psicología clínica. Universidad Católica de Colombia. Gimnasio San Ángelo.
Correo electrónico: beatrizalis@unisabana.edu.co.

**** Psicóloga. UNAB. Especialista en gerencia social. Universidad Simón Bolívar. ICBF.
Correo electrónico: monicaca@unisabana.edu.co.

***** Isabel Cristina Martínez Sánchez: Licenciada en psicología y pedagogía. Universidad Pedagógica Nacional. Especialista en pedagogía y docencia universitaria. Universidad San Buenaventura. Colegio Marymount.
Correo electrónico: isabelmasa@unisabana.edu.co.

Para citar este artículo / To cite this article

Gutiérrez Cardoso, P., Álvarez Isaza, B., Corredor Corredor, M. C., & Martínez Sánchez, I. C. (2016). Impacto familiar por la variabilidad laboral. Dos derechos constitucionales: trabajo y familia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 185-214.

Resumen

El presente artículo busca establecer la influencia de la inestabilidad laboral en los roles familiares y las estrategias de afrontamiento de diez hogares en el contexto colombiano en las ciudades de Cúcuta y Bogotá. De igual manera, reflexionar sobre las posiciones legislativas y algunas sentencias de la Corte Constitucional Colombiana frente a la protección en términos familiares y laborales, entendiéndolas como áreas fundamentales para el desarrollo de cualquier ser humano. La metodología de investigación es de carácter cualitativo, en la cual se aplica una entrevista en profundidad a 20 participantes, 10 varones y 10 mujeres. Los resultados permitieron clasificar los tipos de pareja según las transformaciones que han sufrido, debido a las condiciones laborales, teniendo como base la tipología que establece Mabel Burin (2007) en las parejas: tradicionales, transicionales, innovadoras y contraculturales, además de las parejas de separación circunstancial encontradas como variable emergente en esta investigación.

Palabras clave: Tipos de parejas, Roles familiares, Inestabilidad laboral, Derechos fundamentales.

Abstract

This article tries to establish the influence of job instability in family roles and coping strategies of ten households in the Colombian context in Cucuta and Bogota. Thus, to reflect on legislative positions and some sentences of the Colombian Constitutional Court about family and job protection, taking them as fundamental for the development in any area. The research methodology is qualitative, in which an in-depth interview 20 participants, 10 men and 10 women applied. The results allowed to classify the types of couples according to the transformations they have suffered due to the working conditions, based on the typology established Mabel Burin (2007) in couples: traditional, transitional, innovative and countercultural, plus couples found circumstantial separation as an emerging variable in this research.

Key words: Types of couples, family roles, job instability, fundamental rights.

Resumo:

O presente artigo pretende estabelecer a influência da instabilidade do trabalho nos roles familiares e as estratégias de enfrentamento de deis lares no contexto colombiano nas cidades de Cucuta e Bogotá. Além de reflexionar sobre as posições legislativas e algumas sentenças da Corte Constitucional Colombiana frente à proteção existente diante ao direito da família e ao trabalho, entendendo-as como áreas fundamentais para o desenvolvimento de qualquer ser humano. A metodologia utilizada na pesquisa foi a de caráter qualitativo, no qual foi aplicada uma entrevista a 10 homens e 10 mulheres. Os resultados permitiram de classificar os tipos de casais segundo as transformações que tais casais tenham tido sofridos, por causa das condições trabalhistas segundo a tipologia da Mabel Burin (2007), estabelecendo assim os casais em: tradicionais, transicionais, inovadores e contra culturais, além dos casais em condições de separação circunstancial.

Palavras chave: tipos de casais, roles das familias, inestabilidade no trabalho, direitos fundamentais.

Résumé:

Cet article vise à établir l'instabilité du travail dans les rôles familiaux et les stratégies de renforcement de dix foyers cibles dans le contexte colombien situés dans les villes de Cúcuta et Bogota. Aussi, il vise à réfléchir sur les positions législatives et arrêts rendus par la Cour Constitutionnelle de la Colombie face à la protection selon la conception ample des termes relatifs au contexte familial et les conditions de travail, ceci, en adoptant ces termes en tant que ciment inhérent à l'être humain. La méthodologie appliquée aux cas d'espèces a été celle du caractère qualitatif, dans lequel une interview ayant eu lieu entre 20 participants parmi 10 hommes et 10 femmes fut réalisée. Les résultats issus de cette recherche ont permis de classer les types de couples existant parmi les participants ceci afin de démontrer selon les typologies établies par Mabel Burin (2007), quelles ont été les transformations subies par les familles à cause des différentes conditions de travail, parmi lesquelles l'on peut trouver des couples : traditionnelles transitionnelles, innovatrices et contre-culturelles, en plus l'on trouve aussi des couples cibles de séparation circonstancielle comme variable émergente de cette recherche...

Mots-clés: Types de couple, rôles des familles, inestabilité de travail, droits fondamentaux

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Esquema de resolución de resultados. - 1. Resultados de investigación. - 1.1. Parejas tradicionales. - 1.2. Parejas transicionales. - 1.3. Parejas innovadoras.

- 1.4. Parejas contraculturales. - 1.5. Parejas separación circunstancial. -
Conclusiones. - Referencias.

Introducción

Las familias colombianas contemporáneas enfrentan diferentes crisis sociales y económicas, algunas de ellas, se ven afectadas por la inestabilidad laboral y por la dificultad para obtener recursos económicos para solventar las necesidades de sus hogares. Esta condición de estar sin empleo o tener un empleo inestable, genera cambios al interior de las familias, especialmente en los roles domésticos y extradomésticos. Por lo tanto, el estudio de las estrategias generadas para la protección y el bienestar de las familias es motivo de gran interés para la presente investigación, con el fin de ampliar la información que pueda dar origen a posibles soluciones de situaciones inciertas comunes en el contexto colombiano.

De la misma manera, la crisis laboral está causando cambios sustantivos en la dinámica familiar y en los estilos de pareja que la conforman, así como lo propone Mabel Burin con cuatro clasificaciones: 1) Parejas tradicionales, en las cuales se sigue la clásica división sexual del trabajo, donde los varones ejercen el poder racional y económico en el ámbito extradoméstico, en tanto que las mujeres asumen el poder afectivo en el ámbito doméstico. 2) Parejas transicionales, que tienen algunos rasgos tradicionales y otros innovadores. 3) Parejas innovadoras, aquellas que distribuyen de manera igualitaria las áreas de poder, afectiva y económica en los espacios domésticos y extradomésticos. 4) Parejas contraculturales: que cuenta con la inversión de los roles de género tradicionales. (Burin, Trabajo y parejas: impacto del desempleo y de la globalización en las relaciones entre los géneros. México, 2007)

Ahora bien, vale la pena tener en cuenta como (Aramburo Restrepo , 1994) expresa el transcurso histórico de los cambios normativos en la regulación de asuntos de familia y asuntos laborales, donde menciona que han existido de tiempo atrás normas jurídicas atinentes a la relación de la familia con derechos patrimoniales de los individuos, pero no disposiciones que tuvieran el propósito de promover la familia como una realidad jurídicamente relevante, ni mucho menos de ordenar jurídicamente la vida familiar. Desde finales de la década de los sesentas, incursionan textos jurídicos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, quienes reclaman a los estados mayor atención a la familia y sus relaciones; así mismo, se introduce el tema familiar en la órbita de la comunidad internacional. Siguiendo la influencia del Pacto sobre los Derechos Humanos, en este caso los

de segunda generación, posterior a las declaraciones internacionales de amparar la familia, este sistema social pronto fue parte de las constituciones escritas, donde actualmente ocupa un lugar importante. Hoy en día, la familia es reconocida como “la célula fundamental de la sociedad” y el Estado hace su mayor esfuerzo por reconstruir el espacio familiar en la sociedad postmoderna, respetando los diferentes modelos y alternativas de uniones formales e informales para constituir familia.

Por otro lado, la flexibilización laboral también es un aspecto esencial en derecho laboral, este al lado de nuevas formas jurídicas de negociación colectiva, tocan a su vez la organización familiar, asignándole funciones productivas junto con un nuevo derecho empresarial familiar. Lo anterior, lo corrobora Aramburo cuando expresa: “Aspectos subjetivos o societarios –que le dan la forma a personas productivas familiares– comerciales, laborales, tributarios, administrativos y de comercio exterior legalizan incentivos no solamente estatales sino internacionales a la familia productiva” (Aramburo Restrepo, 1994, pág. 130).

En este sentido, en Colombia existen normas jurídicas que favorecen la protección a la familia, sin embargo, muchos derechos del sistema familiar se encuentran vulnerados. El Estado debe velar por la garantía y estabilidad en las condiciones de vida, priorizar su atención en temas como la educación, la salud y el trabajo digno.

El concepto de familia es abordado desde hace mucho tiempo por la legislación y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En la Constitución política colombiana de 1991, en su capítulo 2 sobre los derechos sociales, económicos y culturales, se encuentra referenciado el artículo 42 que contempla a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. La Constitución de 1991 como documento jurídico reconoce la estructura del aparato estatal e incorpora una serie de derechos, deberes y garantías para la protección integral de los ciudadanos. Así como, el art. 44 de los derechos del niño, plasmados en la Constitución Política colombiana:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán

también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Por lo tanto, la Constitución colombiana reconoce a la familia como la institución más importante en el ordenamiento jurídico, por el carácter de entidad social cambiante a lo largo del tiempo, por causa de las circunstancias históricas, políticas, sociales y económicas que la rodean es reconocida como el núcleo de la sociedad; es por este motivo, que la familia goza de protección constitucional y legal como se evidencia en la Sentencia C-577/2011:

Mediante las previsiones citadas el ordenamiento reconoce una realidad social anterior a él mismo y al Estado, pues antes que fenómeno regulado por el derecho, “la familia es una realidad sociológica que fue objeto de un reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991” y, en cuanto tal, “antecede a la sociedad y al propio Estado que, precisamente, han sido instituidos para servir a su bienestar y para velar por su integridad, supervivencia y conservación”.

En la parte dogmática de la Constitución Política de 1991 se encuentran varias referencias a la familia: dentro de los principios fundamentales, en su Artículo 5, el Estado reconoce a la familia como Institución básica de la sociedad; en los derechos fundamentales en su Artículo 13, reconoce la libertad e igualdad de todas las personas, las cuales gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación alguna. Más adelante, la Constitución señala el derecho fundamental a la intimidad familiar y establece la obligación de respetarlo (Artículo 15); la libertad personal y familiar es también un derecho indispensable (Artículo 28). En los derechos económicos, sociales y culturales, el Artículo 42 de la Constitución Política establece una serie de mandatos en relación con la familia; le entrega al legislador la configuración del matrimonio y del estado civil y finalmente, reitera algunos de los deberes y obligaciones que, frente a la familia, estableció en artículos anteriores.

Así mismo, dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, se evidencia la igualdad de derechos y oportunidades para el hombre y la mujer, dando especial atención a la mujer en estado de embarazo o cuando sea madre cabeza de familia (Artículo 43). En este sentido, se encuentra que la familia goza de protección a través de las normas establecidas en la Constitución. Allí se hace referencia a sus integrantes, derechos y deberes, vínculos familiares y sistema relacional.

El Congreso de la República a través de sus Comisiones constitucionales, expide normas para la protección de la familia, como la ley 1361 de 2009, la

cual tiene por objeto fortalecer y garantizar el desarrollo integral de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad; así mismo, establecer las disposiciones necesarias para la elaboración de una Política Pública para la familia, tal como se muestra a continuación. (Ley 1361, 2009)

El Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 1 tiene por finalidad garantizar a los niños, niñas y adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalece el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna. Como protección integral (Artículo 14), derechos y libertades (Artículos 22, 23, 24, 28 y 29) y obligaciones de la familia, la sociedad y el estado (Artículos 38 y 39). (Ley 1098, 2006)

La ley 1232 de 2008, por la cual se modifica la ley 82 de 1993, dando especial protección a la mujer cabeza de familia, entendiendo este término como, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar. (Ley 1232, 2008)

La Ley 861 de 2003, dicta disposiciones relativas al único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer y el hombre cabeza de familia y establece el patrimonio de familia inembargable en favor de su grupo familiar. (Ley 861, 2003)

Por otra parte, respecto a las transformaciones de las familias, Arriagada propone que algunos cambios en las familias se relacionan con modificaciones sociodemográficas, crisis económicas, repercusiones sociales y culturales. A lo largo de la historia, en Colombia, así como en otros países de América Latina, han predominado las familias nucleares, las cuales se categorizan como las familias ideales. Sin embargo, las estadísticas demuestran una importante proporción de familias monoparentales, sin hijos, o donde ambos padres trabajan recibiendo remuneración. Otra transformación se evidencia con la creciente incorporación de las mujeres al mercado laboral. (Arriagada, 2004)

Ahora bien, la legislación laboral en Colombia, ha ido paulatinamente protegiendo los derechos de la mujer madre y trabajadora, garantizando así sus derechos individuales y los de la familia. Se ha desarticulado el modelo de producción y reproducción de los estereotipos de hombre proveedor y mujer cuidadora, realizando una nueva distribución de roles de género en el marco del trabajo. Es así, como el Código Sustantivo del Trabajo incursiona en normas de protección a la maternidad, como la ley 1468 de 2011, donde dispone que toda

trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso. En concordancia con la intención de ofrecer protección a la familia, se ha dignificado la labor de las mujeres en el espacio doméstico, a través de la ley 1595 de 2012 sobre el trabajo decente para los trabajadores y trabajadoras domésticas y las Sentencias como la C-372/98, sobre la jornada laboral para el servicio doméstico y la sentencia C-310 de 2007 sobre el derecho a la igualdad del empleado del servicio doméstico y la liquidación de sus cesantías.

Según la Sentencia C-410/94, del Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, se analizan apartes como la igualdad formal, principio de no discriminación y discriminación laboral. Dentro de las consideraciones de la corte se destaca la discriminación de la mujer en el campo laboral, al resaltar:

La exclusión de las mujeres de la vida política durante un amplio periodo, se juntó con su exclusión de la vida económica general; el trabajo asalariado no estuvo dentro del conjunto de actividades que pudieran ser realizadas por ellas, y cuando se las admitió al mismo fueron relegadas a labores de segunda categoría; los prejuicios sociales imponen el confinamiento de la mujer a las tareas del hogar, comúnmente consideradas improductivas; se difunde, de ese modo, una imagen de la mujer como ser económicamente dependiente y por tal motivo sometida a la autoridad de los padres o del marido. Hoy en día, la mujer ocupa un lugar importante en el campo laboral. El concepto de la Defensoría Delegada para los Derechos de la Niñez, la Mujer y el Anciano (en adelante la Defensoría) revela que “según la encuesta de hogares realizada en 1991, en las 4 principales ciudades del país, el 41% de la población económicamente activa son mujeres. Entre 1973 y 1985 se incorporaron cerca de tres mujeres por cada hombre que ingresa a la fuerza de trabajo, lo cual significa un aumento importante en su vinculación al mercado laboral (Sentencia C-410, 1994).

También se decreta la Ley 731 de 2002, la cual tiene por objeto mejorar la calidad de vida de las mujeres rurales, priorizando en aquellas de bajos recursos al conferir medidas específicas encaminadas a la equidad entre el hombre y la mujer en el contexto rural. Entendiendo por mujer rural, toda aquella que sin distingo de ninguna naturaleza e independientemente del lugar donde viva, su actividad productiva está relacionada directamente con lo rural.

Para continuar, a partir de la Ley 823 de 2003, se plantea como objetivo establecer el marco institucional y orientar las políticas y acciones por parte del Gobierno para garantizar la equidad e igualdad de oportunidades para las mujeres, en los ámbitos público y privado. Así mismo, promover y garantizar a las mujeres el ejercicio pleno de sus derechos políticos, civiles, económicos,

sociales y culturales y el desarrollo de su personalidad, aptitudes y capacidades, que les permitan participar activamente en todos los campos de la vida nacional y el progreso de la Nación; Adoptar criterios de género en las políticas, decisiones y acciones en todos los organismos públicos nacional y descentralizados. Como una forma más de protección a la unidad familiar, se dicta la Ley 755 de 2002, conocida como Ley María, por medio de la cual, se establece el beneficio de la Licencia remunerada de paternidad.

En este sentido, vale la pena resaltar el estudio realizado por Guzmán y Dalén sobre las trayectorias laborales de mujeres y hombres en Colombia, el artículo resulta de una investigación cualitativa que permite evidenciar el tema, especialmente en lo relacionado con las construcciones de género que ello implica. Es de resaltar que constitucionalmente, no hay una justificación legítima que respalde una discriminación salarial por razones de género, sin embargo se observaron casos en donde eran las mujeres quienes por factores objetivos y subjetivos, fueron las afectadas. De igual forma, aunque la Constitución Política Colombiana en su Art. 43, garantiza la protección de la maternidad, las autoras analizan que aún por imaginarios sutiles que generan exclusiones a las mujeres en el ámbito laboral, deben existir leyes que las amparen para que “la maternidad sea asumida como una actividad conjunta de los padres, de la que se derivan responsabilidades iguales para hombres y mujeres” (Guzmán Rodríguez & Dalén, 2013, pág. 46).

Así mismo, I. Meler describe que el desarrollo laboral de las mujeres se ve afectado por la relación de pareja y el nacimiento de los hijos. A pesar de que recae más sobre las mujeres el conflicto de equilibrar las actividades laborales con las domésticas, también se encontró que a los hombres, dependiendo del estilo de su masculinidad puede afectarles compartir estos dos espacios. Como afirma Meler, “la masculinidad flexible y menos estereotipada resulta funcional no sólo para el cambiante mundo del trabajo, sino que es requerida para hacer frente a la inestabilidad creciente de las familias contemporáneas” (Meler, 2004, pág. 240). Como complemento, Burin y Meler, refieren que en la actualidad el avance de las mujeres al integrarse a la educación y al trabajo extradoméstico, muestra capacidades de afrontamiento excepcionales para asumir las responsabilidades familiares y laborales (Burin & Meler, Capítulo 6, 1998). Esto manifiesta, que la mujer expone mayores habilidades para conciliar los espacios familia-trabajo.

Retomando el estudio de Guzmán y Dalén, a partir de las entrevistas se logra identificar que para las mujeres que trabajan, el nacimiento de los hijos cambia sus prioridades, ellas le dan mayor valor al cuidado de la familia, mientras que para los hombres, la paternidad parece ser sinónimo de mayores compromisos laborales para cumplir con obligaciones económicas. (Guzmán Rodríguez & Dalén, 2013)

De la misma manera, durante la entrevista con el Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, Aquiles Arrieta se extrae que, la realidad avanza con mayor rapidez que las normas. Muchas son las regulaciones que aparecen para enfrentar diversos y nuevos problemas. Quizá las más características son las normas que buscan proteger las mujeres cabeza de familia. Existen normas de carácter económico, orientadas a proteger a las familias de menores ingresos (planes como Familias en acción o las normas orientadas a que se obtenga una pensión familiar cuando ninguno de los dos miembros cuenta con los requisitos para obtenerla individualmente). Como también de protección para las familias indígenas, diversamente culturales o afectadas por la violencia.

Ahora bien, hablando de manera específica sobre la relación de los derechos de la familia y los derechos laborales, la cuestión es más compleja, ya que los intereses económicos y de producción no suelen coincidir en muchas ocasiones con los derechos de las familias. Si bien, los jueces de tutela han protegido algunos casos dramáticos (como una madre que pierde su trabajo por tener que acompañar a su hijo a una cita médica) en los que se desconocen los derechos de las personas, afectando su entorno familiar, en esta materia falta mucho por hacer. En efecto, se sabe que existen trabajos académicos como el de las investigaciones de Laura Porras, profesora de la Universidad del Rosario, en las cuales, se muestra que la informalidad laboral en ocasiones no responde a la falta de acceso a un trabajo normal, sino a la pérdida de las libertades individuales y de decisión sobre la vida propia que un trabajo informal permite, particularmente en mujeres que prefieren la precariedad de la informalidad, antes de someterse a las reglas de control y restricción que impone un trabajo formal sobre las personas. Así mismo, se han interpuesto acciones de tutela al respecto, pero es un tema en el que falta mucho por avanzar, en especial, porque la mayor afectación es para las mujeres, en parte por los roles de género de nuestra sociedad (Arrieta, 2016).

El presente estudio, se fundamenta en la profundización del conocimiento sobre la transformación de los roles familiares que están siendo influenciados por los ajustes laborales y sociales que se evidencian en la actualidad, con el fin de hacer aportes al estudio de las familias y contribuir al desarrollo de programas de prevención y promoción para la estabilidad de los hogares colombianos.

Por otra parte, las condiciones laborales están asociadas a la inestabilidad laboral, caracterizada por su debilidad en la permanencia de la relación salarial de dependencia, sus implicaciones jurídicas y económicas en materia de estabilidad y seguridad social. Por consiguiente, es importante describir las diversas formas relacionadas con la inestabilidad laboral.

Por ejemplo, Ramírez y Guevara definen el subempleo como una categoría del mercado del trabajo en la cual la ocupación que tienen los trabajadores es inadecuada respecto a determinadas normas u ocupación posible (Ramírez Rojas & Guevara Fletcher, 2006). Dentro de este tópico, se incluyen las personas con trabajo formal. Respecto a la informalidad laboral se refieren al conjunto de actividades que se encuentran por fuera de los trabajos económicos sujetos a regulación en materia tributaria, laboral y en muchos casos al margen de la legalidad vigente. De otra parte, Rico expone que la flexibilización de contratos y salarios conlleva a la desestabilización económica, social y psicológica de las personas, debido a la reducción en el pago, en las garantías laborales y a la ampliación de horarios en jornadas excepcionales. (Rico Mavisoy, 2015)

Se hace necesario aclarar algunos términos que permiten enfocar las diversas categorías laborales como lo propone Amable: (a) La *flexibilidad laboral* se refiere básicamente a la relación de las empresas con la fuerza del trabajo y los aspectos de la gestión con demandas en la producción, obligando a las empresas a reorganizarse, afrontar la incertidumbre del mercado, sus riesgos y costos de producción. Así mismo, considera que la eficacia de la empresa mejora durante el uso flexible de todos sus recursos. (b) La *Precariedad laboral*, entendida como el aumento y explotación de la mano de obra, incluyendo la intensificación laboral y el incremento de las condiciones de vulnerabilidad personal en las condiciones de trabajo como factor determinante, lo cual incide en la salud de los trabajadores asalariados. Además, la condición *sin trabajo* (desempleo) se entiende como una situación establecida en las personas que no cuentan con una ocupación o actividad laboral. (Amable, 2006)

Dentro del Marco de trabajo de las Naciones Unidas se ha buscado influir positivamente para que el Estado y las empresas de forma diferenciada pero complementaria aúnen esfuerzos por garantizar el respeto por los Derechos Humanos de los trabajadores. Es importante crear la cultura empresarial de los Derechos Humanos, a través de la cual las empresas públicas y privadas le apuesten a la expectativa social del gobierno. El trabajo decente ha sido una prioridad para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), buscando no solo su promoción internacional sino el respaldo del ordenamiento jurídico. Es así, como el concepto de trabajo decente como institución legal es finalmente reconocido en la normatividad colombiana con la ratificación del Convenio 189 de la OIT, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos de 2011; el cual se incorpora en el Sistema Legal Colombiano a través de la Ley 1595 del 21 de diciembre de 2012.

Por otra parte para la OIT, una de sus preocupaciones ha sido todo lo referente al tema de la protección a la maternidad. A comienzos del siglo XX se prioriza

el tema de la mujer como madre y esposa dedicada a las funciones del hogar, a finales del siglo se da la incursión de la mujer al mundo laboral, necesitando el reconocimiento a la igualdad y equidad de género en materia laboral.

Ahora bien, Debeljuh propone que cada persona está llamada a alcanzar su máxima realización en el mundo laboral y familiar. Según este autor, la búsqueda de la satisfacción y desarrollo de las familias en cada sociedad está determinada por la distribución de roles entre mujeres y hombres, quienes comparten el hogar y las funciones afines con el consumo, producción, reproducción, orientación y crianza de los hijos (Debeljuh, Año 15, N° 1, 2012). En cada familia, se genera un complejo de relaciones configurando un sistema de roles interactivos llevados a cabo por los diferentes miembros que la componen (Coller i Porta, 1991).

Problema de investigación

Por todo lo anterior, la pregunta de investigación es ¿cómo identificar el impacto familiar de la variabilidad laboral en 10 hogares colombianos y los ajustes en roles familiares según los tipos de pareja y clasificación que propone Mabel Burin (2007): tradicionales, transicionales e innovadoras y el aporte de Irene Meler (1998) en las parejas contraculturales?

Metodología

Esta investigación cuenta con un diseño no experimental, con enfoque cualitativo de tipo descriptivo, así como lo plantean (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 1991). Se emplea como método las entrevistas en profundidad, con el objetivo de identificar la modalidad de las relaciones familiares y la influencia de la situación laboral sobre los roles familiares. Para llevar a cabo la recolección de la información, se diseña una entrevista en profundidad con ítems abiertos, con la asesoría de la experta Mabel Burin, para aplicarla a las 10 parejas seleccionadas, con el fin de indagar los efectos que produce la inestabilidad laboral en los roles familiares de acuerdo con el tipo de pareja.

Población y participantes: La población está compuesta por 10 familias colombianas de parejas heterosexuales que han experimentado situaciones de inestabilidad laboral. Las 20 personas participantes hacen parte de las 10 familias nucleares seleccionadas en las ciudades de Bogotá y Cúcuta, con los siguientes criterios de selección: 1) Uno de los cónyuges tiene que haber experimentado una situación de inestabilidad laboral. 2) Parejas con estudios profesionales. 3) Familias en condiciones de embarazo, con uno o más hijos.

VARIABLES DE SEGMENTACIÓN Y CATEGORÍAS DE ANÁLISIS: Las variables de segmentación que se tienen en cuenta son las siguientes: Género, edad, número de hijos, ciudad de residencia, tipo de contratación laboral, nivel socioeconómico y nivel educativo. En la tabla 1 se aprecian las variables anteriormente mencionadas.

Tabla No. 1 Variables de Segmentación

Entrevistas Pareja tipo	Edad hombre	Profesión	Edad Mujer	Profesión	Ciudad	No. hijos	Nivel socio económico
1	31	Licenciado	26	Licenciado	Bogotá	Embarazo	3
2	42	Contador	37	Licenciada	Bogotá	2	3
3	35	Licenciado	33	Licenciado	Bogotá	2	3
4	59	Administrador	55	Licenciada	Bogotá	2	5
5	50	Ing. Topógrafo	50	Terapeuta Ocupacional	Bogotá	1	3
6	58	Contador	51	Licenciada	Bogotá	1	4
7	43	Adm. Público	43	Ing. catastral	Bogotá	1	5
8	40	Adm. Empresas	33	Psicóloga	Cúcuta	2	3
9	30	Ing. Civil	28	Enfermera jefe	Cúcuta	1	4
10	32	Ing. Sistemas	30	Trabajo Social	Cúcuta	2	2

Fuente: elaboración propia, 2016

A continuación, en la tabla 2 se aprecian las familias y los códigos de análisis relacionados con los factores de dependencia, causalidad y asociación. Es decir, la forma de relación demarcada en el programa Atlas TI, muestra los códigos y variables citadas en la tabla 1, de la unidad hermenéutica acerca de las 10 entrevistas realizadas a las parejas que participaron en el estudio, especificando que ellas están conformadas por un hombre y una mujer para esta investigación.

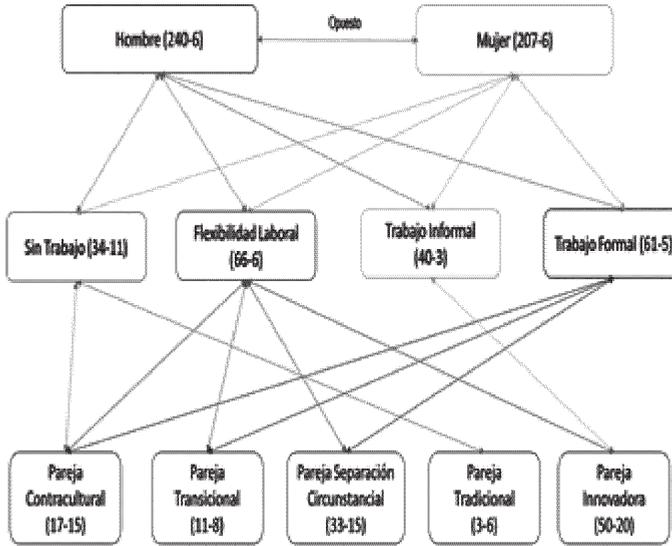
Tabla No. 2. Códigos de análisis

FAMILIAS DE CÓDIGOS	CÓDIGOS DE ANÁLISIS
Tipos de pareja	Pareja tradicional Pareja transicional Pareja innovadora Pareja contracultural Pareja separación circunstancial
Condición laboral	Trabajo formal Trabajo informal Sin trabajo Flexibilidad laboral Inestabilidad laboral
Impacto laboral	Impacto en la pareja Impacto en las familias Impacto emocional Autoconcepto
Estrategias de afrontamiento	Apoyo a la pareja Comunicación Planeación Práctica espiritual Ahorro Apoyo familiar Apoyo social
Paternal y maternal	Pautas de crianza Orientación escolar

Fuente elaboración propia, 2016

Esquema de resolución de resultados

En la gráfica 1, se evidencia la relación entre los variables hombre y mujer con los códigos de análisis: a) Condición Laboral. b) Tipos de pareja. También se aprecia entre paréntesis la cantidad de citas que arroja el software de análisis cualitativo.



Gráfica No. 1 Relación tipos de pareja, género y condición laboral a partir del Atlas Ti.

Hombre relacionado de manera opuesta a mujer.

Hombre y mujer asociados con condiciones laborales: Sin trabajo, flexibilidad laboral, trabajo informal y trabajo formal.

Sin trabajo hace parte de: Pareja contracultural y pareja tradicional.

Flexibilidad laboral hace parte de: Pareja innovadora, pareja contracultural, pareja transicional y pareja de separación circunstancial.

Trabajo informal hace parte de: pareja innovadora.

Trabajo formal hace parte de: Pareja innovadora, pareja contracultural, pareja transicional, pareja de separación circunstancial y pareja tradicional.

De esta manera, se encuentran hallazgos en esta investigación referentes a los tipos de pareja que se evidencian en las 10 parejas entrevistadas, por los rasgos prominentes y acentuados que reflejan los roles domésticos y extradomésticos que

ejercen los hombres y las mujeres. A continuación, se presenta la tipología de las parejas en la tabla 3.

Tabla No. 3 Tipos de pareja según los roles de género

ENTREVISTA	TIPO DE PAREJA
1	Pareja innovadora
2	Pareja transicional – tradicional
3	Pareja innovadora
4	Pareja contracultural
5	Pareja separación circunstancial
6	Pareja transicional – tradicional
7	Pareja innovadora
8	Pareja separación circunstancial
9	Pareja transicional – tradicional
10	Pareja contracultural

Fuente de elaboración propia, 2016

La tabla anterior demuestra que, en el momento de realizar las entrevistas, las parejas se encuentran tipificadas según la mayoría de los roles de género que aplican en el diario vivir. Algunas de ellas, como las parejas 2, 6 y 9 muestran rasgos cambiantes en intervalos que oscilan entre la tipología de parejas transicionales y tradicionales, es decir, que son parejas que están en el momento de la transformación y por lo tanto es demasiado arriesgado asegurar que denotan una única clasificación exclusiva. También, se aprecia la existencia de tres parejas innovadoras, dos parejas contraculturales y dos parejas de separación circunstancial.

Además de la tipología presentada anteriormente, se encuentran condiciones laborales como la estabilidad laboral, la inestabilidad laboral y las jornadas excepcionales presentes en las 10 parejas, a través del tiempo de manera fluctuante como se podrá evidenciar en el sentir de los entrevistados más adelante.

1. Resultados de investigación

1.1. Parejas tradicionales

El tipo de parejas tradicionales lo define Mabel Burin como aquellas en que predomina la clásica división sexual del trabajo: ellas en el ámbito doméstico y ellos en el extradoméstico. En las relaciones de poder, ellas detentan el poder de los afectos y ellos el poder racional y económico (Burin, 2007). En esta investigación se aprecia el trabajo formal en el hombre, presente en algunas parejas en sus estados iniciales del matrimonio. A continuación, se relacionan las voces que emergen de las entrevistas al respecto.

“Mi responsabilidad es el carro y el control remoto del televisor, yo trabajo y doy todo el dinero, ella se ocupa de la casa y de escuchar a los hijos” (E 2 Hombre 42 años, P 321).

“Claro, el contrato laboral indefinido me garantiza la seguridad social de mi familia y el pago oportuno cada mes” (E 2 Hombre de 42 años, P 430).

Al realizar las entrevistas se aprecia que las parejas tradicionales han distribuido las funciones de las familias en dos campos complementarios, uno por parte del hombre quien provee el sustento económico para las familias, el otro por parte de la mujer para los roles domésticos, cuidado y seguimiento a los hijos.

“Cuando mis hijos eran chiquitos, nunca trabajé porque Andrés estaba económicamente bien, tenía trabajo, entonces pues yo me dediqué a mis hijos a consentirlos y acompañarlos, respondía todo el tiempo por las labores de la casa, mientras Andrés era el responsable de todo lo relacionado con el dinero” (E 4 Mujer 55 años, P 671).

“Nosotros hemos tenido varias situaciones así, yo me quedo en la casa y él trabaja, incluso al inicio cuando empezó el matrimonio yo no trabajaba, duré como dos años sin trabajar y él pagaba todos los gastos, así yo me dedicaba a los hijos y tenía tiempo para escucharlos y acompañarlos más de cerca” (E 8 Mujer 33 años, P 092)

1.2. Parejas transicionales

Es importante resaltar que las parejas transicionales poseen rasgos de las tradicionales y otros rasgos típicos de las innovadoras, donde las esposas se involucran en el ámbito laboral con el fin de aportar económicamente a las necesidades del hogar, y además, se hacen cargo de la mayoría de las tareas domésticas (Burin, 2007), tal como se describe en las siguientes citas.



“Ya el mundo como va como que ha evolucionado, se necesita que padre y madre trabajen y como está el mundo tienen que trabajar los dos porque si no, no daría para poder solventar los gastos de una familia” (E 2. Hombre 37 años, P 049).

“Ir al mercado, hacer revisar los carros entonces la idea es que los carros estén bien y que estén aseados y seguros pues la verdad a mí no es que me llame mucho la atención que la ropa a la lavadora entonces hemos hecho acuerdos, como tender la cama, hacer desayuno, lavar ropa y tenderla, pero lo hago muy de vez en cuando” (E 2. Hombre 37 años, P 341).

“nosotros lo tuvimos todo, lo perdimos todo. Por errores de nosotros mismos con malas decisiones, pero eso nos unió para que todos hiciéramos las labores de la casa, ahorráramos y nos apoyáramos en familia escogiendo los gastos que eran necesarios hacer, no podíamos desperdiciar nada” (E 5 mujer de 30 años, P 142).

Como es de notar, esta modalidad de pareja obedece a la incorporación de la mujer en el campo laboral remunerado, mientras continúa con la responsabilidad de los roles domésticos y cuidado de la prole, en tanto que el hombre sigue en su papel de proveedor económico de las familias sin incorporarse al trabajo doméstico y de cuidado de los hijos.

“La situación económica ha hecho que Mónica lleve la mayor carga y le toca laboralmente trabajar mucho, los horarios son muy largos para ella, yo sigo trabajando yo ayudo muy poco en la casa, todo lo de la casa le toca a ella” (E 4 Hombre 59 años, P 154).

“Me di cuenta que yo necesitaba trabajar porque no alcanzaba la plata, pero ahora me toca llegar del trabajo y seguir con las cosas de la casa, en realidad, él casi no ayuda en casa” (E 4 Mujer 55 años, P 686).

“Yo entré a trabajar al jardín donde ahora estoy trabajando hace 8 años, pero sigo respondiendo por todo lo de la casa, él colabora con pocas cosas” (E 4 Mujer 55 años, P 686).

Las parejas transicionales, como su nombre lo indica, constituyen un cambio paulatino que se va dando lentamente, los hombres poco a poco se involucran en los trabajos domésticos y las mujeres van incursionando en el mundo laboral, como se muestra a continuación:

“En un principio yo era el que trabajaba, daba para los servicios y todo; ahora los dos trabajamos y los roles y oficios de la casa se han distribuido” (E 5 Hombre 59 años, P 239).

“Yo creo que en este momento hemos venido cambiando y el rol laboral y el doméstico lo hemos trabajado equitativamente” (E 2 Mujer 37 años, P 210).

Aunque en las parejas transicionales tanto hombres como mujeres poco a poco asumen características de las parejas innovadoras, se evidencia que predomina el ejercicio del trabajo doméstico en las mujeres.

“Yo pienso que la distribución de actividades de la casa ha sido progresiva porque de todas maneras yo tengo tres hombres en casa y el hecho de que uno sea mujer hace que la mayor parte de los quehaceres nos correspondan, sin embargo, las cosas se han ido emparejando” (E 2 Mujer 37 años, P 220).

“Si, digamos de la casa yo ando pendiente absolutamente de todo, aunque Carlos últimamente se ha hecho cargo del mercado, y colabora con el desayuno. Cada día se ha involucrado más con las cosas de la casa, pues ve que yo también llevo cansada del trabajo” (E 2 Mujer 37 años, P 352).

“Los dos trabajamos, pero por ejemplo lo del aseo, aunque a él no le guste ha habido ocasiones de pronto ayuda con el baño, pero es muy poco lo que hace aquí, la mayoría me toca a mí” (E 8 Mujer 33 años, P 287).

Estos ejemplos, permiten entender que en las parejas transicionales continúa el rol de género tradicional del hombre desde una concepción imaginaria de control y proveedor del hogar, pero con el apoyo de la mujer que inicia un rol de trabajadora extradoméstica remunerada para aportar al soporte del presupuesto económico de las familias. Sin embargo, a pesar de estos cambios en el rol de las esposas, la mayor parte del trabajo doméstico sigue estando a cargo de ellas y sólo con algunas actividades de colaboración por parte de él.

1.3. Parejas innovadoras

Las parejas innovadoras son aquellas que distribuyen de manera igualitaria las áreas de poder afectiva, económica y extradoméstica. Burin expresa que son aquellas que han revelado una distribución igualitaria en las áreas de poder: ambos miembros de la pareja comparten el poder emocional en las familias y el poder económico del trabajo extradoméstico que realizan. Es decir, estas parejas relacionan de forma equitativa los poderes racional, emocional y económico simultáneamente (Burin, 2007). A continuación, se puede observar las formas de sentir y percibir esta situación a través de las voces de las parejas entrevistadas.

“Vamos hasta la casa donde tiene la clase a domicilio y la esperamos, luego llegamos todos a la casa”. (E 3 Hombre de 35 años, P 335).

“y después yo me bajo a hacer de pronto la parte del desayuno”. (E 3 Hombre de 35 años, P 573).

“Si, entre todos nos turnamos, nos ayudamos mucho uno al otro”. (E 3 Hombre de 35 años, P 669).

De la misma forma el apoyo y la provisión económica es de ambos.

“entonces yo tengo que terminar esto y entregarlo mañana listo. Le da hasta las tres de la mañana, yo me acuesto, levanto la niña a las cinco de la mañana, la baño, la visto, la arreglo, la mando a la ruta, y mientras tanto Luz Dary pues repone las horas de sueño” (E 7 Hombre de 43 años, P 280).

“Completamente las tareas son de ambos...”. (E 5 - 249): “los roles son compartidos, siempre han sido compartidos” (E 5 Mujer de 50 años, P 241).

“En este momento tenemos una estabilidad económica y lo hacemos así nosotros, nuestros gastos van por mitad sacamos y dividimos y así los dos compartimos las obligaciones económicas” (E 1 Hombre de 31 años, P 086).

Merece destacarse la distribución igualitaria de los roles domésticos y extradomésticos en las 5 parejas entrevistadas que muestran esta tipología de parejas innovadoras, junto con la combinación de poder para materner y paternar con la responsabilidad económica compartida y con la orientación escolar y acompañamiento de los hijos.

1.4. Parejas contraculturales

De acuerdo con Irene Meler, citada por Burin, las parejas contraculturales son aquellas que tienen predominio de las actividades domésticas por parte de los varones en tanto que las actividades extra domésticas económicas están a cargo de las mujeres (Burin & Meler, Capítulo 6, 1998) (Burin, 2007). Es decir, se mantiene la división de roles tradicionales, pero en forma inversa. Un aspecto significativo de este tipo de parejas está relacionado con el sentimiento de impotencia masculina, y su dependencia económica y emocional hacia la esposa.

A partir de las entrevistas a profundidad realizadas se observa que 2 de las 10 parejas son parejas contraculturales, ya que existe un cambio en los roles debido a que la mujer es quien asume trabajos con contratos formales y el varón permanece en la casa por falta de trabajo o con trabajo informal. La forma de asumir responsabilidades dentro de las familias es procurando llegar a acuerdos, donde él asume las labores domésticas y la crianza de los hijos. A continuación, se presentan las experiencias relacionadas con el tipo de parejas contraculturales.

*“yo desafortunadamente no estoy trabajando, igual estoy aquí en la casa,...”
“pues de mi parte pues yo hago lo que pueda, colaboro en la casa, o sea haciendo oficio, una cosa otra, porque obviamente pues en estos momentos este digamos en que yo estoy cubriendo un papel que para mucha gente significa que es de la mujer”* (E 10 Hombre 59 años, P 034,183).

“Y David está con un solo contrato, con una consultoría mucho más pequeña, entonces nos... el acuerdo se cumplió, entonces David lo cumplió a cabalidad y ha estado en la casa y perfecto divinamente”. “En una actividad del colegio, Antonia pintaba al papá, barriendo, o al papá con el perro, a un papá cocinando” (E 7 Mujer de 43 años, P 144 y 155).

En la ciudad de Bogotá, se encuentra una pareja compuesta por un hombre de 59 años y una mujer de 55 años, donde él refiere que anteriormente realizaba labores domésticas por gusto propio; sin embargo, a partir de que se enfermó y de la falta de estabilidad en el trabajo, debe ahora responsabilizarse de las mismas.

“Además, muchas veces porque he estado enfermo, entonces me he quedado en la casa por temporadas y eso ha hecho que me dedicara más a la parte de la cocina.” (E 4 hombres 59 años, P 251)

Por otra parte, en la ciudad Cúcuta, se entrevista a una pareja conformada por un hombre de 32 años y una mujer de 30 años, en la cual él expresa que al verse sin trabajo realiza un acuerdo con la esposa para ayudar en la familia y asumir las actividades de la casa, así como la crianza de los hijos; sin embargo, manifiesta sentirse en algunos momentos ansioso y afectado emocionalmente. A continuación, se presentan las voces de los entrevistados:

“sino él prácticamente hace todo el rol que debe de hacer por decir una mujer, pero como papá y lo hace perfectamente bien” (E 10 Mujer de 30 años, P 036).

“bueno las responsabilidades económicas desde que hubo el cierre de frontera que fue hace un mes y medio las estoy asumiendo yo solamente, en la parte de la casa, últimamente pues Julián es el que asume más el rol de todo lo que tiene que ver de la casa porque yo estoy trabajando” (E 10 Mujer de 30 años, P 086).

1.5. Parejas separación circunstancial

La separación circunstancial hace referencia en esta investigación a una clasificación de los tipos de pareja, que aparece en los casos donde alguno de los cónyuges debe trasladarse a otra ciudad o país por motivos estrictamente laborales, quedando en el hogar el otro cónyuge con los hijos, así como se aprecia en las siguientes citas.

“Bueno mi trabajo como tal ha sido, o sea consiste en trabajar en muchos lugares, en... básicamente en obras y en construcción si, entonces por ende he tenido que viajar mucho, he tenido que relacionarme con mucha gente, muchos lugares, muchos pueblos, muchos viajes, casi no estoy en casa con mi familia” (E 5 Hombre de 50 años P 176).

“En Colombia y en el exterior, he tenido la oportunidad, entonces mi trabajo ha consistido en trabajo de campo, en un ochenta y cinco, noventa por ciento por fuera lo que ocasiona que esté lejos de mi familia, con separaciones prolongadas”. (E 5 Hombre de 50 años P 180).

“se me dio la opción de Panamá y entonces estuve trabajando allá, y entonces, la mami se quedó en la casa con la niña y sus cosas, entonces ya manejábamos el horario, como que ya estábamos más tranquilos, pero siempre ha sucedido así, yo debo trabajar y me toca en otra ciudad distinta a la de mi familia”. (E 5 Hombre de 50 años P 233).

“Si yo dejé a mi esposa e hija organizadas y me fui a trabajar, pero estaba separado de mi familia por el trabajo” (E 5 Hombre de 50 años P 376).

De la misma forma, la afectación en las relaciones familiares por la presencia de la flexibilidad laboral es evidente, en el ajuste de roles y la demanda de esfuerzos adicionales a los cónyuges e hijos, en este tipo de pareja. Aquí se entiende la flexibilidad laboral como la condición de laxitud en el horario, salario y funciones, lo que genera inestabilidad e incertidumbre.

“Si se ha visto afectada la relación, porque por ejemplo cuando yo estaba los niños iban en las materias pues súper bien y ahoritica, pues son dos hijos llega cansada, llega estresada del trabajo y entonces no es la misma atención que requieren dos niños con dos padres, a la atención que tienen dos niños con un padre” (E 8 Hombre de 40 años, P 131).

“mi hija me dice: ¿Para qué voy a ir al terminal si yo voy a ponerme a llorar? mejor no lloro y me quedo acá en la casa, desde que haya un trastorno en la vida normal de las familias ese trastorno se empieza a desarrollar por diferentes partes entonces empieza a afectar también la casa y a los hijos” (E 8 Hombre de 40 años, P 173).

“Sí, algunos roles son compartidos cuando mi esposo está en casa y cuando él no está; él descansa cinco días por veinte, a mí me corresponde todo, administradora, organizadora, pagadora y así, todo” (E 5 Mujer de 50, P 128).

Además del impacto emocional que esta condición laboral tiene sobre las familias, en que la separación se da por motivos de fuerza mayor, observamos que con el tiempo las parejas logran asimilar y luchar por adaptarse a estos cambios.

“Creo que yo ya lo asimilé, veintidós años de matrimonio que vamos a cumplir, entendí que por su trabajo nos debemos separar temporalmente, eso me afecta, pero con ese trabajo me casé yo con él, cuando me propuso matrimonio yo sabía que él viajaba mucho, pero yo lo sé manejar mejor” (E 5 Mujer 50 años, P 128).

De las 10 parejas entrevistadas, se encontró en dos de ellas el tipo de separación circunstancial. En una de las parejas, la mujer refiere mayor grado de afectación, en cuanto a sentirse sola con la mayor responsabilidad del hogar y de los hijos, como se describe a continuación:

“Pues digamos que los roles de la casa o sea del hogar del aseo, de los hijos son míos, por ejemplo, ahorita cuando él está trabajando, él me ayuda desde lejos, pero si me he visto afectada con la separación porque la mayoría de la responsabilidad recae en mí”. (E 8. Mujer 33 años, P 129).

“Pues con esta separación por el trabajo de él me he visto bastante afectada es difícil, para mí ha sido muy muy difícil, a veces incluso me da rabia y le reclamo porque yo me siento sola, con toda la carga de ellos y de todo y eso que los fines de semana pues vamos y hacemos mercado y hacemos las cosas, digamos para que a mí se me aliviane la carga de la semana, mientras que él está aquí y ahora quedamos en que él, los fines de semana haga las tareas con ellos y les revise los cuadernos, porque yo entre semana estoy sola, yo revisando los cuadernos, sin embargo el pues desde lejos como el colegio tiene una plataforma donde uno mira las tareas y eso, él me ayuda a mirarlas y pues me va diciendo” (E 8. Mujer 33 años, P 181).

Es evidente que la separación circunstancial en este estudio está dada por el traslado temporal del hombre para asumir las responsabilidades laborales, mientras que la mujer y los hijos se quedan en casa, situación que se evidencia en 2 de las parejas entrevistadas. Se aprecia que las mujeres se hacen cargo de todas las responsabilidades del hogar y de crianza, lo que genera malestar e inconformidad en ellas, además de sensación de soledad recompensada, en parte, con el esfuerzo del esposo en otro lugar para conseguir la estabilidad económica que aspiran.

Ahora bien, es evidente como el hombre reconoce las capacidades por parte de la mujer para superar momentos de crisis, ya que ella da muestras de comprensión, austeridad y resiliencia, como también, desarrolla las capacidades de todos los miembros de su hogar, con el objetivo de saber administrar y valorar los recursos. Como lo demuestra la siguiente cita textual.

“Yo diría que en el caso de... Mónica es la mamá, es todo, ella lleva el hogar realmente. Aparte que trabaja, produce, es el sustento mayor de la familia” (E4 Hombre de 59 años, P 192).

De la misma manera, es de resaltar la gran destreza por parte de la mujer para crear un ambiente de armonía y estabilidad en medio de circunstancias adversas, como la falta de empleo y de ingresos económicos.

“Además es que hay una cosa que es increíble, el ánimo, la forma de ser, la inteligencia, y el buen humor de Mónica hace que todo sea posible” (E 4 Hombre de 59 años, P 300).

“Ha sido necesario tener paciencia y saber llegar saber decirles todos tenemos que colaborar de alguna manera” (E 2 Mujer de 37 años, P 220).

Por otra parte, al revisar las condiciones laborales de las parejas entrevistadas, se aprecia que 3 hombres de 10 expresan que las condiciones de flexibilidad laboral exigen estar permanentemente fuera del lugar donde vive su familia, así como un manejo inteligente del tiempo para lograr no afectar las relaciones familiares. En contra posición, genera inestabilidad en los hijos y en la pareja al no tener la figura paterna o materna presente.

“entonces uno maneja el tiempo, en un mes uno puede trabajar 10 días y saca el trabajo”. (E 5 Hombre de 50 años, P 219).

Otra condición laboral, es estar sin trabajo (desempleo) que hace referencia a las personas que reportan estar cesantes en ese momento y no reciben ingresos. Al revisar las 10 entrevistas se aprecia que 7 hombres de 10, expresan que la condición de estar sin trabajo impacta el autoconcepto y su capacidad profesional de manera negativa, en especial cuando ocurre de forma súbita, creando un sentimiento de injusticia laboral. Adicionalmente, ocasiona momentos críticos financieros y pérdida del gozo de disfrutar del ambiente familiar.

“fue pasando el tiempo mientras estaba sin trabajo y empezó esa sensación de inconformismo conmigo mismo” (E 4 Hombre de 42 años, P 471).

Para esta investigación, el trabajo formal se entiende como una situación laboral tradicional en la cual la persona tiene un horario, lugar y salario estable inmersos en sistemas de protección y seguridad social.

“en estos momentos, soy buena, mi profesión es trabajadora social soy especialista en alta gerencia y en estos momentos estoy coordinando un programa del I.C.B.F (E 10 Mujer de 30 años, P 120).

En este estudio, se entiende por trabajo informal el conjunto de actividades que no están dentro de una regulación tributaria, laboral y legal.

De esta manera, en Bogotá un hombre de 35 años en pareja con una mujer de 33 manifiesta que las dificultades de un trabajo informal, son las condiciones de este, en algunos casos peligrosas y que si no se trabaja no se recibe remuneración económica.

Análogamente, en Cúcuta un hombre 32 en pareja con una mujer de 30 años refiere que hasta cuando estuvo abierta la frontera con Venezuela, tuvo

oportunidades de ingresos altos con la ayuda del trabajo informal. Así, se aprecian los comentarios de las personas que participaron en las entrevistas.

“la inseguridad, que uno nunca sabe quién se sube atrás en el taxi, es un trabajo informal y muy peligroso” (E 3 Hombre de 35 años, P 850).

“yo podía hacer muchas más cosas, podía hacer más negocios y podía con el carro traer para acá gasolina”. (E 10 Hombre de 32 años, P 193)

“pues yo con las ventas de catálogos” (E 8 Mujer de 33 años, P 451).

De igual forma, se indagó con los entrevistados sobre su percepción, si han sentido protección o desprotección legal en términos laborales y si ello garantiza la estabilidad de su familia. Aquí, algunas voces:

“Claro, el contrato laboral indefinido me garantiza la seguridad social de mi familia y el pago oportuno cada mes” (E 2 Hombre de 42 años, P 430).

“Sí, porque uno trabajar 27 años siempre sin parar, cuando de la noche a la mañana te dicen chao, entonces no puedo apoyar a mi familia, eso es duro” (E 6 Mujer de 51 años, P 061)

“Hoy en día hay mucha inestabilidad laboral, si no hay trabajo no hay ingresos... siento que doy mucho por una empresa la cual no valora todo lo que soy como profesional” (E 10 Mujer de 30 años, P 074).

Conclusiones

La inestabilidad laboral, así como las exigencias de las diversas condiciones de trabajo aquí descritas, ocasionan dificultades novedosas a las familias, que requieren la asimilación y ajuste de los roles de género tradicionales (padre proveedor económico, madre proveedora de afectos), los cuales se están transformando gracias a la flexibilidad en el imaginario de los estereotipos de género tradicionales por parte de los hombres y de las mujeres.

Se han descrito tipologías de pareja categorizadas por rasgos característicos predominantes por los roles domésticos y los extradomésticos asumidos por el hombre y la mujer, los cuales son cambiantes de acuerdo con las demandas y realidades laborales. Se observa que no permanecen estáticos en el tiempo, sino que, por el contrario, son dinámicos y flexibles.

Un aporte significativo de este estudio es el hallazgo del tipo de pareja con separación circunstancial, el cual se presenta por motivos de fuerza mayor debido a la necesidad de tener empleo, lo que ocasiona fraccionamiento en la pareja y las

familias, afectando las funciones de maternal y paternal. La pareja y familia se resienten tanto emocional como socialmente porque dejan de compartir espacio y tiempo. En este fenómeno, los hombres se alejan de las familias para mantener su trabajo y continuar el rol de proveedores económicos a distancia, en tanto las mujeres permanecen en el hogar, al cuidado de los niños, de los roles domésticos y en algunos casos de los extradomésticos.

Teniendo en cuenta las características de las parejas colombianas que participaron en la investigación, se evidencian formas innovadoras de estrategias de afrontamiento en situaciones de inestabilidad laboral, en las cuales predomina la capacidad creativa de la mujer para sobrellevar momentos de dificultad, convirtiéndolos en oportunidades de reciprocidad afectiva. Las capacidades femeninas le implican a ella ser consciente de su misión de proteger y preservar su hogar, superando toda clase de dificultades y creando infinidad de estrategias para afrontar las crisis.

Sería importante ampliar el estudio con otras parejas en diferentes ciudades del país para contrastar los resultados con las investigaciones de otras ciudades colombianas, así como con estudios realizados en distintos países que abarquen las condiciones laborales, las relaciones entre los géneros y los roles en las familias.

En el estudio realizado se hace evidente que en la actualidad colombiana podría existir un grupo significativo de parejas con rasgos innovadores y rasgos contraculturales, donde los hombres muestran flexibilidad para adaptarse a los cambios de roles referente a las labores domésticas, que se presentan por la influencia de las condiciones laborales, de manera similar a la propuesta realizada por (Meler , 2004).

En esta investigación se aprecia que la inestabilidad laboral en la parejas entrevistadas se ha dado por los cambios de espacio, tiempo y salario en el trabajo, transformación que genera la flexibilidad laboral, las jornadas excepcionales, el sub-empleo, la informalidad y la independencia en el trabajo, (entendiendo independencia como una forma de trabajo sin vínculo laboral en el contexto colombiano), situaciones laborales sin el respaldo de la seguridad social, así como lo expresan (Busso, Longo, & Pérez, 2014) respecto a la carencia de implicaciones jurídicas relacionadas con las condiciones laborales actuales.

Las voces de las parejas que participan en la investigación denotan afectaciones de tipo personal, psicológica, familiar y social como consecuencia de la incertidumbre económica por la inestabilidad laboral, de manera similar a los hallazgos de (Rico Mavisoy , 2015) sobre la flexibilización de contratos y salarios en el estudio que realiza en el municipio de Dagua (Colombia).

Como resultado de este estudio, es de destacar que los cambios y exigencias del mercado laboral requieren la incorporación progresiva de las mujeres en el trabajo extradoméstico y a su vez, la participación de los hombres en las tareas domésticas, así como lo refiere (Debelijuh, Año 15, N° 1, 2012)(Debelijuh, Año 15, N° 1, 2012) al proponer que cada persona está llamada a alcanzar su máxima satisfacción vital si logra conciliar el mundo laboral con su vida familiar.

Aunque el concepto de familia consagrado en el inciso 1° del Artículo 42 de la Constitución Política es tomado por el legislador en la elaboración de normas para la protección de la familia y sus integrantes, con la excepción de las normas sobre prevención y sanción de la violencia intrafamiliar; en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana este concepto tiene diversas interpretaciones, y la tendencia actual es ampliarlo con el fin de que otras formas de vida en común puedan derivar derechos reservados a la institución familiar.

La protección de la familia y sus integrantes es una forma de garantizar y propender por la efectividad de los derechos de las personas, fin esencial del Estado social de Derecho. La Corte colombiana cada vez intenta proteger de manera más rigurosa la familia y regula las relaciones laborales que desempeñan cada uno de sus miembros, favoreciendo la complementariedad y la armonía entre las dos instituciones: familia y trabajo.

El presente estudio muestra similitud con la investigación realizada por CITATION Guz13 \1 9226 (Guzmán Rodríguez & Dalén, 2013)(Guzmán Rodríguez & Dalén, 2013), respecto a las salidas temporales del trabajo por parte de las mujeres debido a la maternidad, o al cuidado de algún familiar. Por tal motivo, ellas dejan de adquirir experiencia y al regresar se incorporan al mercado laboral con salarios inferiores a las otras personas que muestran una trayectoria continua en el cargo. Adicionalmente, la mayor responsabilidad del cuidado sobre los hijos menores tiende a recaer sobre la mujer y no sobre los hombres. A partir de las entrevistas del presente artículo, se identifican algunos cambios en los tipos de familia como consecuencia de las transformaciones en los estereotipos de género, que históricamente habían ubicado a la mujer en un rol doméstico propio de la división sexual del trabajo. Sin embargo, también se evidencian dificultades prácticas por la inestabilidad e informalidad laboral, que hacen que esos tránsitos en los tipos de familia se hagan más difíciles o se den con altos costos emocionales para las personas.

Tomando como base la reflexión de los derechos fundamentales del trabajo y la familia, se considera que en Colombia, existe desconexión entre los cambios culturales de los estereotipos sobre la familia y las nuevas regulaciones jurídicas por un lado, y las realidades del trabajo, su inestabilidad e informalidad por el otro y esa desconexión impacta en los cambios sobre los nuevos tipos de familia.

El Estado colombiano requiere mecanismos para proteger efectivamente a las familias en sus diversos ámbitos y garantizar sus derechos. Se ha avanzado mucho, sin embargo, algunas normas sólo quedan escritas y carecen de aplicabilidad. Existen leyes referentes a la protección de la familia tanto en la Constitución colombiana, como en las normas internacionales de derechos humanos expedidas para tal fin, las cuales sirven como recursos, cuando un ciudadano las requiera (Arrieta, 2016).

Partiendo de la entrevista que se realiza al Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, Aquiles Arrieta, se considera que existe una amplia protección a la familia como organización social. Ejemplo de ello, son las leyes que en materia de salud, condiciones laborales, pensiones, educación, se vinculan todo el tiempo con los derechos propios de la familia. De la misma manera, la protección de los ingresos laborales de los miembros de una familia es la protección del ingreso de esa familia; como también, la posibilidad de disponer del tiempo para compartir y garantizar el desarrollo armónico e integral de los hijos (art. 44), o la posibilidad de contar con los permisos laborales correspondientes para poder acompañar a un miembro de la familia en una diligencia prioritaria.

Las nuevas tendencias y corrientes económicas imponen formas de producción como se aprecia en esta investigación junto con otras, las cuales entran en tensión con el goce efectivo y pleno ejercicio de los derechos a la familia y al trabajo. Es necesario que las ciencias sociales evidencien los impactos que se están dando en la realidad, pues muchas veces en la falta de una adecuada valoración se encuentra la razón de la carente intervención por parte del Derecho (Arrieta, 2016).

Referencias

- AMABLE, M. (2006). *La precariedad laboral y su impacto en la salud: Un estudio en trabajadores asalariados en España*. Universitat Pompeu Fabra.
- ARAMBURO RESTREPO, J. (1994). La familia en las transformaciones de derecho. *Revista Pensamiento Jurídico*. Obtenido de: http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38892/pdf_295
- ARRIAGADA, I. (2004). Estructuras familiares, trabajo y bienestar en América Latina. *CEPAL - SERIE Seminarios y conferencias*.
- ARRIETA, A. (2016). Entrevista personalizada. magistrado auxiliar de la corte constitucional. (P. Gutiérrez Cardoso, B. Álvarez Isaza, M. Corredor Corredor, & I. Martínez Sánchez, Entrevistadores)
- BURIN, M. (2007). *Trabajo y parejas: impacto del desempleo y de la globalización en las relaciones entre los géneros. México*. Obtenido de CRIM-UNAM, Mexico: http://xenero.webs.uvigo.es/profesorado/mabel_burin/trabajo.pdf

- BURIN, M., & MELER, I. (1998). Capítulo 6. En *Género y familia: poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad*. Buenos Aires: Paidós.
- BUSO, M., LONGO, M., & PÉREZ, P. (2014). La estabilidad-inestabilidad laboral de jóvenes argentinos desde una perspectiva interdisciplinaria y longitudinal. *Revista Cuadernos de Economía*. Obtenido de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=282131704005>
- COLLER I PORTA, X. (1991). Roles Familiares y Mercado de Trabajo. *Revista de Sociología. Universidad Autónoma de Barcelona*. Obtenido de: <http://www.raco.cat/index.php/papers/article/viewFile/50332/58222>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Asamblea Nacional Constituyente. *El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida...* Bogotá D.C., Colombia : Gaceta Constitucional No. 116 .
- DEBELIUH, P. (Año 15, N°. 1, 2012). Conciliación trabajo y familia ¿dilema personal o responsabilidad empresaria? *IEEM Revista de Negocios*. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3917361>
- GUZMÁN RODRÍGUEZ, D., & DALÉN, A. (2013). *Entre estereotipos: Trayectorias laborales entre mujeres y hombres en Colombia*. Bogotá D.C.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., & BAPTISTA LUCIO, P. (1991). *Metodología de la investigación*. México : McGRAW - HILL INTERAMERICANA DE MÉXICO, S.A. de C.V.
- Ley 1098. (8 de Noviembre de 2006). Congreso de la República . *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial No. 46.446 . Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html
- Ley 1232 . (17 de Julio de 2008). Congreso de la República . *Por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial No. 47.053. Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1232_2008.html
- Ley 1361. (3 de Diciembre de 2009). Congreso de la República. *por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 47.552. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=38145>
- Ley 1468. (30 de Junio de 2011). Congreso de la República . *por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial 48116. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=43212>
- Ley 1595. (21 de Diciembre de 2012). Congreso de la República . *Por medio de la cual se aprueba el “convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos*. Bogotá D.C., Colombia . Obtenido de: <http://wsp>.

- presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201595%20DEL%2021%20
DE%20DICIEMBRE%20DE%202012.pdf
- Ley 731. (14 de Enero de 2002). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas para favorecer a las mujeres rurales*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44.678. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0731_2002.html
- Ley 755. (23 de Julio de 2002). Congreso de la República. *por la cual se modifica el párrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María*. Bogotá D.C., Colombia . Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5520>
- Ley 823. (7 de Julio de 2003). Congreso de la República . *“Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres”*. Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial 45245. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8787>
- Ley 861. (26 de Diciembre de 2003). Congreso de la República . *Por la cual se dictan disposiciones relativas al único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer <hombre> cabeza de familia*. Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial No. 45.415. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0861_2003.html
- MELER, I. (2004). Género, trabajo y familia: varones trabajando. *Subjetividad y Procesos Cognitivos* .
- RAMÍREZ ROJAS, M., & GUEVARA FLETCHER, D. (2006). Mercado de trabajo, subempleo, informalidad y precarización del empleo: los efectos de la globalización. *Revista Economía y Desarrollo*. Obtenido de: <http://www.fuac.edu.co/revista/V5N1MAR2006/4%20-%20LABORAL.pdf>
- RICO MAVISOY, A. (2015). ¿Cómo se garantizan las capacidades para la empleabilidad? Una mirada a los beneficios del Fondo de Fomento al Empleo y Protección al Desempleado FONEDE (2009-2012). *Revista CIDSE*. Obtenido de: <http://cms.univalle.edu.co/socioeconomia/media/files/DOCUMENTO%20DE%20TRABAJO%20CIDSE%20N%2%b0%20161.pdf>
- Sentencia C- 310 . (3 de Mayo de 2007). Corte Constitucional. Sala Plena . *M.P.: Nilson Pinilla Pinilla* . Bogotá D.C., Colombia : Referencia: expediente D-6512. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-310-07.htm>
- Sentencia C-372. (21 de Julio de 1998). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Fabio Moron Diaz*. Bogotá D.C., Colombia : Referencia: Expediente D-1923. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1998/C-372-98.htm>
- Sentencia C-410. (15 de Septiembre de 1994). Corte Constitucional. Sala Plena . *M.P.: Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá D.C., Colombia : REF.: EXPEDIENTE No. D-517. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-410-94.htm>
- Sentencia C-577. (26 de Julio de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena . *M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo* . Bogotá D.C., Colombia : Referencia: Expedientes acumulados D-8367 y D-8376. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>

Revista Academia & Derecho, Año 7, N° 13, 2016, pp. 215-236
ISSN 2215-8944

Universidad Libre Seccional Cúcuta - Facultad de Derecho
Ciencias Políticas y Sociales & Centro Seccional de Investigaciones
La protección constitucional en materia de seguridad social de los judicantes *ad honorem*
vinculados a la rama judicial

Margarita María Gaviria Herrera - Luz Eliana Gallego Henao

La protección constitucional en materia de seguridad social de los judicantes *ad honorem* vinculados a la rama judicial*

The constitutional protection in matters of social security of the *ad honorem* judicants linked to the judicial system

Recibido: Enero 20 de 2016 - Evaluado: Abril 07 de 2016 - Aceptado: Mayo 28 de 2016

Margarita María Gaviria Herrera**
Luz Eliana Gallego Henao***

Para citar este artículo / To cite this article

Gaviria Herrera, M. M., & Gallego Henao, L. E. (2016). La protección constitucional en materia de seguridad social de los judicantes *ad honorem* vinculados a la rama judicial. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 215-236.

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación denominado “El rol de los judicantes en la rama judicial frente al acceso a la administración de Justicia y la descongestión judicial”.<?>

** Trabajadora Social, Universidad de Caldas, Abogada, Universidad de Manizales, docente, Universidad de Manizales, Directora Programa de Derecho, Universidad de Manizales, Especialista en Seguridad Social, Universidad de Manizales, Especialista en Derecho Administrativo, Universidad de Caldas, Estudiante de Maestría en Derecho, Universidad de Manizales.
Correo electrónico: mmgaviriah@umanizales.edu.co.

*** Abogada, Universidad de Manizales, docente, Universidad de Manizales, Directora del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico, Universidad de Manizales, Especialista en Seguridad Social, Universidad de Manizales, Estudiante de Maestría en Derecho, Universidad de Manizales.
Correo electrónico: diradmincj@umanizales.edu.co.

Resumen

El artículo parte de una metodología con enfoque cualitativo de tipo hermenéutico, que pretende comprender la desprotección constitucional en materia de seguridad social a la que se ven abocados los judicantes ad-honorem vinculados a la rama judicial. El marco analítico esboza la figura del judicante en Colombia, evidenciando la problemática de las prácticas ad-honorem debido a la exclusión de estos servidores frente al sistema de seguridad social teniendo en cuenta que el seguro estudiantil no les es aplicable, por su condición de egresados no graduados y tampoco cuentan con la posibilidad de gozar de una vinculación al sistema por parte de la rama judicial por considerarse prácticas académicas no constitutivas de contrato de trabajo o relación laboral. Se concluye a título de proposición la inclusión del judicante ad honorem dentro del régimen normativo del contrato de aprendizaje regulado por la legislación laboral colombiana y una reforma a la ley 270 de 1996, que propenda por la equiparación de derechos en materia de seguridad social.

Palabras clave: Administración de justicia, judicantes ad-honorem, contrato de aprendizaje, seguridad social, protección constitucional.

Abstract

The article is based on a methodology with a qualitative approach of a hermeneutic type, which aims to understand the constitutional deprotection in social security matters that are affected by ad-honorem judges linked to the judicial system. The analytical framework outlines the figure of the judge in Colombia, highlighting the problems of ad-honorem practices due to the exclusion of these servers from the social security system taking into account that student insurance is not applicable to them, because of their status as graduates Non-graduates and also do not have the possibility of being protected by the health system because they are considered academic practices not constituting a work contract or employment relationship. The inclusion of the judicia ad honorem within the framework of the apprenticeship contract regulated by the Colombian labor legislation and a reform of the law 270 of 1996, which tends to equalize social security rights, is concluded as a proposal.

Key words: Administration of justice, trainee lawyers, honorary apprenticeship contract, social security, constitutional protection.

Resumo:

O presente artigo nasce de uma metodologia com foco qualitativo tipo hermenéutico, que tenta compreender a desproteção constitucional frente à

seguridade social e providência social o sofrida pelos stagiaros ad-honorem no ramo judiciario. O marco anaitico propõe a figura do stagiaro na Colômbia, evidenciando assim a problematica dos stagios ad-honorem devido à exclusão dos stagiaros frente ao sistema de seguridade social e providência social, pois o seguro de saude estudiantil colombiano nao lhes é applicavel, pela sua condição de stagiaros e não de funcionarios publicos lhes é imposibilitado o acceso à estes sistemas, além de tampouco ter um contrato de trabalho diante ao ramo judiciario colombiano. Porfim, o artigo propõe a inclusão do stagiaro ad-honorem no regime normativo do contrato de estudo regulado segundo a legislação trabalhista colombiana afim de gerar a equiparação de direitos dos trabalhadores e stagiaros.

Palavras chave: Administração de justiça, estagiários ad-honorem, contrato de aprendizagem, providência social, proteção constitucional

Résumé:

Cet écrit trouve son départ depuis une conception qualitative de type hermétique, lequel vise à exposer la non-protection constitutionnelle en matière de sécurité sociale à laquelle se voient exposés les stagiaires ad-honorem inscrits à la branche judiciaire. Au cas d'espèces, la figure de stagiaire ad-honorem est exposée face au précaire système de sécurité sociale, compte tenu que la santé prépayée d'étudiant ne leur est plus applicable puisque leur condition de non diplômé et qu'ils ne peuvent pas non plus jouir d'une couverture au système de santé de la branche judiciaire puisqu'eux, au moment de réaliser leurs stages professionnels ne peuvent pas être considérées comme une sorte de travail ou relation de subordination. L'on finira par conclure qu'une proposition d'inclusion au régime de santé selon la loi 270 du 1996 devrait être étendue à tous les stagiaires ad-honorem.

Mots-clés: Administration de justice, stagiaire ad-honorem, contrat d'apprentissage sécurité sociale, protection constitutionnelle.

SUMARIO: Introducción. - Problema. - Estrategia metodológica. - 1.
Judicantes Ad-honorem en Colombia. - Conclusiones. - Referencias.

Introducción

En los últimos tiempos la discusión sobre la eficacia de las decisiones jurisdiccionales y la celeridad procesal frente a la resolución de conflictos ha adquirido una importancia vital; en diversos escenarios jurídicos, los estudiosos del derecho y operadores judiciales han señalado la inminente necesidad de implementar una reforma integral a la administración de justicia, siendo este un

asunto que tiene como propósito fundamental el logro de una justicia capaz de resolver las controversias de los asociados en el menor tiempo posible y con la mayor eficacia. Este debate en Colombia plantea no solo un cambio en la estructura del Estado sino en la concepción misma de la justicia por parte de los ciudadanos a quienes finalmente va a afectarles cualquier decisión que pueda tomarse al respecto por los órganos competentes.

En este sentido se han pronunciado varios sectores de la sociedad Colombiana desde los Ministros de Gobierno hasta los integrantes del Congreso, las Altas Cortes y la academia, quienes para el año 2010 cuando se intentó poner en marcha una reforma a la justicia en el país, se manifestaron planteando diferentes puntos de vista sobre el tema y aunque finalmente la reforma a la justicia no se llevó a cabo, lo importante de resaltar es que el tema por ser un asunto que atañe a todos, hace que muchos estamentos de la sociedad se muevan e intervengan con el objetivo de generar soluciones a la grave situación por la que atraviesa la justicia en Colombia. Es importante indicar que para el año 2014 el ejecutivo somete a aprobación del Congreso de la República el proyecto de ley 018 del año avante denominado equilibrio de poderes, el cual comporta un nuevo intento de reforma a la justicia de la que se viene hablando desde hace ya algún tiempo.

Así mismo, a partir de la constitucionalización del Derecho Colombiano, la Constitución Política de 1991 se convirtió en la columna vertebral del sistema jurídico-normativo, lo que implica que todas las decisiones tomadas por las ramas del poder público y demás autoridades competentes en ejercicio de su función deben estar acordes a los mandatos supremos del Constituyente Primario, garantizando la exaltación de la dignidad humana como fundamento supremo del Estado en su esencia y configuración.

Tratándose del acceso a la administración de justicia, concebido en la Norma Superior como función pública y a la vez derecho de carácter fundamental (C.N, 1991, art. 228 y 229) la intervención de los particulares se estableció como una herramienta de descongestión y participación de la sociedad civil en las decisiones que les afectan (C.N, 1991, art. 2), situación que resulta aplicable a quienes en calidad de conciliadores o árbitros administran justicia de manera excepcional y transitoria (C.N, 1991, art.116). De igual forma en aras de facilitar la garantía del derecho fundamental que consagra el artículo 229 de la norma *ibidem* se ha otorgado a los judicantes en calidad de egresados no graduados de las Facultades de Derecho en las universidades del país, la posibilidad de cumplir con el requisito de grado mediante la prestación del servicio al interior de la rama judicial y aunque éstos no administran justicia por sí mismos si colaboran con la consecución de los fines perseguidos por la rama del poder público que se menciona. (Constitución Política, 1991)

En el contexto de Colombia, decidimos que el “Sistema jurídico” debe entenderse en un sentido amplio, pues reconoce la posibilidad a los particulares, para administrar justicia. El Sistema Jurídico comprende: (i) el sistema judicial regulado por el derecho positivo mayoritario; (ii) las modalidades comunitarias que incluyen las actividades de los diversos operadores jurídico-comunitarios que basan sus decisiones en normas sociales y (iii) los escenarios institucionales que hacen parte del poder ejecutivo como por ejemplo las inspecciones de policía, personeros o comisarios de familia. Así, el sistema jurídico se convierte en una entidad compleja, en la que el ciudadano requiere acceder para recibir atención oportuna y apropiada para sus necesidades de justicia. En este complejo entramado, el ciudadano puede llegar a sentirse limitado para actuar. En este punto se acuña entonces el término de “Acceso a la Justicia” (Cámara de Comercio, 2013)

A modo enunciativo la ley 23 de 1991, la ley 446 de 1998, la ley 1395 de 2010 y el Código General del Proceso recogen normas de descongestión que tienen como propósito facilitar el acceso a la administración de justicia a los colombianos. Todas las anteriores disposiciones legales van encaminadas a brindar espacios de participación directa con miras a la descongestión judicial y la legitimación del aparato jurisdiccional permitiendo que los despachos judiciales puedan dedicarse a resolver asuntos de verdadera trascendencia para el Estado, dejando en manos de los particulares la solución de las problemáticas que afectan a los ciudadanos en menor grado y que pueden subsanarse con el uso de mecanismos alternos a la solución de conflictos y las intervenciones de los estudiantes en prácticas académicas de las facultades de derecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución y la ley.

Entre los mecanismos de facilitación al acceso a la administración de justicia se encuentra la facultad expresa otorgada por el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia a los particulares en calidad de árbitros y conciliadores para resolver los conflictos en derecho o en equidad (Constitución Política, 1991). Así mismo la creación de los consultorios jurídicos en las facultades de derecho aprobadas por el Ministerio de Educación Nacional, con el propósito de atender las problemáticas de personas con escasos recursos económicos que no cuentan con la posibilidad de sufragar los gastos de un abogado, sin menoscabo de su subsistencia y la de quienes por ley debe alimentos haciendo referencia a los artículos 151 y 154 del Código General del Proceso sobre la acepción normativa del amparo de pobreza (Ley 1564, 2012) y la figura del *judicante* como egresado de los programas de Derecho que colaboran con la prestación de dicha función pública al interior de los despachos judiciales.

Esta última forma de intervención tal y como se mencionó en el párrafo anterior, la representan aquellos egresados de las facultades de derecho quienes

ejercen funciones jurídicas conforme a las disposiciones contenidas en el artículo 21 y numeral 3 del Decreto 1221 de 1990 que establece:

ARTÍCULO 21. Para obtener el título profesional de abogado deberán cumplirse los siguientes requisitos concurrentes:

3. Haber elaborado monografía que sea aprobada, igual que el examen de sustentación de la misma o haber desempeñado, con posterioridad a la terminación de los estudios, durante un (1) año continuo o discontinuo uno de los cargos previstos en las disposiciones pertinentes o haber prestado el servicio jurídico voluntario regulado por el Decreto 1862 de 1989; o haber ejercido durante dos (2) años la profesión en las condiciones señaladas en el artículo 31 del Decreto 196 de 1971. (Decreto 1221, 1990)

En síntesis esta normativa trae consigo requisitos taxativos a fin que el estudiante de derecho pueda acceder al título profesional de abogado; si bien esta disposición le ofrece a éste diversas posibilidades para la obtención del grado, las tendencias actuales demuestran que es la judicatura aquella opción que representa mayor interés para los estudiantes por convertirse en un escenario real de experiencia profesional y una oportunidad adecuada para la adquisición de empleo en un cargo afín al ejercicio de sus funciones o al área del derecho que durante el pregrado, le ha generado mayor grado de motivación en las entidades estatales que permiten las prácticas jurídicas ad honorem, sin otro tipo de recompensa que la oportunidad al postulante de poner en práctica los conocimientos adquiridos durante su formación profesional. De allí precisamente que la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-892A de 2006, haya considerado la judicatura como un claro desenvolvimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la libertad de profesión u oficio:

La práctica de la judicatura ha sido entendida como el ejercicio de un cargo en el cual se desempeñan funciones jurídicas, para efectos de acreditar los requisitos de grado de los abogados, el principio de buena fe y confianza legítima debe operar en este caso a favor del accionante, quien cumplió inicialmente todos los requisitos académicos que su universidad le exigía, y luego de un año de judicatura, en uno de los cargos previstos para ello, el Estado no responde con el aval correspondiente y lo sorprende con una decisión que trunca sus expectativas legítimas para graduarse. Es una clara defraudación de la confianza legítima, como postulado que lidera una protección para los particulares frente a cambios inesperados efectuados por las autoridades públicas. (Sentencia T-892A, 2006)

De esta manera, el alcanzar el título profesional de abogado representa para los estudiantes de los programas de derecho la culminación de diferentes

esfuerzos personales e intelectuales y en especial según lo dispuesto en la ley 30 de 1992, artículo 24 el reconocimiento expreso de carácter académico otorgado a una persona natural a la culminación de un programa por haber adquirido un saber determinado en una Institución de Educación Superior y se hace constar en un diploma. (Ley 30, 1992)

En términos generales el rol del judicante frente al acceso a la administración de justicia consiste en servir como colaborador de la rama judicial en las diferentes instancias y jurisdicciones en las cuales el egresado no graduado presta su servicio. Su función depende de la naturaleza del cargo que apoya pero en todo caso por expreso mandato de la norma que regula su ejercicio el Decreto 1862 de 1989, su contribución al cumplimiento de los fines de la justicia, resulta equivalente con las asignaciones otorgadas a los servidores y funcionarios públicos vinculados de manera legal y reglamentaria en la rama del poder que se menciona. (Decreto 1862, 1989)

Respecto a las funciones que cumple de manera específica el judicante en cualquiera de las instancias de la rama judicial puede decirse que si bien, la norma no menciona en detalle los roles que aquel debe desempeñar, éstos dependen de la ubicación que el egresado posea en el despacho y en la esencia misma del cargo para el cual se postula. En esta materia el acuerdo No PSAA10-7543 de 2010, en su artículo 2 señala:

Naturaleza de las Funciones: Para los efectos del presente Acuerdo se entenderán válidas solamente las funciones de carácter jurídico que ejerzan los judicantes, conforme a lo dispuesto en cada una de las normas de que trata los artículos 4 y 5 del presente Acuerdo.

Estos tendrán las mismas obligaciones y responsabilidades de los empleados de la entidad en la cual presten sus servicios, conforme a lo dispuesto en el Decreto Ley 1862 de 1.989 y demás normas aplicables y concordantes. (Acuerdo No. PSAA10-7543, 2010)

En concordancia con lo anterior, el citado acuerdo menciona que la judicatura efectuada por los egresados no graduados en los despachos judiciales en calidad de auxiliares se clasifica como Ad-Honorem (Acuerdo No. PSAA10-7543, 2010) en el Artículo 4. Num A, es decir sin remuneración, no obstante, le asigna las mismas responsabilidades y funciones del servidor o funcionario público vinculado a la rama judicial por cualquiera de las modalidades señaladas en la ley. Esta última situación representa en concreto la problemática que será objeto de desarrollo y análisis en el presente artículo, en el entendido que, los judicantes se ven enfrentados a un escenario de manifiesta vulneración de sus derechos fundamentales y sociales, pues si bien por tratarse de funcionarios

públicos al servicio de la rama judicial están sujetos, y con razón, al régimen de responsabilidades aplicables a las personas que desarrollan funciones afines, al considerarse prácticas académicas no constitutivas de remuneración, quedan sujetos a una inseguridad jurídica y de derechos, reflejada en la desprotección del sistema de seguridad social y en una desigualdad de trato frente a los servidores públicos que en cumplimiento de funciones similares, reciben una contraprestación económica debido a su vinculación laboral con el Estado.

Problema

Los conceptos de generalidad y abstracción de las leyes en un ejercicio de hermenéutica constitucional y jurídica están llamados a permear los acontecimientos sociales que por envolver las conductas humanas avanzan más rápido que la legalidad, relegando los códigos y exigiendo la presencia de un derecho viviente que facilite la comprensión de la realidad en sus diferentes manifestaciones. Bajo este contexto el papel del juez es imprescindible en el tema de la aplicación de la norma bajo las premisas de los principios que rigen el sistema oral (presente actualmente en todas las jurisdicciones a partir de la vigencia del CGP) tales como el de inmediación, concentración y publicidad, siendo además portador de la visión institucional del interés general, como un concepto fundante del Estado Social y Democrático de Derecho donde el operador judicial tiene la responsabilidad de brindar eficacia a los derechos y garantías otorgadas en la Constitución y la ley.

En tal sentido es obligación del operador judicial interpretar acorde con los principios y valores normativos, aquellos preceptos que resulten contrarios a la realidad sustancial circundante y reglamentar en casos excepcionales las materias que el legislador dentro de su haber funcional ha pasado por alto en las diferentes sesiones legislativas. Tomando de presente esta afirmación, la estructura del aparato jurisdiccional en la actualidad, sin duda, amerita una reforma administrativa importante en la cual se incluya a los judicantes como parte fundamental en la solución de los problemas de congestión que afronta la administración de justicia, a través de la ejecución de labores propias de su profesión que sean reconocidas mediante la asignación salarial equivalente al rol que desempeñan los funcionarios y servidores vinculados de manera legal y reglamentaria a la rama judicial, además de la afiliación al sistema integral de seguridad social que recoge la ley 100 de 1993. Lo anterior resulta de gran importancia si se tiene en cuenta que, el juez es el símbolo del derecho aplicado en la realidad pero su función solo puede desarrollarse en debida forma si cuenta con un equipo de colaboradores que hagan parte del sistema judicial, recibiendo como contraprestación los mínimos irrenunciables a

los que tiene derecho, independiente de la calidad que asuma para el ejercicio de la función pública.

Lo dicho hasta el momento bien puede ser problematizado a través de la pregunta orientadora: ¿Cuál es el rol de los judicantes frente al acceso a la administración de justicia y su aporte para la descongestión judicial? Del problema de investigación que se menciona se desprende la categoría de estudio objeto de análisis en el presente artículo y que pretende comprender la importancia de otorgar en vía de derechos, las garantías de seguridad social e igualdad de trato a los judicantes *ad-honorem* vinculados a la rama judicial como auxiliares.

Los supuestos que sustentan este estudio son:

- a) La judicatura que realizan los egresados de los programas de Derecho entraña un profundo componente social de igualdad e inclusión, que para ellos no se cumple especialmente en lo relacionado con el derecho a percibir una remuneración equivalente al ejercicio de las funciones que desempeña y su consecuente afiliación al sistema general de seguridad social.
- b) La vinculación de judicantes *ad honorem* para la prestación del servicio social regulado para los programas de Derecho, en su práctica cumple los mismos requisitos del contrato laboral y por tanto debe ser reconocido como tal mediante una reforma a la ley estatutaria de administración de justicia.

De acuerdo con la problematización y los supuestos planteados, los objetivos estuvieron direccionados a comprender el rol de los judicantes *ad-honorem* vinculados a la rama judicial, las implicaciones labores de las mismas y proponer una regulación incluyente e igualitaria para ellos en materia laboral y de seguridad social.

Estrategia metodológica

La metodología parte de un enfoque cualitativo por la naturaleza del saber que se busca y que se resume en la pregunta orientadora: ¿Cuál es el rol de los judicantes frente al acceso a la administración de justicia y su aporte para la descongestión judicial?

El presente trabajo investigativo se aborda desde un enfoque cualitativo, principalmente hermenéutico, ya que el objetivo principal se centra en comprender cuál es el rol de los judicantes frente al acceso a la administración de justicia sin que exista una pretensión de generalización; desde esta perspectiva entonces, el método es hermenéutico y por ello se ha elegido el análisis de contenido por cumplir dichas características en tanto, según Piñuel, R. (2002):

El análisis de contenido es el conjunto de procedimientos interpretativos de productos comunicativos (mensajes, textos o discursos) que proceden de procesos singulares de comunicación previamente registrados, y que, basados en técnicas de medida, a veces cuantitativas (estadísticas basadas en el recuento de unidades), a veces cualitativas (lógicas basadas en la combinación de categorías) tienen por objeto elaborar y procesar datos relevantes sobre las condiciones mismas en que se han producido aquellos textos, o sobre las condiciones que puedan darse para su empleo posterior. (Piñuel Raigada, 2002, pág. 2)

En desarrollo del método elegido se hará una descripción, análisis y comprensión del sentido de las normas, decretos y/o jurisprudencias que traten el tema de los judicantes ad-honorem vinculados a la rama judicial en Colombia.

1. Judicantes Ad-honorem en Colombia

Al respecto el decreto 1862 de 1989 por el cual se crean los cargos ad honorem para el desempeño de la judicatura, señala los lugares en los cuales pueden ser ubicados los aspirantes al título de abogado bajo la modalidad de práctica no remunerada en las entidades públicas de la rama judicial como juzgados, tribunales, Altas Cortes y la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, las funciones asignadas a los judicantes son equiparables a las de oficial mayor o funcionarios de menor categoría según la estructura interna de cada despacho en el cual haya sido asignado. Situación ésta que amerita una reflexión profunda a la luz de los postulados del Derecho Internacional que en su contenido propende por la equiparación de derechos en materia laboral y de seguridad social.

El artículo 7 es particularmente importante y fundamental para toda distinción entre la realidad de las trabajadoras sin remuneración definida como trabajo o como servidumbre. En este artículo los Estados Partes reconocen el derecho de todas las personas a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren en especial: “(a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: (i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; (ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; (b) La seguridad y la higiene en el trabajo y (d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo las variaciones periódicas pagadas...” (Women’s Humans Rights, 2004)

La profesión del derecho comporta en sí misma una esencia social en virtud de la cual sus egresados al realizar sus prácticas tienen la posibilidad de desarrollar los principios constitucionales tan importantes como el de solidaridad, pero ésta referida a aspectos misionales de las Entidades públicas respecto de las cuales se ha creado la posibilidad de vinculación de judicantes que lleven a cabo sus prácticas de manera gratuita. La Corte Constitucional en sentencia proferida en el año 2004 manifiesta acerca del tema lo siguiente:

Siguiendo los lineamientos planteados por esta Corporación, cabe subrayar que la oportunidad que le brinda el Estado al *ad honorem* para cumplir con un requisito indispensable a la obtención del título que lo acredite como abogado conlleva la de adquirir experiencia laboral, conocimientos prácticos y teóricos que redundan en el posterior ejercicio de su profesión. Igualmente, la prestación del servicio jurídico voluntario implica una labor social inherente a la profesión de abogado, que para el futuro profesional entraña además de una preparación sistemática y científica en forma metódica, una función social de sus conocimientos. Armonizando a su vez, tanto con el principio de solidaridad que establece la Carta Política, como con los deberes de colaboración que se predicán de la persona y del ciudadano en torno al buen funcionamiento de la administración de justicia. (Sentencia C-621, 2004)

Adicional a ello la resolución No 1684 de 2010 en su artículo 6 señala lo siguiente:

(...) Quienes deseen desarrollar el Servicio Social Obligatorio de la Judicatura, sea *ad honorem* o remunerada, deberán acreditar a las Direcciones Seccionales Administrativas y Financieras o a la Oficina de Personal, la terminación y aprobación de las materias correspondientes al pensum académico, mediante certificación expedida por la Universidad. Podrán realizar su judicatura en la Fiscalía General de la Nación, todas las personas que reúnan las condiciones establecidas en la ley y este reglamento, para ello. La prestación del servicio será gratuita, con excepción de lo dispuesto en el reglamento para quienes se desempeñen como servidores de la entidad. (Resolución 0-1684, 2010)

En este orden de ideas podría predicarse de la anterior disposición una verdadera vulneración al derecho a la igualdad, frente a los funcionarios vinculados a las Entidades a las cuales se hace alusión en dicho acto administrativo reglamentario de las prácticas en la Fiscalía General de la Nación, pues aunque quienes ingresan a la institución como judicantes realizan las mismas funciones, cumpliendo idéntico horario laboral y colaborando con los objetivos misionales de la institución, no tienen ninguna posibilidad de acceder siquiera a los beneficios del Sistema General de Seguridad Social, teniendo que vincularse por su cuenta

sin poseer (en muchas ocasiones) los recursos económicos para ello, no obstante una de las exigencias para ser aceptados es que se encuentren afiliados a alguna de las EPS que integran el sistema.

Finalmente el artículo 8 de la norma *ibidem* señala las funciones y el horario de los judicantes que cumplen su práctica en la Fiscalía General de la Nación, conforme a los requisitos establecidos para tal efecto:

(...) Las labores del judicante *ad honorem*, serán desempeñadas en una jornada de ocho horas diarias en las instalaciones de Fiscalía General de la Nación, en el despacho correspondiente al cual ha sido asignado el auxiliar, pero siempre dentro de la jornada laboral ordinaria, prestado durante un término no inferior a nueve (9) meses. (Resolución 0-1684, 2010)

En este aspecto cobra sentido lo planteado en el presente escrito frente a la materialización de un trabajo real por parte de los judicantes, con una asignación horaria obligatoria y en la mayoría de los casos sujetos a subordinación y dependencia por parte del inmediato superior, quien será el encargado de avalar el cumplimiento de las funciones desempeñados por éste y emitir concepto favorable con destino al Consejo Superior de la Judicatura.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que los judicantes ejercen un rol fundamental frente al cumplimiento del objeto social de las entidades públicas y específicamente de la rama judicial, puesto que sus funciones son comparables a los cargos de planta de los diferentes despachos, adquiriendo iguales responsabilidades al ser sujetos disciplinables por la acción u omisión de sus deberes constitucionales y legales conforme lo dispone el artículo 6 de la Constitución Política de 1991.

Con el propósito de fortalecer el debate que se plantea en el presente documento es importante analizar el artículo 9 de la resolución 1684 de 2010 que reza:

Responsabilidad de los judicantes. Los egresados que presten sus servicios como judicantes, serán responsables y deberán acatar los mismos deberes y prohibiciones de los servidores de la entidad, y estarán cobijados por las mismas inhabilidades e incompatibilidades de los servidores y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, y de la Rama Judicial. Así mismo deberán ajustar su comportamiento al decoro y seriedad propios de los demás servidores de la Fiscalía General de la Nación. (Resolución 0-1684, 2010)

La discusión sobre la importancia del papel de los judicantes *ad honorem* en las Instituciones facultadas por ley para la ejecución de su práctica, cobra sentido cuando preceptos como los incorporados anteriormente señalan el grado y alcance

de la responsabilidad adquirida durante el ejercicio de su práctica, equiparando su función con la calidad de servidores públicos, lo que los convierte en sujetos disciplinables por acción, por omisión y extralimitación en el cargo encomendado.

Lo que se cuestiona en este caso no es la diligencia y cuidado con el cual deben actuar los judicantes pues en sus manos se encuentra entre otras, el manejo de la función pública, la responsabilidad de colaborar con el ejercicio permanente de la facultad de administrar justicia en cabeza de los jueces quienes fungen como jefes inmediatos del judicante, la salvaguarda de los derechos de los asociados y la participación en asuntos de gran trascendencia nacional; el juicio de reproche que surge del contenido de este documento es la desprotección en la que se encuentran éstos al no estar vinculados al SGSS y recibir la justa remuneración por los servicios que prestan.

No obstante tratarse de una práctica encaminada a la ejecución de funciones jurídicas de acuerdo a la formación adquirida durante el pregrado de derecho, el recurso humano calificado con el que cuentan los jueces y secretarios de despachos respecto de los judicantes, en algunas ocasiones ha sido desaprovechado al asignárseles funciones ajenas a las competencias adquiridas en los respectivos programas de las Universidades avaladas por el Ministerio de la Educación Nacional, siendo ello un problema que impide el desarrollo adecuado de las políticas de descongestión judicial planteadas por el Gobierno Nacional. En este aspecto es claro que, tal y como se ha mencionado a lo largo del artículo, el fin de descongestión resulta de gran importancia frente al ejercicio de la administración de justicia por parte de la rama judicial, pero ello, siempre deberá articularse con el cumplimiento de un derecho fundamental reconocido de esta manera a partir de los postulados incorporados en el artículo 93 de la Constitución Política de 1991. Derecho que por demás ha estado en el ojo del huracán debido a las fallas en el servicio que en muchos de los casos se atribuyen a la ausencia de personal cualificado que contribuya al logro efectivo de los fines pretendidos en la norma.

Como es de conocimiento público, la administración de justicia se halla muy criticada, especialmente porque no se cumplen los plazos legales y también en algunos casos por la calidad de las decisiones jurisdiccionales. Las justificaciones y explicaciones que se han dado se sustentan sobre todo en la “excesiva carga procesal”; sin embargo, el incremento de jueces y de órganos jurisdiccionales y la adopción de otras medidas no ha dado solución al problema, lo que hace pensar que también existen diversos factores que tienen que ver con la calidad de la justicia en general y, especialmente con la justicia constitucional que requiere de un tratamiento particular por su propia naturaleza. (Solózarro Rodríguez, 2011)

Queda entonces descrita la importancia de la figura del judicante respecto a la descongestión de la justicia, el cumplimiento de los deberes establecidos en la norma equiparables a los asignados por ley a los funcionarios nombrados en carrera o provisionalidad con remuneración salarial en las entidades del sector público y el desaprovechamiento del que son objeto por parte de algunos sujetos que hacen parte del aparato jurisdiccional en el país. Ahora es necesario ocuparse de otros asuntos que representan desventajas para los egresados no graduados de las escuelas de derecho de las universidades, quienes se ven enfrentados a una problemática de fondo que rodea el desarrollo de la práctica como requisito de grado y que se fundamenta en la desprotección frente al sistema de seguridad social que propende como principio fundante, por una cobertura universal de las contingencias sin tener en cuenta condición alguna para el acceso a los servicios. Al respecto Gerardo Arenas Monsalve menciona:

La seguridad social es un instrumento que satisface las necesidades humanas y surge de la capacidad de previsión del individuo y de la solidaridad como valor colectivo. Emerge en la concepción del Estado de Bienestar y se constituye como un elemento irrenunciable, al que todo sujeto tiene derecho. (Arenas Monsalve, 2007).

Los judicantes en su calidad de egresados no graduados han visto desfavorecer su condición humana al encontrarse desprovistos de un mínimo de garantías constitucionales como la cobertura de la seguridad social y su consecuente afiliación a los regímenes en salud y pensión, puesto que conforme a los parámetros del decreto 055 de 2015 la afiliación a ARL es obligatoria para las entidades que vinculan a los judicantes, incluyendo a aquellos que lo hacen bajo la modalidad ad-honorem (Decreto 055, 2015). Lo anterior teniendo en cuenta que el seguro estudiantil otorgado a los estudiantes regulares que reúnan los requisitos de ley para ser considerados como tal, y que se encuentren matriculados en establecimiento educativo avalado por el Ministerio de Educación Nacional, no les es aplicable por su condición de egresados; pero tampoco cuentan con la posibilidad de gozar de una vinculación al sistema por parte de las entidades pertenecientes a la rama judicial, por considerarse prácticas académicas no constitutivas de contrato de trabajo o relación laboral. Lo anterior coloca al judicante en un limbo jurídico que a su vez choca con intereses de carácter social, constitucional y legal.

Aunque las normas existentes se hayan ocupado de regular, lo relativo a la vinculación de los judicantes al sistema general de seguridad social en lo referente riesgos laborales, no deja de ser preocupante la situación en la que se encuentran inmersos este grupo de colaboradores de la justicia, quienes son vinculados a la rama judicial bajo la modalidad ad-honorem sin ningún tipo de contraprestación. Solo a partir de la ley 1562 de 2012 se consagran algunos acercamientos respecto

al cubrimiento de las contingencias derivadas de los riesgos de los egresados no graduados y estudiantes que realicen sus prácticas en el lugar de trabajo siempre y cuando representen ingresos para la institución educativa; beneficios no aplicables a los judicantes si se tiene en cuenta que este tipo de prácticas son independientes y en la ejecución de sus funciones dejan de estar bajo la supervisión del establecimiento educativo. (Ley 1562, 2012)

De otro lado, la actividad del judicante no puede equipararse a una prestación de servicios en la que se excluya el deber de afiliación y pago al sistema general de seguridad social debido a la naturaleza de las funciones que les son asignadas, ni se configura un contrato de aprendizaje que diera lugar al pago de la seguridad social respecto a la salud puesto que durante la etapa de aprendizaje y elección, el aprendiz gozaría de los servicios que les son inherentes al sistema según el aporte que se maneja en comparación con los trabajadores independientes, siendo asumido el pago por la respectiva empresa patrocinadora. Todo lo anterior sin la necesaria existencia de un contrato de trabajo a la luz del artículo 30 de la ley 789 de 2002.

A manera de ejemplo y en tratándose de prácticas universitarias se hace referencia a un antecedente importante en el tema de regulación normativa de afiliación al sistema de seguridad social a favor de los profesionales en el campo de la salud, vinculados mediante un convenio de práctica no considerado éste contrato de trabajo ni de aprendizaje, y es precisamente el contenido en el decreto 2376 de 2010 que garantiza a los estudiantes en el área de la salud la cobertura de los riesgos que se presenten en el ejercicio de su cargo, mediante la constitución de pólizas extracontractuales que asuman los accidentes de trabajo o enfermedades que se generen por causa u ocasión del trabajo desempeñado. Contexto éste que no aplica para los judicantes *ad-honorem* no obstante la responsabilidad y riesgos a los cuales se enfrenta cuando presta su servicio en los despachos judiciales a los que ha sido asignado. (Decreto 2376, 2010)

La situación de desprotección en la que se encuentran los judicantes en la actualidad constituye una violación de derechos constitucionales de índole fundamental tales como la salud y la igualdad de trato, ello si se tiene en cuenta que las funciones que éstos cumplen son las mismas de los funcionarios que poseen una vinculación legal y reglamentaria; de esta forma y por citar algún ejemplo, en aquellas situaciones en las que se presentan enfermedades de tipo común, al fallar el vínculo laboral o estudiantil que se requiere para que surjan los derechos mínimos del afiliado, hacen manifiesta la nugatoria de garantías para quienes en calidad de egresados no graduados prestan un servicio social de gran importancia frente a la descongestión de justicia y el cumplimiento de los principios de celeridad, oportunidad, eficiencia y eficacia propios de las actuaciones judiciales y de la garantía del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.

Sobre este tema existen pronunciamientos de organismos internacionales, quienes han establecido los aspectos mínimos que deben tenerse en cuenta por los países al momento de plantear políticas que comporten derechos Económicos, Sociales y Culturales. Tal es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, acogido por nuestro país y citado por Gerardo Arenas Monsalve:

La expedición del Pacto sub *judice*, se fundamenta en criterios y pilares catalogados como fundamentales que son incluidos en la Carta de las Naciones Unidas, tales como la paz, libertad y justicia en el mundo, que tienen como finalidad el imponer el reconocimiento de la DIGNIDAD a todas las personas integrantes de una familia humana. También hace referencia a la Declaración Universal de derechos Humanos, en el entendido de que no puede tolerarse el constreñimiento a la libertad humana, y la imposición de políticas basadas en el temor y la miseria, y que por el contrario se deben generar condiciones que le permitan a las personas convivir en un ambiente proteccionista de sus derechos económicos, sociales y culturales en concordancia con su derechos políticos y civiles. (Arenas Monsalve, 2007, págs. 32,33)

A reglón seguido, el autor reafirma la importancia de garantizar el derecho a la seguridad social por ser parte inherente a la dignidad humana y facilitar el desarrollo de las sociedades en cumplimiento de la teoría del contrato social.

También se acoge en el Pacto, un criterio que parte de la teoría del contrato social en el entendido de que el individuo al ser beneficiario de ciertas garantías y derechos, se encuentra de manera recíproca obligado a respetar y atender determinados deberes con respecto a los demás integrantes de su comunidad y frente al Estado, como son los contemplados en este Pacto. Es por ello que en materia de Seguridad Social se establecen algunos artículos que tienen como objetivo garantizar las condiciones dignas del trabajo y por ende el desarrollo en pro de la sociedad, pues dentro de sus regulaciones se destacan los siguientes artículos:

Artículo 7.- Reconocen el derecho que tienen todas las personas a tener unas condiciones laborales equitativas y agradables, en las cuales se le asegure su remuneración en proporciones equivalentes a su labor y sin ningún tipo de discriminación, así como la garantía de tener un sitio de trabajo seguro y en condiciones adecuadas de higiene.

Artículo 9.- Tal vez el más relevante con nuestro tema, pues le impone a los Estados el derecho a reconocer a todas las personas su seguridad social, “incluso al seguro social”. Lo anterior, atendiendo nuevamente los criterios de condiciones dignas y justas para todos los asociados, en virtud de la cual

el estado debe amparar a todos sus administrados las atenciones mínimas sin importar sus calidades o recursos socioeconómicos. (Arenas Monsalve, 2007, pág. 3)

Lo preocupante de esta problemática jurídica es que hasta la fecha la solución otorgada por el ordenamiento normativo colombiano, encuentra su fundamento en decisiones de la Corte Constitucional a través de fallos de tutela, que en ningún caso, producen efectos *erga omnes* para los que reúnen la condición de *judicantes*, lo que representa una trasgresión a las garantías fundamentales de los éstos sujetos, al encontrarse desprovistos de un sistema de seguridad social que garantice el acceso a las prestaciones de tipo asistencial o económico, esenciales para el ser humano y para la adecuada configuración del actual Estado Social y Democrático de Derecho.

En este aspecto en menester recordar que, Colombia se erige como un Estado Social y Democrático de Derecho consagrado en la Constitución Política de 1991, bajo principios de igualdad, dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad personal, prohibición de discriminación, lo que implica la obligación especial de proteger y hacer efectivos derechos que nunca antes habían sido considerados como tales, es el caso de los derechos de género, de la seguridad social, el de la educación, los culturales, los económicos (solo por mencionar algunos). La garantía de estos derechos se logra a partir de mecanismos constitucionales tan importantes y expeditos como el de la acción de tutela, las acciones populares y las de grupo. A partir de dicha concepción el derecho a la seguridad social deberá salvaguardarse por parte del Estado y de la sociedad en general, respecto a toda la población se encuentre o no vinculada laboralmente.

El Estado social de derecho es el producto de un pacto constitucional entre distintos intereses y clases sociales, que pretende buscar un equilibrio y superar el enfrentamiento permanente entre ellos. Es el modelo político de la socialdemocracia que amenaza, como observa Miguel Ángel García Herrera de la Constitución Española, en “transformarla en un islote socialdemócrata en el océano neoliberal y en transformar los mecanismos de intervención jurídica y de aplicación del derecho”.

Surge así el problema entre el ser y el deber ser del derecho, entre la realidad y la idealidad de las normas jurídicas, que en un Estado Social de Derecho se expresan en la distancia entre las promesas constitucionales y la posibilidad política, económica, financiera, cultural y social de realización. (Villar Borda, 2007, pág. 3).

El aporte importante que ha tenido la jurisprudencia en el tema de la seguridad social en Colombia, se configura en la multiplicidad de pronunciamientos relacionados con los derechos que en esta materia y en especial en lo relacionado con

el cubrimiento de las contingencias derivadas de las prácticas estudiantiles; para hacer mención a una de ellas se trae a colación el fallo de tutela sentencia T-933 de 2011, proferido por la Corte Constitucional que en vía de revisión, amparó los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social de una judicante ad-honorem quien recibió una respuesta negativa por parte de la E.P.S a la cual se encontraba afiliada en calidad de beneficiaria, argumentando la entidad demandada la imposibilidad de efectuar el traslado de cobertura en salud al lugar de domicilio de la accionante, toda vez que en su calidad de egresada no graduada carecía de los requisitos para acceder al sistema como beneficiaria al no encontrarse matriculada para la fecha en institución educativa reconocida por el Ministerio de Educación Nacional.

(...) pero cuando tal presunción implícita en la norma se ve desvirtuada por un hecho de conocimiento general y además probado como lo es una Judicatura ad-honorem, la finalidad de la norma se incumple, y se torna inconstitucional la exigencia del requisito, por lo tanto se hace inaplicable al caso en estudio, por ser discriminatorio que una estudiante que acaba de terminar el plan de estudios profesionales en derecho, pero que está cumpliendo un requisito académico indispensable para la obtención de su título profesional que carece además de recursos propios para vincularse al Sistema de Seguridad Social, sea desvinculada violándosele de esta manera su derecho fundamental a la seguridad social en salud. (Sentencia T-933, 2011)

Lo que queda demostrado en este caso, es la situación de vulnerabilidad formal y material en la que se encuentran los judicantes ad honorem y la ineficacia del sistema jurídico por falta de una regulación normativa que obligue a las entidades públicas o privadas facultadas por ley para autorizar la realización de la judicatura, a garantizar el acceso al sistema integral en seguridad social, sufragando el costo de la afiliación y el pago de los aportes durante el tiempo de la práctica.

En la actualidad y conforme a experiencias de los estudiantes de derecho que no se encuentran parametrizadas, la solución jurídica que están aplicando las entidades en las cuales se permite el ejercicio de la judicatura ad-honorem, es exigir al practicante la presentación previa de la afiliación independiente al sistema de seguridad social con el fin de prevenir futuras contingencias que puedan presentarse en el desarrollo de las actividades encomendadas. Estrategia ésta que resulta injusta para el judicante toda vez que tal y como se analizó en el contenido del presente documento, la institución de la judicatura se convierte en una verdadera materialización del derecho al trabajo al cumplirse las condiciones de horario, subordinación y dependencia que les es propia de los cargos facultados por ley para su práctica, esto sin contar el régimen de responsabilidades, inhabilidades, impedimentos y recusaciones que les son aplicables a quienes prestan su servicio en entidades públicas como la rama judicial y la Fiscalía General de la Nación.

La solución que se propone para abordar la problemática planteada, consiste en llevar a cabo una reforma a la ley estatutaria de administración de justicia (L.270 de 1996), a través de la cual se incluya un acápite dedicado a la regulación de la judicatura *ad-honorem* en las entidades facultadas por ley, con el fin de señalar el régimen de responsabilidad atribuible a dichas instituciones en el pago de la seguridad social durante el tiempo de práctica de los judicantes. Lo anterior, teniendo en cuenta el carácter de derecho fundamental que ostenta en la actualidad el acceso a la seguridad social bajo los principios de universalidad en la cobertura, eficiencia y eficacia del sistema. (Ley 270, 1996)

En este caso, podría pensarse en la posibilidad de regular la práctica de la judicatura a través de un contrato de aprendizaje, como una forma especial de vinculación por un término no superior a dos años que permita al practicante por un lado, contar con los insumos necesarios para la adquisición de competencias y experiencia en el campo profesional y por otro, el acceso de las entidades a personal calificado en las áreas de conocimiento jurídico. Las obligaciones que surgen para la institución contratante son tal y como lo establece la ley 789 de 2002, la afiliación al sistema en seguridad social en salud y riesgos laborales y un apoyo económico que oscila entre el 50% y el 75% de un salario mínimo legal mensual vigente, dependiendo de la fase en la cual se encuentre el aprendiz (Ley 789, 2002). La ventaja para la entidad en este aspecto consiste en la oportunidad material de contar con sujetos competitivos en los cargos asignados para la judicatura, con una remuneración inferior al salario mínimo legal mensual vigente que en ningún caso constituye salario ni relación laboral.

Conclusiones

Una vez identificada la problemática que rodea la prestación de los servicios de los judicantes a favor de la rama judicial y desde una perspectiva funcional y de protección de las contingencias de la seguridad social, se plantea una reforma a la ley 270 de 1996 en el sentido de incluir en su texto un acápite dedicado a la vinculación de los judicantes a la rama judicial, la cual podría estar regulada a través de un contrato de aprendizaje incluyendo las garantías que de este vínculo contractual se derivan sin que ello constituya una relación laboral. Esto significa otorgarle una dignidad y un estatus a la figura de la judicatura que obliga a los funcionarios y empleados judiciales a su observancia. Los beneficios se evidenciarían en doble vía, pues para la rama judicial la vinculación del judicante bajo la modalidad de contrato de aprendizaje no representaría una relación laboral, mientras que para el egresado no graduado constituye el cubrimiento mínimo de sus necesidades de seguridad social y un reconocimiento por el adecuado ejercicio de su labor.

El judicante cumple una función relevante frente a los fines perseguidos por el Constituyente Primario en relación a la garantía fundamental al acceso a la administración de justicia, en el sentido que su ejercicio además de ser cualificado, aporta en igualdad de condiciones al logro de los objetivos propuestos para los funcionarios públicos que se encuentran vinculados a la rama judicial mediante cualquiera de las modalidades señaladas por la norma. Por lo tanto, la idea de inclusión y reivindicación de derechos se fundamenta para ellos, en la satisfacción de sus mínimos irrenunciables en materia de seguridad social pero también en el principio de igualdad de trato que señala la obligación de otorgar a los judicantes una remuneración económica por la prestación de sus servicios.

El contrato de aprendizaje en las condiciones de ley representaría para el judicante una garantía mínima de ingresos como contraprestación por el ejercicio de su labor, teniendo en cuenta que ésta es asimilable con aquella que desempeñan las personas que se encuentran vinculadas laboralmente a la rama judicial, quienes cuentan con una remuneración según la escala salarial vigente y por ende se encuentran cubiertos con todas las garantías constitucionales contenidas en el Sistema de Seguridad Social. En este orden de ideas y teniendo en cuenta que el judicante se vincula a la rama judicial con similares responsabilidades de carácter disciplinario, penal o fiscal por la violación de los deberes establecidos en la Constitución Política de Colombia y las normas que la reglamentan, se hace necesario que como contraprestación mínima éstos sean vinculados al sistema de seguridad social.

La modificación propuesta de cara a la recta y cumplida administración de justicia permitirá al juez contar con un equipo idóneo, conformado por sujetos capacitados y con competencias profesionales en el área del derecho, tutoriadas y asistidas por parte de las instituciones educativas que en virtud del mandato constitucional están obligadas a contribuir con el desarrollo de los fines estatales.

El Consejo Superior de la Judicatura como organismo público competente para expedir el certificado del cumplimiento de la judicatura, previa comprobación de los requisitos señalados en la norma y conforme la inclusión de una regulación equitativa para los judicantes Ad Honorem en la ley 270 de 1996 debería establecer una reforma encaminada a unificar el tipo de vinculación de los judicantes de que trata el acuerdo No PSAA10-7543 de 2010. Para ello se requiere la inclusión de la partida presupuestal en beneficio de esta figura.

Referencias

Acuerdo No. PSAA10-7543. (14 de Diciembre de 2010). Consejo Superior de la Judicatura. Sala administrativa. *Por medio de la cual se reglamenta la judicatura como requisito alternativo para optar el título de abogado*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de

<https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/ACUERDO-No.-PSAA10-7543-DE-2010.pdf>

- ARENAS MONSALVE, G. (2007). *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores.
- Cámara de Comercio. (Noviembre de 2013). *Aplicación de la Gran Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas*. Obtenido de <https://conciliacion.gov.co/portal/Portals/0/Entregable-2-Metodologia-Muestras.pdf>
- Constitución Política. (20 de Julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Decreto 055. (14 de Enero de 2015). Presidencia de la República. Ministerio de salud y protección social. *Por el cual se reglamenta la afiliación de estudiantes al Sistema General de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 49394 de enero 14 de 2015. Obtenido de <file:///C:/Users/sistemas/Downloads/DECRETO%20055-14%20DE%20ENERO%20DE%202015.pdf>
- Decreto 1221. (12 de Junio de 1990). Presidencia de la República. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial. 1990 No. 39414 12 de Junio de 1990. Obtenido de http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-103539_archivo_pdf.pdf
- Decreto 1862. (18 de Agosto de 1989). Presidencia de la República. *Por el cual se crean cargos ad honorem para el desempeño de la judicatura*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 38945 viernes 18 de agosto de 1989. Obtenido de http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-103611_archivo_pdf.pdf
- Decreto 2376. (1 de Julio de 2010). Presidencia de la República. Ministerio de la protección social. *Por medio del cual se regula la relación docencia - servicio para los programas de formación de talento humano de area de salud*. Bogotá D.C., Colombia: Diario. Oficial No. 47.757 de 1 de julio de 2010. Obtenido de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/DECRETO%202376%20DE%202010.pdf
- Ley 1562. (11 de Julio de 2012). Congreso de la República. *Por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.488 de 11 de julio de 2012. Obtenido de [file:///C:/Users/Investig3/Downloads/ley_1562_de_2012_Sistema_de_Riesgos_Laborales%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Investig3/Downloads/ley_1562_de_2012_Sistema_de_Riesgos_Laborales%20(1).pdf)
- Ley 1564. (7 de Julio de 2012). Congreso de la República. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Ley 270. (7 de Marzo de 1996). Congreso de la República. *Considerando que la justicia es un valor superior consagrado en la Constitución Política que debe guiar la acción del Estado y está llamada a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales,*

- dentro del marco del Estado Social...* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996.
- Ley 30. (28 de Diciembre de 1992). Congreso de la República. *Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 40.700 de 29 de diciembre de 1992. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0030_1992.html
- Ley 789. (27 de Diciembre de 2002). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 45.046 de 27 de Diciembre de 2002.
- PIÑUEL RAIGADA, J. L. (2002). Epistemología, metodología y técnicas del análisis del contenido. *Estudios de sociolingüística: Linguas, sociedades e culturas*(3), 1-42. Obtenido de <http://anthropostudio.com/wp-content/uploads/2015/04/Jos%C3%A9-Luis-Pi%C3%B1uel-Raigada.-Epistemolog%C3%ADa-metodolog%C3%ADa-y-t%C3%A9cnicas-del-an%C3%A1lisis-de-contenido.pdf>
- Resolución 0-1684 . (4 de Agosto de 2010). Fiscalía General de la Nación. *Por la cual se reglamenta el desempeño de las prácticas académicas de consultorio jurídico y judicaturas en la Fiscalía General de la Nación*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 47.791 de 4 de agosto de 2010. Obtenido de https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_fiscalia_1684_2010.htm
- Sentencia C-621. (29 de Junio de 2004). Corte Constitucional. Sala plena. *M.P.: Jaime Araújo Rentería*. Bogotá D.C., Colombia: REF: expediente D-5009. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-621-04.htm>
- Sentencia T-892A . (02 de noviembre de 2006). Corte Constitucional. Sala octava de revisión. *M.P.: Alvaro Tafur Galvis*. Bogotá D.C., Colombia: REF: expediente T-1420226. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-892A-06.htm>
- Sentencia T-933. (09 de diciembre de 2011). Corte Constitucional. La Sala Séptima de Revisión de tutelas. *M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chajub*. Bogotá D.C., Colombia: REF: expediente T-3.138.963. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-933-11.htm>
- SOLÓZARNO RODRÍGUEZ, M. A. (2011). Factores determinantes y condicionantes que inciden en la eficacia y eficiencia de los procesos constitucionales de amparo, tramitados ante los órganos jurisdiccionales competentes de la Corte Superior de Justicia de Huanura, en el periodo 2008-2009. *Tesis de postgrado*. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- VILLAR BORDA, L. (Diciembre de 2007). Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. *Derecho del Estado*(20), 73-96. Obtenido de <file:///C:/Users/sistemas/Downloads/705-2378-1-PB.pdf>
- Women's Humans Rights. (Agosto de 2004). *Los derechos humanos y la prestación de cuidados no remunerada*. Obtenido de http://cdd.emakumeak.org/ficheros/0000/0065/tema-cuidados_no_remunerada.pdf

Revista Academia & Derecho, Año 7, N° 13, 2016, pp. 237-264
ISSN 2215-8944

Universidad Libre Seccional Cúcuta - Facultad de Derecho
Ciencias Políticas y Sociales & Centro Seccional de Investigaciones
Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en
el derecho penal internacional
Farid Samir Benavides Vanegas

Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional*

Direct and indirect perpetrator, superior's responsibility and joint
criminal enterprise in international criminal law

Recibido: Septiembre 09 de 2015 - Evaluado: Febrero 09 de 2016 - Aceptado: Abril 15 de 2016

Farid Samir Benavides Vanegas**

Para citar este artículo / To cite this article

Benavides Vanegas, F. S. (2016). Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 237-264.

Resumen

En este texto analizo tres formas de atribución de responsabilidad en el derecho penal internacional. En el texto se comienza estudiando las bases de la cuestión de la autoría y de la participación para luego mostrar cómo la jurisprudencia internacional recoge estas figuras.

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado de proyecto de investigación en la Universidad de Los Andes. Este artículo se ha escrito gracias a la financiación del Fondo de Ayuda para Profesores Asistentes - Beca FAPA de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. El trabajo de investigación se desarrolló en las Universidades de Ulster en Belfast y en la Ramón Llull - Blanquerna y la Pompeu Fabra de Barcelona.

** Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.
Correo electrónico: fs.benavides@uniandes.edu.co.

Palabras clave: Autoría; participación; empresa criminal conjunta; responsabilidad del superior; autoría mediata por dominio de la voluntad.

Abstract

In this text I analyze three forms of determination of responsibility in international criminal law. I start by analyzing the question of perpetration and participation and later on I show how the international criminal tribunals deal with this problem.

Keywords: Direct Perpetration; participation; joint criminal enterprise; superior's responsibility; indirect perpetration through will's control.

Resumo:

Nesse texto, fáz-se a análise de atribuição da responsabilidade do direito penal internacional. O estudo se fara em dois tempos, num primeiro serão estudadas as bases sob à autoria criminosa e num segundo a participação frente às posiões jurisprudenciais internacionais.

Palavras chave: autoria direta, participação, responsabilidade do superior hierarjico.

Résumé:

Dans ce texte j'analyse trois manières d'attribution de responsabilité en droit penal international. Dans le texte l'on commence en étudiant les bases de la question de la perpétration et la participation pour ensuite montrer comment la jurisprudence internationale reprend ces figures.

Mots Clés: Perpétration, participation, entreprise criminel conjointe, responsabilité du supérieur, perpétration indirecte par le contrôle de la volonté.

SUMARIO: Introducción. - I. Autoría y participación en el derecho penal doméstico continental. - II. Autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder. - III. La Empresa Criminal Conjunta JCE. - IV. Responsabilidad del Superior. - Conclusiones. - Referencias

Introducción

El derecho penal internacional es un campo académico y de prácticas de reciente desarrollo dentro del derecho internacional público. El objeto principal de

este campo es la investigación y sanción, por parte de un tribunal internacional, de los individuos responsables de la comisión de crímenes internacionales¹. Como quiera que se trata de la responsabilidad penal de los individuos, se da aplicación a los principios que la regulan en los sistemas penales domésticos. Sobresalen los principios de legalidad, de responsabilidad por los hechos propios y de prohibición de toda forma de responsabilidad objetiva.

Esto permite que la responsabilidad individual se fije en individuos concretos y no en entidades abstractas. Como lo ha señalado el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia TPIY, el eje de la responsabilidad penal internacional es el principio de culpabilidad, tal y como se entiende en los sistemas domésticos como es el caso Tadic (Danner & Martinez, 2005). Pese a todo esto, en el derecho penal internacional no existe un desarrollo completo de las formas de participación en el delito. Todos los partícipes reciben el mismo tratamiento en tanto se demuestre que han tomado parte en un acto realizado por varias personas en común y que cuentan con el requisito de subjetividad necesario para poder atribuirles ese acto como suyo.

En la dogmática del derecho penal internacional no hay líneas claras de demarcación como sí existen en el derecho penal doméstico. En aquella no se requiere que se individualice cada acción, si es posible demostrar la participación en esta tarea colectiva, pues se entiende que todas las acciones se complementan entre sí. En la dogmática del derecho penal internacional no encontramos una distinción tajante entre autor y partícipe y, por tanto, no hay una escala de penas. Pese a ello, la práctica de los tribunales sí tiene en cuenta ese factor y por ello distingue entre tipos de participación en la comisión del delito, con los efectos correspondientes en el *quantum* de la pena. De todos modos, el análisis es todavía carente de formalismos y resulta aún rudimentario (Cassese, 2008, pág. 188).

La dogmática del derecho penal doméstico se ha ocupado más a fondo de las formas de atribución de responsabilidad. Son diversas las teorías que se han sostenido, pero hoy existe un cierto consenso alrededor de la teoría roxiniana del dominio del hecho (Roxin, 2000) (Berruezo, 2012). Sin embargo, la teoría del dominio del hecho es insuficiente para dar cuenta de los crímenes de sistema o de la criminalidad organizada. Roxin mismo ha desarrollado una teoría para explicar la responsabilidad de los sujetos en entidades jerarquizadas, pero pese

¹ En el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 (en adelante Estatuto de Roma), se reconocen cuatro crímenes internacionales: el crimen de agresión, el de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. (Estatuto de Roma, 1998).

a su antigüedad es una teoría que sólo de manera reciente ha comenzado a ser discutida en el derecho penal internacional. Y en todo caso, no es de aplicación generalizada en el derecho penal doméstico.

Los crímenes de los cuales conocen los tribunales internacionales no son crímenes ordinarios, sino que tienen un grado de sistematicidad y de masividad que hace difícil no solo su investigación sino la determinación de quienes son los responsables y en qué grado. Por ello uno de los temas más discutidos en el derecho penal internacional es el de las formas de atribución de la responsabilidad penal. Danner y Martínez han mostrado que el uso que han hecho los tribunales de formas colectivas de atribución de la responsabilidad en muchas ocasiones equivale a la imposición de una culpa por asociación, pues asumen que basta con la membresía en la organización para que se considere que todos los crímenes cometidos por los miembros le puedan ser atribuidos a cualquier persona que forma parte de la organización o a los altos mandos. Para ello en ocasiones se suele acudir a la autoría mediata con autor material responsable o al concepto de participación en una empresa criminal conjunta (Danner & Martínez, 2005)². Estas son dos formas de atribución de responsabilidad que se encuentran en el derecho penal internacional. La segunda ha tenido un mayor desarrollo jurisprudencial, pero la primera ya empieza a ser reconocida en algunas decisiones, aunque carece aún de la aceptación que sí tiene la Empresa Criminal Conjunta (*Joint Criminal Enterprise* JCE). (Cassese, 2008) (Olásolo Alonso, 2013)³.

Los crímenes de sistema cometidos por entidades jerarquizadas pueden ser explicados de muchas maneras (Olásolo Alonso, 2013). Sin embargo, en este texto solo quiero ocuparme de dos de ellas: la empresa criminal conjunta y la autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder. En primer lugar haré una presentación del desarrollo de la autoría y la participación a nivel doméstico, en especial en la doctrina continental, para luego mostrar las formas en las que la jurisprudencia se ha ocupado de este tema⁴.

² La responsabilidad del superior sí aparece mejor desarrollada y no presenta los problemas de imputación que presenta la Empresa Criminal Conjunta (*Joint Criminal Enterprise* JCE).

³ Las diferentes formas de atribución de la responsabilidad dentro del derecho penal internacional comprenden a la autoría material o directa, la determinación, la complicidad, la responsabilidad del superior y la participación en un plan común o empresa criminal conjunta.

⁴ Para un análisis más completo de todas las formas de intervención ver, (Cassese, 2008) (Olásolo Alonso, 2013).

I. Autoría y participación en el derecho penal doméstico continental

La atribución a un sujeto de un acto como suyo puede hacerse de tres maneras: como determinador, porque indujo a otro sujeto a que cometiera un delito; como autor, porque es la persona que ha cometido materialmente el delito; o como cómplice, porque ha prestado algún tipo de ayuda al autor de la conducta. En el derecho penal doméstico se mostró rápidamente la necesidad de poder distinguir entre autor y partícipe, pues su relación con el delito era diferente en cada caso y por tanto la pena debía serlo también.

Son diversas las aproximaciones al tema: por una parte las perspectivas ontológicas, ya superadas, en las que se asume una visión del derecho como regulando una realidad ontológicamente pre-constituida, pasando por alto el carácter normativo del derecho y el carácter construido de la realidad social. Esta perspectiva, seguida por Welzel, presenta muchos problemas al momento de dar cuenta de casos en los cuales se cometen delitos dentro de una organización jerarquizada o para explicar los crímenes de sistema. También encuentra dificultades serias al momento de explicar los delitos de deber, en donde el fundamento es puramente normativo pero no ontológico⁵.

Como lo señala Aboso, “fruto de las limitaciones exhibidas por una teoría formal objetiva, en especial respecto de la admisión de la autoría mediata, y de los excesos producidos por una teoría subjetiva orientada hacia la voluntad (y su vinculación consciente o inconsciente con la doctrina de la voluntad del nacionalsocialismo), condujo a la doctrina penal a buscar nuevos horizontes” Gustavo Aboso en (Berruezo, 2012, pág. 17). No es este el lugar para discutir el regreso a una teoría unitaria en las concepciones normativistas, pero sí debe señalarse que los avances en la teoría del delito continental han conducido a un reconocimiento casi generalizado de una teoría objetiva basada en la idea del dominio del hecho para distinguir entre autor y partícipe y, por tanto, de la importancia de señalar esa distinción. Sobre este desarrollo ver (Berruezo, 2012) (Roxín, 1998)

Superada la teoría unitaria de autor, que no hace distinción alguna entre autor y partícipe, se desarrollaron algunas teorías para tratar la autoría y la participación. Dentro de ellas están las siguientes:

⁵ Sorprende, de manera negativa, que todavía haya seguidores de Welzel en la academia latinoamericana, pues se trata de una teoría de más de sesenta años, ajustada para otro tipo de fundamentos de la sociedad y para otro tipo de comprensión del sistema social.

- a. Concepto extensivo de autor: Esta concepción parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones que afirma que todo aporte a la realización del delito constituye un aporte causal. En esta medida, toda persona que realice cualquier aporte, al ser causa del delito debe también ser considerada autora del mismo. Por tanto, para efectos de realizar la distinción debe acudirse a una fundamentación subjetiva, esto es, a establecer quién actúa con ánimo de autor y quién lo hace con ánimo de partícipe.
- b. Concepto restrictivo de autor: Los problemas del concepto extensivo de autor llevaron a que la doctrina se planteara diversas fórmulas para poder sostener la diferencia entre autor y partícipe. El concepto restrictivo de autor sostiene que solo es autor quien reúne los requisitos para poder afirmar que realiza el tipo. Para esta teoría “la distinción entre autoría y participación se realiza a partir de una interpretación de los tipos que atiende a la clase de contribución al hecho, pero que solo permite considerar autores a los que realizan la conducta descrita en el mismo” (Bolea Bardon, 2000, pág. 51). Para fundamentar la distinción se han desarrollado diversas teorías:
 - i. Teorías objetivo-formales: Para esta teoría es autor quien ejecuta por sí mismo todas o algunas de las acciones descritas en el tipo penal. Para otros autores es autor quien ejecute todos o algunos de los actos ejecutivos. Sin embargo, esta teoría precisamente carece de la capacidad para explicar la autoría mediata, pues en esta la persona de atrás no realiza ninguno de los actos del tipo, y sí lo hace el instrumento.
 - ii. Teorías objetivo-materiales: Estas teorías surgen para superar las deficiencias de las teorías objetivo-formales. Para efectos de establecer la distinción entre autoría y participación atienden al valor objetivo de la contribución realizada. Por tanto, será autor quien realice la contribución objetivamente más importante. A las teorías originales se les criticaba la ausencia de criterios subjetivos. Por ello, la teoría del dominio del hecho es la teoría objetivo material que cuenta con mayor aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia.

La teoría del dominio del hecho se presenta como una teoría objetivo-subjetiva. “El elemento subjetivo del dominio del hecho se relaciona con el control final, con el dolo entendido como voluntad de realizar concretamente aquello que objetivamente fundamenta el dominio del hecho. Autor es, así, el que domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el sí y el cómo de la producción del delito, dirige el proceso que desemboca en dicha producción. Partícipe, en cambio, es quien, sin dominar el proceso, contribuye al hecho” (Bolea Bardon, 2000, pág. 63). Por tal razón, en el caso de la autoría mediata puede imputarse el hecho al

sujeto de atrás como autor, en tanto él tiene el control del sí y del cómo se realiza el delito, esto es, tiene el dominio del hecho. En el caso de la autoría mediata con autor material responsable tenemos un dominio compartido del hecho, pues de otra manera tendríamos una autoría mediata clásica.

En la autoría mediata clásica el sujeto de atrás pone en marcha un proceso lesivo del bien jurídico cuya realización material depende de un sujeto no responsable, por lo que el sujeto de atrás es el único que realiza un tipo doloso.

En la autoría mediata con sujeto responsable, también conocida como autor detrás del autor, se pone en marcha un proceso lesivo del bien jurídico cuya materialización queda en manos de un sujeto que sí es responsable, por lo que tanto el sujeto de atrás como el autor material son autores dolosos del hecho delictivo.

Se diferencia de la inducción –o determinación conforme al Código Penal colombiano– por el hecho que el inductor no realiza un ataque directo al bien jurídico, sino que depende de la conducta del autor material, de la cual es accesoria. En tanto partícipe no crea un riesgo directo de lesión al bien jurídico, pues la realización del hecho delictivo “depende todavía de la decisión autónoma de otra persona (ataque indirecto al bien jurídico)”. Aunque el inductor pueda crear el riesgo en sentido naturalístico, este no podrá ser calificado jurídicamente como riesgo típico de autor si todavía tiene que intervenir otra persona que va a decidir sobre el mismo de manera autónoma. Según la valoración jurídica, la conducta del partícipe posee el sentido de aumentar el riesgo típico (de autor) a través de un ataque indirecto al bien jurídico: ya sea provocando la resolución en el autor de cometer el hecho (inducción), ya sea eliminando obstáculos físicos o psíquicos que pudiesen impedir la ejecución del mismo (complicidad)” (Bolea, 2000: 169).

En todo caso, es preciso distinguir entre “la creación de riesgos en un sentido naturalístico de la atribución de responsabilidad por el peligro “imputación jurídica del riesgo a uno o varios sujetos” (Bolea Bardón, 2000, pág. 138)

En Roxin observamos la distinción en tres formas de tener el dominio del hecho: El dominio de la acción, en donde se ubica el autor directo; el dominio de la voluntad, en donde se ubica la autoría mediata; y el dominio funcional, en donde se ubica la coautoría.

II. Autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder

Como lo mencionaba anteriormente, tal vez una de las cuestiones más difíciles de demostrar en el derecho penal es la responsabilidad concreta de los

individuos que toman parte en estructuras complejas, como son los ejércitos o las organizaciones criminales. En organizaciones jerarquizadas las órdenes se dan de manera general y abstracta y, debido a la naturaleza de la organización, estas se cumplen sin que haya mediado un acuerdo de voluntades entre quien da la orden y el ejecutor material de la misma. Para los operadores judiciales resulta de suma dificultad determinar quién ha dado la orden y si la ejecución de un acto, como una masacre, es el resultado de un acuerdo de voluntades, de una orden recibida por el autor material, o un acto libre del mismo, que podía haber sido o no previsible por la persona que dio la orden en primer lugar.

Son estas dificultades las que llevaron a Roxin a escribir un artículo sobre el tema en 1963, sobre la base de un análisis de la responsabilidad de Adolph Eichmann en los crímenes cometidos durante el régimen nazi en Alemania, teniendo en cuenta que se trataba de un autor de escritorio que no ejecutó materialmente ninguno de los actos cometidos y sobre quien no se puede probar que realizó un acuerdo de voluntades con los autores materiales de todos los crímenes cometidos en contra de los judíos en los campos de concentración. (Roxin, 1998)

La teoría de Roxin constituía una subversión de la comprensión tradicional de la autoría mediata. Es preciso recordar que en el derecho penal tradicional los sujetos toman parte como autores o partícipes de un delito. Y para uno y otro caso se requiere que haya conocimiento y voluntad de tomar parte en el acto. Si se toma parte en un acto cuyo dominio recae en otro sujeto, se es partícipe; por el contrario, si se tiene el dominio del hecho se es autor. Cuando otro sujeto es utilizado por un tercero como su instrumento, tradicionalmente se ha dado respuesta de la siguiente manera: si se tiene conciencia de participar se es cómplice; si se carece de esa conciencia se es instrumento de otro, quien es considerado como su autor. De esta manera la autoría mediata se ha definido de manera tradicional como el acto realizado por un sujeto que actúa como instrumento del sujeto de atrás, esto es, un acto realizado por un sujeto no responsable, por lo que toda la responsabilidad recae en el sujeto de atrás. Pero Roxin apunta a algo diferente. En las organizaciones jerarquizadas hay sujetos de atrás y sujetos materiales. Entre ellos no se dan acuerdos de voluntades y muchas veces ni siquiera se conocen entre sí. Tanto el sujeto de atrás como el autor material se consideran responsables. Pero la pregunta que surge de manera inmediata es ¿A qué título?

Para Roxin, el dominio del hecho se puede dar de tres maneras: dominio del hecho por acción; por voluntad; y funcional. En el segundo, que es el que nos interesa, se puede dar en tres modalidades:

...“se puede coaccionar a quien actúa, se lo puede usar respecto de la circunstancia decisiva para la autoría como *factor causal* ciego; o, si el sujeto que

actúa no es ni coaccionado ni engañado, ha de tratarse de un sujeto que pueda *intercambiarse libremente*". De modo muy sintético, se alude así al dominio de voluntad por coacción, por error, o "*en virtud de aparatos organizados de poder*". Esta última modalidad de dominio por voluntad, que Roxin también denomina *dominio por organización*, consiste en su opinión en "el modo de funcionamiento específico del aparato (...) que está a disposición del hombre de atrás". De acuerdo con este punto de vista, ese aparato funciona "sin que sea decisiva la persona individual de quien ejecuta, de modo prácticamente 'automático' ". Roxin citado en (Ambos, 1998, pág. 14)

Se trata de una estructura piramidal en cuya cúspide están los órganos o mandos directivos, que toman las decisiones, imparten las órdenes y tienen una visión global del plan. Los ejecutores materiales no toman parte en la decisión original ni en su planificación, pero su aporte a la realización del delito es la realización de los actos ejecutivos (Fernandez Ibañez, 2006) (Faraldo Cabana, 2004)

Son tres los elementos originales propuesto por Roxin y posteriormente, como consecuencia de las críticas recibidas, añadió un cuarto elemento:

1. Que se trate de una organización jerarquizada, en la cual los sujetos que dan las órdenes tengan bases reales para suponer que ellas serán cumplidas. Existe discusión acerca de cuál es el fundamento de la atribución de responsabilidad y si este se halla en el carácter de la organización o en el hecho de la fungibilidad de los sujetos que ejecutan materialmente el acto. Lo cierto es que el sujeto que tiene el dominio lo tiene de un aparato organizado de poder y no de otro sujeto. Su instrumento es el aparato, y por ello en este dominio se basa la atribución de responsabilidad. El fundamento esta dado no por el injusto individual, sino por el injusto por organización (Ambos, 1998, págs. 20-32). Por ello, como señala Ambos, es importante establecer cómo han de estructurarse y cuál debe ser la organización de estos sistemas de injusto para poder hablar de la existencia de un dominio del hombre de atrás. (Ambos, 1998)

Para Roxin, todos los mandos intermedios son autores mediatos dentro de su ámbito de actuación. Para distinguir esta forma de autoría de la participación propone lo siguiente:

"Toda actividad que no ponga en movimiento el aparato de forma independiente solo puede constituir participación. La participación queda así relegada a aquellas actividades no relacionadas de por sí con el poder o la capacidad de dictar órdenes como, por ejemplo, proporcionar los medios para cometer homicidios o desarrollar planes de exterminio" (Bolea Bardon, 2000, pág. 348)

2. Que el aparato esté por completo fuera del derecho, pues ello asegura la alta disponibilidad de los sujetos a cumplir las órdenes.
3. La fungibilidad del autor material, que pese a ser un sujeto responsable puede ser reemplazado por otro si el primero se sustrae. De esta manera el autor de escritorio se asegura que sus órdenes serán efectivamente cumplidas.
4. La alta disponibilidad del autor material para dar cumplimiento a la orden.

En la decisión de primera instancia del caso *Stakic*, el TIPY efectuó un análisis de autoría mediata. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones modificó el fallo y realizó la atribución usando la JCE.

En *Gacumbitsi y Seromba* el TIPR también realiza un análisis de autoría mediata (*indirect perpetration*). En todo caso, la discusión sobre esta forma de participación se da cuando se está en presencia del control de una organización jerarquizada por parte de una persona. En aquellos casos la atribución al máximo responsable se da porque ha usado a la organización como su instrumento para la comisión de los crímenes.

La Corte Penal Internacional ha venido reconociendo esta forma de participación en la comisión del delito. En la decisión de confirmación de cargos del caso *Katanga*, la CPI sostuvo que el perpetrador es capaz de alcanzar sus objetivos criminales al usar a sus subordinados como una pieza más de una maquinaria gigante. Para la CPI esta es una forma adecuada de tratar los casos de los máximos responsables, pues ellos obviamente no se involucran en la realización material de la conducta (Roxín, 1998) (Roxín, 2006) (Roxin, 2011). En su análisis de la sentencia de *Thomas Lubanga*, Alicia Gil muestra cómo la CPI se ocupa de la autoría mediata en el caso *Katanga* pero no en la sentencia del caso *Lubanga*. Afirma Gil:

Según la Sala, la organización actúa como un mecanismo que permite a sus más altas autoridades garantizar el cumplimiento automático de sus órdenes. Para ello la organización debe basarse en las relaciones jerárquicas entre superiores y subordinados, debe estar compuesta por un número suficiente de subordinados para garantizar que las órdenes superiores se llevarán a cabo, si no por uno, por otro. Los subordinados se utilizan como “un mero engranaje en una máquina gigante”. El autor directo del delito sigue siendo un agente libre y responsable, pero esta circunstancia es irrelevante en relación con el control ejercido por el autor intelectual, ya que desde su punto de vista el autor no representa un individuo libre y responsable, sino una figura anónima e intercambiable. Estos criterios aseguran, según la Sala, que las órdenes dadas por los líderes serán cumplidas por sus subordinados. El líder debe usar su control sobre el aparato para ejecutar crímenes, lo que significa que el líder, como autor detrás del

autor, moviliza su autoridad y poder dentro de la organización para asegurar el cumplimiento de sus órdenes. Esta traslación resumida, pero bastante fiel de la doctrina de Roxin, se verá sin embargo también traicionada en la práctica, ya que las salas por lo general acaban prescindiendo de la exigencia de que el líder haya dado la orden de cometer el crimen que luego se le imputa, y se conforman en cambio con afirmar que era una consecuencia previsible de la ejecución de un plan.

No menciona la Sala el requisito de la desvinculación o apartamiento de la organización del derecho, requisito discutido por una parte de la doctrina, pero que ha sido mantenido por algunas de las sentencias nacionales más relevantes que han aplicado la construcción de Roxin. (Gil Gil, 2014)

La CPI no ha analizado directamente la cuestión de la autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder sino alrededor de otras figuras. En la orden de arresto contra el líder libio Muammar Gaddafi, la CPI analizó la existencia del aparato, su carácter jerárquico y el control ejercido por Gaddafi sobre el mismo. En la decisión se analiza la fungibilidad de los ejecutores, y se atribuyó responsabilidad a uno de los subalternos de Gaddafi (Abdullah Al-Senussi) como autor mediato por dominio de un aparato organizado de poder, a pesar de ser un mando medio, aplicando la doctrina de Roxin en el sentido de destacar que el sujeto de atrás responde por la extensión del aparato que está bajo su control. En el caso de Gaddafi y de Saif Al-Islam Gaddafi se ordena su arresto en calidad de coautores mediatos. Lo propio se hizo en el caso de Omar Al Bashir a quien se le dictó orden de captura el 4 de marzo de 2009 como coautor mediato, a pesar de que no tuvo en cuenta todos los elementos de la teoría de Roxin (Olásolo Alonso, 2013) (Avocats sans frontières Canada;, 2015).

III. La Empresa Criminal Conjunta JCE

La JCE es una creación doctrinaria del TIPY en el caso Tadic. En este caso el Tribunal se ocupó de establecer la responsabilidad de Dusko Tadic en las muertes de varias personas en la localidad de Jaskici. El Tribunal mostró que cinco personas fueron encontradas muertas después de la presencia del grupo de Tadic en esa localidad. La JCE se desarrolla con el fin de poder atribuir responsabilidad a un sujeto por los crímenes cometidos por el grupo al cual pertenece, cuando hay prueba de un propósito común y del conocimiento por parte del agente de los actos de los otros miembros del grupo.

La JCE tiene en cuenta el plan criminal común de los participantes. La idea detrás de esa atribución de responsabilidad apunta a que quienes comparten un plan

común deban también compartir la responsabilidad penal, con independencia del papel en la estructura criminal. Banteka sostiene que no está explícitamente en el estatuto de Roma, pero otros autores lo ven en el artículo 25-3.⁶ (Cassese & Gaeta, 2013) (Bantekas, 2010). Por ello, la acusación debe probar los siguientes elementos:

- La existencia de un grupo de personas en la comisión de un delito.
- La existencia de un plan criminal común orientado a la comisión de un crimen internacional. Este plan no es estático sino que puede variar en el tiempo. Si ha habido cambios en el plan y la persona sin embargo continua tomando parte en el mismo, se entiende que ha aceptado los nuevos términos del plan. (Caso Karadzic, 2009)

⁶ El artículo 25 señala lo siguiente:

Artículo 25. Responsabilidad penal individual.

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.
2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.
3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la Comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
 - a) Cometa ese crimen por sí solo con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
 - b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
 - c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrado los medios para su comisión;
 - d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.
La contribución deberá ser internacional y se hará:
 - i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
 - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
 - e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
 - f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.
4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional. (Estatuto de Roma, 1998).

- La participación de la persona acusada en la JCE con una contribución significativa para la comisión del delito (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 163). El elemento de contribución significativa es importante pues nos permite distinguir la JCE de la conspiración y de la simple membresía en una organización criminal. Esto es, no basta con pertenecer a la organización –como en el caso de las SS en el juicio de Nuremberg–, sino que debe existir el plan común y debe haberse cometido un crimen internacional en realización de ese plan. A diferencia del concierto para delinquir –o conspiracy en el derecho anglosajón– en la JCE se requiere de la comisión de un delito y de la contribución significativa a la realización del plan por parte de la persona acusada. Igualmente, como se reconoce en la jurisprudencia, no es posible hablar de complicidad con una JCE, pues ella misma es una forma de participación en la comisión del delito. (Caso Krnojelac, 2003)

El Tribunal del caso Karadzic recuerda la doctrina sentada en Milutinovic, Sainovic y Ojdanic en donde se distingue claramente la JCE de la conspiración. Para el Tribunal “mientras la conspiración requiere mostrar que varios individuos se han puesto de acuerdo para cometer un crimen o grupo de crímenes, una empresa criminal conjunta requiere, además que las partes en ese acuerdo realicen una acción en cumplimiento de tal acuerdo; en otras palabras, mientras el simple acuerdo es suficiente en el caso de la conspiración, la responsabilidad de un miembro de la empresa criminal conjunta dependerá de la comisión de actos criminales en cumplimiento de tal empresa” (Caso Karadzic, 2009)⁷.

Esta contribución también puede darse cuando uno de los miembros de la JCE se vale de un tercero para la comisión de la conducta. Esto es, no se requiere que los miembros realicen físicamente la conducta, en tanto sea imputable a uno de ellos como determinador, cómplice, etc., del autor material de la conducta. Este tema fue objeto de discusión en el caso Brdanin, en donde el acusado no realizó directamente ninguno de los actos. La cuestión de si el autor material del delito debe también ser miembro de la JCE fue discutida por la Cámara de Apelaciones y resaltó que era un tema inédito en la jurisprudencia del tribunal. Para la Cámara la cuestión no es si el sujeto es miembro o no de la JCE, como erróneamente lo sostuvo la primera instancia en este juicio, sino si el delito cometido forma parte del propósito común de la JCE. Por tanto, si el delito cae dentro del alcance del

⁷ También se discute la doctrina en los casos de (Caso Kvočka, 2005); (Caso Krnojelac, 2003); y Vasiljevic.

plan común no es necesario demostrar que el autor material era miembro de ella; aún más, se le puede atribuir la conducta al miembro de la JCE que actúa de acuerdo con el autor material si el hecho delictivo formaba parte del plan común de la JCE. (Sentencia Caso Brdanin, 2007) (Fiori, 2007)

Para Cassese es importante tener en cuenta que debe existir un acuerdo previo por parte de los miembros de la JCE de usar extraños en la comisión del delito; o que ellos han anticipado ese riesgo y sin embargo decidan seguir con el plan común (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 174). La discusión busca evitar que terceros que no son miembros de la JCE puedan realizar actos para ésta. Pero debe tenerse en cuenta que si el sujeto tiene un acuerdo con un miembro de la JCE y esta es su contribución significativa estamos ante un caso de JCE; o si el miembro de la JCE lo usa como un instrumento, en ese caso estamos en uno de autoría mediata clásica dentro de una JCE.

En el año 2006 el TIPY establece en el caso Krajišnik la doctrina para casos en los que se persigue a los líderes de una organización (Zahar & Sluiter, 2008, pág. 221). Este caso es el primero que se ocupa de estudiar la cuestión de los altos mandos en una JCE, pues aquellos no son los autores materiales de los delitos. Al analizar la responsabilidad del acusado, que era presidente de la Asamblea y de jure y de facto una de las personas más importantes del régimen, el Tribunal sostuvo que era no solo participe en la implementación del objetivo común sino una de las fuerzas detrás de este. El elemento decisivo para demostrar su responsabilidad y su participación en una JCE fue su conexión con personas que cometieron crímenes que apuntaban al logro del objetivo de la JCE o que aportó personas que lo hicieran. El tribunal caracterizó la JCE de la siguiente manera:

Es el objetivo común el que comienza a transformar una pluralidad de personas en un grupo o empresa, en tanto esta pluralidad tiene en común el objetivo particular. Es evidente, sin embargo, que el objetivo común no siempre es suficiente para determinar un grupo, pues diferentes grupos que son independientes entre sí pueden coincidir en compartir objetivos idénticos. Más bien, es la interacción o la cooperación entre las personas – su acción conjunta– en adición al objetivo común, lo que hace de esas personas un grupo. Las personas en una empresa criminal conjunta deben mostrarse que actúan juntas, o en concierto entre sí, en la implementación de un objetivo común, si van a compartir la responsabilidad por los crímenes cometidos por medio de una JCE. (Caso Krajišnik, 2006)⁸.

⁸ Zahar es crítico de esta decisión, pues considera que la doctrina de la JCE no es adecuada para explicar la responsabilidad en crímenes de sistema. Ver (Zahar & Sluiter, 2008, pág. 175) (Bigi Giulia, 2010)

Después de analizar la jurisprudencia, el Tribunal desarrolla tres formas de JCE:

- En la categoría Uno, los participantes comparten un diseño o un plan y la misma intención criminal. Para ser encontrado responsable por esta forma de JCE el Tribunal debe probar que existía un plan común de cometer un delito, que el acusado participó de manera voluntaria en al menos un aspecto del diseño, y que tuvo la intención de tomar parte en el acto criminal, incluso si no cometió el delito de manera directa.

La intención debe ser realizar un plan común y deben realizarse todos los actos con el fin de hacer efectivo ese plan común. No puede afirmarse que hay JCE cuando todos los sujetos llegan de manera independiente a la realización de los hechos sin que haya existido previamente el plan común. Por eso se critica la idea de una JCE extendida, como la sostenida por TIPR en el caso Karemera. (Caso Karemera, 2012)⁹.

En esta forma de responsabilidad no es necesario que la contribución sea con respecto a los elementos constitutivos del delito, sino que se requiere simplemente que haya una contribución significativa para la realización del plan. Por ello no se requiere que la contribución se dé en forma de la comisión de un delito, pues puede tratarse de un acto en principio legal pero que se quiere que forme parte de un plan criminal común. En este caso no se está sancionando la conducta como un delito, sino el hecho que esa conducta legal es una contribución significativa para la realización del plan criminal¹⁰.

En la decisión de la Cámara de Apelaciones en el caso Brdanin del 3 de abril de 2007, la Cámara hace una revisión exhaustiva de la jurisprudencia post Segunda Guerra Mundial y de la propia del TPIY. En esta decisión el TPIY afirmó que lo que importa en la JCE no es si la persona llevó a cabo directamente el *actus reus* del delito, sino si el delito en cuestión forma parte del plan común. En esos casos, para poder imputar la responsabilidad a título de partícipe de una JCE se debe determinar si el acusado o cualquier otro miembro de la JCE cooperaron de manera estrecha con el autor material. Si la persona sabe de la existencia de la

⁹ Karemera era el Ministro del Interior del gobierno ruandés al momento de cometerse el genocidio. El acusado es encontrado responsable de la forma extendida de JCE por las violaciones cometidas en el conflicto, sin que hayan tenido una contribución material a los hechos.

¹⁰ Esta cuestión es tratada en los casos: (Caso Gotovina, 2015) (Caso Krajišnik, 2006); (Caso Kvočka, 2005); (Caso Milutinovic, 2009) (Sentencia Caso Brdanin, 2007)

JCE puede ser un factor a tener en cuenta para la atribución de la responsabilidad a los miembros de la JCE (Sentencia Caso Brdanin, 2007)

El origen de esta categoría de responsabilidad se encuentra en el caso Ponzano, en el que se sanciona por el asesinato de prisioneros de guerra británicos y en donde el juez del caso afirmó que para poder atribuir la responsabilidad no es necesario que la persona haya cometido directamente la conducta, sino que debe ser parte de la cadena de eventos que llevó al resultado (Feurstein and Others (Ponzano Case), 2007).

La Categoría Dos se ocupa de los denominados *sistemas de maltrato*, como los campos de concentración. En esta no se requiere demostrar un acuerdo entre los miembros, pero sí una adhesión a un sistema de represión. Para demostrar la responsabilidad de una persona se debe probar la existencia de un sistema organizado de represión, de la participación activa del procesado en su protección, el conocimiento de su naturaleza, y la intención de avanzar.

En esta no se requiere prueba de que la persona toma parte de un plan criminal común, pues la participación en el sistema de maltrato sirve como evidencia de que la persona acepta el plan y de que contribuye de manera significativa al mismo. La contribución no debe ser necesaria o substancial, sino basta con que sea meramente significativa.

La conducta es dolosa, pero la prueba del dolo se puede obtener de manera inductiva, teniendo en cuenta el rango de la persona dentro del sistema, su duración dentro del mismo, el tipo de contacto con los detenidos, la oportunidad que haya tenido para ser consciente de lo que sucedía, etc.

Como en la anterior, la contribución debe ser significativa para la consecución del plan común y, por ello, tareas secundarias como el lavado de la ropa de los detenidos no pueden afirmarse como parte del plan (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 166). Pero, de la misma manera, quienes desarrollan tareas administrativas no pueden alegar que no han realizado la conducta de manera directa para liberarse de responsabilidad, pues tales actividades –como el manejo de los trenes con prisioneros hacia Auschwitz– son significativas para la consecución del plan criminal¹¹.

En el caso Kvočka, la Cámara de Apelaciones del TIPY sostuvo que los roles ejecutivos, administrativos o de protección dentro de un campo de concentración

¹¹ En los juicios de las zonas ocupadas se analizaron los sistemas de represión. Así se dio en los casos sobre los campos de concentración de Dachau, Nadler, Mathausen, y Auschwitz.

constituyen participación en un sentido general en los crímenes allí cometidos. La participación en la JCE puede ser inferida del conocimiento de los crímenes cometidos en el campo y de la continua participación en las actividades del mismo. (Bantekas, 2010, pág. 55).

El origen de esta forma de atribución de responsabilidad se encuentra en la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial. En el caso *Alfons Klein y otros* también conocido como el *caso Hadamar*, el fiscal afirmó que todas las personas que participaron en el plan común son igualmente responsables como coautores del delito, con independencia del rol que tuvieron en la organización. En su alegato inicial reconoce que cada uno de los actos por separado no podría ser considerado suficiente para la realización del delito, pero que sí constituyen una contribución significativa para su logro. “Cada uno de los acusados ha participado abiertamente en toda la red que produjo el resultado ilegal” Caso Hadamar en (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 167).

Por su parte, en el caso *Tadic*, el TIPY señaló que los requisitos para que se diera esta forma de participación criminal eran los siguientes:

- ✓ Conocimiento de la naturaleza del sistema
- ✓ La intención de llevar a cabo el plan común de maltrato de los prisioneros.
- La categoría Tres comprende actos que no están dentro del plan común. Una persona que tiene la intención de tomar parte en un plan común puede ser encontrada responsable de actos que caen por fuera del plan si ellos eran una consecuencia previsible y natural de la realización del plan. No se reconoce esta forma de JCE para los crímenes que requieren un dolo especial como el genocidio. Esto parece una conclusión obvia, pues la realización de un genocidio no es algo que sea simplemente previsible sino que la intención específica requiere a su vez un acuerdo especial por parte de los sujetos que cometen el delito. Sin embargo en *Brdanin*, la Cámara de Apelaciones del TIPY sostiene, erradamente en mi opinión, que sí es posible esta forma de participación¹².

No se trata de cualquier tipo de acto, sino solo aquellos que pudieran haber sido previstos por la persona que forma parte de la JCE. Se requiere que la persona haya estado en una posición de prever la comisión del acto y pese a ello toma parte voluntariamente en la realización del plan criminal común. Si bien se han hecho críticas respecto a que esta forma de JCE viola el principio de culpabilidad, lo

¹² Ver Karadzic, 25 de junio de 2009 (Caso Karadzic, 2009) y (Caso Brdanin, 2004).

cierto es que se reconoce que la conducta ha sido realizada con un dolo eventual, en la medida en que el acto era previsible pero la persona lo dejó librado al azar. De esta manera también se busca, como lo sostuvo Lord Steyn en el juicio *Regina v Powell and English*, que se sancione a quien, previendo que la JCE va a escalar en actos criminales no acordados, no haga nada para evitarlo (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 169). Cassese afirma que no se trata de la atribución de cualquier conducta, pues se parte de la base de la realización de un plan criminal común y en su realización uno de los miembros comete un delito sobre el cual no había un acuerdo explícito pero sí existía la previsibilidad de que ello ocurriera.

Su antecedente en la jurisprudencia internacional se encuentra en el caso Essen, en donde los homicidios de dos prisioneros de guerra en un linchamiento fueron atribuidos a dos civiles y a tres soldados. El capitán de los soldados había dado la instrucción de no actuar en caso que la multitud molestara a los prisioneros. En el caso las pruebas muestran que algunos de los soldados compartían la intención de matar en tanto otros solo la de dar malos tratos¹³.

En todo caso el Tribunal ha rechazado los intentos de las defensas de equiparar la JCE a la conspiración como delito (el concierto para delinquir en Colombia) o a la responsabilidad de las organizaciones.

La conspiración para cometer delitos contra la paz exigía que la persona probara que no se unió a la organización de manera voluntaria y que carecía de conocimiento del propósito criminal de la organización. Para los jueces del Tribunal de Nuremberg dentro del proceso se debe demostrar que la organización tiene una existencia como grupo, que sus miembros entienden que están tomando parte en un objetivo colectivo y que los objetivos deben ser generales y compartidos entre sus miembros. La conspiración funciona a la vez como un delito y como una forma de atribución de responsabilidad.

Como se mencionó atrás, la naturaleza de los crímenes internacionales hace imposible que puedan ser cometidos por una sola persona, por lo que la atribución de estas conductas siempre debe tener en cuenta su carácter masivo o sistemático. Como se señala en el caso Tadic:

La mayor parte de las veces estos crímenes no son el resultado de la tendencia criminal de un solo individuo sino que constituyen la manifestación de una criminalidad colectiva: los crímenes son llevados a cabo por grupos de

¹³ El TIPY solamente ha reconocido al JCE III en pocos casos. Tadic, Stakic, Martić y Krstić son algunos de ellos. En estos casos no se requiere un dolo directo, sino que basta con un dolo eventual, en la medida en que los actos eran previsibles y se dejó el resultado librado al azar.

individuos que actúan siguiendo un plan criminal común. Aunque algunos de los miembros del grupo pueden realizar el acto directamente (asesinato, exterminio, destrucción voluntaria de ciudades, pueblos o villorios, etc), la participación y la contribución de los otros miembros del grupo es con frecuencia vital para facilitar la comisión de la ofensa en cuestión. De ello se sigue que la gravedad moral de tal participación es con frecuencia no inferior – o incluso ni siquiera diferente– de aquella de quienes llevan a cabo materialmente los actos en cuestión. Caso Tadic 1999 en (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 161).

El primer fallo de la CPI ha confirmado que el artículo 25 (3) del Estatuto de Roma se basa en la teoría del dominio del hecho, al contrario de la práctica de los tribunales ad-hoc que se orienta más hacia la JCE y con un criterio subjetivo de autor (Odriozola-Gurrutxaga, 2013). El contenido del artículo 25 (D) recoge los elementos que permitirían hablar de una JCE en el Estatuto de Roma. Aunque hasta el momento la CPI no se ha ocupado de esta forma de imputación, seguramente teniendo en cuenta la opinión del TPIY en el sentido que es una figura inadecuada para el tratamiento de los delitos complejos como lo son los de competencia de la CPI. (Estatuto de Roma, 1998)

IV. Responsabilidad del Superior

La jurisprudencia reconoce dos tipos: la directa, cuando el superior toma decisiones directas para la comisión del delito, como por ejemplo cuando se lo ordena a sus subordinados. La indirecta es cuando el superior conoció o tuvo razones para hacerlo que el subordinado estaba cometiendo delitos o cuando no tomó las medidas necesarias para prevenir el delito o sancionar al perpetrador.

La doctrina de la responsabilidad del superior surge con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial como una forma de sancionar la omisión del superior en el cumplimiento de sus deberes de salvaguarda. La responsabilidad por la omisión no se establece de manera explícita en el estatuto de Roma, pero la CPI sí la reconoce en su jurisprudencia. Para que la persona esté en omisión se requiere que tenga un deber reconocido en el derecho internacional y que esté en capacidad de actuar. El TIPY en Tadic no reconoce una posición de garante fundada sobre reglas nacionales, pero ello se explica por el hecho de tratarse de crímenes internacionales y con el fin de evitar lo contrario, esto es, que se afirme la ausencia de responsabilidad por la inexistencia de un deber de actuar contenido en el derecho doméstico. Los requisitos se establecen en el caso Ntagerura:

- Que el acusado tenga un deber de actuar mandado por una regla del derecho penal

- Que el acusado tenga la capacidad de actuar
- Que el acusado haya fallado en actuar con la intención de producir un resultado criminal y consciente de ello
- Que la ausencia de acción resultó en la comisión de un delito (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 181)¹⁴.

Pese a que la doctrina de la responsabilidad del superior se discutió con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, fue solo como consecuencia de la II Guerra Mundial que tuvo un desarrollo mayor. Pero es el caso Yamashita el que sienta las bases de esta doctrina. En esta decisión la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que no se trataba de un mero acto de complicidad, sino que la responsabilidad de Yamashita como autor era el resultado de la violación de sus deberes como comandante. La Comisión Militar de los Estados Unidos lo presenta claramente cuando afirma que no todos los actos de los subordinados son responsabilidad del comandante, pero cuando se trata de actos que son tan sistemáticos y no hay un control efectivo por parte del comandante, entonces sí podemos hablar de una responsabilidad del superior.

La jurisprudencia exige que se den tres condiciones:

- La existencia de una relación de subordinación y un control efectivo por parte del superior (Caso Blagojevic y Jokic, 2007). El control puede ser *de jure* o *de facto*, pero debe ser en todo caso un control efectivo. Aquí no se trata simplemente de la capacidad de persuadir a los subordinados, sino del control efectivo sobre sus actos. Para que el control sea efectivo debe permitir que el superior evite la comisión de los actos mediante su intervención, pues si esa intervención es inane no tiene entonces sentido la exigencia al superior de que actúe para evitar la comisión de los delitos (Caso Nahimana & Otros, 2007) En el (Caso Bemba, 2009) la CPI establece los indicadores de un control efectivo:
 - La posición oficial del sospechoso
 - El poder de dar órdenes
 - La capacidad de hacer que sus órdenes sean obedecidas
 - Su posición dentro de la estructura militar y las tareas efectivamente llevadas a cabo

¹⁴ Ver los casos Mrksic y Slivancanin. En Delalic se estudia su carácter de regla de derecho internacional. Ver (Caso Delalic, 2001)

- La capacidad de dar órdenes a fuerzas o unidades bajo su comando inmediato o a niveles aún más bajos
 - La capacidad de retomar bajo su mando unidades o de hacer cambios en la estructura de mando
 - El poder de promover, reemplazar, remover o disciplinar cualquier miembro de las fuerzas
 - La autoridad para enviar fuerzas en donde las hostilidades tienen lugar y sacarlas de allá en cualquier momento¹⁵.
- La existencia del grado de conocimiento necesario, esto es, que el superior sabía o tenía razones para saber que su subordinado cometió esos delitos. En estos casos se requiere que se dé el dolo requerido por el tipo penal e incluso la jurisprudencia lo ha extendido a casos en los cuales el superior es un civil y no un comandante militar. En el caso von Leeb se sostuvo que la responsabilidad del comandante es personal y que la decisión de no actuar debe ser personal y criminal. Para el tribunal en este caso “debe haber una negligencia personal. Eso puede ocurrir cuando el acto es directamente atribuible al comandante o donde su fallo en supervisar apropiadamente a sus subordinados constituye una negligencia criminal de su parte. En este último caso debe ser una negligencia personal que equivalga a una indiferencia inmoral y voluntaria de lo que hacen sus subordinados, de tal manera que constituye aquiescencia. El comandante de las fuerzas ocupantes debe tener conocimiento de estas ofensas (de sus tropas) y acepta o participa o criminalmente se abstiene de intervenir en su comisión y las ofensas son evidentemente criminales” (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 185)¹⁶.

En (Caso Delalic, 2001) se establece el requisito que el superior tenga información general que haga razonable tomar medidas. Esta información no

¹⁵ En (Caso Brima, Kamara & Kanu, 2007) del Tribunal Especial de Sierra Leona se ofrecen criterios para cuando se trata de una fuerza irregular. Estos pueden ser que el superior se beneficia primero de los productos de la guerra; ejerce control sobre personas como niños y mujeres; acceso independiente a los medios de la guerra; el superior se premia con posiciones de poder e influencia; el superior tiene capacidad de intimidación; el superior tiene su propia guardia pretoriana para su protección; el superior representa la ideología a la que adhieren sus subordinados; el superior representa al grupo.

¹⁶ En otros casos también se reconoce la responsabilidad del superior. Así en el caso Araki del Tribunal de Tokio; Soemu Toyeda de una Corte Australiano – estadounidense; y Takashi Sakai de una Corte china. En este último se requiere que el conocimiento sea real – que ve su comisión- o construido – que lo infiere a partir de los hechos conocidos. (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 186)

requiere que señale la posible comisión de un delito, pero sí cosas como que el subordinado ha tomado licor para prepararse para la misión. También debe tenerse en cuenta el carácter violento del subordinado o su pasado criminal. Sin embargo no es necesario que conozca la identidad de las personas, pero sí su categoría y la naturaleza de actos que deben provocar su posterior investigación. Esto es, no es necesario que sepa el nombre del subordinado, pero sí que hay soldados con un pasado de acusaciones de violencia sexual o de tortura, por ejemplo.

- Que el superior falló en tomar las medidas necesarias para prevenir o sancionar esos delitos. En todo caso, si el superior falló en tomar medidas preventivas, la sanción de los actos cometidos no lo libera de responsabilidad¹⁷. En (Caso Bemba, 2009) la CPI establece una serie de medidas que pueden ser tomadas con el fin de prevenir la comisión de delitos. Estas medidas pueden ser: el entrenamiento en DIH; asegurarse que las operaciones se lleven a cabo conforme al derecho internacional; dar las órdenes necesarias para que las prácticas se acomoden a los estándares internacionales; tomar las medidas disciplinarias para sancionar a quienes incumplen estas normas todo ello con el fin de prevenir la comisión de atrocidades por parte de las tropas bajo el control del comandante¹⁸.

El Estatuto de la CPI lo regula en su artículo 28 que dice:

Artículo 28

Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

¹⁷ También se analiza en los casos (Caso Blaskic, 2009), (Sentencia Caso Krajišnik, 2009); (Caso Kayishema & Ruizindana, 2001)

¹⁸ El *actus reus* en los delitos de omisión está construido de manera diferente en el derecho anglosajón y en el derecho continental. En el derecho anglosajón se establece la responsabilidad por omisión cuando una persona quebranta un deber de actuar consagrado en la ley y cuando quien infringiendo sus deberes no interviene, siendo necesaria y posible su intervención, para prevenir un daño como la muerte o la destrucción de la propiedad. En este último caso se debe determinar la existencia y la fuente del deber de actuar. En general se han reconocido como fuente de deberes las siguientes: la ley; el contrato; la creación de un riesgo; los principios morales; una obligación de control (Piña Rochefort, 2002). Por su parte el artículo 73 (3) del Estatuto del TIPY –que es en substancia idéntico al del TIPR– establece la responsabilidad del superior cuando este sabía o tenía razones para saber que su subordinado estaba a punto de cometer un delito o lo había hecho y el superior falló en tomar las medidas necesarias para prevenirlo o para sancionarlo.

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. (Estatuto de Roma, 1998)

Uno de los elementos centrales en la regulación de la CPI, que difiere de los tribunales de Ruanda y Yugoslavia, es la exigencia de causación, esto es, los crímenes deben ser el resultado de la ausencia de control por parte del superior. Esto supone que frente a los primeros delitos estamos hablando de ausencia de control, pero en cuanto a los siguientes al primer acto sí se puede hablar de la ausencia de sanción (Bantekas, 2010). Es decir, no podemos afirmar que la ausencia de sanción es la causa de los crímenes de los subordinados, si estos aún no han cometido ningún delito; pero sí podemos decir que es la ausencia de un control efectivo la causa y por ello los actos de los subordinados le son imputables al superior.

El nexa no tiene que ser directo, pero sí debe haber aumentado la probabilidad de comisión de los delitos. Sin embargo, como lo sostiene Cassese, el texto del artículo 28 parece exigir que los delitos se estén cometiendo o estén por cometerse, pero no si ya ellos se han cometido (Cassese & Gaeta, 2013, pág.

187), lo que es comprensible solamente si entendemos los delitos como el acto masivo o sistemático en general, pero no los actos individuales.

En la doctrina se discute si el superior que no sanciona actos cometidos bajo el comando de su antecesor es también responsable, o lo que se denomina la responsabilidad por sucesión del superior. En este caso debe sostenerse que si la persona conoce los hechos, no los sanciona y gracias a ello se da una ausencia de control, los nuevos actos sí le pueden ser imputables. Para ello debe tenerse en cuenta cuándo surge el deber del superior y qué tipos de actos le son imputables.

Conclusiones

En la dogmática penal se han analizado las diferentes formas de atribución de responsabilidad a título de autoría o de participación. Hoy existe consenso alrededor de un concepto restrictivo de autor y de una teoría objetivo material como la del dominio del hecho, sostenida entre otros autores por Claus Roxin. Pero este autor también introdujo otra categoría que ha tomado mucha fuerza en los últimos años en la jurisprudencia de los tribunales domésticos: la autoría mediata por aparato organizado de poder. Por el contrario, la teoría de la empresa criminal conjunta –creación de la jurisprudencia del TPIY–, ha tenido poca aceptación en los tribunales nacionales y ha recibido críticas por su uso en los tribunales internacionales, especialmente en la tercera modalidad que se acerca más a la responsabilidad objetiva. En el medio se encuentra la figura de la responsabilidad del superior que ha tenido un desarrollo más estable y con una mayor aceptación.

En el texto me he ocupado de mostrar la recepción de estas figuras en el derecho penal internacional y las críticas a cada una de ellas. La Corte Penal Internacional ha comenzado a considerar la autoría mediata por aparato organizado de poder, pero aún es pronto para determinar si será la teoría dominante en el campo internacional.

Referencias

- AMBOS, K. (1998). *Dominio de hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Avocats sans frontières Canada. (2015). *Una mirada al desplazamiento forzado: Persecución penal, aparatos organizados de poder y restitución de tierras en el contexto colombiano*. (A. s. Colombia, Editor) Obtenido de [http://www.asfquebec.com/documents/file/informe-asfc-desplazamiento-forzado_2015-09-17\(1\).pdf](http://www.asfquebec.com/documents/file/informe-asfc-desplazamiento-forzado_2015-09-17(1).pdf)

- BANTEKAS, L. (2010). *International Criminal Law* (4 ed.). Oxford and Portland: Hart Publishing.
- BERRUEZO, R. (2012). *Autoría y participación desde una visión normativa* (1ª ed., Vol. 1). Montevideo, Uruguay: Editorial BdeF.
- BIGI GIULIA. (2010). Joint Criminal Enterprise in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Prosecution of Political and Military Leaders: the Krajisnik case. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 14, 51-83.
- BOLEA BARDON, C. (2000). *Autoría inmediata en derecho penal* (1ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Caso Bemba. (15 de Junio de 2009). International Criminal Court. Caso No.: ICC-01/05-01/08. Obtenido de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF
- Caso Blagojevic y Jokic. (9 de Mayo de 2007). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-02-60-A. Obtenido de http://www.icty.org/x/cases/blagojevic_jokic/acjug/en/blajok-jud070509.pdf
- Caso Blaskic. (29 de Julio de 2009). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-95-14. Obtenido de http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/040730_Blaki_summary_en.pdf
- Caso Brdanin. (19 de Marzo de 2004). United Nations. Caso No.: IT-99-36-A. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/acdec/en/040319.htm>
- Caso Brima, Kamara & Kanu. (19 de Julio de 2007). Special Court of Sierra Leona. Caso No.: SCSL-04-16-T. Obtenido de <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/AFRC/624/SCSL-04-16-T-624.pdf>
- Caso Delalic. (9 de Octubre de 2001). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-96-21-Tbis-R117. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tsj011009e.pdf>
- Caso Gotovina. (2015). United Nations. *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. Caso No.: IT-06-90. Obtenido de <http://www.icty.org/case/gotovina/4>
- Caso Karadzic . (12 de Mayo de 2009). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. No.: IT-95-5118-PT. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tdec/en/090512a.pdf>

- Caso Karadzic. (25 de Junio de 2009). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-95-5/18-AR72.4. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acdec/en/090625a.pdf>
- Caso Karemera. (2 de Febrero de 2012). United Nations. *International Criminal Tribunal for Rwanda*. Caso No.: ICTR-98-44-T . Obtenido de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-98-44/trial-judgements/en/120202.pdf>
- Caso Kayishema & Ruizindana. (1 de Junio de 2001). United Nations. *International Criminal Tribunal for Rwanda*. Caso No.: ICTR-95-1. Obtenido de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-95-1/appeals-chamber-judgements/en/010601.pdf>
- Caso Krajišnik . (27 de Septiembre de 2006). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-00-39-T. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/krajisnik/tjug/en/kra-jud060927e.pdf>
- Caso Krnojelac. (17 de Septiembre de 2003). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-97-25-A. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/krnojelac/acjug/en/krn-aj030917e.pdf>
- Caso Kvocka. (25 de Febrero de 2005). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-98-30/1-A. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>
- Caso Milutinovic. (26 de Febrero de 2009). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-05-87-T. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/milutinovic/tjug/en/jud090226-elof4.pdf>
- Caso Nahimana & Otros. (28 de Noviembre de 2007). United Nations. *International Criminal Tribunal for Rwanda*. Caso No.: ICTR-99-52-A. Obtenido de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-99-52/appeals-chamber-judgements/en/071128.pdf>
- CASSESE, A. (Enero de 1998). Reflections on International Criminal Justice. *Modern Law Review*, 61, 1-10.
- CASSESE, A. (2008). *International Criminal Law*. Oxford, Inglaterra: Oxford University.

- CASSESE, A., & GAETA, P. (2013). *Cassese's International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- DANNER, A. M., & MARTINEZ, J. (2005). Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law. *California Law Review*, 93.
- Estatuto de Roma. (17 de Julio de 1998). Corte Penal Internacional. Roma, Italia.
- FARALDO CABANA, P. (2004). *Responsabilidad Penal del dirigente en estructuras jerárquicas* (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch .
- FERNANDEZ IBAÑEZ, E. (2006). *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada: Comares.
- Feurstein and Others (Ponzano Case). (Marzo de 2007). British Military Court sitting at Hamburg, Germany Judgment of 24 August 1948. *Journal of International Criminal Justice*, 5, 238-240. Obtenido de <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/5/1/238/879695/Feurstein-and-Others-Ponzano-Case-British-Military?redirectedFrom=PDF>
- FIORI, M. (31 de Julio de 2007). A Further Step in the Development of the Joint Criminal Enterprise Doctrine. *The Hague Justice Portal*, 2(2), 60-68. Obtenida de <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=7984>
- GIL GIL, A. (2014). Responsabilidad penal individual en la sentencia “Lubanga”. Coautoría. En K. Ambos, E. Malarino, & C. Steiner, *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubang*. (págs. 263-301). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- JALLOH, C., & OSEEI-TUTU, J. (20 de Mayo de 2008). Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu: First Judgment from the Appeals Chamber of the Special Court for Sierra Leone. *American Society of International Law*, 12. Obtenido de <https://www.asil.org/insights/volume/12/issue/10/prosecutor-v-brima-kamara-and-kanu-first-judgment-appeals-chamber>
- ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, M. (Marzo de 2013). La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 1, 86-104.
- OLÁSOLO ALONSO, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*. Tirant lo Blanch.
- PIÑA ROCHEFORT, J. (2002). *La Estructura de la Teoría del Delito en el Ámbito Jurídico del «common Law»* (1ª ed.). Granada: Editorial Comares.
- Regina v. English. (s.f). *Judgments - Regina v. Powell and Another*. Obtenido de <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd971030/powell01.htm>
- ROXÍN, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

- ROXÍN, C. (2000). *Autoría y dominio en el derecho penal* (Vol. 7ª). Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- ROXÍN, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista Penal*(18), 242-248.
- ROXIN, C. (2011). Sobre la mas reciente discusión acerca del dominio de la organización. *Revista Derecho penal y criminología*(3), 3-18.
- Sentencia Caso Brdanin. (3 de Abril de 2007). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-99-36-A. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/acjug/en/brd-aj070403-e.pdf>
- Sentencia Caso Krajišnik. (17 de Marzo de 2009). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.:IT-00-39-A . Obtenido de http://www.icty.org/x/cases/krajisnik/acjug/en/090317_summary.pdf
- ZAHAR, A., & SLUITER, G. (2008). *International Criminal Law: A Critical Introduction*. Oxford: Oxford University Press.

Revista Academia & Derecho, Año 7, N° 13, 2016, pp. 265-308
ISSN 2215-8944

Universidad Libre Seccional Cúcuta - Facultad de Derecho
Ciencias Políticas y Sociales & Centro Seccional de Investigaciones
Aplicación de los principios de contratación electrónica en las transacciones
con bitcoins en Colombia
Omar Alfonso Cárdenas Caycedo

Aplicación de los principios de contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia*

Application of the principles of electronic contracting
in transactions with bitcoins in Colombia

Recibido: Febrero 15 de 2016 - Evaluado: Mayo 02 de 2016 - Aceptado: Junio 07 de 2016

Omar Alfonso Cárdenas Caycedo**

Para citar este artículo / To cite this article

Cárdenas Caycedo, O. A. (2016). Contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 265-308.

Resumen

La contratación electrónica mueve millones de dólares a diario en todo el mundo, naturalmente su regulación jurídica ha sido objeto de importantes

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación denominado “La constitucionalización del derecho privado” del Grupo de Investigación CEJA - Centro de Estudios Jurídicos Avanzados, categoría C en Colciencias, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

** Abogado Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Procesal Civil y Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, conciliador inscrito en el Min de Justicia. Secretario y miembro del Capítulo Nariño del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Líder del Grupo de Investigación CEJA – Centro de Estudios Jurídicos Avanzados, actualmente Director de Consultorios Jurídicos y docente en pregrado y postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.
Correo electrónico: c.juridicos@udenar.edu.co.

debates en el marco del derecho comercial y procesal contemporáneo. No solo se trata de analizar la perspectiva sustancial del contrato electrónico, sino también la posibilidad de su exigencia y eficacia en escenarios procesales. El presente artículo analiza los principios que impactan la contratación electrónica, con su respectivo desarrollo jurisprudencial y normativo en el contexto colombiano; para ello se realizará un breve repaso de la importancia de los principios en el derecho y sus funciones, en segundo lugar, una introducción al fenómeno de la contratación electrónica, para finalizar con el estudio pormenorizado de los principios. Posteriormente se analizará su aplicación en bitcoins.

Palabras Clave: Contrato electrónico, e-commerce, principios de la contratación electrónica, bitcoin.

Abstract

Million of dollars are moved worldwide by electronic contracting daily, obviously its legal regulation has been the subject of considerable debates within the contemporary commercial and procedural law. It is not only about analyzing the substantial perspective of electronic contract, but also the possibility of its demand and effectiveness in procedural stages. This article analyzes the principles that impact electronic contracting, with its own jurisprudential and normative development in the Colombian context; this requires a brief overview about the importance of the principles in law and their functions, secondly, an introduction to the phenomenon of electronic contracting, and finally with the detailed study of the principles. Later it will be analyzed its application in bitcoins.

Keywords: Electronic contract, e-commerce, electronic contracting principles, bitcoin.

Resumo:

A contratação eletrônica move, hoje em dia, nove milhões de dolares diários no mundo inteiro, naturalmente a sua regulação jurídica tem sido objeto de importantes debates no contexto do direito comercial e procesal contemporâneo. Ao longo do estudo vamos não somente analisar a perspectiva sustancial do contrato eletrônico mas a possibilidade da sua exigência e eficácia nos cenários processuais. Além disso, fazer um estudo jurisprudencial e normativo no caso colombiano, para o qual se prevê um estudo à profundidade aos princípios de direito e as suas funções, no segundo lugar, uma introdução ao fenômeno da contratação eletrônica para assim finalizar com o estudo em detalhe dos princípios e da aplicação dos bitcoins no caso concreto.

Palavras chave: contrato eletrônico, e-commerce, princípios de contratação eletrônica, bitcoin.

Résumé:

La passation électronique trahit de millions de dollars par jour dans tout le monde, naturellement sa réglementation juridique a été objet d'importants débats dans le cadre du droit commercial et processuel contemporain. Il s'agit non seulement d'analyser la perspective substantielle du contrat électronique, mais aussi de sa possibilité de sa exigence et de la efficacité dans les scénarios processuels. Le présent article analyse les principes qui impactent dans la passation électronique, avec son respectif développement jurisprudentiel et normatif dans le contexte colombien ; pour cela il s'élaborera une courte révision de l'importance des principes du droit et leur fonctions, pour finaliser avec l'étude détaillée des principes. Ultérieurement, il s'analysera son application aux bitcoins.

Mots Clés: Passation électronique, e-commerce, principes de la passation électronique, bitcoin.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Esquema de resolución del problema jurídico. - 1. Breve repaso de la importancia de los principios en el derecho privado. - 2. Generalidades de la contratación por medios electrónicos. 3. Los principios de la contratación electrónica. - 3.1. Equivalencia funcional de los actos electrónicos. - 3.2. No modificación del régimen de derecho de obligaciones y contratos privados. - 3.3. Buena fe en el contrato electrónico. - 3.4. Neutralidad tecnológica. - 3.5. Libertad contractual y libertad para contratar en el contrato electrónico. - 3.6. Autonomía de la voluntad. - 3.7. Autenticidad. - 3.8. Integridad. - 4. Los principios de la contratación electrónica en el bitcoin: una propuesta hermenéutica. - 4.1.1. Generalidades de los bitcoins. - 4.2. Los bitcoin y el ordenamiento jurídico colombiano. - 4.3. La aplicación de los principios de la contratación electrónica en operaciones con bitcoin. - 4.4. El tribunal de justicia de la unión europea y los bitcoins. - Conclusiones. - Referencias.

Introducción

El acceso al ciberespacio conlleva la puesta en marcha de un conjunto complejo de elementos materiales (computadores, servidores, redes, satélites) y elementos no materiales (mensajes de datos, software), tal como ratifica (Peña Valenzuela, Parra Madrid, Zubieta Uribe, Rocío Pérez, & Burgos Puyo, 2003) De allí que la regulación de los contratos en el mundo virtual, requiera especial atención y encuentre puntos de difícil entendimiento, toda vez que entronca

el conocimiento jurídico con otros saberes propios de la computación y las telecomunicaciones; más aún si se piensa en la posible respuesta a nivel judicial frente a los conflictos contractuales surgidos de ambientes virtuales, lo que sin duda ha generado una evolución permanente en el derecho de contratos y en el derecho procesal contemporáneo.

El escenario virtual carece de una regulación jurídica extensa y detallada, sin olvidar que existen algunas normas que desarrollan temas puntuales, lo cual dificulta la labor judicial. El juez, ante un litigio cuyas pretensiones giren en torno a contratos celebrados por medios electrónicos, debe efectuar un ejercicio hermenéutico que incluya los principios generales de la contratación electrónica con el fin de dar solución al caso propuesto, pues sin duda éstos le otorgarán importantes luces en temas tan sensible como, por ejemplo, la aportación, valoración y contradicción probatoria de mensajes de datos y firmas digitales.

Los principios de la contratación electrónica son también base fundamental para los particulares, quienes podrán ajustar su conducta en el ciberespacio con el fin de disminuir o evitar la proliferación de litigios.

El presente artículo analiza los principios de la contratación electrónica y expone su contenido, con apoyo en normatividad y jurisprudencia. Finalmente, se realizará un ejercicio de aplicación de los principios al caso concreto de los “*bitcoins*” y su validez en el ordenamiento jurídico colombiano.

Problema de investigación

El problema que se pretende resolver en el presente artículo es el siguiente: ¿Cuál es el tratamiento jurídico de las transacciones de compraventa cuando las partes han pactado “*bitcoins*” como forma de pago, a la luz de los principios de la contratación electrónica en el ámbito del derecho interno colombiano?

Metodología

La metodología es cualitativa, con enfoque metodológico histórico-hermenéutico, por cuando se pretende describir categorías o conceptos jurídicos, con apoyo en fuentes investigativas tales como bibliografía, sentencias, e información académica disponible en físico y en línea. Eventualmente y sólo con el fin de establecer ejemplos, se utilizará la información publicitaria de determinados sitios web. Se utilizó como herramientas de investigación la revisión documental, el fichaje y el mapeo.

Esquema de resolución del problema jurídico

El esquema de resolución el problema jurídico planteado, es el siguiente: (i) Se analizará brevemente la importancia de los principios en el derecho privado;(ii) se realizará una presentación general del contrato por medios electrónicos; (iii) se presentará uno a uno los principios de la contratación electrónica y su desarrollo jurisprudencial; (iii) se dará aplicación de los principios al problema de la validez del uso de los “bitcoin” en Colombia, (iv) con lo cual se tendrá bases para concluir.

1. Breve repaso de la importancia de los principios en el derecho privado

Es moneda común reconocer que el esquema de principios se constituye en una guía fundamental a la hora de aplicar el derecho (Dworkin, 1989) En esta lógica discursiva, algunos autores como (Ramírez Gómez, 1999) identifican unas funciones claras de los principios en el derecho.

Este identifica así una función creativa, al admitir que impactan el derecho permitiendo su aplicación o restringiéndola¹. El juez, apoyado en principios, puede dar solución a casos no regulados expresamente en las leyes vigentes, todo con el fin de alcanzar estándares más cercanos a la justicia material. Ciertamente los principios despliegan su verdadero alcance en los casos concretos, más que en sus formulaciones de por sí amplias y difusas; en efecto, esta es una condición que al sentir de (Zagrebelsky, 2005), permite diferencias principios de reglas:

Así pues –por lo que aquí interesa–, la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, no dicen cómo debemos, no podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de «supuesto de hecho», a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles «reaccionar» ante algún caso concreto. Su significado

¹ *Ibidem*.

no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance. (Zagrebelsky, 2005, pág. 111)

Así mismo, (Ramírez Gómez, 1999) evidencia una función hermenéutica, según la cual los principios permiten interpretar las normas que resultan aplicables a un determinado caso. Esta función se evidencia en aquellos eventos en los cuales el caso sometido a la decisión de la judicatura, cuenta con una norma que lo regula, pero ésta no resulta del todo clara o permite interpretaciones divergentes; en tales eventos, los principios orientan al juez para otorgar un entendimiento acorde al ordenamiento jurídico, máxime si se echa mano de los principios de raigambre constitucional.

Finalmente, propone que los principios cuentan con una función integradora, según la cual el uso de los principios permite solucionar los típicos problemas de vacíos en la legislación, en la medida que la solución propuesta por el juez no sería caprichosa, arbitraria o subjetiva, sino que, por el contrario, estaría orientada por principios superiores y por ende en armonía con la totalidad del ordenamiento jurídico, o al menos con sus bases fundantes².

En un espacio tan complejo donde proliferan las formas de contratación tradicionales celebradas ahora por medios electrónicos, así como los nuevos contratos propios y específicos del entorno virtual; resulta fundamental contar con una base de principios que permitan comprender la normatividad referente al tema, (en el ámbito colombiano: (Ley 527, 1999) y (Ley 1480, 2011), entre otras), guiando así a los particulares y al operador jurídico.

El escenario de la contratación electrónica cuenta con su propio catálogo de principios, desarrollados principalmente por la doctrina teniendo como fundamento las normas tipo de organismos internacionales, las leyes adoptadas al interior de los estados, las decisiones judiciales y los contratos celebrados entre particulares. Estos “*principios de la contratación electrónica*” se convierten en una guía que permite dar claridad a los jueces cuando se enfrentan a litigios donde las pretensiones giran en torno a un contrato celebrado por medios electrónicos, y que suele generar dudas en torno a su validez probatoria y sustancial.

Algunos de los denominados “*principios de la contratación electrónica*” son novísimos, como el de “neutralidad tecnológica”, los cuales contrastan con otros que son auténticas adecuaciones de principios clásicos del derecho de contratos, tal como sucede con el principio de la “buena fe en el contrato electrónico”.

² Ibídem.

Antes de abordar el desarrollo de los principios de la contratación electrónica, se planteará un acápite destinado a las generalidades de la contratación por medios electrónicos.

2. Generalidades de la contratación por medios electrónicos.

Es cotidiano el uso del internet en las sociedades modernas, definidas como sociedades del conocimiento y apoyadas en las telecomunicaciones, hablar de su importancia parece hoy innecesario. No obstante, desde la perspectiva jurídica se han creado nuevas relaciones objeto de regulación, en escenarios exclusivamente virtuales; las cuales, no por ello están alejadas de la formulación general de los principios del derecho, tema que pretende abordar este artículo. Por ello, se debe partir, de la definición doctrinal de ciberespacio:

El ciberespacio es un territorio virtual, creado por la existencia de la red global –internet- y sus varios millones de usuarios, navegantes, que utilizan la red para intercambio social y comercial. El ciberespacio aparece como consecuencia de la convergencia constante de las telecomunicaciones e informática. (Peña Valenzuela, Parra Madrid, Zubieta Uribe, Rocío Pérez, & Burgos Puyo, 2003, pág. 93)

Es claro, por tanto, que uno de los aspectos centrales en el ciberespacio es el ejercicio de actividades comerciales. La red permite el ejercicio de transacciones comerciales, desde el uso de herramientas como el correo electrónico o los mensajes a través de redes sociales o aplicaciones (app) para la consolidación de transacciones comerciales, hasta la existencia de páginas web especializadas que ofrecen bienes y servicios de sus creadores, o entre terceros, y que incluso permiten el pago con moneda física, digital y virtual³. La comprensión del concepto de página web

³ Para efectos del presente artículo se entiende por: (i) dinero físico, el que tradicionalmente se utiliza en las transacciones en el mundo “físico” (como contrapartida del entorno virtual). Este dinero puede ser objeto de pago de una transacción virtual, como cuando se celebra un contrato por medios electrónico pero el pago se hace efectivo por consignación o entrega del dinero de manera física. (ii) Dinero digital, que consiste en la digitalización del dinero físico, labor que es desarrollada por los bancos; así, por ejemplo, sistemas de pago como PayPal son ejemplos de esta modalidad, así como los pagos efectuados a través de los portales electrónicos y cuentas de usuario asignadas por las entidades bancarias. (iii) Dinero virtual, entendido como una nueva modalidad de dinero o moneda, que no es emitida por un banco o estado, sino que surge de complejos procesos matemáticos en el entorno virtual, derivando su valor de la aceptabilidad de la comunidad que acepta tal moneda como medio de pago; ejemplo claro es el bitcoin.

resulta fundamental a la hora de comprender sus efectos jurídicos, en tal sentido la doctrina colombiana la ha definido así:

Una página de internet es un mensaje de datos almacenado en un servidor: los usuarios al utilizar un programa de computador – navegador- solicitan la transferencia de unos datos ubicados en un lugar determinado (página internet), definido por una dirección protocolo de internet (IP) (Peña Valenzuela, Parra Madrid, Zubieta Uribe, Rocío Pérez, & Burgos Puyo, 2003, pág. 95)

Las tecnologías de la información y de las comunicaciones (en adelante TIC), han impactado las diferentes esferas de la sociedad moderna. Desde temas tan sencillos como las comunicaciones directas entre personas hasta complejas relaciones de consumo, contratación e incluso la existencia y configuración de conductas delictivas. Tal como propone (Rincón Cárdenas, 2015) debe acogerse una definición para el término TIC desde el punto de vista jurídico, para lo cual resulta provechoso adoptar la incluida en el comunicado del 14 de diciembre de 2001 de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, así:

Las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) son un término que se utiliza actualmente para hacer referencia a una gama amplia de servicios, aplicaciones y tecnologías, que utilizan diversos tipos de equipos y de programas informáticos, y que a menudo se transmiten a través de las redes de telecomunicaciones

Definición que es aclarada por éste⁴, cuando advierte que “son un conjunto de productos y servicios, utilizados por medio de un equipo informático o electrónico que sirven para generar, transmitir y recibir información, y para ello se valen de cualquier red o infraestructura existente”.

Los comerciantes han utilizado las TIC para generar novedosas formas de negocio, como ocurriría por ejemplo, con los contratos onerosos de computación en la Nube, o bien para gestar plataformas que permitan a sus clientes un mayor acceso a sus productos. Incluso los consumidores han utilizado las TIC para gestar contratos entre sí, para lo cual páginas como Mercadolibre, e-bay, OLX, permiten que una persona no necesariamente comerciante profesional o habitual, ofrezca sus bienes para ser adquiridos por otra persona que tampoco ejerce el comercio. Así mismo, las entidades gubernamentales han utilizado plataformas electrónicas en la totalidad o parte de sus complejos procesos de contratación o selección de personal, a tal punto que las convocatorias o licitaciones públicas se publicitan

⁴ *Ibidem*.

por medios virtuales. Siguiendo al profesor⁵, el comercio electrónico puede tener las siguientes partes:

- a. B2B (*business to business*): Relación de comercio electrónico entre dos comerciantes habituales o profesionales. Un ejemplo de esta relación, se presenta cuando una empresa contrata con su proveedor de materia prima, utilizando un sistema virtual de pedidos, confirmaciones, facturaciones y pagos.
- b. B2C (*business to consumer*): Son transacciones entre un comerciante habitual y un consumidor en las cuales se presenta una relación claramente asimétrica. Las relaciones de consumo electrónico se encuentran cobijadas por normas generalmente de orden público, las cuales tienen como finalidad la protección al consumidor en su calidad de parte débil del contrato.
- c. C2C (*consumer to consumer*): Son transacciones entre partes que no son comerciantes, y que no se dedican profesional ni habitualmente a ello, tal y como ocurre en algunas transacciones de plataformas como *OLX* o *Mercado Libre*. También se incluye en esta categoría a los intercambios de archivos *peer to peer* (*P2P*).
- d. B2G (*business to Government*): Relaciones entre una empresa y un gobierno, tal como ocurre en los procesos de licitación pública o selección abreviada, o en concursos para la selección de personal oficial, en los cuales el trámite se genera total o parcialmente a través de medios informáticos.

(Rincón Cárdenas, 2015), por su parte, evidencia que existe cierta tendencia a simplificar el concepto de comercio electrónico, a encasillarlo en la compra y venta de bienes, productos o servicios, a través de internet; cuando, en realidad, responde a prácticas comerciales altamente complejas y sofisticadas desde el punto de vista jurídico y tecnológico. Eso lo ha llevado a establecer una serie de características que permiten identificar cuando nos encontramos ante una auténtica relación propia del comercio electrónico:

- (a) Las operaciones se realizan por vía electrónica, a través de un mensaje de datos;
- (b) el lugar donde se encuentren las partes, en principio no es relevante;
- (c) no queda prueba en papel sobre el acuerdo o pago, siempre y cuando, así lo acuerden las partes;
- (d) el bien que se importa electrónicamente no pasa por

⁵ *Ibidem*.

ningún tipo de inspección ni aduana (en caso del derecho denominado comercio electrónico directo); (e) en la mayoría de casos no hay intermediarios; y (f) cada empresa, por pequeña que sea, puede llegar a tener presencia mundial, pues su acceso y presencia en los diferentes mercados es ilimitada. (Rincón Cárdenas, 2015, pág. 11).

Por lo tanto, el comercio electrónico y su regulación no se limita a la simple determinación del denominado “negocio jurídico electrónico”, sino que avanza a otros horizontes, tales como: La apertura del establecimiento de comercio electrónico, que en Colombia se encuentra regulado para efectos de registro ante Cámara de Comercio y en materia tributaria por el artículo 91 de la ley 633 de 2000; la publicidad en medios web; mensaje de datos; firma digital; pagos on line; moneda electrónica, tal y como ocurre con el *Bitcoin*; protección de datos; computación en la nube (Bazzani Montoya & Peña Valenzuela, 2012); resolución de controversias, en donde se incluyen modernas herramientas como la conciliación y el arbitraje virtual; datos personales; entre otros (Rincón Cárdenas, 2015). De esta manera resulta claro que la regulación del comercio electrónico implica un abanico bastante amplio de situaciones jurídicas relevantes.

El contrato electrónico ha impuesto novedosos retos al derecho de los contratos, pero no sólo frente a la tipología de negocios que se pueden gestar, ejecutar e incluso resolver de mutuo acuerdo, por medios electrónicos; sino también frente a los elementos clásicos de los contratos, que han sufrido una especie de reingeniería y en lo cual la doctrina a nivel mundial ha sido bastante prolífica⁶. Elementos claves como la autonomía de la voluntad, la capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, requieren nuevas visiones e interpretaciones que permitan su uso en el mundo del ciberespacio.

La formación del contrato, por ejemplo, difiere sustancialmente de la observada en contratos tradicionales, punto en el cual la doctrina ha considerado que al contrato electrónico se le aplican las reglas de la contratación a distancia (Miranda Serrano & Pagador López, 2008) o también denominada “contratación

⁶ Sobre los problemas de la formación del contrato en el ámbito electrónico puede citarse el trabajo de (Serrano Serraga, 2006). Por su parte la formación de consentimiento en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información ha sido estudiado por juristas chilenos tales como (Olave Pinochet, 2005). Estudios profundos sobre los elementos del contrato electrónico (capacidad, consentimiento, objeto y causa), fueron desarrollados por autores como (Pérez, 2003) (Reyes Sinisterra, 2013). Lo anterior sólo para demostrar con algunos ejemplos el notable interés que ha causado en la doctrina, el estudio de las tradicionales instituciones contractuales, pero desplegada en el escenario virtual.

entre ausentes” (Gómez Pérez, 2004), en la medida que la oferta y su aceptación se realizan a través de medios virtuales.

Autores como (Fortich, 2011) consideran que la formación del contrato por medios electrónicos está permeada por una suerte de “formalización”, puesto que la rapidez de la interacción virtual podría generar que un contratante se obligue sin ser consciente de sus hechos; en consecuencia, el contrato electrónico nace previo el seguimiento de varios pasos o “clic”, en los cuales incluso intervienen terceros (entidades de certificación, entidades de pago) a fin de que no queden dudas sobre la aceptación del contrato y así proteger a los contratantes electrónicos. La oferta, por ejemplo, se encuentra regulada en el derecho colombiano tanto para la expresada verbalmente como para la escrita, en cuyo caso la realizada por medios virtuales deberá adecuarse a la escrita (Gómez Pérez, 2004) sin embargo, normas especialmente del ámbito de protección al consumidor exigen que la oferta cuente con ciertas menciones especiales cuando se anuncia por medios virtuales (Ley 1480, 2011) situación que se evidencia igualmente en el derecho francés en la “ley por la confianza de la economía numérica” (Fortich, 2011)

El requerimiento de estas formalidades especiales en la contratación electrónica, es uno de los ejemplos del denominado “neo-formalismo”, entendido como el actual rescate de la exigencia de formalidades en los contratos con el fin de proteger a los contratantes, especialmente a las partes débiles en los mismos (Koteich, Neme, & Cortés, 2005). El “neo-formalismo” en materia de contratos electrónicos se incorpora con el fin de evitar la celebración no meditada del contrato y del uso de presiones externas para lograr la aceptación (Fortich, 2011).

Otro de los grandes problemas de la contratación electrónica es el problema de la tipicidad contractual. En este punto debe establecerse una diferencia: (i) los contratos típicos realizados por medios electrónicos y (ii) los contratos atípicos electrónicos. Los primeros hacen referencia a los contratos comunes de antaño conocidos y regulados, que ahora se realizan con apoyo en las TIC; un ejemplo de esta clase de contrato es la compraventa de bienes muebles realizada a través de plataformas como *ebay*, *OLX*. Los segundos, por su parte, nacen de comprender que la misma existencia del ciberespacio y sus relaciones han creado auténticos contratos electrónicos atípicos, que únicamente podrían pensarse en el escenario virtual; así, por vía de ejemplo, el contrato por medio del cual se ejerce la denominada “computación en la Nube” o *cloud*⁷, sólo existe en el entorno virtual.

⁷ El contrato de “computación en la Nube” se ha definido como “un modelo de servicios computacionales, consistente en aprovisionar de manera continua y por demanda la información

En resumen, los contratos típicos realizados por medios electrónicos, difieren únicamente de su par del mundo físico, en el uso de las TIC para comunicar a las partes (compraventa física y compraventa electrónica, por ejemplo); por el contrario, los contratos atípicos electrónicos no tienen contrapartida en el contexto de la contratación física y únicamente existen en los entornos virtuales, (v.gr. computación en la Nube o el contrato por el cual un usuario se suscribe a una red social).

La carencia de una regulación precisa sobre cada contrato electrónico atípico, permite que éstos a su vez generen subclases de contratos, con sus propias condiciones, cláusulas y responsabilidades en materia de seguridad, precio, condiciones, etc. Así por ejemplo, los servicios de computación en la Nube, permiten tres posibilidades, a saber: SaaS⁸, PaaS⁹, IaaS¹⁰.

3. Los principios de la contratación electrónica.

Varios autores presentan su propio catálogo de principios de la contratación electrónica. Erick Rincón (2015), a quien se seguirá en este artículo, los resume en: (i) Equivalencia funcional de los mensajes de datos; (ii) Neutralidad tecnológica;

alojada por alguien con anterioridad en servidores externos; necesitando únicamente, para acceder a ella, una conexión a Internet” (Bazzani Montoya & Peña Valenzuela, 2012). Ejemplos de empresas y servicios *cloud* son: Google Apps, Amazon S3, Windows Azure, Smart Business Cloud, e incluso el mismo Facebook o Google Docs.

⁸ SaaS (*Software as a service – software como servicio*): Donde el servicio de computación prestado por la empresa, implica la infraestructura de almacenamiento de información, la plataforma y el software para su manejo. De tal suerte que el suscriptor tiene un bajo nivel de maniobra sobre la administración de estos tres elementos. Tiene como ventaja que el suscriptor recibe un servicio bajo la modalidad “llave en mano”, de uso inmediato. El suscriptor ingresa conforme las instrucciones de la empresa, y carga sus datos en la Nube (Bazzani Montoya & Peña Valenzuela, 2012).

⁹ PaaS (*Plataform as a Service – plataforma como servicio*): En esta modalidad de computación en la Nube, la empresa suministra la infraestructura de almacenamiento (servidores, etc.), y la plataforma requerida, pero no el software, siendo éste último de responsabilidad del suscriptor. (Bazzani Montoya & Peña Valenzuela, 2012).

¹⁰ IaaS (*Infrastructure as a Service – infraestructura como servicio*): Donde se alquila al usuario la infraestructura del proveedor, la cual permite el almacenamiento de información. El suscriptor se encarga de gestar la plataforma y el software a utilizar. (Bazzani Montoya & Peña Valenzuela, 2012).

(iii) No alterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos (iv) Buena fe (v) Libertad contractual.

No obstante, (Pérez, 2003) incluye los principios de autonomía de la voluntad, autenticidad y de integridad. Tales pueden ser considerados emanaciones del principio de equivalencia funcional, sin embargo, en el presente artículo se estudian como principios independientes.

A continuación se presentan los principios de la contratación electrónica y su desarrollo.

3.1. Equivalencia funcional de los actos electrónicos

El principio de equivalencia funcional de los actos electrónicos es, sin duda, el primer principio que se debe mencionar a la hora de analizar el contrato electrónico; básicamente plantea que existe una equivalencia funcional entre los actos realizados por medios electrónicos, con los actos jurídicos tradicionales; de este modo, la eficacia y el valor jurídico de los mensajes de datos y la firma digital, son similares a los propios del documento escrito y la firma manuscrita. Plantea una regla de no discriminación de un acto jurídico, por el sólo hecho de encontrarse contenido en un mensaje de datos.

Este principio ha sido considerado por varios doctrinantes como la “piedra angular” del comercio electrónico mundial (Torres Torres, 2010), puesto que establece una regla de derecho sustancial y de derecho probatorio. Sustancial en la medida que atribuye al mensaje de datos y la firma digital idénticas consecuencias al documento escrito con firma ológrafa, y probatorio por cuanto un juez, al valorar probatoriamente el mensaje de datos y la firma digital, no podrá restarle mérito por ese sólo hecho.

(Illescas & Perales Viscasill, 2003) Citado por (Torres Torres, 2010), define este principio así:

La función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa –o eventualmente su expresión oral– respecto de cualquier acto jurídico, la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado. La equivalencia funcional, en suma, implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o ciencia manual, o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto.

Este principio se encuentra reconocido en la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la CNUDMI – UNCITRAL en su artículo 5, siendo recogido

para el caso colombiano en la (Ley 527, 1999), **por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones**, en los artículos 5, 6 y 7; así mismo en el artículo 95 de la ley estatutaria de administración de justicia (Ley 270, 1996), que reconoce tal principio a los mensajes de datos utilizados por la administración de justicia.

Desde el punto de vista del derecho procesal y probatorio, se observa que en la ley por medio de la cual se expide el Código General del Proceso (en adelante CGP) y se dictan otras disposiciones (Ley 1564, 2012, Art. 243) ubica al mensaje de datos en la categoría de documentos, con lo cual ratifica su valor probatorio. Más adelante en (Ley 1564, 2012, Art. 244) presume la autenticidad del documento en forma de mensaje de datos, y en (Ley 1564, 2012, pág. Art. 247) señala que se valorará como mensaje de datos el documento que se aporte en el mismo formato que se generó, envió o recibió, o en otro formato que lo reproduzca con exactitud; adicionalmente señala que la simple impresión de un mensaje de datos se valorará conforme las reglas generales de los documentos. En términos llanos, permite la aportación del mensaje de datos como tal, sin requerir su impresión.

A nivel procesal, igualmente, el CGP sin duda realiza un avance importante. El artículo 82 (demanda en mensaje de datos), 103 (uso de las TIC), 105 (firma electrónica), 109 (memoriales a través de mensaje de datos), 111 (comunicación a través de mensaje de datos), 122 (expediente digital), 243, 244, 247 (tratamiento probatorio del mensaje de datos), 291, 292 (uso de mensaje de datos en la notificación)¹¹, son ejemplos de aplicación de la equivalencia funcional en materia procesal.

¹¹ El uso del correo electrónico y otras formas de comunicación en línea (que no pueden ser excluidas en virtud del principio de neutralidad tecnológica), se muestran como importantes herramientas de la actividad judicial y litigiosa en el CGP. Debe resaltarse que la (Ley 1564, 2012, Art. 78 Num. 14) CGP exige a los apoderados el envío al correo electrónico u otro medio similar de la contraparte, de una copia de los memoriales allegados al proceso. Así mismo, el correo electrónico –u otro medio similar- se puede utilizar en el envío de la comunicación a la parte demandada para intentar la notificación personal reglada en (Ley 1564, 2012, Art. 291) CGP, en cuyo caso se presume que se ha recibido cuando el iniciador recepcione acuse de recibo, estando en el deber de adjuntar una impresión del mensaje de datos al expediente. En este punto se considera que el acuse de recibo se puede dar de dos formas: (i) que la misma parte demandada remita correo electrónico o mensaje que acredite la recepción del mensaje de datos, es decir, acusando recibo voluntariamente; y (ii) que se acredite el acuse de recibo a través de un servicio certificado, como ocurre en las empresas autorizadas para prestar servicios de correo electrónico certificado que emitirían la certificación de que el mensaje de datos fue

El principio de equivalencia funcional ha sido reconocido a nivel jurisprudencial en Colombia, así:

La Corte Constitucional (Sentencia T-687, 2007) analizó el caso de la validez de la información obrante en el sistema de despachos judiciales, a disposición del público a través de computadores ubicados en el mismo despacho. En este evento la Corte estableció los requisitos que debe cumplir un mensaje de datos para que opere el principio de equivalencia funcional en el escenario jurisdiccional, estableciendo como tales los siguientes: (i) La información debe permitir su posterior consulta; (ii) debe garantizarse la fiabilidad sobre el origen del mensaje de datos; (iii) integridad del mensaje; (iv) identificación y ejercicio de la función jurisdicción del órgano respectivo; (v) confidencialidad, la privacidad y por supuesto la seguridad de los contenidos; (vi) cumplimiento de los requisitos de las normas procesales. Finalmente la Corte frente al tema, concluyó:

Los mensajes de datos que informan sobre el historial de los procesos y la fecha de las actuaciones judiciales, a través de las pantallas de los computadores dispuestos en los despachos judiciales para consulta de los usuarios, pueden operar como equivalente funcional a la información escrita en los expedientes, en relación con aquellos datos que consten en tales sistemas computarizados de información¹².

Así mismo, la Corte Constitucional (Sentencia C-831, 2001): La Corte declara exequible el artículo 6 de (Ley 527, 1999), ratificando el principio de equivalencia funcional y aclarando que el mismo no riñe con la Carta Política.

Esta misma corporación (Sentencia C-356, 2003) analizó la incidencia del mensaje de datos en el ámbito penal, puesto que desata la acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 194 del Código Penal, referente a la concepción de documento en el escenario de los delitos contra la fe pública, toda vez que la misma planteó que la norma en cita no incluyó a los documentos electrónicos. La Corte invoca toda la regulación incluida en (Ley 527, 1999) y en especial hace imperar el principio de equivalencia funcional, para concluir que el documento electrónico sí es susceptible de protección por el derecho penal colombiano.

recibido por la parte demandada. Por su parte, la (Ley 1564, 2012, Art. 292) CGP permite el uso de correo electrónico u otro medio similar, para la remisión del aviso en la notificación por tal medio. (Ley 1564, 2012, Art. 291) CGP fue declarado exequible mediante sentencia C-533-15 de la Corte Constitucional.

¹² *Ibidem*.

La Corte Constitucional (Sentencia C-622, 2000): La Corte entra a caracterizar el principio de la equivalencia funcional (Ley 527, 1999), concluyendo que en la materialización de este principio cobra vital importancia el papel de las entidades de certificación, puesto que éstas dan certeza de que el mensaje de datos cumple con las características para aplicar el principio y equiparar el mensaje de datos con el medio escrito. La Corte advirtió:

Se adoptó el criterio flexible de “equivalente funcional”, que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel.

En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley. (Sentencia C-622, 2000)

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia Casación 227854, 2010): En esta sentencia se reconoce la fuerza del principio de equivalencia funcional e igualmente se advierte que los correos electrónicos tienen el carácter de mensaje de datos. La Corte Suprema establece que el documento electrónico debe ser valorado conforme a las reglas de la sana crítica y que éste debe ofrecerse al proceso en la forma en que se generó, archivó o comunicó; el juzgado deberá analizar la confiabilidad e indagar sobre la forma cómo se mantuvo la integridad del documento, cómo se identifica al iniciador y cualquier otro aspecto relevante. La Corte considera que la presunción de autenticidad se da frente al mensaje de datos debidamente firmado digitalmente; mientras que aquél mensaje de datos sin firma digital, debe acudir a las reglas tradicionales de impugnación de la prueba, de tal suerte que si la parte contra la cual se aduce el contenido del mismo no lo tacha y no prueba su falsedad, deberá tenerse como verdadero¹³.

La Corte Constitucional (Sentencia C-012, 2013) aplica el principio de equivalencia funcional en materia de publicaciones en la página web de la DIAN cuando sean devueltas las notificaciones por correo, advirtiendo además que tal práctica para nada pone en riesgo el debido proceso.

¹³ Sobre estas reglas tradicionales de prueba puede consultarse (Sánchez Novoa, 2013) (Yañez Meza & Castellanos Castellano, 2016).

3.2. No modificación del régimen de derecho de obligaciones y contratos privados.

Otro principio que orienta el contrato electrónico, es que su existencia no implica, *per se* una modificación del derecho sustancial preexistente de contratos privados. En este sentido, las instituciones, categorías dogmáticas, reglas y tipos de contratos existentes en el derecho contractual tradicional, se aplican de manera similar al contrato electrónico. Ello evita la engorrosa situación de requerir una legislación especial para los contratos de antaño típicos, para el ámbito electrónico.

Autores como (Rincón Cárdenas, 2015), a quien se sigue en este punto, lo considera un principio autónomo e independiente del principio de equivalencia funcional. Por su parte (Landáez Otazo & Landáez Arcaya, 2007), lo incluyen dentro del principio de equivalencia funcional, comprendiendo que si bien la equivalencia se refiere principalmente a mensaje de datos y firma digital, debe extenderse también a las normas que regulan los contratos tradicionales, en lo que denominan un principio de equivalencia funcional tecnológico. Por último, otros autores aclaran que a los contratos electrónicos se le aplican todos los principios de los contratos tradicionales y posteriormente pasa a explicar los que denomina “principios generales aplicables al comercio electrónico” (Pérez, 2003).

Al margen de la discusión doctrinal, en torno a si se constituye en un principio autónomo o no, es claro en la doctrina que las mismas reglas y principios que gobiernan el tradicional derecho de contratos, resultan aplicables al contrato electrónico. Por lo tanto los contratos tradicionales típicos, no dejarán de serlo por estar celebrado conforme a mecanismos electrónicos.

Ahora bien, tal como lo plantea (Rengifo García, 2000), (Rincón Cárdenas, 2015) y (Gómez Pérez, 2004), deben aplicarse al contrato electrónico las mismas reglas del contrato entre ausentes, previstas en el código de comercio colombiano en los artículos 824, 845, 851, 852 y 864. Esta apreciación dogmática, que se comparte, es una derivación del principio de no alteración del derecho preexistente.

Por su parte (Torres Torres, 2010) recalca que la razón de ser del principio de inalterabilidad del derecho preexistente, se encuentra en que el mensaje de datos, la firma digital y en general los sistemas informáticos, no son más que “vías” o caminos novedosos por donde transita la autonomía de la voluntad, que a su vez sirven de soporte a la información que contiene el negocio jurídico, pero no por ello implica o requiere en sí mismos una nueva regulación. Concluye que los códigos tradicionales son aplicables a los *e-contracts*.

La existencia de este principio no implica que todos los contratos electrónicos cuenten con un par en la legislación; por el contrario, respecto de la tipicidad y atipicidad de contratos son posibles las siguientes posibilidades:

- Contrato tipificado para el mundo físico, que se realiza a través de medios electrónico; por ejemplo, la compraventa o el suministro.
- Contrato atípico pero originado en el mundo físico, que se realiza a través de medios electrónicos. Tal y como ocurriría con la celebración a través de medios electrónicos de contratos como el de distribución, leasing operativo, etc.
- Contrato atípico que únicamente existe en el entorno virtual y que no tiene un par en el escenario físico. Ejemplos de esta categoría son los contratos de computación en la Nube (*e-cloud*), contratos de adquisición de cuentas en redes sociales, etc.

Los problemas jurídicos derivados de contratos atípicos realizados a través de medios electrónicos, o atípicos exclusivos del escenario virtual, deben resolverse de idéntica manera que los contratos atípicos tradicionales.

En este punto cabe traer a colación que la Corte Suprema de Justicia ha identificado tres clases de contratos atípicos: (i) los que tienen afinidad con un contrato nominado determinado; (ii) los mixtos, que surgen de la unión de elementos de varios contratos nominados o típicos y (iii) los que no tienen similitudes con las figuras típicas conocidas. (Sentencia Casación 14027, 2009). Sin embargo, juristas como (Cámara Carrá, 2008), consideran que la categoría de “contratos atípicos mixtos” es equivocada y no existe, en virtud del principio de lógica del “tercer excluido”¹⁴.

La Corte Suprema de Justicia, (Sentencia Casación 225874, 2011) reafirmando la sentencia del 22 de octubre de 1991, advierte que frente a los contratos atípicos

¹⁴ “Por todo lo dicho, la conclusión que se sigue, y que no es del todo inédita, es que la inclusión de una tercera rama en la clásica distinción de los contratos en típicos y atípicos (o nominados e innominados), no sólo que de nada contribuyó para la evolución científica del tema, sino que, además, le trajo un sensible prejuicio a la vez que hizo imperar la confusión terminológica y la incongruencia en la propia taxonomía” (...) “Un contrato mixto pierde toda significación porque incide en la prohibición lógica conocida como principio del tercer excluido que, en conjunto con los principios de contradicción y de la identidad, generan la consecuencia ontológica de que una cosa no puede ser al mismo tiempo ella misma y su negación. (...) Cuando se habla de contrato mixto se está predicando la existencia de una categoría que sea una cosa y al mismo tiempo su negación, lo que, como demostrado, no sería ni lógica ni ontológicamente posible.” (Cámara Carrá, 2008)

pueden plantarse diversas soluciones así: (i) Aplicar analógicamente las reglas de contrato nominado, cuando el instrumento atípico tiene afinidad con el típico. (ii) Aplicar la teoría de la absorción, en virtud de la cual debe tomarse los elementos más relevantes del nuevo contrato (*nova negotia*) y con ello determinar la figura típica más similar cuyos efectos jurídicos serán los llamados a aplicarse. (iii) Optar por la teoría de la combinación, que consiste en desmembrar el contrato atípico (mixto), en partes apropiadas de los contratos típicos, y aplicarle a éstas la regulación jurídica de su par típico.

Estas consideraciones, realizadas a propósito de contratos atípicos celebrados a través de métodos tradicionales, resultan aplicables plenamente a los contratos atípicos realizados por conducto de las nuevas tecnologías; todo en aplicación del principio de no alteración del régimen jurídico existente.

3.3. Buena fe en el contrato electrónico

La buena fe es un principio fundamental en toda la arquitectura del derecho privado, y especialmente en el derecho de los contratos. (Neme Villarreal, 2010) Por lo tanto, no resulta extraño que se aplique también a la contratación electrónica de manera plena. (Gómez Pérez, 2004). Por lo tanto no puede afirmarse la existencia de una buena fe “tradicional” en contraposición a una buena fe “electrónica”; sino, por el contrario, debe advertirse que la buena fe como principio se aplica a todos los contratos, tanto a los celebrados por medios tradicionales, como a los que usan los medios electrónicos como vehículo del consentimiento.

(Rincón Cárdenas, 2015), partiendo de las connotaciones causadas por la distancia física entre las partes, normalmente presentes en los contratos electrónicos y que pueden llegar al ámbito internacional, concluye que la buena fe se erige como una arista fundamental en la celebración del contrato. El actuar de buena permite incrementar el grado de confianza entre las partes y reducir así el riesgo de contraparte.

La buena fe se aplica a todo el *iter contractus* incluso en el escenario electrónico (tratativas previas, actos o contratos preparativos cuando existen, celebración del contrato y ejecución); así mismo se vislumbra que la totalidad de las reglas de la buena fe se imponen a las partes. Por lo tanto, el deber de información, diligencia, no venirse contra el acto propio, lealtad, mitigar el daño¹⁵, entre otros, son plenamente aplicables al contrato electrónico.

¹⁵ Sobre el deber de mitigar el daño aplicado a contratos escritos, resulta fundamental ver la obra del maestro Carlos Ignacio Jaramillo. (Jaramillo, 2013)

El Estatuto del consumidor (Ley 1480, 2011, Art. 50) tiene como objetivo proteger al consumidor electrónico (relación B2C), son típicos ejemplos del deber de información. De este modo, la norma en cita prevé que el portal web a través del cual se realice la transacción, debe contar con información veraz sobre la identificación del empresario (literal a), sobre el producto (literal b), medios de pago y condiciones de entrega (literal c), condiciones generales de los contratos (literal d), etc.

El principio de buena fe obliga, por tanto, a cumplir los deberes propios de éste y a asumir las consecuencias de su infracción, aún en entornos virtuales. En materia de publicidad, por ejemplo, se mantiene incólume el deber de información, en virtud del cual se sanciona la publicidad engañosa. La Superintendencia de Industria y Comercio, sobre este punto, ha impuesto sanciones a comerciantes que a través de páginas web han incurrido en publicidad engañosa; tal fue el caso del conocido portal “Despegar.com” sancionado mediante (Resolución n° 524, 2014), de la cual pueden extraerse los siguientes aportes, en el tema de publicidad engañosa en medios virtuales:

- Se ordenó una “visita de inspección” a la página web, para determinar la forma en que ofrecía y fijaba los precios de los servicios prestados. Los resultados de la visita fueron determinantes para la decisión.
- Se establece que el precio definitivo debe anunciarse de manera inicial, de tal suerte que resulta una infracción a los derechos del consumidor el fijar un primer precio y al final de la transacción, exigir el pago de otro. Incluso, en este evento, advierte la SIC en la resolución en comentario, deberá pagarse el precio inferior, siguiendo las voces (Ley 1480, 2011, Art. 26)
- Otro motivo de reproche fue que en cada paso en la transacción se informaban precios distintos y se anunciaban promociones con un precio, que al ingresar a través de un clic, se transformaba en otro precio mayor o menor. Esta discordancia es constitutiva de publicidad que induce a error al consumidor.
- Cuando se informe el precio en moneda extranjera y se trate de servicios turísticos, debe informarse la tasa de cambio aplicable.
- Es dable imponer sanciones administrativas a los comerciantes que por medio de páginas web, incurran en publicidad engañosa.

Otro caso emblemático es el del reconocido portal web “lostiquetesmasbaratos.com” en el cual la delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio profirió una medida cautelar en sentido de ordenar a las sociedades propietarias del portal abstenerse de utilizar la expresión “*los tiquetes*

más baratos” en su dirección electrónica. La SIC consideró que la expresión generaba competencia desleal, inducía a error y configuraba un evento de publicidad engañosa, toda vez que el portal no concedía a los consumidores los tiquetes aéreos a los precios más bajos dentro de toda la oferta disponible. Hoy en día el citado portal utiliza el dominio “www.tiquetesbaratos.com” y si se intenta acceder al dominio “www.lostiquetesmasbaratos.com”, remite al primero.

El comerciante que decide utilizar el entorno virtual para ofrecer sus bienes y servicios debe cumplir con los deberes derivados del principio de buena fe, sin que resulte dable soslayarlos so pretexto de encontrarse en el ciberespacio. En caso de infracciones a los deberes de la buena fe, las autoridades competentes pueden adoptar las medidas necesarias para proteger a los competidores, los consumidores y los contratantes, dependiendo de la naturaleza de la transacción realizada.

3.4. Neutralidad tecnológica

El principio de neutralidad tecnológica pretende evitar que las regulaciones propias de la contratación electrónica, impidan el desarrollo tecnológico atándolas a un determinado sistema, marca, producto, soporte lógico, etc. En palabras de (Rincón Cárdenas, 2015), las normas deben abarcar las tecnologías que causan la reglamentación, las que se están desarrollando y las que en un futuro de desarrollarán.

Tal como sostiene (Torres Torres, 2010), la neutralidad tecnológica invita a expedir regulaciones genéricas y no atadas a una tecnología única. Pero, igualmente afirma citando a (Illescas & Perales Viscasill, 2003) Illescas, que este principio queda limitado en un tiempo razonable, es decir, no puede exigirse que el legislador prevea todas las tecnologías a futuro, pero sí al menos que en un futuro previsible, la legislación no se convierta en un freno de la tecnología. Para ésta¹⁶, en resumen, el ordenamiento jurídico no puede privilegiar una tecnología sobre otra.

En el ámbito venezolano, como refieren (Landáez Otazo & Landáez Arcaya, 2007), es reconocido por el decreto con fuerza de ley (Decreto con fuerza de ley n° 1.204, 2001), en la parte considerativa del mismo, como “tecnología neutra”¹⁷. Los

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ En el Decreto con Fuerza de Ley (Decreto con fuerza de ley n° 1.204, 2001), expedido por la presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, en la parte considerativa, establece unos determinados principios que orientan la interpretación del mismo, entre los cuales se encuentran: eficacia probatoria, tecnológicamente neutra, respeto a las formas documentales

autores en cita ponen de presente que en el escenario internacional este principio se ha visto criticado por visiones como las de Kranzberg e Iriarte, quienes sostienen que al no ser la tecnología en sí misma neutra, es muy difícil plantear que la legislación lo sea y ponen en duda la fuerza del principio. Por ello, aparejado a otras razones de índole filosófica del concepto “neutralidad”, los autores plantean que debería denominarse “No preferencia de una modalidad o marca de tecnología sobre otra” o “no preferencia en tecnología” (Landáez Otazo & Landáez Arcaya, 2007)

Este principio goza de una fuerte actividad regulatoria en Colombia. En efecto la (Coordinación de infraestructura, 2011) (en adelante CRC) resalta que la neutralidad también se evidencia en que el usuario de internet acceda libremente a todo el contenido existente en la red, como regla general, sin que el operador del servicio pueda restringir su acceso, o disminuya la velocidad, de aplicaciones o sitios web, de manera arbitraria o caprichosa. El documento advierte:

Bloqueo de servicios, aplicaciones y contenidos: El libre acceso de los usuarios a los servicios, contenidos y aplicaciones legítimos de su elección, comprende de manera general la visión más común que se tiene del principio de Neutralidad en Internet, dada la estructura abierta con la que ha sido concebida la red. En este sentido, el bloqueo o degradación de servicios, aplicaciones y contenidos limitará los beneficios generados por la misma naturaleza abierta de Internet. Los usuarios y los proveedores de contenidos y aplicaciones han hecho énfasis en que se garantice este elemento por parte de los Proveedores de acceso a Internet, pues consideran que pueden ser vulnerados sus derechos si los Proveedores de Acceso a Internet ejecutan procedimientos donde se bloqueen aplicaciones y/o contenidos o se degrade su velocidad. Entre los casos más evidentes de estas prácticas están el caso Comcast por bloqueo de aplicaciones “peer to peer” y el caso Madison River por bloqueo de aplicaciones de comunicaciones por voz en Internet (VoIP)¹⁸.

Este documento¹⁹ se refiere igualmente que la neutralidad se advierte en la gestión del tráfico o gestión de red. Ocurre que dado el inmenso volumen de

existentes, respeto a las firmas electrónicas preexistentes, otorgamiento y reconocimiento jurídico de los mensajes de datos y las firmas electrónicas, funcionamiento de las firmas electrónicas, no discriminación del mensaje de datos firmado electrónicamente, libertad contractual y responsabilidad. Respecto del principio denominado “Tecnológicamente Neutra”, el decreto advierte: “No se inclina a una determinada tecnología para las firmas y certificados electrónicos. Incluirá las tecnologías existentes y las que están por existir”.

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Ibídem.

información que transita por las redes, los proveedores de internet decidieron priorizar el uso de redes dependiendo del tipo de paquete de datos, a fin de dar mayor velocidad a la red; para lograr ello se realizó, en primera medida, una inspección suave (SPI por sus siglas en inglés), la cual fue burlada por algunos sistemas, llevando así a los proveedores a realizar una inspección profunda (DPI por sus siglas en inglés) en los paquetes de datos. Este tipo de prácticas puede conllevar a la discriminación en la velocidad de ciertos contenidos o incluso llevar a que el operador proceda a su bloqueo. La CRC propone una gestión del tráfico de redes racional y neutral.

Teniendo como base (Coordinación de infraestructura, 2011) y con ocasión de lo contemplado en el artículo 56 de la ley por la cual se expide el plan nacional de desarrollo, 2010-2014, (Ley 1450, 2011) la CRC expidió (Resolución 3502, 2011), en donde se regulan los términos y condiciones que deben cumplir en materia de neutralidad los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que prestan el servicio de internet. En su artículo 3, plantea cuatro principios que desarrollan la neutralidad, así:

- Libre elección: El usuario podrá utilizar, enviar, recibir, etc., contenidos libremente a través de la red, salvo aquellos que la ley expresamente prohíbe. También incluye el derecho a la libre elección de dispositivos tecnológicos para acceder a la red, siempre que sean legales y no perjudiquen a la red.
- No discriminación: Los proveedores de redes y servicios no discriminarán los contenidos web.
- Transparencia: Los proveedores deben revelar sus políticas de gestión de tráfico a los usuarios y a otros proveedores que tengan acceso a su red.
- Información: Debe otorgarse al usuario toda la información sobre la prestación del servicio de acceso a internet.

La ley contentiva del plan de desarrollo 2010-2014 (Ley 1450, 2011), en su artículo 56²⁰ ordenó la aplicación de la neutralidad a los prestadores de servicios

²⁰ La norma en comento, establece lo siguiente: “**Artículo 56. Neutralidad en Internet.** Los prestadores del servicio de Internet: (...) 1. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 1336 de 2006 (sic), no podrán bloquear, interferir, discriminar, ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet, para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio lícito a través de Internet. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de estos. Los prestadores del servicio de

de internet, desarrollada por la resolución mencionada, y donde se fijaron claras instrucciones en torno a la no censura de contenidos web, salvo los legalmente establecidos. La ley fue clara en advertir que la prestación del servicio de acceso a internet no podía discriminar en lo referente a equipos que utilizan los usuarios para navegar; dicho en otro modo, el servicio debe ser neutral para la recepción de todo tipo de equipos. Igualmente la ley fijó la posibilidad de restringir contenidos a partir de los siguientes criterios: (i) Prohibición legal, (ii) controles parentales (iii) privacidad de los usuarios, contra virus y seguridad de la red, (iv) a petición del usuario.

Un claro ejemplo de restricción al principio de neutralidad en el uso y acceso a internet, es el contenido en la (Ley 1336, 2009), que restringe y penaliza el acceso a contenidos referentes a pornografía infantil. En este caso, el principio de neutralidad cede ante los derechos de los menores, por lo cual no puede invocarse aquél para acceder a los contenidos restringidos por orden legal.

En lo referente a desarrollos jurisprudenciales del principio de neutralidad tecnológica, puede citarse la (Sentencia C-403, 2010), en la cual se ratifica este principio en materia de regulación del espectro electromagnético, (Ley 1341, 2009).

3.5. Libertad contractual y libertad para contratar en el contrato electrónico.

(Rincón Cárdenas, 2015) Arguye que este principio es una reiteración del propio del derecho de contratos y que implica una emanación del principio de

Internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, lo cual no se entenderá como discriminación. (...) 2. No podrán limitar el derecho de un usuario a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales y que los mismos no dañen o perjudiquen la red o la calidad del servicio. (...) 3. Ofrecerán a los usuarios servicios de controles parentales para contenidos que atenten contra la ley, dando al usuario información por adelantado de manera clara y precisa respecto del alcance de tales servicios. (...) 4. Publicarán en un sitio web, toda la información relativa a las características del acceso a Internet ofrecido, su velocidad, calidad del servicio, diferenciando entre las conexiones nacionales e internacionales, así como la naturaleza y garantías del servicio. (...) 5. Implementarán mecanismos para preservar la privacidad de los usuarios, contra virus y la seguridad de la red. (...) 6. Bloquearán el acceso a determinados contenidos, aplicaciones o servicios, sólo ha pedido expreso del usuario. (...) **Parágrafo.** La Comisión de Regulación de Comunicaciones regulará los términos y Condiciones de aplicación de lo establecido en este artículo. La regulación inicial deberá ser expedida dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley” (Ley 1450, 2011).

inalterabilidad y respeto del derecho preexistente. Aclara, igualmente, que se trata de un principio que llama la atención sobre la libertad contractual que debe existir en el ámbito electrónico.

(Pérez, 2003) Plantea la libertad de forma como un principio propio de los contratos electrónicos, recalcando que, salvo aquellos contratos atados a solemnidades por el derecho sustancial (como el caso de los negocios sobre inmuebles en Colombia), los demás contratos pueden celebrarse válidamente en el escenario virtual. Aclara que este principio exige que un contrato electrónico se considere como válido, sin importar la plataforma o sistema informático utilizado para su celebración, siempre y cuando se cumplan los presupuestos exigidos por (Ley 527, 1999). De este modo, no podría un juez invalidar un contrato electrónico por el sólo hecho de haber sido realizado a través de determinada plataforma tecnológica y no por otra, a menos que el argumento tenga como fundamento que la plataforma utilizada no da cuenta de los requisitos exigidos por la citada ley, para la validez del mensaje de datos o de la firma digital, según el caso.

En Colombia este derecho se observa claramente en la regulación a favor del consumidor electrónico plasmada en (Ley 1480, 2011, Art. 50. Lit. D). En efecto, ordena que las relaciones de consumo en el marco del ciberespacio, es decir B2C, deben contar con un mecanismo que permita al consumidor manifestar claramente su aceptación del bien o servicio, se plantea que tal aceptación debe ser “expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente”. Así mismo exige que la plataforma respectiva permita al consumidor cancelar la transacción antes de concluirla. La norma prohíbe estipulaciones contractuales que presuman la voluntad del consumidor electrónico, o que otorguen al silencio la calidad de consentimiento, cuando tal situación genere erogaciones a cargo del consumidor.

Ahora bien, resulta intencionada la redacción del título de este capítulo, puesto que la mayor parte de la doctrina refiere a la libertad contractual en el escenario electrónico. No obstante, atendiendo una vieja distinción en el derecho privado de contratos, debe establecerse un lindero entre la expresión “libertad contractual” y “libertad para contratar”, vigente desde la obra de (Messineo, 1986). Por “libertad contractual” debe entenderse la posibilidad real que tienen las partes para decidir el contenido mismo del contrato; en cambio la “libertad para contratar” se refiere a la posibilidad restringida de elegir si se contrata o no, sin poder discutir el clausulado del contrato (como ocurre en los contratos de adhesión a condiciones generales). (Cárdenas Quirós, 2000)

Teniendo en cuenta que los contratos electrónicos pueden revestir diferentes tipos de relaciones (B2B, B2C, C2C, B2G), es evidente que en algunos eventos las

partes pueden efectivamente discutir el clausulado del contrato celebrado, donde ejercen, allí sí, una libertad contractual. Empero, en relaciones asimétricas, tales como las del consumidor electrónico (B2C), éste adhiere a unas condiciones generales publicadas por el oferente del bien o servicio, sin que el consumidor pueda discutir las, limitándose a aceptarlas y en algunos casos sin ni siquiera leerlas. En éste último evento, se está ejerciendo una libertad para contratar, siguiendo la diferencia que planteó en su momento (Messineo, 1986).

En conclusión, en la contratación electrónica se evidencia como principio de libertad para contratar y de libertad contractual.

3.6 Autonomía de la voluntad

Se reconoce por parte de la doctrina y de la (Naciones Unidas, 2008) Ley Modelo de la CNUDMI – UNCITRAL, a la autonomía de la voluntad como un principio fundante de los contratos electrónicos. Principio que se encuentra ratificado en (Ley 527, 1999) para el caso colombiano, y para el contexto europeo en la directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de junio de 2000, tal como lo señala (Pérez, 2003). Autora que además comprende que la vigencia y exigibilidad misma de los contratos por medios electrónicos, es una garantía del principio de autonomía de la voluntad.

(Torres Torres, 2010), por su parte, reconoce que uno de los principios que deben regir las relaciones electrónicas es la autonomía de la voluntad, de tal suerte que no se imponga la forma electrónica para los contratos, y que por ello resulta vital respetar aquellos pactos en los cuales las partes exijan que ciertos actos consten por escrito a la manera tradicional. En efecto, la autonomía de la voluntad permite que las partes acuerden válidamente celebrar un contrato por medios tradicionales o por medios electrónicos.

Siguiendo lo postulado²¹, se puede hacer una lectura en clave del principio de la autonomía de la voluntad, radicado en (Ley 527, 1999, Art. 14), que reconoce que la formación del contrato, oferta y su aceptación podrá hacer mediante mensaje de datos, salvo pacto en contrario. De este modo, se reconoce que las partes pueden válidamente restringir las etapas del contrato que se someten al escenario electrónico y cuales se destinan al mundo del papel.

²¹ Ibídem.

3.7. Autenticidad

(Pérez, 2003) Lo concibe como un principio de la contratación electrónica, vigente en Colombia a través de (Ley 527, 1999, pág. Art. 8). El principio plantea que es necesario determinar la autenticidad del mensaje de datos, a efectos de conocer con certeza las partes del contrato electrónico y así extender sus efectos jurídicos.

Lo primero que debe advertirse en torno al tema de la autenticidad del mensaje de datos y su eficacia probatoria, es que en palabras de Daniel Peña Valenzuela “No se debe confundir la información como objeto de prueba con el sistema de información mediante el cual la información fue objeto de procesamiento o en el que está almacenada” (Peña Valenzuela, 2015). Por lo tanto, una cosa será el mensaje de datos que se pretende hacer valer ante el juez, y otra muy distinta el soporte o unidad de almacenamiento que lo contiene (cd, usb, etc).

Ahora bien, entendido que el efecto probatorio se pretende es del mensaje de datos y no de la unidad que lo contiene, es importante advertir que en el (Ley 1564, 2012, pág. Art. 244. Inc. 6) Se señala que “Los documentos en forma de mensajes de datos se presumen auténticos”. En consecuencia, la presunción de autenticidad se predica del mensaje de datos y no de la unidad o soporte que lo contenga. Así por ejemplo, un mensaje de datos aportado en un CD-ROM, permite aseverar de aquél la presunción de autenticidad, no así del CD-ROM como objeto físico.

Por su parte (Ley 1564, 2012, pág. Art. 247. Inc. 1): “Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud”. Esta norma resulta importante pues despeja algunas dudas que podrían generarse a nivel judicial sobre la necesidad de aportar un peritaje sobre el mensaje de datos que confirme su autenticidad, o si el mismo debe aportarse previa cierta manipulación especializada. Lo cierto es que el Código General del Proceso requiere su aportación en el mismo formato en que fue creado, enviado o recibido o en uno que lo reproduzca con exactitud, quedando así descartada la necesidad de arrimar al proceso peritajes u otras adendas, que para nada son solicitadas por la ley, para aceptar la autenticidad del mensaje de datos. Dicho de otro modo, el mensaje de datos se presume auténtico sin mayores requisitos a los señalados en el artículo 247 CGP transcrito.

Lo anterior no descarta que, para ciertos eventos excepcionales, el operador judicial requiera el sometimiento del mensaje de datos a algunos procesos periciales a fin de determinar su integridad o inalterabilidad, cuando por ejemplo, su veracidad haya sido puesta en duda a través de una tacha de falsedad. En este punto el auto Daniel Peña advierte:

Aunque en ciertas circunstancias puede aprovecharse la prueba pericial para determinar las características técnicas de confiabilidad en la creación, transmisión y almacenamiento de un mensaje de datos, nos parece impertinente considerar que todo documento electrónico debe estar acompañado de un dictamen pericial o ser sometido a tal prueba técnica para que se le otorgue valor probatorio. (Peña Valenzuela, 2015)

Suele causar duda el tema de aquel documento impreso que se aporta al proceso en cualquiera de las etapas que permiten tal presentación, y el mismo reproduce un mensaje de datos; tal sería el caso del litigante que presenta con la demanda la impresión física de una conversación a través de redes sociales, de un correo electrónico, o de una conversación a través de aplicaciones móviles como “*whatsapp*”. Frente a este punto (Ley 1564, 2012, Art. 247. Inc. 2) Menciona: “La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.” Lo primero que debe rescatarse es el importante paso que asume el Código General del Proceso al despejar las dudas que surgían sobre este específico punto y que no tenían una respuesta expresa en el Código de Procedimiento Civil. En segundo lugar, debe mencionarse, entonces, que la impresión de un mensaje de datos deberá valorarse siguiendo las reglas generales de los documentos, aspecto que Daniel Peña, aclara así:

No es admisible, si se quiere reivindicar la presunción de autenticidad de los mensajes de datos, la impresión de una copia en papel. En este último caso –la impresión en papel– es la simple copia de otro documento original que fue generado, almacenado o transmitido por medios electrónicos y deberá ser apreciado con un valor probatorio restringido. (Peña Valenzuela, 2015, pág. 81)

Siguiendo esta tesis, es dable concluir que la impresión de un mensaje de datos debe tenerse como la aportación de una copia del original, y por lo tanto debe aplicarse las reglas generales de las copias de documentos, tal y como lo ordena (Ley 1564, 2012, Art. 247). Frente a lo cual deberá remitirse (Ley 1564, 2012, Art. 246) que prevé que las copias tendrán el mismo valor que el original a menos que por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia. Por su parte (Ley 1564, 2012, Art. 244 Inc. 2) establece que las copias de documentos públicos y privados emanados de las partes o de terceros, se presumen igualmente auténticos. Hasta este punto, en consecuencia, cabe afirmar que: (i) La impresión de un mensaje de datos deberá valorarse como copia física de su original digital (Peña Valenzuela, 2015). (ii) La copia tiene el mismo valor que el original, con las salvedades anotadas. (iii) La copia de documento público o privado se presume igualmente auténtica.

La diferencia entre un original y la copia radicaría en la posibilidad que existe frente a ésta última, de solicitar la aplicación (Ley 1564, 2012, Art. 246.

Inc. 2), que establece: “Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.” Surge de lo dicho que en caso de que una parte presente impresión física de un mensaje de datos, la parte contraria puede solicitar su cotejo con el original, tal y como lo prevé la norma en cita.

3.8 Integridad

También se considera un principio del contrato electrónico, en la medida que permite determinar si el mensaje de datos remitido, tiene identidad con el mensaje de datos recibido, esto es, contar con la certeza de que el mensaje no ha sido alterado. La autora identifica este principio con (Ley 527, 1999, Art. 9-18), y advierte que la integridad “permitirá valorar el alcance y naturaleza de las obligaciones que adquieren las partes en la contratación por medios electrónicos. (Pérez, 2003).

La integridad se presenta entonces como un presupuesto fundamental para determinar la validez del mensaje de datos, tema que tiene igualmente un impacto fuerte en materia probatoria y judicial. Lo anterior por cuanto si la parte contra la cual se aduce un mensaje de datos logra demostrar que el mismo ha sido alterado o modificado por terceros sin su consentimiento, destruyendo así la integridad del documento, quedará igualmente desvirtuada la presunción de autenticidad de que trata el Código General del Proceso; para lo cual, siguiendo a (Peña Valenzuela, 2015), se requiere una prueba pericial idónea que dé certeza al juez sobre la fraudulenta intervención en el mensaje de datos.

Si bien este principio podría incorporarse dentro del principio de autenticidad, autores como (Pérez, 2003) lo han tratado de manera independiente, lo cual se rescata y comparte toda vez que en el escenario virtual resulta transcendental asegurar que el mensaje de datos no ha sido objeto de manipulación, dado que los sistemas virtuales no son infranqueables y pueden ser objeto de ciberataques.

4. Los principios de la contratación electrónica en el bitcoin: una propuesta hermenéutica

4.1.1. Generalidades de los bitcoins

En el presente aparte se presenta la aplicación de los principios objeto de estudio a un caso concreto, específicamente frente a la validez del uso de los

“bitcoin” (BTC) como instrumento de pago en contratos de compraventa en Colombia, formulado así una propuesta hermenéutica.

Las monedas virtuales (*virtual currencies*) son representaciones de valor que circulan en el mundo electrónico, dicho de otro modo son mensajes de datos que adicionalmente a contener información, incorporan un valor susceptible de apropiación y uso a cambio de bienes y servicios en el entorno virtual. El Fondo Monetario Internacional (FMI) centró su atención en estas unidades de valor publicando el estudio (He, y otros, 2016), según el cual:

Las monedas virtuales (*virtual currencies*) son representaciones digitales de valor, emitidas por desarrolladores privados y denominadas en su propia unidad de cuenta. Las monedas virtuales se pueden obtener, almacenar, acceder y transar electrónicamente, y pueden utilizarse para una variedad de propósitos, siempre y cuando las partes de la transacción hayan acordado usarlas. El concepto de las monedas virtuales cubre una gama amplia de “monedas”, que van desde simples IOU’s de emisores (tales como cupones móviles o de internet y millas aéreas), monedas virtuales respaldadas en activos como el oro, y “criptomonedas” como Bitcoin. (He, y otros, 2016, pág. 7)

El concepto de moneda virtual acoge toda representación de valor que se emite en el entorno virtual, desde los IOU’s –documentos que representan obligaciones– hasta las criptomonedas. Nótese que para este importante estudio del FMI²² las millas de aerolíneas son formas de moneda virtual. Dentro de este universo aparecen las “criptomonedas”, representaciones digitales de valor que utilizan complejos procesos de encriptación informática con el fin de garantizar la seguridad de las operaciones y especialmente la no duplicidad en el uso de la “moneda”, es decir que no se pague dos veces con un mismo activo. Las “criptomonedas” utilizan un sistema informático en lugar de un banco emisor, por lo tanto la emisión de criptomoneda, en sí misma, no genera un pasivo²³ y su uso depende de la confianza existente en el emisor privado²⁴.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ “The value of existing fiat currencies is backed by the creditworthiness of the central bank and the government. Centrally issued VCs rely on the backing of the private issuer’s credibility while the value of privately issued currencies (...) have historically been supported by the private issuer’s credibility and commodity reserves. In contrast, the value of crypto currencies does not have any backing from any source. They derive value solely from the expectation that others would also value and use them.” (He, y otros, 2016, pág. 9)

Los bitcoins son una criptomoneda digital que utiliza un protocolo y una red P2P para funcionar, tiene como característica que no se encuentra respaldada ni es emitida por un estado o por un banco emisor, ni siquiera por un banco comercial. Se trata de una red que permite la extracción de bitcoins (BTC) a través de un proceso denominado minería (mining)²⁵, los cuales son posteriormente transferidos a través de un sistema de billeteras electrónicas.

Los comerciantes acceden a billeteras electrónicas a través de portales como “bitcoin core” o “breadwallet”, entre otros; cada billetera funciona con una clave pública y una privada. La privada otorga el acceso a la billetera y permite controlar los BTC del usuario, mientras que la clave pública se suministra a otros usuarios para que éstos realicen las transferencias. De esta forma cuando dos comerciantes desean realizar un pago, basta que el receptor suministre su clave pública al emisor, el emisor a su vez ingresa a su billetera con su clave privada y realiza el envío de los BTC a la billetera del receptor, para lo cual utiliza la clave pública que le fue informada; posteriormente el receptor ingresa a su billetera con su clave privada y verifica la transacción, almacena los BTC pudiendo utilizarlos en nuevas transacciones. El sistema está diseñado de tal forma que resulta imposible el doble uso de un mismo BTC, dicho de otra manera, no es dable remitir un mismo BTC a dos usuarios distintos.

Algunos intermediarios permiten el intercambio de los BTC por moneda común de diferentes países, permitiendo que aquel comerciante que ha recibido BTC a cambio de un bien o servicio, pueda convertirlos fácilmente en su moneda nacional o en divisas fuertes como dólares o euros. No obstante, el comerciante también puede almacenar los BTC para utilizarlos como medio de pago en otras transacciones futuras, y dado su uso extendido de seguro le serán de utilidad en la adquisición, por ejemplo, de nuevas mercancías, materias primas, etc.

La fortaleza del BTC viene dada por su uso. Curiosamente, a pesar de desconocer a ciencia cierta la identidad del creador, de no contar con un respaldo en un estado o banco emisor, entre otras características, varios comerciantes a lo largo y ancho del planeta aceptan BTC como medio de pago en diferentes transacciones. De nada serviría la plataforma BTC si los comerciantes no le dieran uso o desconfiaran de la misma, pero contrario a ello su aceptación es cada vez

²⁵ La minería requiere el uso de potentes sistemas y equipos que a través de complejas operaciones matemáticas, logran descriptar bloques de bitcoins. Una vez el minero descripta el bloque, se convierte en propietario de los BTC que se pueden transferir, pero al encontrarse todo el sistema enlazado, impide su duplicación. Dicho de otra manera, cada BTC es único y no puede repetirse, copiarse o duplicarse, evitando así el fraude.

mayor al punto que sin duda los negocios con los BTC resultan hoy muy atractivos en el entorno del comercio electrónico.

4.2. Los bitcoin y el ordenamiento jurídico colombiano

Hasta la fecha de presentación de este artículo, no existe una regulación de orden legal o constitucional que prohíba o limite el uso de los BTC en Colombia, o que tipifique como causal de nulidad, ineficacia o inexistencia su aplicación en un contrato. Dicho de otro modo, los BTC carecen de regulación jurídica expresa, vacío ante el cual los principios de la contratación electrónica están llamando a brindar orientación.

No obstante la carencia de regulación de rango legal, organismos encargados del tema monetario, financiero o societario han realizado puntuales pronunciamientos sobre la validez del uso de los BTC al interior de Colombia, o al menos han advertido de los riesgos de su uso. A continuación se presentan los pronunciamientos:

- (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014): La SFC manifestó que las entidades sometidas a su vigilancia (entidades del sector financiero) no pueden intermediar ni operar con BTC, restringiendo así su uso en contratos con el sector financiero. La SFC no los denominó “moneda”, sino que utilizó el término mucho más genérico de “instrumentos”. Finalmente advirtió de los riesgos de operar con BTC entre los que mencionó: volatilidad en el precio, anonimato de las transacciones, posibilidad de hackeo, imposibilidad de reversar la transacción, ausencia de una garantía o depósito y que la aceptación de los BTC en el mercado puede ser temporal.
- Banco de la República de Colombia: (Banco de la República de Colombia, Comunicado Bitcoin, 2014): Recuerda que la unidad monetaria en el país es el peso (COP) tal como lo establece (Ley 31, 1992), por lo tanto concluye que el BTC no es una moneda en Colombia y tampoco es una divisa. Más adelante, en el concepto del 10 de febrero de 2016 reiteró su posición al afirmar que el poder liberatorio es características exclusiva del peso (COP), por tal razón, concluye, no se encuentra regulado el uso de monedas digitales en el régimen de cambios internacionales y no pueden utilizarse como pago de las operaciones propias del régimen cambiario²⁶.

²⁶ “En Colombia, las “monedas virtuales” no han sido reconocidas como moneda por el legislador ni la autoridad monetaria. Al no constituir un activo equivalente a la moneda legal de curso

- Superintendencia de Sociedades (Superintendencia de Sociedades, 2016): Sin referirse específicamente al BTC, explicó que la unidad monetaria de Colombia es el peso (COP) por lo que otros mecanismos no constituyen un medio de pago de curso legal. Adicionalmente advirtió de los riesgos de acudir a los denominados “clubes de inversión”, que básicamente se constituyen en plataformas o anuncios web que de manera anónima aseguran rentabilidades exorbitantes a quienes inviertan en sus empresas, supuestamente expertas en el negocio de la moneda digital, resultando todo un fraude. Por último manifestó que no existen compañías multinivel autorizadas para utilizar este tipo de activos.

En conclusión, no existe un marco regulatorio del orden legal que permita, regule o prohíba el uso de criptomonedas en las operaciones de derecho privado en Colombia; sin embargo, existen pronunciamientos de la Superintendencia Financiera, Superintendencia de Sociedades y Banco de la República, que en términos generales concuerdan en los siguientes puntos: (i) afirman que la única moneda de curso legal en Colombia es el peso (COP), (ii) por lo tanto el peso (COP) cuenta con poder liberatorio, no así las criptomonedas; (iii) recomiendan a los particulares no invertir en criptomonedas por cuanto se trata de operaciones calificadas de riesgosas.

4.3. La aplicación de los principios de la contratación electrónica en operaciones con bitcoin.

Frente a un contrato de compraventa de bienes o servicios entre dos comerciantes (excluyendo la relación de consumo), regulado por el derecho colombiano, en el que como medio de pago se establezca una cantidad fija de BTC entregados al vencimiento de un plazo determinado, existirían serias dudas sobre su validez y sobretodo su exigibilidad a nivel judicial. Es en este punto donde se propone una salida hermenéutica, emanada de los principios de la contratación electrónica a falta de regulación legal aplicable.

El primer principio que debe tenerse en cuenta es el de “no modificación del derecho de contratos preexistente”, por ende el uso de los BTC no puede alterar o

legal carecen de poder liberatorio ilimitado para la extinción de obligaciones. Teniendo en cuenta lo anterior, el régimen de cambios internacionales no contempla una regulación respecto a las monedas virtuales y por tanto no pueden utilizarse como medio de cumplimiento en las operaciones de qué trata el Régimen Cambiario, contenidas en la Resolución Externa No 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República.” (Banco de la República de Colombia, 2016)

modificar el derecho vigente. Ello permite acompasar el análisis con las posturas surgidas de los organismos del estado colombiano, en tal sentido los BTC no reemplazan al peso (COP) como moneda de curso forzado y con poder liberatorio. Dicho de otra manera, no puede exigirse a un acreedor de una obligación pactada en pesos o cualquier otra divisa, a recibir BTC, puesto que en ese caso el uso de BTC no permite extinguir la obligación por pago. En conclusión, el BTC no reemplaza al peso (COP).

No obstante, se mantiene la duda en aquellas obligaciones donde el pago *in natura* es justamente en BTC, como sería el caso en el que expresamente las partes pacten los BTC como forma de pago. En este ejemplo, los conceptos de las entidades gubernamentales ya reseñados no otorgan mayores luces, por ello se propone la aplicación del principio de equivalencia funcional como una salida a dicho escollo jurídico.

El principio de equivalencia funcional permitiría asimilar los BTC a las divisas, sin afirmar que los BTC ostenten tal calidad, pero sí se trataría del equivalente funcional más cercano existente. En otras palabras, reconociendo que los BTC no son divisas (al no ser emitidos por un estado extranjero), éstas sí son la figura que más se les acerca, permitiendo asimilarlos en sus efectos. Tal aplicación del principio del equivalente funcional dejaría a salvo la discusión sobre la validez del contrato, puesto que le resultaría aplicable el (Decreto 410, 1971, Art. 874. Inc. 2) que autoriza las operaciones en divisas en el derecho comercial colombiano, cuando establece:

“Las obligaciones que se contraigan en monedas o divisas extranjeras, se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario, se cubrirán en moneda nacional colombiana, conforme a las prescripciones legales vigentes al momento de hacer el pago”

Siguiendo esta lógica, el contrato de compraventa en el cual las partes han pactado el pago en BTC, deberá ser honrado realizando la transacción respectiva de tales activos en la cantidad y plazo debidamente pactados. Si por cualquier razón no es posible dicho pago (verbigracia, el cierre de la plataforma o que el usuario haya dado de baja su billetera electrónica, o que no cuente con BTC, entre otros ejemplos), deberá honrarse en su equivalente en pesos colombianos (COP).

El cambio de BTC a su equivalente en pesos colombianos (COP), se debe realizar ingresando a un portal que de manera confiable arroje la cotización del BTC en dólares americanos (USD) del día del pago, un ejemplo y tal vez el más confiable, sería el portal de blockchain (<https://blockchain.info/es/charts/market-price>). Conocido el valor en dólares americanos resulta muy fácil convertir el valor a pesos colombianos usando para ello las tasas de cambio oficiales.

La aplicación del principio de equivalencia funcional tal como aquí se propone, permite resolver el inconveniente de la exigibilidad a nivel judicial. En efecto, (Ley 1564, 2012, Art. 431) Código General del Proceso²⁷ establece que en los eventos en los cuales se pretenda recaudar a través del proceso ejecutivo una obligación pactada en moneda extranjera, cuyo pago deba realizarse en moneda legal colombiana a la tasa vigente al momento del pago, el mandamiento de pago se debe dictar en la divisa acordada. Acogiendo la tesis propuesta de la equivalencia funcional de los BTC con las divisas, podrá darse aplicación al artículo²⁸ del CGP en caso de que se pretenda el recaudo de una obligación pactada en BTC; posteriormente, en la etapa de liquidación del crédito –reglada en (Ley 1564, 2012, Art. 446) CGP–, se realizaría su conversión a la moneda nacional.

La equivalencia funcional no sería el único principio que avalaría la postura aquí planteada. La buena fe que debe regir el contrato electrónico establece que si las partes han pactado una obligación en BTC, lo hacen con el fin de que produzca efectos de manera natural, tal y como fue pactada originalmente. Sería contrario a la regla de la buena fe de la lealtad y el no irse contra su propio acto (*venire contra factum proprium non valet*), el pactar una obligación en BTC teniendo como finalidad que la misma no se cumpla, o que se excuse judicialmente a las partes de su cumplimiento con el argumento de la carencia de regulación legal. Por el contrario, el pacto de obligaciones en BTC al no estar prohibido por una disposición de rango legal, se encuentra permitida en el mundo comercial y debe imperar en tales pacto el actuar conforme a los deberes de la buena fe; excepción hecha de las entidades del sector financiero, puesto que para éstas las operaciones en BTC fueron prohibidas por la Superintendencia Financiera, tal como quedó dicho.

Por su parte el principio de neutralidad tecnológica también afianza la postura aquí planteada. Mal haría el juez en discriminar una tecnología frente a otra, de tal suerte que otorgue validez jurídica a otro tipo de monedas virtuales, tales como las millas de aerolíneas y la niegue a las obligaciones pactadas en BTC.

²⁷ Sobre la regulación del mandamiento ejecutivo en el CGP cuando la obligación se ha pactado en moneda extranjera, el profesor Ramiro Bejarano explica: “Si la prestación cuyo cobro ejecutivo se pretende consiste en una obligación en moneda extranjera cuyo pago deba hacerse en moneda legal colombiana a la tasa vigente al momento del pago, el mandamiento ejecutivo ordenará la cancelación en la divisa acordada. Por ejemplo, si el deudor debe pagar el equivalente en pesos colombianos de 1000 dólares, el juez no librará el mandamiento de pago por el equivalente de la cantidad en pesos colombianos, sino por la suma de 1000 dólares.” (Bejarano Guzmán, 2016, pág. 474)

²⁸ *Ibidem*.

La aplicación de la neutralidad tecnológica indica que la tecnología BTC no puede ser objeto de discriminación frente a otras modalidades similares.

La libertad contractual, la libertad para contratar y la autonomía de la voluntad también respaldan el planteamiento acerca de los BTC y su asimilación a las divisas como su equivalente funcional más cercano o parecido. Las partes en ejercicio de los principios mencionados pueden válidamente celebrar contratos que contengan obligaciones de dar BTC, quedando cerrada la posibilidad de que tales clausulados sean acusados de vicisitud alguna, mientras se mantenga la situación de carencia de regulación jurídica expresa.

El principio de autenticidad e integridad aplicados a la relación BTC son orientadores de la actividad del juez, en el sentido que éste debe tener claro que la transferencia de BTC, por ejemplo, efectivamente se realizó y que existe una trazabilidad de la operación que permite verificarlo. En otros términos, no debe existir la duda de que la operación y sus evidencias son transparentes y reales, y no fueron objeto de algún tipo de intervención o manipulación con ánimo de defraudar el conocimiento del juez en el proceso.

En conclusión, en Colombia las operaciones en BTC pueden ser asimiladas en sus efectos a sus pares en divisas, sin que por ello se afirme que los BTC pueden clasificarse directamente como divisas, pero sí que se trata de su equivalente funcional más cercano o similar. Este planteamiento estaría cobijado por los principios de la contratación electrónica ya explicados a lo largo de este artículo.

4.4. El tribunal de justicia de la unión europea y los bitcoins.

La postura según la cual los BTC pueden ser asimilados al menos en sus efectos a las divisas no es nueva en el escenario mundial. En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-264, 2014), por medio del cual desató una cuestión prejudicial²⁹ solicitada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso

²⁹ Según el (Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, 1957, pág. 267), las autoridades judiciales de los países miembros solicitan la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando se pretenda aplicar una norma de derecho comunitario. La decisión del (Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, 1957) es obligatoria para el juez nacional. Ahora bien, en el ámbito del derecho comunitario de la Comunidad Andina (CAN) de la cual hace parte Colombia, existe la interpretación prejudicial, un trámite similar al enunciado para el marco europeo, en virtud del cual toda autoridad judicial de los países

Administrativo de Suecia, se pronunció sobre la aplicación de la Directiva 2006/112/CE que regula el sistema común del impuesto sobre el valor añadido (IVA), a las operaciones con BTC, haciendo un paralelo con las divisas.

En términos generales el litigio que se plantea en Suecia consiste en que un ciudadano (el Sr. Hedqvist) desea prestar el servicio de intercambio de divisas tradicionales por BTC y viceversa, operación que espera desarrollar a través de una sociedad creada para el efecto. Normativamente las operaciones de intercambio de divisas tradicionales se encuentran exceptuadas del pago de IVA, situación que fue ratificada incluso en un fallo anterior del Tribunal (Asunto C-172, 1996). El punto de discusión radica en determinar si los BTC son divisas, caso en el cual la operaciones quedarían exentas de IVA (postura del Dr. Hedqvist y de la Comisión de Derecho Fiscal de Suecia), o por el contrario, si se advierte que los BTC no son divisas, las operaciones quedarían grabadas con IVA (postura de la administración tributaria sueca).

La administración tributaria sueca (Skatteverket) interpuso demanda en contra de la decisión de la Comisión de Derecho Fiscal (Skatterättsnämnden), a fin de que se revoque la resolución según la cual las operaciones de intercambio de BTC por divisas tradicionales, se consideraban exentas de IVA. Teniendo en cuenta la existencia de la directiva comunitaria sobre el IVA, el Tribunal Sueco solicitó decisión prejudicial al TJUE.

El (Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)) Consideró:

49 Pues bien, las operaciones relativas a divisas no tradicionales, es decir, a divisas distintas a las monedas que son medios legales de pago en uno o varios países, constituyen operaciones financieras siempre que tales divisas hayan sido aceptadas por las partes de una transacción como medio de pago alternativo a los medios legales de pago y no tengan ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago.

Además, como alegó en esencia el Sr. Hedqvist en la vista, en el caso concreto de las operaciones de cambio, las dificultades relacionadas con la determinación de la base imponible y del importe del IVA deducible pueden ser idénticas tanto si se trata de un intercambio de divisas tradicionales, en principio exento en virtud de (Directiva 2006/112/CE del consejo, 2006, pág. Art. 135. Apdo. 1.

miembros deben solicitar, con arreglo a ciertas disposiciones y requisitos, una interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) con sede en Quito, cuando deba expedir decisión en la cual pretenda aplicar el derecho comunitario andino; en este punto, la interpretación prejudicial es obligatoria para el juez nacional.

Letra E.), como de un intercambio, en uno u otro sentido, de tales divisas por divisas virtuales de flujo bidireccional que, sin ser medios legales de pago, constituyen un medio de pago aceptado por las partes en una transacción.

Así pues, del contexto y de la finalidad de (Directiva 2006/112/CE del consejo, 2006, pág. Art. 135. Apdo 1. Letra E), se deduce que interpretar esta disposición en el sentido de que se refiere únicamente a las operaciones relativas a las divisas tradicionales equivaldría a privarla de una parte de sus efectos.

52 En el litigio principal, consta que la divisa virtual «bitcoin» no tiene ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago y que ciertos operadores la aceptan como tal.

53 En consecuencia, procede concluir que éste³⁰, de la Directiva del IVA, se refiere igualmente a unas prestaciones de servicios como las controvertidas en el litigio principal, consistentes en un intercambio de divisas tradicionales por unidades de la divisa virtual «bitcoin», y viceversa, y realizadas a cambio del pago de un importe equivalente al margen constituido por la diferencia entre, por una parte, el precio al que el operador de que se trate compre las divisas y, por otra, el precio al que las venda a sus clientes.

El TJUE en primer lugar denomina a los BTC como “divisas virtuales” y en segundo lugar estableció que las operaciones de intercambio de BTC por divisas tradicionales y viceversa, son asimilables a las operaciones de intercambio comunes y por ende exentas del IVA. La sentencia es de gran importancia por cuanto más allá de las discusiones que han dirigido las autoridades colombianas (ausencia de poder liberatorio y riesgo de la operación), el TJUE decidió que existen unas divisas “no tradicionales” tales como el BTC, que en sus efectos deben ser asimiladas a las divisas “tradicionales”, siempre y cuando las partes las hayan aceptado en la respectiva transacción.

Conclusiones

Las conclusiones del presente artículo se sintetizan así:

La doctrina reconoce la existencia de varios principios que son propios de los contratos electrónicos, tales como el principio de equivalencia funcional, inalterabilidad del derecho preexistente, neutralidad tecnológica, entre otros. Los

³⁰ *Ibidem*.

principios mencionados encuentran su desarrollo legal o jurisprudencial en el derecho interno colombiano.

La contratación electrónica debe entenderse como una parte integrante de un concepto más amplio, conformado por el denominado “comercio electrónico”. La contratación electrónica, a su vez, puede subdividirse en los contratos tradicionales celebrados por medios electrónicos y los contratos atípicos cuya existencia sólo se presenta en el contexto virtual, tal como ocurre con los contratos *e-cloud*.

Los principios de la contratación electrónica otorgan importantes luces a la hora de analizar las operaciones con BTC a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, aclarando que organismos gubernamentales han realizado pronunciamientos que básicamente establecen que los BTC no son moneda de curso legal en Colombia y que no gozan de las características liberatorias del peso (COP), los riesgos de las operaciones con BTC y que ausencia de vigilancia estatal.

En el artículo se estructura la propuesta de que los BTC se asimilen a su equivalente funcional más cercano, esto es, las divisas, al menos en sus efectos más significativos. No se trata de afirmar que los BTC son divisas, sino de asimilarlos a éstas. Para llegar a ésta conclusión, se tomó como base los principios que regulan la contratación electrónica. La postura mencionada permite solucionar el problema de la validez del contrato y el más delicado de su exigibilidad a nivel judicial, puesto que se le daría el mismo tratamiento que el de una obligación pactada en moneda extranjera.

Antecedentes que respaldan la postura de la asimilación de los BTC a las divisas, como su equivalente funcional más cercano, pueden avizorarse en un pronunciamiento del (Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)).

Se comparte la posición de los organismos gubernamentales colombianos según la cual los BTC no reemplazan a la moneda de curso legal. Por lo tanto, si una obligación fue pactada en pesos o en moneda extranjera, no podrá obligarse al acreedor a recibir el pago en BTC so pretexto de esgrimir una equivalencia funcional.

En los contratos en los cuales se haya pactado expresamente los BTC como forma de pago, se propone asimilar los BTC a las divisas, al menos en sus efectos. Tal postura permite predicar la validez del contrato aplicando para ello, por analogía, el (Decreto 410, 1971, Art. 874. Inc. 2). En consecuencia, deberá honrarse la obligación en BTC y en caso de no ser posible, deberá cubrirse en moneda nacional. Para tal fin el juez deberá realizar la conversión de BTC a peso colombiano (COP), siguiendo dos pasos a saber: convertir los BTC a dólares americanos consultando portales confiables tales como <https://blockchain.info/>

es/charts/market-price, y posteriormente realizar el cambio de dólares (USD) a pesos colombianos (COP) a las tasas oficiales.

La asimilación de efectos de los BTC a las divisas permite dar aplicación al artículo 431 del Código General del Proceso, en caso de que se pretenda a través del proceso ejecutivo el recaudo de una obligación pactada en BTC pagadera en pesos a la tasa vigente al momento del pago, el juez deberá proferir el mandamiento de pago en BTC. Posteriormente, en la etapa de liquidación del crédito debe realizarse su conversión a moneda nacional, tal como establece el artículo 446 del CGP para las divisas.

El principio de autenticidad y de integridad exige que la operación pactada en BTC pueda ser verificada posteriormente, a fin de que el juez eventualmente pueda determinar si el despliegue probatorio que le fue puesto de presente coincide realmente con las operaciones llevadas a cabo en el escenario electrónico.

Referencias

- BAZZANI MONTOYA, J., & PEÑA VALENZUELA, D. (2012). *Aspectos legales de la computación en la nube*. Bogotá D.C., Colombia : Editorial U. Externado de Colombia .
- HE, D., HABERMEIER, K., LECKOW, R., HAKSAR, V., ALMEIDA, Y., KASHIMA, M., . . . VERDUGO-YEPES, C. (2016). *International Monetary Fund*. Obtenido de Virtual Currencies and Beyond: initial considerations: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1603.pdf>
- ILLESCAS, R., & PERALES VISCASILL, M. (2003). *Derecho mercantil internacional: el derecho uniforme*. Editorial centro de estudios Ramón Aceres S.A.
- Asunto C-172. (1996). Sentencia del tribunal de Justicia (Sala Quinta). *Ponente. P. Jann y L. Sevón*. Unión Europea: identifiier: ECLI:EU:C:1998:354.
- Asunto C-264. (2014). Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala quinta. *Ponente. D. Šváby, A. Rosas*. Unión Europea: Cvria. Jurisprudencia Tribunal de Justicia.
- Banco de la República de Colombia . (01 de Abril de 2014). *Comunicado Bitcoin* . Obtenido de <http://www.banrep.gov.co/es/comunicado-01-04-2014>
- Banco de la República de Colombia . (10 de Febrero de 2016). *Q16-584*. Obtenido de Banco de la República. Banco Central de Colombia: <http://www.banrep.gov.co/es/node/40998>
- BEJARANO GUZMÁN, R. (2016). *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Bogotá D.C., Colombia : Editorial Temis.
- CÂMARA CARRÁ, B. L. (2008). Apuntes a la clasificación de los contratos en típicos, atípicos y mixtos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*(3), 113-135.

- CÁRDENAS QUIRÓS, C. (2000). La Supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú. En R. Lorenzetti, A. Borda, C. Brizzio, J. Mélich Orsini, P. Silva-Ruíz, & C. Cárdenas Quirós . Ediciones Temis.
- Coordinación de infraestructura . (09 de 2011). *Comisión de regulación de comunicaciones Colombia* . Obtenido de Documento de consulta pública sobre la neutralidad en internet : https://www.crcom.gov.co/recursos_user/Actividades%20Regulatorias/Neutralidad_Internet/Documento_Consulta_Publica_Neutralidad_Internet.pdf
- Decreto 410. (1971). Congreso de la República de Colombia . *Por el cual se expide el código de comercio*. Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial 33.339 de junio 16 de 1971.
- Decreto con fuerza de ley n° 1.204. (2001). Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley sobre mensajes de datos y frmas electrónicas*. Caracas, Venezuela: Gaceta Oficial N° 37.076.
- Directiva 2006/112/CE del consejo. (28 de Noviembre de 2006). Consejo de la Unión Europea. *relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido*. Diario Oficial de la Unión Europea.
- DWORKIN, R. (1989). *Los derechos en serio* (2ª ed.). Barcelona, España : Editorial Ariel S.A. .
- FORTICH, S. (2011). Una nota sobre formación y formalismo del contrato electrónico. *Revista de Derecho Privado*(10), 347-357.
- GÓMEZ PÉREZ, V. (2004). Realidad jurídica del comercio electrónico en Colombia. (*Tesis de pregrado*). Bogotá D.C., Colombia : Pontificia Universidad Javeriana.
- JARAMILLO, C. I. (2013). *Los deberes de evitar y mitigar el daño*. Bogotá D.C., Colombia : Editorial Temis .
- KOTEICH, M., NEME, M., & CORTÉS, É. (2005). Formalismo negocial romano y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil? *Revista de Derecho Privado*(9), 129-174.
- LANDÁEZ OTAZO, L., & LANDÁEZ ARCAJA, N. (2007). La equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica y la libertad informática de la universidad de Carabobo. *Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas*(3), 11-49.
- Ley 1336. (2009). Congreso de la República de Colombia. *por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes*. Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 1341. (2009). Congreso de la República de Colombia . *Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y organización de la tecnologías de la información y las comunicaciones, se crea la Agencia nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones* . Bogotá D.C., Colombia.

- Ley 1450. (2011). Congreso de la República de Colombia . *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014*. Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011.
- Ley 1480. (2011). Congreso de la República de Colombia. *Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.220 de 12 de octubre de 2011.
- Ley 1564. (2012). Congreso de la República de Colombia. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.
- Ley 270. (1996). Congreso de la República de Colombia. *Estatutaria de la administración de justicia*. Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996.
- Ley 31. (1992). Congreso de la República de Colombia. *Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio [...]*. Bogotá D.C., Colombia: Diario oficial de Colombia.
- Ley 527. (1999). Congreso de la República de Colombia . *por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 43.673 del 21 de agosto de 1999.
- MESSINEO, F. (1986). *Doctrina general del contrato* . Ediciones jurídicas Europa-América.
- MIRANDA SERRANO, L., & PAGADOR LÓPEZ, J. (2008). La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad negocial emergente. *Estudios sobre consumo*(85), 77-92.
- Naciones Unidas. (2008). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional*. New York, EE.UU.
- NEME VILLARREAL, M. L. (2010). *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá D.C., Colombia : Editorial U. Externado de Colombia.
- OLAVE PINOCHET, R. (2005). La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. *Ius Et Praxis* (11), 55-92.
- PEÑA VALENZUELA, D. (2015). *De la firma manuscrita electrónica y digital*. Bogotá D.C., Colombia : Editorial U. Externado de Colombia.
- PEÑA VALENZUELA, D., PARRA MADRID, A., ZUBIETA URIBE, H., ROCÍO PÉREZ, M., & BURGOS PUYO, A. (2003). *El contrato por medios electrónicos*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial U. Externado de Colombia.

- PÉREZ, M. (2003). Aspectos generales de la contratación por medios electrónicos. En D. Peña Valenzuela, A. Parra Madrid, H. Zubieta Uribe, M. Pérez, & A. Burgos Puyo, *El contrato por medios electrónicos*. Editorial U. Externado de Colombia.
- RAMÍREZ GÓMEZ, J. F. (1999). *Principios constitucionales del derecho procesal Colombiano. Investigación en torno a la Constitución Política de 1991*. Medellín, Colombia: Señal Editora.
- RENGIFO GARCÍA, E. (2000). Comercio electrónico, documento electrónico y seguridad Jurídica. En Varios, *Comercio electrónico. Memorias*. Bogotá: Editorial U. Externado de Colombia.
- Resolución 3502. (2011). Comisión de regulación de comunicaciones Colombia. *la cual se establecen las condiciones regulatorias relativas a la neutralidad en Internet, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 56 de la Ley 1450 de 2011*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial 48285 de diciembre 16 de 2011.
- Resolución n° 524. (2014). Ministerio de comercio, industria y turismo. Superintendencia de industria y comercio. *Por la cual se decide una actuación administrativa*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación: N° 12-166057.
- RINCÓN CÁRDENAS, E. (2015). *Derecho del comercio electrónico y de internet*. Bogotá D.C., Colombia: Legis.
- Sentencia C-012. (2013). Corte Constitucional. *M.P. Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-9195.
- Sentencia C-356. (2003). Corte Constitucional. *M.P. Jaime Araujo Rentería*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-4313.
- Sentencia C-403. (2010). Corte Constitucional. *M.P. María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C., Colombia : Referencia: expediente D-7907.
- Sentencia C-622. (2000). Corte Constitucional. *M.P. Olga Lucía Toro Pérez*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-2693.
- Sentencia C-831. (2001). Corte Constitucional. *M.P. Álvaro Tafur Galvis*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-3371.
- Sentencia Casación 14027. (14 de septiembre de 2009). Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. *M.P. William Namén Vargas*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01.
- Sentencia Casación 225874. (26 de agosto de 2011). Corte Suprema de Justicia. Sala casación Civil. *M.P. Arturo Solarte Rodríguez*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.: 05001-3103-016-2002-00007-01.
- Sentencia Casación 227854. (diciembre de 16 de 2010). Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. *M.P. Pedro Octavio Munar Cadena*. Bogotá D.C., Colombia: Expediente No.11001 3110 005 2004 01074 01.

- Sentencia T-687. (2007). Corte Constitucional. Sala tercera de revisión. *M.P. Jaime Cardona Triviño*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-1588666.
- SERRANO SERRAGA, M. (2006). La formación del contrato electrónico. *Revista de la facultad de ciencias sociales y jurídicas de ELCHE* (1), 302-315.
- Superintendencia de Sociedades. (26 de Diciembre de 2016). *Supersociedades advierte que en Colombia no está permitido el uso de las supuestas monedas virtuales*. Obtenido de <http://www.supersociedades.gov.co/noticias/Paginas/2016/Supersociedades-advierte-que-en-Colombia-no-est%C3%A1-permitido-el-uso-de--las-supuestas-monedas-virtuales.aspx>
- Superintendencia Financiera de Colombia . (2014). *Riesgos de las operaciones realizadas con "Monedas Virtuales"*. Obtenido de Carta Circular 029 de 2014 : <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10082781&dPrint=1>
- TORRES TORRES, A. (2010). Principios de la contratación electrónica. *Revista principia IURIS USTA*(13), 15-32.
- Tratado de funcionamiento de la Unión Europea . (1957). Unión Europea . Roma, Italia : Diario oficial de la Unión Europea.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). (s.f.). *Unión Europea*. Obtenido de https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_es
- ZAGREBELSKY, G. (2005). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid, España : Editorial Trotta .

La política pública de educación en Colombia: gestión del personal docente y reformas educativas globales en el caso colombiano*

The public policy of education in Colombia: management of
teachers and global educational reforms in the Colombian case

Recibido: Marzo 16 de 2016 - Evaluado: Mayo 5 de 2016 - Aceptado: Junio 7 de 2016

Julián Raúl Flórez López**

Para citar este artículo / To cite this article

Flórez López, J. R. (2016). La política pública de educación en Colombia: gestión del personal docente y reformas educativas globales en el caso colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 309-332.

Resumen

El presente trabajo pretende realizar un estudio sobre el régimen especial de carrera docente en Colombia. La carrera docente, es uno de los regímenes

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación denominado “Reformas educativas en América Latina: la política pública de educación en Chile, México y Colombia”, que actualmente se ejecuta en el Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca.

** Abogado de la Universidad Libre. Magister en Ciencia Política de la Universidad de Salamanca. Doctorando en Estado de Derecho y Gobernanza global de la Universidad de Salamanca. Docente investigador de la Facultad de Derecho Universidad Simón Bolívar. Asesor metodológico de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar. Docente del programa de Derecho de la Universidad de Pamplona.

especiales más reconocidos por los Estados Latinoamericanos, por lo general, a través de, mandato constitucional. Todo este estudio, enmarcado dentro de las nuevas reformas educativas globales de alto contenido gerencial, que han tenido una profunda incidencia en la gestión del personal docente. (Verger 2012) Para comprender la naturaleza de estas reformas, su finalidad y resultados en la actualidad, es preciso realizar un riguroso estudio sobre el concepto de educación que han adoptado los gobiernos y diversos organismos internacionales como el Banco mundial y la OCDE, que cumplen, un papel fundamental en la formulación de políticas públicas en educación de los Estados Latinoamericanos.

Palabras claves: Política pública, educación, carrera docente, gerencialismo, reforma educativa, burocracia, organización internacional.

Abstract

The present work aims to carry out a study on the special regime of teaching career in Colombia. The teaching career is one of the special regimes most recognized by the Latin American States, usually through a constitutional mandate. All this study, framed within the new global educational reforms of high managerial content, which have had a deep incidence in the management of the teaching staff. (Verger 2012) In order to understand the nature of these reforms, their purpose and results at present, a rigorous study on the concept of education has been adopted by governments and various international organizations such as the World Bank and OECD, which fulfill, A fundamental role in the formulation of public policies in education of the Latin American States.

Key words: public policy, education, teaching career, managerialism, education reform, bureaucracy, international organization.

Resumo:

O seguinte estudo pretende analisar o regime especial do concurso de professores na Colômbia. Sendo tal concurso um com os regimes mais especiais além de reconhecidos no caso dos Estados Latino-americanos, o qual encontra sua concepção por mandado constitucional. No transcurso deste estudo, embarca-se dentro das novas reformas educativas globais de alto conteúdo gerencial, as quais têm tido uma profunda incidência na gestão do concurso de professores. (Verger 2012) A fim de compreender a natureza destas reformas, a sua finalidade e os seus resultados na atualidade, faz-se preciso realizar um rigoroso estudo sobre o conceito de educação adotado pelos governos além de diversos organismos internacionais como o Banco Mundial e a OCDE, organismos que, cumprem

um papel fundamental na formulação de políticas públicas sobre educação nos Estados Latino-americanos.

Palavras chave: Política pública, educação, concurso de professores, gestão, reforma educadiva, organização internacional.

Résumé:

Le document à continuation vise à réaliser une étude sur le régime spéciale de concours de professeurs en Colombie. Etant donné que ce concours possède l'un des régimes le plus connus parmi les Etats latino-américains. Tout au long de cette, l'on exposera les nouvelles reformes éducatives globales par rapport à la gestion ayant eue place au sein de du personnel d'enseignants. (Verger 2012) Afin de comprendre la nature de ces réformes, leur finalité ainsi que leur résultats dans le monde actuel, il est nécessaire de réaliser une rigoureuse étude sur le concept d'éducation ayant été adoptés ainsi que par les divers organismes internationaux tel que la Banque Mondiale et l'OCDE lesquels, remplissent un rôle fondamentale dans la formulation de politiques publiques en matière d'éducation au sein des Etats latino-américains.

Mots-clés: politique publique, éducation, concours d'enseignants, gestion, réforme éducative, bureaucratie, organisation internationale.

SUMARIO: Introducción. - 1. ¿Qué son las Reformas educativas globales, REG?. - 1.2. El papel de la OCDE y el Fondo Monetario Internacional en la formulación de políticas educativas en el mundo. - 2. La política pública de educación en Colombia: principales rasgos del servicio público de educación y régimen de personal docente. 2.1. Financiación de la educación pública colombiana. - 2.2. El régimen de carrera docente colombiano. - Conclusiones. - Referencias.

Introducción

El presente trabajo pretende realizar un estudio sobre el régimen especial de carrera docente en Colombia. La carrera docente, es uno de los regímenes especiales más reconocidos por los Estados Latinoamericanos, por lo general, a través de, mandato constitucional. De forma específica, se estudiara el régimen docente colombiano. Todo este estudio, enmarcado dentro de las nuevas reformas educativas globales de alto contenido gerencial, que han tenido una profunda incidencia en la gestión del personal docente. (Verger, 2012) Para comprender la naturaleza de estas reformas, su finalidad y resultados en la actualidad, es preciso realizar un riguroso estudio sobre el concepto de educación que han adoptado

los gobiernos y diversos organismos internacionales como el Banco mundial y la OCDE, que cumplen, un papel fundamental en la formulación de políticas públicas en educación de los Estados Latinoamericanos.

De acuerdo a lo anterior, diversos gobiernos Latinoamericanos, así como gran parte de los gobiernos Europeos, han definido la educación no como un derecho fundamental, sino como un servicio.(Bruns, Filmer, & Patrinos, 2011) Este cambio de paradigma, ha sido indispensable para que las nuevas reformas de política educativa (education policy reforms), inscriban su derrotero dentro de las agendas de los Estados y definan, en no pocas ocasiones, las acciones de muchos gobiernos, que consideran la educación como una herramienta eficaz para la lucha contra la pobreza, el crecimiento económico y desarrollo tecnológico. Por lo tanto, disciplinas como la administración pública y la ciencia política, convergen en este trabajo para ofrecer un enfoque multidisciplinar que permita la obtención de resultados con el mayor grado de objetividad posible.

Las reformas educativas en Colombia, son el resultado de la importación de diversas políticas formuladas por organizaciones y organismos internacionales, específicamente la OCDE, que responden a la consolidación de un modelo económico neoliberal que guarda como principal objetivo la privatización de los servicios públicos, fenómeno de que está fuertemente ligado a la tercerización de la prestación de los servicios.

Podemos definir la carrera docente como aquel sistema de selección de personal, específicamente, educadores, que conforme a principios y requisitos expuestos en la ley, deberán vincularse a las instituciones educativas públicas, con el objetivo de materializar la prestación del servicio educativo y dirigir los procesos de enseñanza que el gobierno pretenda implementar.

La carrera docente, se considera de carácter especial en virtud de la naturaleza de su función. De manera uniforme, los Estados Latinoamericanos han concedido calidades especiales a los regímenes de los educadores, exceptuándolos de los demás empleos públicos. De esta manera, el régimen docente presenta connotaciones particulares como: tratamiento especial en el concerniente a prestación de derechos como la salud, seguridad social (régimen pensional), asociación sindical, condiciones laborales (horarios de trabajo) y diversos incentivos y estímulos dispuestos para los educadores.

Estas condiciones, en términos generales, resultan siendo las mismas en todos los Estados Latinoamericanos y guardan diversas similitudes con algunos regímenes docentes del mundo. (UNESCO, 2015) Cabe aclarar que, cada régimen docente, mantiene una regulación específica por la ley y es allí, en donde se consagran las particularidades de la carrera profesoral. Estas particularidades, hacen

referencia a los requisitos de ingreso, promoción y desvinculación de los cargos docentes y directivos, así como también, mencionan expresamente situaciones especiales del personal y describen las clases de estímulos e incentivos para los educadores.

El régimen docente colombiano, es un régimen especial, cuya regulación se consagra en el decreto 1278 de 2002. Allí, se definen los requisitos para ingresar a la carrera docente, mecanismos de selección, escalafones docentes de acuerdo al grado de escolaridad, sistema de promoción, evaluación de rendimiento y competencias, situaciones especiales del personal, causales de suspensión y retiro del servicio. A su vez, el régimen docente está regulado por el decreto 3982 de 2006 “Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto Ley 1278 de 2002 y se establece el procedimiento de selección mediante concurso para la carrera docente y se determinan criterios para su aplicación”, decreto 3782 de 2007 “Por el cual se reglamenta la evaluación anual de desempeño laboral de los servidores públicos docentes y directivos docentes que se rigen por el Decreto Ley 1278 de 2002”, decreto 2035 de 2005 “Por el cual se reglamenta el parágrafo 1° del artículo 12 del Decreto-ley 1278 de 2002”, decreto 2715 de 2009 “Por el cual se reglamenta la evaluación de competencias para docentes y directivos docentes regidos por el Decreto Ley 1278 de 2002 y se dictan otras disposiciones”. Junto con las múltiples normativas que regulan el régimen docente en Colombia, se encuentran diversas providencias de la Corte constitucional y conceptos del Ministerio de Educación Nacional que configuran un marco general para comprender e identificar los elementos principales de la política pública educativa colombiana.

Conforme a lo expuesto anteriormente, la hipótesis del presente artículo se fundamenta en el hecho de que, en tanto se constituya una carrera docente profesionalizada, con marcos idóneos de selección, evaluaciones de competencias adecuadas a las realidades y necesidades educativas de las naciones, la aplicación de incentivos y estímulos al personal docente, la fijación de salarios ajustados a la naturaleza de la profesión educativa, la rendición de cuentas por parte de las instituciones y entidades territoriales y en última instancia, el compromiso del gobierno nacional para con el desarrollo de la educación y el régimen profesoral, se podrá materializar un progreso real sobre objetivos indispensables como el fortalecimiento de las instituciones democráticas, el desarrollo científico y tecnológico del Estado, el cierre de brechas de desigualdad (reducción de la pobreza), la generación de empleo y el mejoramiento de los estándares internacionales.

Por consiguiente, el paradigma de investigación empleado en este trabajo será de tipo institucional, acompañado de una metodología interpretativa y cualitativa. (Guy Peters, 2003) El presente estudio tiene como objetivo, realizar un diagnóstico institucional sobre la política pública educativa básica y media en

Colombia, con énfasis en el estudio de su respectivo régimen docente, que implique el análisis de diversos aspectos, entre estos, se pueden enunciar: percepción respecto de los mecanismos de evaluación y promoción en el escalafón docente, pertinencia de la malla curricular y su relación con la asimilación de competencias básicas por parte de los educandos, fuentes de financiación y gestión de recursos por parte de entidades territoriales, nivel central y desarrollo de la cobertura educativa. Mediante la recolección, análisis de la información y obtención de resultados, se formularán recomendaciones para la estructuración de una política educativa eficaz, que comprenda una solución integral y optimice la prestación del derecho educativo por parte del Estado Colombiano.

1. ¿Qué son las Reformas educativas globales, REG?

Se entiende por reformas educativas globales, aquellas políticas de contenido gerencial cuya pretensión principal es generar un cambio de paradigma en la educación de los Estados del mundo que son formuladas e implementadas por organismos internacionales como la OCDE y el Fondo Monetario Internacional. (Verger, 2012)

Se hace referencia a un cambio de paradigma, puesto que, en la mayoría de los Estados del planeta, la educación es entendida como un derecho fundamental y humano, en contraposición a la definición inscrita dentro de las reformas educativas globales, en donde la educación, se define como un *servicio* a cargo del Estado y ahora más que nunca, del sector privado. Así lo indican diversos informes de organismos internacionales como el banco mundial, “La educación es un servicio básico que la mayoría de los ciudadanos esperan de sus gobiernos, pero la calidad varía significativamente, y los resultados a menudo son decepcionantes”. (Bruns, Filmer, & Patrinos, 2011) De igual forma, las REG, comprometen directamente la financiación de las instituciones educativas, fomentando asociaciones con el sector privado, mecanismos de rendición de cuentas que midan la rentabilidad de las instituciones, aplicación de pruebas de competencias y desempeño a los maestros que guardan una relación directa con la vigencia de su contrato e implementación de incentivos a los docentes, puesto que consideran que estos son agentes utilitaristas cuya eficiencia laboral dependerá de la expectativa económica que ofrezcan las instituciones educativas. En síntesis, se trata de contrarrestar el gasto público en educación y provocar un volcamiento de clientes que busquen en los nuevos modelos educativos y nuevas instituciones educativas (en su mayoría de carácter privado), un producto que ofrezca soluciones que respondan a un mercado laboral, cada vez más minado por precariedades contractuales y empleos transitorios. (Luengo Navas & Saura Casanova, 2014)

De acuerdo con el Banco mundial, los ejes de las REG, son los siguientes: “responsabilidad de los proveedores del servicio educativo ante los *clientes* (estudiantes y padres de familia), autonomía de las instituciones para el manejo de recursos y toma de decisiones empoderando a padres de familia para que jueguen un papel relevante en estos procesos e implementación de políticas de incentivos para los docentes con el propósito de hacer a los maestros responsables de su desempeño, ya sea conservando su contrato por rendimiento o realizando pagos por cumplimiento de metas” (Bruns, Filmer, & Patrinos, 2011).

Así mismo, las REG, difunden diversos principios dentro de su teoría educativa. Estos principios, han encontrado en numerosos expertos en política educativa y hasta pedagogos, agentes autorizados para propagar y afianzar el modelo gerencial educativo, el cual, promulga dentro de su ideario, la tecnificación de la educación, esto es, la formación de personas que sirvan para realizar una labor de carácter técnico u operativo, que se especialicen en la ejecución de una labor determinada, lo cual, es visto a la luz de las REG, como habilidad o competencia, ingrediente imprescindible para un entorno laboral corporativo y una flexibilización en la contratación de mano de obra. Lo anterior, encuentra asidero en el principio de la competitividad económica, puesto que es en virtud de esta que, las empresas o corporaciones, pueden reducir costos, prescindir de personal, racionalizar su presupuesto, reestructurar sus plantas y modificar las condiciones contractuales de sus empleados. El principio de universalización de la educación, consagrado en diversos instrumentos jurídicos internacionales como la declaración universal de los derechos humanos, declaración de los derechos del niño y la constitución de la UNESCO, propició el auge de instituciones privadas de educación básica y media, junto con instituciones de educación superior cuya búsqueda de potenciales clientes hacen que emprendan todo tipo de campañas publicitarias y ajusten la oferta de sus servicios a la enorme demanda educativa. Una expansión sin precedentes de los centros educativos, han hecho de la competitividad, un ingrediente esencial de la dinámica de la educación, ahora entendida como servicio. Si bien es cierto que el acceso a la educación es más factible que nunca, esto no quiere decir que el servicio sea totalmente gratuito, es más, al promover la participación del sector privado en la prestación del servicio educativo, se incentiva al mismo tiempo, las solicitudes y concesiones de crédito en entidades financieras, especialmente diseñadas para estos fines.

Las REG, se muestran como una corriente política y económica abiertamente neoliberal, con el objetivo de generar la apertura del mercado educativo y el fortalecimiento de las entidades de crédito como la opción más viable y expedita para recibir una educación de calidad. Desde la implantación y evolución de la economía de mercado, se ha venido configurando la idea de una educación

continua, que permita adaptarse a las nuevas necesidades sociales y económicas de una sociedad postindustrializada caracterizada por la sistemática fluctuación de sus preferencias y condiciones de vida. (Baltasar Gracián, 2013). Es por ello que, la idea de una formación casi vitalicia del individuo, seduce enormemente a las REG, y sustenta gran parte de sus objetivos. La creación de expectativas laborales por parte de los empleadores y la exigencia cada vez más común de nuevas competencias a los profesionales, hacen que el mercado de la denominada formación continua, sea una fuente considerable de ingresos para las instituciones. De modo que, estas competencias, estarán sujetas a unas necesidades si se puede llamar, corporativas, cuyo término será el que determine la demanda laboral en determinado lugar y momento.

Es natural que, los centros educativos estimulen, a través de sus mallas curriculares la cultura del emprendimiento, y que las nuevas tecnologías de la información y comunicación adquieran una prevalencia sin precedentes en la formación de los educandos de conformidad con el nuevo paradigma educativo impuesto por las REG.

La autonomía de las instituciones, es un principio que se adopta con fuerza y que actúa, indiscutiblemente, como el componente principal para materializar ese nuevo cambio de paradigma educativo, cuyo mayor logro es la libre competencia de los centros educativos. En tanto se mantenga la autonomía de las instituciones, mayor será el grado de discrecionalidad para tratar asuntos como la destinación de sus recursos, la contratación de los maestros y la oferta de sus servicios (Baltasar Gracián, 2013).

1.2 El papel de la OCDE y el Fondo Monetario Internacional en la formulación de políticas educativas en el mundo.

A partir de los años 80, los gobiernos del mundo empiezan a cuestionar seriamente la capacidad de las instituciones públicas de educación para enfrentar los nuevos retos de las sociedades capitalistas del mundo. Es una reacción de los gobiernos guiados por los conceptos de organismos internacionales, que permite el auge de nuevas reformas que implican, la adopción de modelos de rendición de cuentas, la racionalización del gasto público en educación y el protagonismo del capital privado para proporcionar el servicio educativo. (Tiogson, 2005).

La OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico), nace en 1961 cuando reemplaza oficialmente a la OEEC (Organización para la Cooperación Económica Europea según sus siglas en inglés) y tiene su sede en París. Su función, es la de “fortalecer y consolidar la economía de mercado y el librecambio en sus estados miembros” (Leibfried & Martens, 2009, pág. 2).

Se observa, que la OCDE, es un organismo dedicado exclusivamente a cumplir una función económica, que no educativa. En principio, se trató de una organización internacional compuesta por países desarrollados de Europa que pronto acogería otros países como Estados Unidos, Canadá, Australia, Japón y en virtud de la especialidad de su función, traslado su influencia a Asia y América Latina. La OCDE en síntesis, “asesora, elabora recomendaciones respecto de campos específicos de la política de sus países miembros o, incluso, de sus países asociados”. (Leibfried & Martens, 2009, pág. 3)

La relación que mantiene la OCDE con la política pública de educación en el mundo y concretamente en Colombia, se consolida por medio de la práctica de las pruebas PISA (Programa Internacional de Evaluación del Rendimiento Escolar). La institucionalización de estas pruebas, obedece a la ambición de la OCDE de posicionarse como supremo órgano consultivo en la formulación de políticas educativas de los Estados del mundo siguiendo el modelo de gobernanza global propuesto por las elites financieras, lideradas por corporaciones y grupos bancarios. Este posicionamiento hegemónico de la OCDE, se valió de la estrategia denominada estandarización o cuantificación del conocimiento, cuya intención es la de medir el desempeño académico de los países, con el fin de estimular la competitividad entre los sistemas educativos del planeta. Este proceso, empieza a gestarse en la segunda mitad del siglo XX existiendo algunos antecedentes como el First International Mathematics Study (FIMS), practicado en países como Bélgica, Japón y Estados Unidos (Valle, 2015).

La estandarización del rendimiento académico producto de las pruebas PISA, resulta de gran interés para la comunidad internacional, teniendo la posibilidad de comparar el nivel de su capital humano con el de otros países y su grado de competitividad frente a un mercado laboral ampliamente globalizado (Valle, 2015)¹.

La configuración de la OCDE como autoridad en todo lo concerniente a política educativa, ha sido el resultado de un trabajo progresivo y sistemático de los Estados de economía avanzada, quienes han financiado y legitimado su accionar por medio de organizaciones internacionales y una gran campaña mediática, que han hecho de estos procesos de cuantificación, una herramienta idónea para proferir diversas recomendaciones y formular políticas publicas encaminadas a

¹ Sobre los conceptos de globalización puede consultarse (Guacaneme Pineda & Avendaño Castro, 2015).

reforzar las estrategias educativas de carácter gerencial que finalmente terminan manifestándose en la normatividad de los Estados.

Las pruebas PISA empiezan aplicarse desde el año 2000, “evalúan las competencias básicas de los estudiantes de 15 años en los componentes de lectura, matemáticas y ciencias”. (Ayala García, 2015, pág. 18)

En Colombia, las pruebas PISA, gozan de una alta credibilidad y a través de sus resultados, el gobierno mide y establece cual es el grado de competitividad del capital humano formado por las instituciones de educación públicas y privadas. Desde el año 2006, Colombia ha puesto a prueba las competencias de sus estudiantes con resultados desalentadores, tanto en las pruebas del 2009 como del 2012. Actualmente, el país se encuentra a la espera de los resultados de las pruebas practicadas en 2015, que serán publicados en diciembre de 2016, lo cual definirá, la política educativa básica y media del gobierno para los próximos años.

El Fondo Monetario Internacional, es uno de los organismos con mayor influencia en la planificación de políticas educativas en el mundo. Tiene su sede en Washington D.C. y fue creado en 1945. Al igual que la OCDE, se trata de un órgano económico de carácter internacional, encargado de salvaguardar el sistema financiero mundial, asegurando los procedimientos de pagos entre Estados, así como el control sobre el cambio de divisas, armonizando los intercambios comerciales entre los distintos países. Así mismo, el Fondo Monetario Internacional, presta asistencia financiera a los países miembros, a través de concesiones de crédito que deben ser ejecutados de acuerdo a un programa determinado que los gobiernos deben seguir. Las opiniones consultivas, también hacen parte de las funciones de este organismo, el cual, a petición de cualquier país miembro, puede asistir en temas variados como política tributaria, sistema financiero y elaboración de marcos normativos. Actualmente el FMI, cuenta con 189 países miembros.

El FMI, tiene una incidencia muy importante sobre la estructuración de la política educativa global, inscrita dentro de las REG. De modo que, este organismo es el encargado de ejecutar políticas gerenciales, en donde se evidencian sus directrices, consistentes en reducir el gasto público en educación, aduciendo al déficit del sector oficial, recomendando al mismo tiempo, direccionar los recursos del Estado hacia el sector privado (Carnoy, 1999).

Los elementos principales de la política educativa formulada por el FMI, junto con el de otras organizaciones como el Banco Mundial, el Banco Africano de Desarrollo y Banco Asiático de Desarrollo son: el cambio de fondos públicos de niveles superiores a niveles inferiores de educación, la privatización de la secundaria y la educación superior, la reducción de costos por estudiante en todos los niveles de enseñanza (Carnoy, 1999).

El redireccionamiento de fondos de la educación superior a niveles inferiores de educación, se justifica en el hecho de que, la educación superior, generalmente es mucho más costosa que la educación básica y media. Se podría entonces, subvencionar la prestación del servicio educativo en niveles inferiores como consecuencia de la abolición de los subsidios para educación superior, dando por hecho que, las familias tienen la capacidad económica para pagar por una educación superior de carácter privado². Esta, es la lógica neoliberal de las reformas educativas globales.

La privatización de la secundaria y la educación superior, es uno de los fines inamovibles de la política educativa propuesta por el FMI, entre otros organismos internacionales. Se alude, a la incapacidad de los gobiernos para poder respaldar financieramente el servicio educativo y así, responder de manera efectiva, las exigencias de la población en materia educativa. Nuevamente, se toma como base para esta política, la inversión de las familias en educación prestada por agentes privados. Se incentiva a través de esta estrategia, la construcción de instituciones de educación básica, media y superior de carácter privado, al mismo tiempo que impulsa su institucionalización. Eliminando los fondos públicos de financiación, se logra abrir un espacio considerable para los capitales privados quienes, tendrán la posibilidad de competir por la prestación del servicio educativo, siguiendo las reglas del libre mercado, ajustando costos y promoviendo la competitividad entre instituciones³.

Junto a estas políticas de carácter predominantemente económico, se desarrollan de forma simultánea, planes de estandarización que promueven la medición de competencias educativas y la eficiencia administrativa de las instituciones. En el aspecto pedagógico, las reformas curriculares comparten comunes denominadores como la irrupción de conocimientos prácticos y el desprendimiento de fundamentos teóricos y humanísticos. Es una política

² Texto original en inglés: “The shift of expending, it is argued, would enhance opportunities for large numbers of primary students at the expense of subsidizing a relatively elite group of families who could, in the main, bear the cost of university education privately”. Carney, M. 2011. Globalization and educational reform: what planners need to know. (UNESCO, 2015 Pág 43).

³ Texto original en inglés: “The principal argument for privatizing higher levels of education is that many countries simply will not be able to finance the expansion of secondary and higher education with public funds, given future increases in demand. Thus, for education to expand at those levels, developing nations will have to rely on families to finance a high fraction of schools costs privately”. Carney, M. 2011. Globalization and educational reform: what planners need to know. (UNESCO, 2015 Pág. 43).

multifuncional que intenta generar un cambio de visión de la educación en diversos frentes, siempre alentando la cultura del consumo y la mercantilización de la educación (Álvarez Posada, 2016).

La influencia de organizaciones internacionales en la formulación de la política educativa mundial, obedece en igual medida, al influjo que tienen sobre la economía de los países del mundo. Desde finales de la segunda guerra mundial, sujetos de derecho internacional de carácter supraestatal fueron afianzando sus modelos de gobernanza, mediante la adjudicación de empréstitos y ejecución de programas de inversión. De esta manera, los Estados fueron generando una dependencia económica hacia estas organizaciones, a tal punto, de otorgarles la facultad de diseñar, modificar e incluso cuestionar las agendas de diversos gobiernos del mundo, especialmente, las de los países en vía de desarrollo. Un monopolio económico y político, que ha inhabilitado durante décadas, la participación de la sociedad civil y la ejecución de acciones ajustadas a la realidad política y económica de los países.

2. La política pública de educación en Colombia: principales rasgos del servicio público de educación y régimen de personal docente.

La educación en Colombia, es entendida como un derecho fundamental, consagrado en el artículo 67 de la Constitución política. De esta forma, la carta política consagra que la educación es un derecho y un servicio público cuya prestación es responsabilidad del Estado conforme a las exigencias de la sociedad y la familia. Es obligatoria la educación desde los 5 años hasta los 15 años, periodo que abarcara la enseñanza preescolar, básica primaria y secundaria. La gratuidad de la educación colombiana es mencionada en la misma constitución y será prestada por instituciones educativas del Estado, sin causar menoscabo a aquellas instituciones de carácter privado que cumplan la misma función. La vigilancia y administración del servicio educativo, estará a cargo del Estado, quien, conforme a los mandatos legales expresamente desarrollados para tales fines, propenderá por la ampliación de la cobertura educativa, la permanencia de los educandos y la calidad del servicio.

En Colombia, el servicio educativo está regulado por la ley 115 de 1994 “Por la cual se expide la Ley General de Educación”. Esta ley, responde a los presupuestos planteados por la constitución política del 91, tales como, responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en la calidad del servicio educativo, la prestación del servicio, a través de entidades territoriales certificadas, puesto que, por medio de

estas, el Estado transfiere los recursos para la ejecución de sus políticas educativas y por tanto, asegura el suministro del servicio. Reglamentando aspectos relacionados con esta ley, el decreto 1860 del 94, establece que todas las personas que residan en territorio colombiano recibirán educación preescolar y básica, en instituciones educativas de carácter público o privado (Peña Rodríguez, 2012).

Puntualmente, la ley general de educación, otorgó una autonomía administrativa a las instituciones educativas sin precedentes. Esto permitió que se configurara una especie de descentralización que incidió directamente en acciones institucionales como gerenciamiento de recursos, proyección de currículos y diseño del proyecto educativo institucional (PEI). En el mismo sentido, se crearon mecanismos de participación y control sobre la actividad de los docentes y el rendimiento académico de las instituciones como consejos académicos y directivos, conformados por padres de familia y miembros de la comunidad académica, la intervención de representantes estudiantiles en la dinámica institucional, que resaltan el carácter participativo y democratizador implícito en esta ley (Cárdenas Camargo, 2007)⁴.

Otros elementos esenciales que hacen parte de la ley general de educación, son: la estructura del servicio educativo, en donde se define la educación formal y los distintos niveles de educación, preescolar, básica y media. La educación para el trabajo y el desarrollo humano, la educación informal, la organización administrativa del servicio educativo, la formación y capacitación de los educandos, la carrera docente, la inspección y vigilancia del servicio educativo y la financiación de la educación son otros componentes fundamentales de la ley.

Frente a todo lo anterior, es válido resaltar que el Ministerio de educación nacional se mantiene como máxima autoridad en todo lo concerniente a la política educativa del Estado, diseñando macropolíticas que deberán ser acogidas por las instituciones de educación y ejerciendo un control e inspección constante en las mismas.

2.1 Financiación de la educación pública colombiana

La financiación de la educación pública colombiana, según el artículo 175 de la ley 115 del 94, se realizará con recursos provenientes “el situado fiscal, con los demás recursos públicos nacionales dispuestos en la ley, más el aporte de los

⁴ Ciertamente, esta ampliación de contenidos de la democracia a estos nuevos escenarios parte de una gran influencia impulsada desde la jurisprudencia constitucional (Jiménez Ramírez & Arboleda Ramírez, 2015).

departamentos, los distritos y los municipios, según lo dispuesto en la Ley 60 de 1993”.

No obstante, la ley 60 de 1993, fue derogada por la ley 715 de 2001, la cual, reglamenta el acto legislativo 01 de 2001 y regula la prestación del servicio educativo colombiano.

La financiación de la educación colombiana se realiza transfiriendo fondos del situado fiscal a las respectivas entidades territoriales certificadas, por medio del sistema general de participación. Las entidades territoriales, según el artículo 286 de la constitución política, son los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas.

Para efectos de financiación del servicio educativo, el artículo 20 de la ley 715 de 2001, define las entidades territoriales certificadas como aquellas “entidades territoriales certificadas en virtud de la presente ley, los departamentos y los distritos. La Nación certificará a los municipios con más de cien mil habitantes antes de finalizar el año 2002. Para efectos del cálculo poblacional se tomarán las proyecciones del DANE basadas en el último censo”.

Estas entidades territoriales certificadas, recibirán los recursos de la nación a través del sistema general de participaciones y estarán a cargo de la administración de estos fondos y la prestación del servicio educativo. Actualmente, en Colombia existen 95 entidades territoriales certificadas, según datos del Ministerio de Educación Nacional.

Los recursos se asignan, de acuerdo a la prestación efectiva del servicio, es decir, por criterio de población atendida. La distribución de los recursos para educación, es realizada por el Departamento Nacional de Planeación, a quien se le confirió esa competencia, en virtud de lo consagrado en el artículo 165 de la ley 1753 de 2015, competencia, que anteriormente ejercía el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), quien era la entidad encargada de autorizar la asignación de los recursos.

No obstante, existen otros principios en los que se basa la distribución de los recursos, además del principio de población atendida. Entre estos principios se pueden mencionar, la población por atender en condiciones de eficiencia y el criterio de equidad. Estos criterios utilizados para la asignación de los recursos del sistema general de participación para educación, se encuentran en el artículo 16 de la ley 715 de 2001. (Departamento Nacional de Planeación, 2016)

El principio de población atendida, se aplica de acuerdo a los estudiantes matriculados oficialmente al año anterior, conforme a lo expuesto en artículo 16 de la ley 715. El valor resultante, sufragará la prestación del servicio educativo

de los potenciales estudiantes y estará sujeto a las tipologías impuestas por el gobierno, estas tipologías, hacen referencia a los niveles de educación precolar, básica y media y el entorno en donde se haga efectiva la prestación del servicio, es decir, si es un entorno rural o urbano. La totalidad de los costos deducidos de las variables anteriormente descritas, deben cubrir los gastos del personal docente y administrativo de las instituciones educativas, junto con sus respectivas prestaciones sociales, dotaciones escolares, recursos para la conservación y acondicionamiento de infraestructura y cuota de administración departamental.

La población para atender en principios de eficiencia y equidad, es otro de los criterios consagrados en la ley, para la transferencia de recursos a las entidades territoriales certificadas.

En el criterio de eficiencia, los recursos para atender a la población en condiciones de eficiencia, se calculan, asignando unas partidas residuales que se deducirán de un porcentaje de niños a los que no se le estén prestando el servicio educativo en instituciones educativas públicas o privadas, multiplicados por el valor de la partida dispuesta por cada niño que se atenderá, conforme a la aprobación dictada por la Departamento Nacional de Planeación.

En consonancia con lo expuesto anteriormente “La asignación para cada niño por atender se calculará como un porcentaje de la asignación por niño atendido y será fijado anualmente por la Nación.” (Ley 715, 2001).

El criterio de equidad, depende de los indicadores de pobreza realizados por el DANE, reflejados en un informe, sobre este, se distribuirán unos recursos de carácter residual, atendiendo al nivel de necesidad de los municipios o distritos.

2.2. El régimen de carrera docente colombiano

La carrera docente se rige por el decreto 1278 de 2002, “por el cual se expide el estatuto de profesionalización docente”. Dentro de esta normatividad, se consagran elementos novedosos en lo que respecta al régimen laboral de los maestros. Aspectos relevantes como requisitos de ingreso y permanencia para ejercer la docencia en el sector público, son desarrollados en este decreto ley, estableciendo el ingreso mediante la realización de concursos de méritos, periodo de prueba y la práctica regular de evaluaciones de rendimiento para determinar la continuidad y ascenso en el escalafón docente. El aumento de los salarios para los maestros, es otro punto diferenciador respecto del antiguo régimen, imponiendo nuevas escalas de remuneración, sujetas al grado de escolaridad del educador y pruebas de conocimientos. (Delgado Barrera, 2014)

Ahora, los recursos para educación, fueron disminuidos significativamente por la ley 715 de 2001 (1.9 billones por año, contando el servicio de salud también), lo que implicó, una reinversión de la burocracia educativa, la reducción de ascensos para aminorar los costos del servicio educativo, así mismo, la reducción de alicientes económicos. Dentro de esta nueva reforma económica, se enmarca el decreto 1278 de 2002. (Ramírez Moreno, 2007)

A primera vista, las ventajas sobre las condiciones laborales de los maestros serían evidentes, sin embargo, es conveniente, analizar con detenimiento, algunos componentes del decreto 1278 y contrastarlos, con algunos principios normativos contenidos en el antiguo régimen docente, decreto 2277 de 1979.

El decreto 1278 de 2002, en su artículo 31 consagra la evaluación de periodo de prueba. Es una evaluación que se realizara cada año a los docentes y directivos de las instituciones educativas, cuya vinculación se haya realizado ese mismo año, en donde se les calificara el desempeño y unas competencias determinadas. El docente o directivo que logre una calificación igual o superior al 60% en la evaluación de competencias y desempeño, formara parte de la carrera docente y serán registrados en el respectivo escalafón, conforme al grado de escolaridad que acredite el educador. Ahora, los docentes que no superen el margen del 60% en la evaluación de desempeño y competencias, no harán parte de la carrera docente y serán retirados del servicio. Para el caso de los directivos, en caso de no lograr el porcentaje de calificación dispuesto por la ley, serán enviados a ejercer funciones docentes, si estos, se encontraban registrados en el escalafón docente, de otra manera, serán retirados del servicio.

Naturalmente, la idea de una evaluación de periodo de prueba, no hacia parte del régimen anterior, más aun, cuando la estabilidad laboral del maestro depende de los resultados obtenidos en las mismas anualmente, los derechos de carrera docente en el antiguo régimen, se obtenían, una vez se efectuaba el nombramiento previa realización del concurso de méritos.

El artículo 35 del decreto 1278 de 2002 consagra la evaluación por competencias. Es una prueba que no es de carácter obligatorio para docentes y directivos que deseen ascender en el escalafón. Estas pruebas, estarán a cargo de la respectiva entidad territorial y por lo general, se practican cada seis meses. El margen para poder ser ascendido en el escalafón docente es del 80%, un margen considerable y el que muy pocos docentes pueden alcanzar. No obstante, el ascenso está sujeto en principio, al puntaje obtenido por los educadores y en segundo lugar, a la disponibilidad presupuestal de la respectiva entidad territorial.

Existe también dentro del nuevo estatuto de profesionalización docente, la evaluación de desempeño anual. Se podría definir como, una evaluación que ejerce

un control constante sobre la calidad de la función docente en las instituciones de educación pública. La evaluación se considera satisfactoria, una vez el docente ha alcanzado un margen del 60%. Sin embargo, si el educador obtiene consecutivamente durante dos años, una evaluación de desempeño inferior al 60%, será retirado del servicio. En el caso de los directivos docentes, se aplican las mismas causales de retiro del cargo, con la salvedad de que si, el directivo docente anteriormente hacia parte de la docencia estatal, será reintegrado a su cargo devengando su salario correspondiente, en caso contrario, el retiro se efectuará de forma inmediata.

Con el nuevo estatuto docente, se implementaron entonces, mecanismos de evaluación y rendición de cuentas, propios de las REG. La implementación de instrumentos de evaluación en las pruebas de desempeño como evaluación por parte de los compañeros de trabajo, evaluación por parte de estudiantes y padres de familia, calificación de rendimiento por parte de consejos directivos, autoevaluación docente y la evaluación de directivos por parte de los docentes, son una clara manifestación de la influencia de una gobernanza educativa basada en la estandarización y cuantificación del servicio.

Dentro de la ejecución de estas evaluaciones de competencias y desempeño, cabe aclarar que, si bien existe autonomía por parte de las instituciones educativas para la práctica de estas pruebas, es el Ministerio de Educación Nacional el encargado de reglamentarlas y ajustar los umbrales para declarar satisfactoria o no, la presentación de las mismas. En el mismo sentido, el diseño de las pruebas por competencias, estará a cargo del Ministerio de Educación Nacional, quien decidirá si estas mismas, serán practicadas por medio de entidades públicas o privadas.

Aunado a lo anterior, el actual régimen docente, redujo considerablemente algunos derechos laborales de los maestros. La estabilidad laboral de los docentes es puesta a prueba constantemente con las evaluaciones de desempeño, de modo que, los derechos de carrera se adquieren de manera condicionada. Otras cuestiones como, la sobrecarga a los que son expuestos los educadores, con la presentación constante de informes y asistencia a reuniones que en muchas ocasiones, terminan siendo infructuosas e incidiendo directamente sobre su rendimiento, son un punto álgido en la discusión y búsqueda de la calidad educativa en las instituciones. (García Castro & Muñoz Sánchez, 2013)

La ley 812 de 2003, actualmente derogada por el artículo 276 de la ley 1450 de 2011, reformo el régimen pensional de los docentes oficiales, aumentando la edad para adquirir el derecho a pensión, “significativa disminución de la mesada pensional y del número de mesadas, incompatibilidad entre pensión y salario, y aumento de la cotización mensual para tal fin, entre otros aspectos” (Ramírez Moreno, 2007).

La intensidad horaria y el aumento de la jornada laboral de los maestros (como mínimo 6 horas diarias, además de actividades curriculares complementarias que pueden ser desarrolladas fuera de la institución), es otro aspecto que viene a modificarse mediante la expedición del decreto 1850 de 2002, incrementando la duración de la hora efectiva a 60 minutos (antes se tazaban horas efectivas de 45 minutos), de igual forma, aumentando la carga académica de cada docente, conforme al artículo 5 de este decreto, a 22 horas semanales.

En el mismo sentido, el decreto 3020 de 2002, determina los parámetros y procedimientos para organizar las plantas de personal docente, incrementando el número de estudiantes en las instituciones educativas, atendiendo a variables como capacidad presupuestal y número de profesores. De acuerdo al artículo 11 del decreto 3020, el número mínimo de alumnos por profesor en zonas urbanas es de 32 y en zonas rurales de 22. En este decreto, también se menciona la supresión de cargos vacantes en caso de que los recursos provenientes del sistema general de participación no sean suficientes para cubrir los gastos de contratación.

Actualmente en Colombia, se empezó a implementar de manera gradual, a través del decreto 501 de 2016, la jornada única en los establecimientos educativos oficiales, de acuerdo al plan de desarrollo del gobierno 2014-2018. Esto, de acuerdo a los voceros gubernamentales, no implicaría el aumento de la jornada laboral de los docentes, ni el incremento de su carga académica, puesto que el incremento de las horas laborales, tendrá que suplirse con la contratación de nuevos docentes. Se espera, que la jornada única, sea implementada en todas la instituciones públicas de educación en zonas urbanas para el año 2025 y para el año 2030 en todas las zonas rurales.

Conclusiones

La política pública de educación en Colombia, está marcada por una fuerte corriente neogerencial que se ha inscrito en los ordenamientos jurídicos que la regulan.

Desde el punto de vista institucional, la educación pública en Colombia es una de las más deficientes del mundo, de acuerdo a los resultados de las pruebas PISA 2006, 2009 y 2012, en donde Colombia ocupó uno de los puestos más bajos en la evaluación de competencias de lectura, matemáticas y ciencias. En el 2006, se practicaron las pruebas PISA en 57 países. Colombia obtuvo un resultado por debajo del promedio de la OCDE, en la evaluación de competencias en ciencia, matemáticas y lectura. En el caso de la evaluación de competencia matemática, Colombia obtuvo el promedio más bajo de Latinoamérica junto con

Brasil. En lo referente a la evaluación de competencias en ciencias, Colombia se encuentra también en los últimos lugares junto con Argentina y Brasil y en los resultados de la competencia lectora Colombia ocupa uno de los últimos lugares nuevamente. (Ministerio de educación, cultura y deporte, 2016) Los bajos índices de rendimiento, se repitieron en las pruebas de 2009 y 2012, sin variaciones significativas. No obstante, se está a la espera de los resultados de las pruebas practicadas en el 2015. Lo anterior, hace necesario el desarrollo integral de la política educativa y para esto, el gobierno debe contemplar, factores distintos a la eficiencia administrativa y estandarización del servicio.

Se alude constantemente a reformas curriculares que responden a modelos foráneos y que se ajustan a una economía de mercado propia de los países desarrollados. No obstante, Colombia y gran parte de los países latinoamericanos, no gozan del mismo nivel económico y por tanto, las necesidades de sus comunidades y las soluciones a sus problemáticas son producto de una dinámica social distinta, en tanto que, gran parte de la población no tiene acceso a servicios públicos básicos por diversas causas, entre estas, el abandono del Estado y la inoperancia de las agencias oficiales. Así mismo, el ingreso per cápita de los países latinoamericanos es mucho menor que algunos países de Europa, Asia y naturalmente Estados Unidos. En este sentido, el acceso a servicios como internet, materiales didácticos y cursos educativos complementarios, son de difícil acceso para gran parte de la población latinoamericana que vive en condiciones de pobreza y en donde hasta ahora, se empieza a consolidar una clase media. Así mismo, los países Latinoamericanos responden a un escenario político y cultural caracterizado por conflictos armados generados por problemáticas tan especiales como el narcotráfico o el asentamiento de gobiernos populistas, lo cual, configura en última instancia, su identidad.

La masificación del servicio educativo, puede no tener buenos resultados a corto, mediano y largo plazo, si este proceso se fundamenta en una prestación caracterizada por la muestra de evidencias, el reflejo de indicadores y los recortes presupuestales. La educación pues, debe integrarse de elementos propios de la sociedad colombiana. Para ello, el ajuste de las mallas curriculares a problemáticas nacionales, como el fomento de una cultura de paz⁵, la recuperación y reactivación del campo y la creación de pequeñas y medianas empresas que fortalezcan la producción e intercambio económico nacional y la reducción de la pobreza, es

⁵ En el ámbito del derecho la solución de conflictos también se ve permeada por la cultura, al punto de que los diversos modelos procesales se identifican con caracteres de una u otra cultura. Al respecto puede consultarse (Sánchez Novoa, 2013).

un punto de partida para que el servicio educativo manifieste una mejoría. De igual manera, la autonomía administrativa de las instituciones puede resultar obstruyendo los procesos de enseñanza que se llevan a cabo en su interior, para evitar tal situación, es necesario un replanteamiento de los sistemas de control y evaluación implementados al interior de las instituciones. En muchas ocasiones, los directivos docentes ejercen presiones innecesarias sobre los maestros con la finalidad de obtener indicadores que se puedan exponer frente al Ministerio de Educación Nacional en los procesos de acreditación institucional, por consiguiente, las actividades curriculares complementarias, resultan acaparando la mayor parte del tiempo del docente, desmejorando notablemente el tiempo para la preparación de clases y la capacitación continua.

Por otro lado, el régimen docente se adecua a las directrices de las reformas educativas globales, fomentando las evaluaciones periódicas de competencias y el condicionamiento de los empleos. Quizá, uno de las pérdidas más grandes que sobrevinieron con este estatuto, sea la estabilidad laboral inherente a la carrera profesoral. La seguridad social de los maestros, también se ha visto disminuida con el nuevo régimen. Los requisitos para obtener el derecho a pensión y el servicio de salud han perdido progresivamente su carácter especial.

El modelo para financiar la educación, basado en el criterio de costos por prestación efectiva del servicio, debe ser reevaluado. El hecho de que se amplíe la cobertura educativa, no implica, una mejoría en la calidad de la educación prestada. Se hace necesario ampliar el gasto público en educación y direccionarlo a otros aspectos como el acondicionamiento de la infraestructura, la adquisición de materiales y equipos para la prestación del servicio y la capacitación docente, este último de vital importancia.

Un modelo educativo público basado en las necesidades propias de la nación, puede ser una solución alternativa y quizá, más eficaz que un modelo estandarizado totalmente ajeno a la realidad de la sociedad colombiana. De manera que, los esfuerzos del Estado deben ir dirigidos a formular, ejecutar, difundir e institucionalizar una educación basada en la cultura de los derechos humanos aplicada al contexto nacional que implique un estudio riguroso de historia nacional, causas del conflicto armado, identificación de sus actores, con un fuerte énfasis en mecanismos de participación ciudadana y asuntos de Estado. De esta manera, los procesos de reintegración social que se viven actualmente, serán muchos más efectivos y la creación de una conciencia nacional podrán materializarse. Por otra parte, el estudio de la economía nacional debe ser indispensable en las instituciones de educación media y básica. Los educandos deben comprender el manejo de los recursos estatales y su proyección profesional deberá guardar relación con la

creación de empresas a nivel local, regional y el fomento de la economía nacional, en este caso, la apropiación y recuperación del campo es un tema ineludible.

Sin dejar de lado la innovación tecnológica y enseñanza de las ciencias exactas y naturales, la reconstrucción del tejido social colombiano se iniciara mediante una restauración o reinención moral a través de, la enseñanza de las humanidades y ciencias sociales aplicadas en contexto en la era del postconflicto.

Referencias

- ÁLVAREZ POSADA, S. (2016). Martha Nussbaum y la educación en humanidades. *Analecta Política*.
- AYALA GARCÍA, J. (2015). Evaluación externa y calidad de la educación en Colombia. *Banco de la República. Centro de estudios económicos regionales*.
- BALTASAR GRACIÁN, C. (2013). Los procesos de privatización en la enseñanza. *Revista Tempora, Facultad de Sociología*.
- BRUNS, B., FILMER, D., & PATRINOS, H. (2011). *Making Schools Work. New Evidence on Accountability Reforms*. Washington D.C.: The World Bank.
- CÁRDENAS CAMARGO, A. (5 de Diciembre de 2007). *Educación en Colombia ¿un servicio público? Competencias territoriales, desigualdad y conflicto en la escuela*. Obtenido de Coproducción de la acción pública. Relaciones Estado y Ciudadanos en la prestación del servicio público en Colombia: <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-291.html>
- CARNOY, M. (1999). *Globalization and educational reform: what planners need to know*. Paris, Francia. UNESCO: International Institute For Educational Planning.
- Decreto 501. (30 de Marzo de 2016). Presidente de la República . “*Por el cual se adiciona el Decreto Unico Reglamentario del Sector Educación para reglamentar la Jornada Única en los establecimientos educativos oficiales y el Programa para la Implementación de la Jornada Única y el Mejoramiento de la Calidad de la ...* Bogotá D.C., Colombia . Obtenido de: http://adida.org.co/pdf/decretos/2016/dec501_2016.pdf
- Decreto 1278. (19 de Junio de 2002). Presidente de la República. *Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente*. Bogotá D.C., Colombia . Obtenido de: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-86102_archivo_pdf.pdf
- Decreto 1850. (15 de Agosto de 2002). Presidente de la república . *por el cual se reglamenta la organización de la jornada escolar y la jornada laboral de directivos docentes y docentes de los establecimientos educativos estatales de educación formal, administrados por los departamentos, distritos y municipios ...* Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial No. 44.901. Obtenido de: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-103274_archivo_pdf.pdf

- Decreto 2277. (14 de Septiembre de 1979). Presidente de la República . *por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente*. Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial 35374 . Obtenido de: http://adida.org.co/pdf/decretos/2016/dec501_2016.pdf
www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=1216
- Decreto 3020. (10 de Diciembre de 2002). Presidente de la República . *por el cual se establecen los criterios y procedimientos para organizar las plantas de personal docente y administrativo del servicio educativo estatal que prestan las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones*. . Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial . Obtenido de: http://www.mineduccion.gov.co/1621/articles-104848_archivo_pdf.pdf
- Decreto 3783. (2 de Octubre de 2007). Presidente de la República. “*Por el cual se reglamenta la evaluación anual de desempeño laboral de los servidores públicos docentes y directivos docentes que se rigen por el decreto ley 1278 de 2002*”. Bogotá D.C., Colombia . Obtenido de: http://www.mineduccion.gov.co/1621/articles-135430_archivo_pdf.pdf
- Decreto 3982. (11 de Noviembre de 2006). Presidente de la República . “*Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto Ley 1278 de 2002 y se establece el procedimiento de selección mediante concurso para la carrera docente y se determinan criterios para su aplicación*”. Bogotá D.C., Colombia . Obtenido de: http://www.mineduccion.gov.co/1621/articles-112972_archivo_pdf.pdf
- DELGADO BARRERA, M. (Enero de 2014). *La educación básica y media en Colombia: Retos en equidad y calidad* . Obtenido de Centro de investigación económica y social FEDESARROLLO : <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/La-educaci%C3%B3n-b%C3%A1sica-y-media-en-Colombia-retos-en-equidad-y-calidad-KAS.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación. (27 de Enero de 2016). *Distribución parcial de las doce doceavas de la participación para educación y once doceavas de la participación para salud (componentes régimen subsidiado y salud pública)*. Obtenido de DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES : <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Inversiones%20y%20finanzas%20pblicas/Documento%20Distribuci%C3%B3n%20SGP-05%20-2016.pdf>
- GARCÍA CASTRO, C. M., & MUÑOZ SÁNCHEZ, A. I. (2013). Salud y trabajo de docentes de instituciones educativas distritales de la localidad uno de Bogotá. *AVANCES EN ENFERMERÍA VOL. XXXI N.º 2*. Obtenido de: <http://www.scielo.org.co/pdf/aven/v31n2/v31n2a04.pdf>
- GUACANEME PINEDA, R. E., & AVENDAÑO CASTRO, W. R. (2015). El concepto de globalización en la jurisprudencia colombiana (2000-2014). Análisis jurisprudencial en tres cortes colombiana: Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 155-182.
- GUY PETERS, B. (2003). *El Nuevo Institucionalismo: La Teoría Institucional en Ciencia Política*. Barcelona. España: Gedisa.

- JIMÉNEZ RAMÍREZ, M. C., & ARBOLEDA RAMÍREZ, P. B. (2015). La cláusula democrática en la Constitución: una aproximación a su alcance. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 53-90.
- LEIBFRIED, S., & MARTENS, K. (2009). INTERNACIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EDUCATIVA O ¿CÓMO SE LLEGA DE LA POLÍTICA NACIONAL A LA OCDE? *Revista de Currículum y Formación de Profesorado*. Obtenido de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=56711798010>
- Ley 115. (8 de Febrero de 1994). Congreso de la República . *Por la cual se expide la ley general de educación*. Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial . Obtenido de: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85906_archivo_pdf.pdf
- Ley 1450. (16 de Junio de 2011). Congreso de la República . *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.102 . Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43101>
- Ley 1753. (9 de Junio de 2015). Congreso de la República . *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"*. Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial No. 49.538. Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015.html
- Ley 715. (21 de Diciembre de 2001). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación ...* Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial . Obtenido de Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (acto legislativo 01 de 2001) de la constitución política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación... Obtenido de: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-86098_archivo_pdf.pdf
- Ley 812. (26 de Junio de 2003). Congreso de la República . *"Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario"*. Bogotá D.C., Colombia : Diario Oficial 45231. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8795>
- LUENGO NAVAS, J., & SAURA CASANOVA, G. (2014). Reformas educativas globales: privatización, biopolítica, tecnologías de control y performatividad. *Témpora: Revista de historia y sociología de la educación*. Obtenido de: <http://publica.webs.uil.es/upload/REV%20TEMPORA/17%20-2014/Tempora%2017%20%282014%29.pdf>
- Ministerio de educación, cultura y deporte . (2016). *PISA 2015. Programa para la Evaluación Internacional de los Alumnos*. Obtenido de Madrid. España: <http://www.mecd.gob.es/dctm/inee/internacional/pisa-2015/pisa2015preliminarok.pdf?documentId=0901e72b8228b93c>

- PEÑA RODRÍGUEZ, F. (19 de Julio de 2012). *La masificación de la educación y la búsqueda de igualdad, justicia y equidad sociales en Colombia*. Obtenido de Universidad Pedagógica nacional. Folios N. 36 : <http://www.scielo.org.co/pdf/folios/n36/n36a11.pdf>
- RAMÍREZ MORENO, N. (16 de Julio de 2007). *Impacto de las políticas neoliberales en el régimen laboral del magisterio colombiano*. Obtenido de Renovación Magisterial : <http://www.renovacionmagisterial.org/portada/impacto-de-las-pol%C3%ADticas-neoliberales-en-el-r%C3%A9gimen-laboral-del-magisterio-colombiano>.
- SÁNCHEZ NOVOA, P. A. (2013). El fin del proceso un asunto cultural: la búsqueda de la verdad o la solución del conflicto. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 41-52.
- UNESCO. (2015). *Las carreras docentes en América Latina. La acción meritocrática para el desarrollo profesional*. Santiago, Chile: UNESCO. Obtenido de Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe (OREALC/UNESCO Santiago): <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002440/244074s.pdf>
- VERGER, A. (2012). Globalización, reformas educativas y la nueva gestión del personal docente. *Revista Docencia- Política Educativa*. Obtenido de: <http://www.revistadocencia.cl/new/wp-content/uploads/2016/12/46-Globalizacion-reformas-educativas-y-la-nueva-gestion-del-personal-docente.pdf>



ÍNDICE DE AUTORES

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 1 - Julio/Diciembre, 2010

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 2 - Enero/Junio, 2011

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 3 - Julio/Diciembre, 2011

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 4 - Enero/Junio, 2012

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 5 - Julio/Diciembre, 2012

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 6 - Enero/Junio, 2013

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 7 - Julio/Diciembre, 2013

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 8 - Enero/Junio, 2014

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 9 - Julio/Diciembre, 2014

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 10 - Enero/Junio, 2015

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 11 - Julio/Diciembre, 2015

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 12 - Enero/Junio, 2016

1

- VILA CASADO, I. A. (2010). El acta del 20 de julio de 1810 y el nacimiento del Estado colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 3-8.
- COLMENARES URIBE, C. A. (2010). Constitucionalización del derecho procesal y los nuevos modelos procesales. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 9-24.
- SÁNCHEZ NOVOA, P. A. (2010). Proceso de negociación de deudas para personas naturales no comerciantes - Ley 1380/2010. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 25-28.
- PARRA QUIJANO, J. (2010). El testigo de oídas en materia civil. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 29-33.
- NIEVA FENOLL, J. (2010). La humanización de la justicia. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 35-42.
- DEL RÍO GONZÁLEZ, E. (2010). Constitución y medida de aseguramiento en el marco de la Ley 906 de 2004. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 43-58.
- MOLINA GALICIA, R. (2010). El derecho procesal en el paradigma constitucional. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 59-72.
- JÁCOME SÁNCHEZ, S. J. (2010). La desproporcionalidad en el cobro de los honorarios profesionales del abogado como falta disciplinaria. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 73-87.
- YRURETA ORTÍZ, Y. (2010). Derecho procesal constitucional: ¿descubrimiento o creación? *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 89-95.
- QUINTERO PÉREZ, M. I. (2010). Protección a la propiedad de la población desplazada en Colombia frente al derecho del acreedor hipotecario. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 97-107.

2

- VILA CASADO, I. A. (2011). La constitucionalización del derecho y de los derechos. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 7-15.
- GÓMEZ MONTAÑEZ, J. A. (2011). Estado social de derecho y derechos sociales fundamentales. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 17-25.
- RIVERA MORALES, R. A. (2011). La epistemología y la enseñanza del derecho a probar. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 27-38.
- ALISTE SANTOS, T. J. (2011). La “certeza moral” como criterio fundamental de la racionalidad judicial probatoria. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 39-50.

- IBARRA IBARRA, N. C. (2011). Las universidades frente al conflicto. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 51-55.
- COLMENARES URIBE, C. A. (2011). Las medidas cautelares y autosatisfactivas en el contexto constitucional de la tutela efectiva colombo-venezolana. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 57-82.
- RUIZ, G. (2011). Axiología crítica del proceso oral. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 83-91.
- GALLO SANABRIA, I. (2011). El derecho en el tercer reich. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 93-100.
- SÁNCHEZ NOVOA, P. A. (2011). El contrato de concesión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 101-107.
- PETZOLD-PERNÍA, H. (2011). El problema de la subsunción o como se elabora la sentencia. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 109-125.

3

- NIETO ESTÉVES, M. L., & FERNÁNDEZ CASTAÑEDA, G. G. (2011). Cambios en la estructura urbana de Cúcuta: impacto generado por el plan de ordenamiento territorial en la transformación de la ciudad. *Revista Academia & Derecho*, 2(3), 7-35.
- CLAVIJO CÁCERES, D. (2011). Factores que definen la exclusión social en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 2(3), 37-48.
- SÁNCHEZ VERA, P. J. (2011). El referendo constitucional en Colombia: un mecanismo de difícil utilización en los años 2008 al 2011. *Revista Academia & Derecho*, 2(3), 49-72.
- PUERTO RODRÍGUEZ, J. E., & CARREÑO ARENALES, S. V. (2011). Bancarización de la economía en Colombia: retos e implicaciones. *Revista Academia & Derecho*, 2(3), 73-88.
- CONTRERAS CALDERÓN, A. M., QUINTERO GELVES, N. B., & QUINTERO GELVES, Á. (2011). La solidaridad de las personas naturales en condición de contratantes frente al trabajador que sufre accidente de trabajo estando al servicio del contratista independiente -enfoque jurisprudencial 2009-2011-. *Revista Academia & Derecho*, 2(3), 89-99.

4

- AYALA PEÑARANDA, H. (2012). La Ley 1437 de 2011 entraña en verdad la oralidad. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 5-14.
- GUERRA MORENO, D. (2012). ¿En Colombia el principio de precaución representa un avance o un retroceso en el marco de la responsabilidad civil? A partir de una apreciación

- individual y del análisis de la sentencia T-360/10. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 15-23.
- AMAYA GÓMEZ, L. J. (2012). Naturaleza, contenido y alcance del derecho a la vivienda digna en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 25-40.
- NIÑO MELÉNDEZ, D. A. (2012). Aplicabilidad y logros de la política antitrámites en las entidades del Estado en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 41-55.
- CORREA, H., JAIMES OLIVARES, Á. F., & SÁNCHEZ IBÁÑEZ, E. (2012). El lanzamiento por ocupación de hecho en predios urbanos en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 57-76.
- LERMA DÍAZ, P. A., SABAGH SALCEDO, M. A., & TOVAR VARGAS, R. I. (2012). Responsabilidad del Estado en la expedición de licencias mineras en áreas protegidas. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 77-96.
- CLAVIJO CÁCERES, D. (2012). Pluralismo en tiempos de globalización. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 97-107.
- CHAUSTRE QUIÑONEZ, N. T., PEÑA CASTRO, J. P., & MARTÍNEZ ORTEGA, J. G. (2012). Exclusión y discriminación de las personas en condición de discapacidad en las políticas públicas del municipio de San José de Cúcuta. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 109-122.

5

- YAÑEZ MEZA, D. A., & YAÑEZ MEZA, J. C. (2012). Las fuentes del derecho en la constitución política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 7-34.
- MUÑOZ HERNÁNDEZ, L. A. (2012). Protección de los derechos fundamentales por la Corte Constitucional colombiana: una mirada a las sentencias estructurales. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 35-49.
- PETZOLD-PERNÍA, H. (2012). Una visión de los derechos humanos y el desarrollo. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 51-64.
- COLMENARES URIBE, C. A. (2012). El rol del juez en el Estado democrático y social de derecho y justicia. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 65-81.
- NIEVA FENOLL, J. (2012). La mediación: ¿una “alternativa” razonable al proceso judicial? *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 83-92.
- RUIZ, G. (2012). La tutela anticipativa y las medidas de satisfacción inmediata. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 93-104.

- PELÁEZ MEJÍA, J. M. (2012). Antijuridicidad y exceso en las causales de justificación. (Un análisis deconstructivo y anclado en la perspectiva relacional de los derechos humanos). *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 105-119.
- ROJAS MOLINA, C. A., VARÓN PATIÑO, C. A., & ARAQUE CHIQUILLO, Á. (2012). Legitimación en la causa, presupuestos procesales y materiales de la sentencia en el proceso civil. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 121-126.

6

- PINEDA FAJARDO, D. C. (2013). ¿Conciliar o no conciliar? El precedente jurisprudencial frente a la discrecionalidad administrativa de los comités de conciliación. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 7-28.
- MUÑOZ HERNÁNDEZ, L. A. (2013). La ratio decidendum en la búsqueda del sentido de la tipicidad como elemento del debido proceso. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 29-42.
- TORRES TARAZONA, L. A. (2013). Neogarantismo en el sistema de riesgos laborales. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 43-58.
- JÁCOME SÁNCHEZ, S. J. (2013). Algunas reflexiones presentes para el futuro del derecho del trabajo. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 59-74.
- SÁNCHEZ NOVOA, P. A. (2013). La carga de la prueba en el Estado social de derecho. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 75-86.
- REYES SINISTERRA, C. C. (2013). La valoración del documento electrónico en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 87-109.
- VÁRGAS VÉLEZ, O. (2013). Lo probable y lo demostrable. Una aproximación a la obra de Lawrence Jonathan Cohen. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 111-124.
- PETZOLD-PERNÍA, H. (2013). Alexander Von Humboldt: sus ideas filosóficas, políticas, jurídicas y sociales en la obra viaje a las regiones equinociales del nuevo continente. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 125-153.
- SANTOS IBARRA, J. P. (2013). Sistema jurídico colombiano, ordenamiento legal y orden jurídico prevalente. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 155-172.
- PEYRANO, J. W. (2013). El juez civil y el principio de oportunidad. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 173-178.

7

- PELÁEZ MEJÍA, J. M. (2013). Reglas de prueba en el incidente de reparación integral. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 29-39.

- SÁNCHEZ NOVOA, P. A. (2013). El fin del proceso un asunto cultural: la búsqueda de la verdad o la solución del conflicto. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 41-52.
- GARZÓN CORREA, C. A., & GARCÍA ZAPATA, M. N. (2013). La medida cautelar innominada y su inaplicación por los jueces civiles municipales, civiles del circuito y administrativos de oralidad de Medellín en los procesos declarativos. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 53-77.
- AYALA PEÑARANDA, G. E. (2013). Análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 79-106.
- CLAVIJO CÁCERES, D. G. (2013). Validez del modelo actual de la revocatoria del mandato en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 107-132.
- SANTOS IBARRA, J. P. (2013). La teoría de los actos separables del contrato estatal: distinción a la luz de la Ley 1437 de 2011. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 133-144.
- MÁRMOL, G. J. (2013). Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 145-169.
- RAMÍREZ CARVAJAL, D. M. (2013). Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 171-188.

8

- JIMÉNEZ RAMÍREZ, M. C. (2014). Procedencia de la acción de tutela contra sentencias: una aproximación a la jurisprudencia constitucional. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 37-69.
- CALDERÓN ORTEGA, M. A. (2014). Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 71-97.
- GÓMEZ MONTAÑEZ, J. A. (2014). Derecho a la reparación y lucha contra la impunidad ante graves violaciones a los derechos humanos. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 99-118.
- ARBOLEDA RAMÍREZ, P. B. (2014). Aproximación teórica al estudio de la violencia política en Colombia durante el siglo XX. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 119-135.
- PABÓN GIRALDO, L. D., & JIMÉNEZ OSPINA, A. (2014). Una alternativa de legitimidad para la solución por vía de negociación al conflicto armado interno colombiano desde el derecho internacional penal. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 137-152.
- VICUÑA DE LA ROSA, M., & CASTILLO GALVIS, S. H. (2014). La búsqueda de la verdad y la pasividad probatoria del juez penal. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 153-171.
- ARIAS FONSECA, J. L. (2014). Responsabilidad y culpa médica: antecedentes y conceptos. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 173-192.

9

- REYES GARCÉS, H. M. (2014). Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes: ¿existe una respuesta desde la justicia correctiva? *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 51-82.
- Sanabria Villamizar, R. J. (2014). Teleología de la cláusula de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 83-110.
- YAÑEZ RUEDA, Á. J., & LAGUADO SERRANO, C. E. (2014). La prueba estadística ante los tribunales internacionales. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 111-152.
- AVENDAÑO CASTRO, W. R., MOGROVEJO ANDRADE, J. M., & BASTOS OSORIO, L. M. (2014). Una mirada de la violencia en Colombia desde la teoría del poder de J. Thompson. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 153-182.
- CLAVIJO CÁCERES, D., & AGUDELO IBÁÑEZ, S. J. (2014). Despolitización de la ciudadanía: una mirada desde el proceso de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 183-208.
- REYES CALDERÓN, J. R. (2014). Pedagogía kantiana: antropología, conocimiento y moralidad. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 209-248.

10

- JIMÉNEZ RAMÍREZ, M. C., & ARBOLEDA RAMÍREZ, P. B. (2015). La cláusula democrática en la Constitución: una aproximación a su alcance. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 53-90.
- TRONCOSO MOJICA, J. A. (2015). El precedente judicial y el principio de legalidad penal en la contratación pública colombiana. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 91-118.
- MESA ELNESER, A. M. (2015). La evidencia digital eximente de violación a la protección del dato personal a partir de la autorregulación. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 119-156.
- GUERRA MORENO, D. (2015). Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado en el derecho colombiano, a partir de la Constitución de 1991. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 157-184.
- LOUTAYF RANEA, R., & BENAVIDES, Á. (2015). El camino hacia el proceso monitorio: la integración como paradigma. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 185-216.
- POLANCO POLANCO, A. (2015). Consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia procesal penal. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 217-240.
- GARCÍA VARGAS, K. K., & PÉREZ FUENTES, C. A. (2015). La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 241-272.

MUÑOZ LÓPEZ, C. A. (2015). Aplicación de la teoría de la desobediencia civil y la objeción de conciencia de Rawls. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 273-314.

11

CUBIDES CÁRDENAS, J. A., CHACÓN TRIANA, N., & MARTÍNEZ LAZCANO, A. J. (2015). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 53-94.

AGUDELO OSPINA, A. F., CÁRDENAS ZAPATA, Y. C., & CUERVO TAFUR, H. (2015). Acercamiento al hermafroditismo, intersexualismo y desorden del desarrollo sexual desde una perspectiva conceptual y normativa. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 95-122.

AGUDELO IBÁÑEZ, S. J. (2015). Identidad constitucional: límites a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 123-154.

GUACANEME PINEDA, R. E., & AVENDAÑO CASTRO, W. R. (2015). El concepto de globalización en la jurisprudencia colombiana (2000-2014). Análisis jurisprudencial en tres cortes colombiana: Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 155-182.

SÁNCHEZ VALLEJO, J. (2015). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 183-226.

OVALLES RODRÍGUEZ, F. (2015). Reflexiones sobre los criterios aplicados para determinar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias en el derecho disciplinario colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 227-258.

CADENA AFANADOR, W. R., & GARZÓN GIL, A. M. (2015). El régimen tarifario para comunicación pública por el uso de obras musicales y audiovisuales en el sector transportador. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 259-296.

RINCÓN ANGARITA, D. (2015). Presupuestos del régimen de responsabilidad frente a los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por menores combatientes en el marco del conflicto armado colombiano y la justicia restaurativa. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 297-332.

12

CUESTA HINESTROZA, L., NUPAN MOSQUERA, M. I., RAMÍREZ MORENO, S., & PALACIOS LOZANO, L. G. (2016). El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales: ¿una garantía para la protección del medio ambiente? *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 53-86.

-
- TORRES TARAZONA, L. A., NIÑO PATIÑO, N., & RODRÍGUEZ JARAMILLO, N. (2016). Interpretación extensiva del acoso laboral en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 87-122.
- CALDERÓN IBARRA, A. J. (2016). Libre desarrollo de la personalidad: ¿batalla perdida o lucha incansable? *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 123-146.
- PACHECO GIRALDO, J. C. (2016). El derecho como resistencia: las decisiones político-jurídicas y la deuda en los casos de Argentina (2001) y Ecuador (2007). *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 147-184.
- TREJO CRUZ, Y., OME BARAHONA, A., & RESTREPO LIZCANO, J. J. (2016). La extrafiscalidad con fines ambientales en el impuesto al consumo en Colombia: IVA. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 185-212.
- FEBRES CORDERO, J. B. (2016). El post conflicto y el modelo económico en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 213-240.
- SANGUINO CUELLAR, K. D., & BAENE ANGARITA, E. M. (2016). La resocialización del individuo como función de la pena. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 241-278.

Impreso en 2017
en los Talleres Digitales de
GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ S.A.S.
Cra. 69 Bis # 36-20 Sur
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá, D.C. - Colombia