



Nuevas tendencias del derecho en Colombia

Editores

Máximo Vicuña de la Rosa

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Nuevas tendencias del derecho en Colombia

Editores

Máximo Vicuña de la Rosa

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Nuevas tendencias del derecho en Colombia

Editores

Máximo Vicuña de la Rosa
Andrea Johana Aguilar-Barreto

Autores

Máximo Vicuña de la Rosa
Andrea Johana Aguilar-Barreto
Gladys Shirley Ramírez Villamizar
Edward Fabián Latorre Osorio
Diana Marcela Pantaleón Pinto
Verena Bernarda Ramírez Morales
María Susana Marlés Herrera
Claudia Parra Meaurio
Rafael Pulido Morales
Linda Johana Reyes Moreno
Bibiana Stherly Quintero Orozco
Wilkar Simón Mendoza Chacón
Martha Juliana Sánchez Delgado
Alba Patricia Guerrero Cárdenas
Brayan Orlando Rodríguez Velásquez



Nuevas tendencias del derecho en Colombia

Editores

©Máximo Vicuña de la Rosa
©Andrea Johana Aguilar Barreto

Autores

©Máximo Vicuña de la Rosa
©Andrea Johana Aguilar Barreto
©Gladys Shirley Ramírez Villamizar
©Edward Fabián Latorre Osorio
©Diana Marcela Pantaleón Pinto
©Verena Bernarda Ramírez Morales
©María Susana Marlés Herrera
©Claudia Parra Meaury
©Rafael Pulido Morales
©Linda Johana Reyes Moreno
©Bibiana Stherly Quintero Orozco
©Wilkar Simón Mendoza Chacón
©Martha Juliana Sánchez Delgado
©Alba Patricia Guerrero Cárdenas
©Brayan Orlando Rodríguez Velásquez

Nuevas tendencias del derecho en Colombia / editores Máximo Vicuña de la Rosa, Andrea Johana Aguilar-Barreto; Gladys Shirley Ramírez Villamizar [y otros 14] -- Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018.

133 páginas; figuras a color
ISBN:978-958-5533-45-5 (Versión electrónica)

1. Positivismo jurídico 2. Jurisprudencia – Colombia 3. Igualdad ante la ley – Colombia 4. Reparación (Justicia penal)– Colombia 5. Derecho – Enseñanza 6. Derechos humanos– Colombia I. Vicuña de la Rosa, Máximo, editor-autor II. Aguilar-Barreto, Andrea Johana, editor-autor III. Ramírez Villamizar, Gladys Shirley IV. Latorre Osorio, Edward Fabián V. Pantaleón Pinto, Diana Marcela VI. Ramírez Morales, Verena Bernarda VII. Marlés Herrera, María Susana VIII. Parra Meaury, Claudia IX. Pulido Morales, Rafael X. Reyes Moreno, Linda Johana XI. Quintero Orozco, Bibiana Stherly XII. Mendoza Chacón, Wilkar Simón XIII. Sánchez Delgado, Martha Juliana XIV. Guerrero Cárdenas, Alba Patricia XV. Rodríguez Velásquez, Brayan Orlando XVI. Tit.

340.1 N964 2018 Sistema de Clasificación Decimal Dewey 21ª edición

Universidad Simón Bolívar – Sistema de Bibliotecas

Grupos de investigación

Altos Estudios de Frontera (ALEF), Universidad Simón Bolívar, Colombia
Rina Mazuera Arias
Democracia y Modernización del Estado Colombiano, Universidad Simón Bolívar, Colombia.
Florentino Antonio Rico Calvano
Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Socio Jurídicas Contemporáneas, Universidad Simón Bolívar, Colombia.
Inés Emilia Rodríguez Lara

ISBN: 978-958-5533-45-5

Impreso en Barranquilla, Colombia. Depósito legal según el Decreto 460 de 1995. El Fondo Editorial Ediciones Universidad Simón Bolívar se adhiere a la filosofía del acceso abierto y permite libremente la consulta, descarga, reproducción o enlace para uso de sus contenidos, bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



© Ediciones Universidad Simón Bolívar

Carrera 54 No. 59-102

<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/edicionesUSB/dptpublicaciones@unisimonbolivar.edu.co>

Barranquilla y Cúcuta

Producción Editorial

Conocimiento Digital Accesible. Mary Barroso, Lisa Escobar

Urb. San Benito vereda 19 casa 5. Municipio Santa Rita del Estado Zulia- Venezuela. Apartado postal 4020. Teléfono: +582645589485, +584246361167. Correo electrónico:marybarroso27@gmail.com, conocimiento.digital.a@gmail.com

Diciembre del 2018

Barranquilla

Made in Colombia

Como citar este libro

Vicuña, M. y Aguilar-Barreto, A.J. (Ed.). (2018). *Nuevas tendencias del derecho en Colombia*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

Tabla de contenido

Presentación	6
Prólogo	9
Introducción	11
Capítulo I. Sistema jurídico colombiano: nuevo derecho.....	14
Capítulo II. Constitucionalización de la prevalencia de los derechos del niño y la sinergia frente al derecho de igualdad.....	33
Capítulo III. Incidencia en el derecho de propiedad y la posesión del tercero de buena fe en el proceso de restitución de tierras.....	50
Capítulo IV. Pertinencia de la formación por competencias del abogado, para asumir la su práctica profesional.....	68
Capítulo V. Responsabilidad extraterritorial: análisis al goce de derechos de las comunidades y el rol de los Estados de origen.....	97
Capítulo VI. Colombia y una de sus encrucijadas: la diversidad sexual.....	119

Presentación

“La universidad de los pobres son los libros”

“Los doce césares”

Suetonio

Con agrado he leído, detenidamente los seis capítulos que integran el libro titulado “nuevas tendencias del derecho en Colombia”, producto de la disciplina jurídica y cuyos participantes son miembros activos del grupo de investigación Altos Estudios de Frontera ALEF.

Los autores de esta inteligente propuesta colocan a disposición de los amantes del estudio del derecho este acápite preñado de ciencia jurídica y filosofía del derecho, que va hacer una herramienta práctica para comprender las nuevas tendencias que conllevan el análisis y la aplicación del derecho, al finalizar la segunda década del tercer milenio, en un mundo globalizado como lo es hoy.

El estudio de esta hermosa disciplina, el operador jurídico, litigante y el abogado en formación, abrazarán los conceptos del derecho, amparados en las múltiples corrientes que ofrece el Jus naturalismo, Jus positivismo, el formalismo, el sociologismo, el axiologismo, el realismo jurídico y las corrientes del neoconstitucionalismo, que abren la puerta para comprender, que después de la hora veinticinco donde el hombre moderno sufrió el más brutal atropello de sus derechos y la soledad más indignante en las guerras mundiales donde se pisoteo la dignidad y la valoración del hombre como fin en sí mismo.

Es un trabajo fresco de este grupo investigativo que nos hace recordar, que en la post- guerra se crearon las cortes constitucionales: en Italia en 1947, Alemania en 1949, Francia en 1959 y luego siguieron Portugal en 1976, España en 1978 una vez que pudieron salir de los dictadores Marcelo Caetano

y Francisco Franco de estos últimos y para rechazar la concentración de poder de los tiempos de Mussolini, Hitler y muchos otros.

Todo lo anterior ha incidido en nuestro sistema jurídico actual, máxime cuando en un mundo globalizado, el ser humano es el centro de toda actividad racional, aparece el derecho ambiental, el derecho de los migrantes y la defensa de los valores de la persona y la obligación de los estados por atender los derechos fundamentales de nuestros semejantes. Es así como nace a la vida jurídica, la constitución política de 1991, acorde a los movimientos universales, para desarrollar el verdadero estado social de derecho, garante de los valores jurídicos de nuestra sociedad Colombiana, valores cosmológicos como el orden, la seguridad y el poder que son los primeros, mas no los más importantes, el estado nos debe garantizar las necesidades básicas como la salud, la educación, el trabajo, la vivienda y la recreación para sentirnos tutelados por un verdadero poder, que sea digno y nos haga sentir el mayor número de felicidad posible.

La solidaridad y la cooperación, son valores societarios, que desarrolla una sociedad cuando somos buenos ciudadanos, que agrupados demostramos el máximo valor personal que es la paz, el cual unido a una verdadera administración de justicia hace que el hombre pueda expresar somos libres e iguales.

Colombia jurídica, se asoma en la postmodernidad, a la solución de los casos concretos y aun precedente constitucional vinculante, que es garantía para no soslayar la responsabilidad del estado con sus habitantes y así poder evitar aquello que: finalmente esta clase de documento jurídico permite a los cultores de la ciencia del derecho y de la ciencia política, comprender que como consecuencia de la caída del muro de Berlín (1989), Heibz Dieterich nunca llego a pensar, que en Latinoamérica, el socialismo del siglo XXI se convirtió en un caudillismo popular, caracterizado por: la cooptación de poderes, la coacción a los medios de comunicación y la judicialización de la política.

Esperamos que trabajos juiciosos como este, que tengo el grato honor de presentar sirva para ilustrar a nuestra presente y futura generación de juristas.

Luis Emiro Bueno Jaimes

Abogado, exdecano de la Facultad de Derecho y exrector de la Universidad Libre seccional Cúcuta. Profesor de Filosofía del derecho de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta.

Prólogo

La Universidad Simón Bolívar somete a consideración del lector y, particularmente de aquellos que se muestran interesados por el estudio de las ciencias jurídicas, este trabajo intitulado “Nuevas tendencias del derecho en Colombia”, diseñado como una compilación de artículos concebidos por un grupo de profesionales dedicados a la academia y a la investigación, de los cuales algunos fueron presentados como ponencias en el Seminario Integrador que lleva ese mismo nombre y que se realizó en el claustro, sede Cúcuta, durante el segundo semestre de 2017, en tanto otros forman parte de proyectos de investigación que adelanta el semillero del programa de derecho de la institución.

En ese orden, se destacan contenidos que van desde la identificación de las corrientes filosófico-jurídicas que han inspirado el sistema colombiano, el señalamiento de la importancia actual de la inserción de las TIC en los procesos de aprendizaje dada la realidad virtual de la era actual, los cambios que trajo consigo el modelo político-jurídico colombiano desde el advenimiento de la Constitución de 1991 cuyo eje central radica en los principios y derechos fundamentales expresamente reconocidos dentro de los que se resalta la relevancia y trascendencia que tiene la igualdad en el ideario de la nueva sociedad y, el impacto que frente al derecho de propiedad de terceros adquirentes de buena fe ha tenido la Ley de Restitución de Tierras atendida la ambigüedad de algunas de sus normas, pasando por el análisis, a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de la responsabilidad extraterritorial de los Estados de origen de las compañías transnacionales mineras en América Latina por violación a los derechos humanos en los Estados receptores con ocasión de la explotación que ejecutan y, de la evolución del reconocimiento de derechos a la comunidad LGBTI pese a las tendencias excluyentes que aún persisten, todo ello sin dejar de examinar la pertinencia de la formación de competencias del abogado para asumir su práctica judicial en virtud a las exigencias sociales presentes.

De tal modo, la bondad de la obra radica en reunir en un solo cuerpo, variados textos sobre diversos temas que proporcionan herramientas

valiosas en la labor de interpretación y aplicación del compendio jurídico colombiano, siendo pertinente recalcar que la claridad y concreción con que fueron abordados, alienta su lectura y facilita su comprensión.

Angela Giovanna Carreño Navas

Abogada y docente en derecho de familia y sucesiones de la Universidad Libre seccional Cúcuta. Magistrada de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito judicial de Cúcuta.

Introducción

Este trabajo concentra el esfuerzo en verdad que de muy pocos que, en ejercicio de su actividad docente o miembros de grupos de estudio, o trabajo de grado forjan y desarrollan conocimiento para los demás.

Esta nueva obra despliega su temática en sendos capítulos tendientes a recordar y poner en el desarrollo actual de la actividad docente universitaria y práctica jurídica las principales corrientes de filosofía del derecho, el uso de las tecnologías en la enseñanza jurídica, la constitucionalización y prevalencia de los derechos de los niños y la materialización efectiva de dicho derecho.

Se ocupan de la incidencia en el derecho de propiedad y posesión de terceros de buena fe en procesos de restitución de tierras, de la pertinencia en la formación del abogado para asumir su práctica profesional, la responsabilidad extraterritorial frente al goce de derechos de las comunidades y el rol de los Estados de origen y, la diversidad sexual y la inclusión.

Llama particularmente la atención, la mixtura de los artículos que conforman el trabajo, pues si bien no obstante todos sin duda resultan de especial relevancia, ponen de presente la diversidad del conocimiento que aplica a quienes como profesionales del derecho nos incumbe.

El pensamiento jurídico-filosófico impone el reto en el jurista en desarrollar su capacidad de pensar correctamente, en procura de saciar el interés de la justicia y del derecho, eliminando confusiones, detectando ambigüedades, explicitando alternativas y construyendo respuestas a los conflictos que se le ponen de presente.

Precisamente en ese trabajo de análisis e interpretación, nace la complejidad de la actividad que a diario desarrollamos quienes decidimos dedicar nuestra vida al estudio del derecho, el que requiere

necesariamente a la fecha de las mejores prácticas para su enseñanza y es la tecnología sin dudas la mejor herramienta, ya que incuestionablemente determina la posibilidad de contar con el conocimiento en tiempo real, con mayores y mejores fuentes.

La enseñanza en cualquiera de los escenarios que se proponga, hace necesario volver los ojos al sujeto objeto de la misma, esto es de los niños, materia prima de toda sociedad que se precie de estar en camino al desarrollo; de hecho enseñar constituye y resulta un apostolado de nunca acabar, de ahí que la prevalencia que ha de brindarse al bien máspreciado de toda comunidad como lo es la niñez, en quien debe trasladarse todos los esfuerzos por lograr su mejoramiento, por ello incuestionable resulta hacer prevalecer y subordinar los derechos de los demás ante el de los niños.

No menos importante a esta investigación que se presenta, le resulta la actividad que, en curso de llegar la paz a Colombia, en sede del deber del Estado en procura de lograr la verdad, la justicia y reparación con garantía de no repetición, elemento esencial para atenuar la conflictividad que nutre y cultiva el odio que impide sin ambages la unión y la efectiva creación de una nueva oportunidad de la Nación.

Se insiste la paz está en manos de todos y, de todos ha de surgir la necesidad de pacificar los espíritus, no obstante, la conflictividad existente, que se pone en evidencia ante la litigiosidad imperante hace del abogado sin duda uno de los principales forjadores y ejecutores de la paz, de quienes impone su probidad, responsabilidad e intachable proceder. Ha de actuar el togado en palabras de Henri Lacordaire como "Hombre justo y honrado, aquél que mide sus derechos con la regla de sus deberes".

Reiterar la igualdad como principio que debe regir la sociedad moderna, determina sin duda la pérdida del status de alguna clase que siempre se ha creído con el derecho de dominar, y peor cuando desconoce sus desaciertos como simples hechos que debieron y tuvieron ocurrencia, lo que pone en evidencia el desconocimiento de los derechos

de los restantes y el deseo y necesidad de los demás. Relevante resulta recordar a Karl Marx al afirmar que “Cuando los que mandan pierden la vergüenza, los que obedecen pierden el respeto”. Es necesario materializar la cultura y el respeto por el otro, sin más consideración que la naturaleza de pertenecer a la raza humana.

Se forja al estudiante y estudioso del derecho como personas sobresalientes, que sueñan en cuanto piensan en grande; son apasionados pues aman lo que hacen; son sensibles dado que brillan con sentido humano y solidario, recursivos, nunca dejan de aprender y se enfocan en lo propositivo, sin dejarse amedrentar por la adversidad superando los obstáculos que se les presentan.

Escribir con un noble propósito como los que expresan mis compañeros y amigos de universidad en el texto que reitero me honraran presentar, pone de manifiesto la sensibilidad propia de quienes durante su existencia han vivido para servir, de quienes brota el desinterés por elogios y el sólo premio de poder exponer sus ideas.

Acerca de la sencillez, San Francisco de Asís, enseña “Cada día necesito menos cosas y las pocas que necesito, las necesito muy poco”. Mil gracias por permitirme, leer su trabajo y conocerlos cada vez más.

Hernando Ayala Peñaranda

Abogado universidad Libre seccional Cúcuta. Magister en derecho Administrativo. Magistrado del Tribunal Administrativo de Norte de Santander. Profesor de teoría constitucional en la universidad Simón Bolívar sede Cúcuta.

1

SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO: NUEVO DERECHO¹

Máximo Vicuña de la Rosa

Abogado de la U. Libre seccional Cúcuta. Conciliador. Especialista en derecho procesal U. Libre. Especialista en docencia Universitaria convenio con la U. Holguín de Cuba, Magister en Educación Universidad Simón Bolívar. Ex-decano del programa de derecho de la U. Libre seccional Cúcuta. Miembro del grupo de investigación Tendencias jurídicas contemporáneas y profesor del Área civil y Consultorio jurídico de la U. Simón Bolívar Sede Cúcuta. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2343-4915>. Correo electrónico: mvicuna@unisimonbolivar.edu.co

Gladys Shirley Ramírez Villamizar

Abogada y Especialista en Derecho de Familia Universidad Libre Seccional Cúcuta; Magister en Educación, Universidad Simón Bolívar. Miembro del grupo de investigación Tendencias jurídicas contemporáneas y Directora del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar - Sede Cúcuta. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3271-795X> Correo electrónico: sramirez@unisimonbolivar.edu.co

Resumen

Este producto académico es un avance del desarrollo del marco teórico del proyecto de investigación “Articulación del saber teórico civilista con la praxis en la resolución de litigios contractuales en Colombia. Diseño Didáctico”, que se ejecuta en la Maestría en educación del Instituto de Posgrado de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Se tomó como horizonte paradigmático las corrientes ius-filosóficas que enmarcan el mundo occidental, utilizando la metodología con enfoque eminentemente cualitativo de tipo histórico - hermenéutico. Se elaboró una matriz de análisis para analizar documentos, estudios presentados por los teóricos de la comunidad científica en la ciencia social y sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, No obstante, la fuerte oposición doctrinaria contra el antiformalismo en nuestro territorio, con la vigencia de la constitución de 1991 el nuevo derecho opera con un sistema de fuentes mixto. Con este trabajo se contribuye al fortalecimiento de las competencias de formación y práctica profesional del estudiante y abogado.

Palabras clave: Ius-naturalismo, ius-positivismo, realismo jurídico, neo-constitucionalismo, nuevo derecho.

¹ Capítulo derivado de la Investigación “Sistema jurídico colombiano” de la línea de filosófico-jurídica. presentado como ponencia en el Seminario Integrador “Nuevas tendencias del derecho en Colombia” en el programa de derecho de la universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. 2017-2

Colombian legal system: new right

Abstract

This academic product is an advance of the development of the theoretical framework of the research project “Articulation of theoretical civilist knowledge with praxis in the resolution of contractual litigation in Colombia. Didactic Design”, which is run in the Masters in Education of the postgraduate of the University Simon Bolivar, headquarters Cucuta. It was taken as a paradigmatic gaze of the philosophical currents that frame the Western world, using the methodology with eminently qualitative approach of historical – hermeneutic. An analysis matrix was developed to analysis documents and studies presented by the theorists of the scientific community in the social science and judgments of the Colombian Constitutional Court. However, the strong doctrinal opposition to anti-formalism in our territory, with the validity of the 1991 constitution, the new law operates with a mixed source system. This work contributes to the strengthening of the skills of training and professional practice of the student and lawyer.

Keywords: Ius-naturalismo, Ius-positivismo, legal realismo, neoconstitucionalismo, New right

Introducción

El capítulo de libro presentado a consideración de los estudiantes y juristas es un avance del marco teórico del estudio investigativo que se realiza en la Maestría en educación de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, denominado “Articulación del saber teórico civilista con la praxis en la resolución de litigios contractuales en Colombia. Diseño Didáctico”.

Es frecuente observar en la práctica profesional de estudiantes del consultorio jurídico y egresados de los programas de derecho, inseguridad cuando tienen que abordar la solución de los problemas litigiosos de carácter particular en la disciplina civil. Esta situación generalmente se presenta, porque el togado no dispone de una estrategia metodológica que le sirva para aplicarla, no obstante ser propietario del conocimiento adecuado. El tema planteado es importante analizarlo, porque en las controversias no solo es importante el conocimiento jurídico desde los elementos estructurales (*Iusnaturalismo*, *Iuspositivismo* y los precedentes vinculantes de las altas Cortes), sino, además, el método que se utilice para resolverlo.

Bajo la anterior postura, el objeto de estudio del trabajo se relaciona con la determinación de las corrientes del pensamiento filosófico que ha desarrollado el mundo jurídico occidental y la manera como incidieron en la conformación de nuestro sistema jurídico en la última reforma de la carta superior; que originó la jurisdicción constitucional y con ella la Corte Constitucional, guardiana del Estado Social de Derecho soporte de la dignidad humana.

El trabajo tiene relevancia, porque determina el primer paso estratégico metodológico para articular el saber civilista con la actuación ante el operador judicial en busca de la sentencia definitiva que resuelva una situación problemática en particular. Después el conocimiento y análisis de los elementos fácticos que origina la situación litigiosa el jurista debe disponer de las habilidades y destrezas para adecuarlos de manera correcta con el sistema de fuentes que operan en el ordenamiento constitucional.

Buscando la meta propuesta se analizaron documentos provenientes de connotados juristas que han sentado las bases para el desarrollo del pensamiento filosófico - jurídico y decisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional que develan el sistema legal, utilizando técnicas e instrumentos propios del paradigma hermenéutico con enfoque cualitativo. Los resultados obtenidos muestran, que para resolver problemas litigiosos de manera idónea el jurista debe acudir inexorablemente al sistema de fuentes planteados en la constitución política.

Fundamentación teórica

Tendencias del derecho occidental

Para abordar el tema de las nuevas tendencias epistemológicas del derecho en Colombia, se hace necesario evocar por lo menos someramente las corrientes que filosóficamente explican la existencia, validez y la eficacia en el mundo occidental, toda vez, que en esta dirección evolucionaron los sistemas jurídicos y la forma de enseñarlo en Latinoamérica.

Si consideramos que lo jurídico tiene como fin percibir, interpretar y valorar la conducta humana desde un marco teórico sistematizado, el derecho es una ciencia, “por la adhesión a la teoría y los métodos empíricos de las ciencias sociales, o por la adecuación de la estructura a las fuentes del derecho” (Bernasconi, 2007, p. 9-37). La anterior afirmación invita entonces desde la filosofía del derecho a conocer la naturaleza de lo jurídico desde la concepción sobrenatural (Metafísica) fundada en principios y valores; como instrumento normativo gubernamental que surge de lo observado por el ser racional, o desde la fuerza vinculante de las decisiones que de manera constante emanan de los órganos encargados de administrar justicia (activismo judicial o sistema de precedentes).

Observado el derecho desde el conocimiento científico, en el contexto europeo y americano tres importantes maneras de concebir la naturaleza del ser humano y la realidad que lo rodea han impactado la regulación del comportamiento social, estableciendo cada una de ellas la fuente, la manera de interpretarlo y su validez. El *iusnaturalismo*, *iuspositivismo* y el realismo jurídico o sistema de precedentes.

Ius naturalismo en el sistema jurídico colombiano

Abordando el tema planteado en el epígrafe, es necesario mirar hacia atrás, para observar como el pensamiento filosófico naturalista ha concebido y desarrollado la fuente, validez y aplicación del derecho, pues esta tendencia siempre ha tenido vigencia en nuestro ordenamiento legal. Recientemente, la Corte Constitucional (Sentencia, C-284/15), impuso al operador judicial como requisito para utilizar un principio del derecho natural en la solución de un caso en particular, realizar una fuerte carga argumentativa para demostrar de manera racional la existencia, pertinencia y reconocimiento del principio por la doctrina más especializada.

Partiendo del pensamiento filosófico de Platón y Aristóteles, es la conciencia religiosa la que origina la escuela naturalista con las enseñanzas de los patriarcas cristianos, la escolástica y la teológica. El derecho natural es trascendente y anterior al derecho positivo, porque, (Marcone, 2005,

p.126), “bajo el amparo de la razón, la naturaleza, o de Dios, es asumido como el único orden regulador de validez universal, al que los hombres, guiados por la “recta razón”, pueden aspirar independientemente”.

Los principios que soportan el derecho natural *per se* son condiciones de la esencia del ser humano necesarios para la existencia y calidad de vida individual con las limitaciones que el comportamiento colectivo impone; porque, se parte (Ross, 2008) de premisas que son aceptadas por todas las corrientes del pensamiento, descubiertas, obligatorias y universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, convirtiéndose en verdaderas leyes que se imponen por la interpretación metafísica. (p.207)

En el campo del saber filosófico existen múltiples escuelas dedicadas a la interpretación para la comprensión del ser y los fenómenos físicos y sociales, que son indispensables (Gadamer, 1995, p. 85) “para la comunicación intrahumana y a través de ella, por lo menos llegar o aproximarnos a la verdad”. Por ser el derecho natural general, abstracto e inherente a lo humano, estas especiales condiciones generan indeterminación obstaculizando la función del intérprete al tratar de aplicarlo para resolver un problema en particular. Surge de inmediato el siguiente interrogante: ¿Cuál debe ser el método adecuado para darle contenido al principio que soportan el derecho natural?

La respuesta al anterior cuestionamiento es bastante compleja si consideramos que el derecho natural pertenece al campo de la subjetividad y por lo tanto, no hace visible contenidos de lenguaje que puedan ser objetos de interpretación, y porque además, frente a la diversidad de criterios sobre la forma de concebir el mundo, como lo afirma Pablo Ricoeur (citado por Briones, 2002, p.37) no existe una sola corriente del pensamiento que fundamente la interpretación de los símbolos del lenguaje. Por ejemplo:

En el universo de la hermenéutica, son variados los instrumentos metodológicos que facilitan al intérprete descartar la especulación y acercarse a la realidad, en nuestro caso, para comprender las categorías

de un sistema jurídico. El principal obstáculo que debe vencer el intérprete en la aplicación del derecho, tiene que ver precisamente con la determinación del contenido de los principios que construye el derecho natural. Conocer que es lo justo (Contreras, 2013), no se obtiene a través de un procedimiento de deducción silogística, se requiere un proceso de deliberación de razón práctica que determina el derecho en un caso concreto.

Frente a la indeterminación del principio del derecho natural, el sistema jurídico colombiano resuelve este problema, otorgando facultades al operador judicial para que construya el contenido de manera discrecional, ante la obligación que tiene de administrar justicia, aunque no exista norma aplicable al caso. De presentarse este hecho, debe entonces acudir a los postulados del derecho natural, determinado su contenido (Sentencia, C-083/95), mediante “una elevada carga argumentativa que le de viabilidad a la aplicación del principio”.

La corriente filosófica - jurídica iusnaturalista ha venido operando en nuestro sistema desde los albores de la independencia y el florecimiento del derecho constitucional (Acta de la constitución del Socorro. (1810)² y con mayor intensidad con la vigencia del preámbulo de la carta superior de 1991, como lo sostiene la Corte de cierre Constitucional (Sentencia, C-284/15), cuando afirma, que esta corriente se presenta como un conjunto de direcciones críticas al derecho positivo, como un ideal de contenido variable que pretende una corrección y perfeccionamiento del derecho vigente.

Fuerza del pensamiento positivista ilustrado

La ilustración, movimiento de nuevas ideas políticas, filosóficas

² Acta de constitución del Socorro. (1810). (...) Preámbulo: Las calles de esta Villa fueron manchadas por la primera vez con la sangre inocente de sus hijos que con un sacrificio tan heroico destruyeron la tiranía; y rompiendo el vínculo social fue restituido el pueblo del Socorro a la plenitud de sus derechos naturales e imprescriptibles de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad, que depositó provisionalmente en el ilustre Cabildo de esta Villa y de seis ciudadanos beneméritos que le asoció para que velasen en su defensa contra la violencia de cualquier agresor, confiando al propio tiempo la administración de justicia a los dos Alcaldes Ordinarios para que protegiesen a cualquier miembro de la sociedad contra otro que intentase oprimirle.

y metodológicas que evolucionaron en Inglaterra y Francia en el siglo XVIII, rompe el paradigma metafísico que monopolizaba el conocimiento a través del ejercicio del poder que imponía la monarquía y la religión. Se desvela entonces el nuevo camino para acceder al conocimiento a través de la ciencia como único instrumento para acercarse a la realidad (Abbagnano y Visalberghi.1992. p. 397), dado que esta realidad está constituida por hechos naturales necesariamente ligados entre sí por leyes, que no se pueden estudiar y descubrir si no es con los métodos propios de la ciencia.

Este periodo, presenta el conocimiento como una nueva forma de concebir el mundo de las ideas. La ilustración, es un proceso (Suárez. 2013. p.17), mediante el cual, el hombre sustituye los mitos y el saber religioso por el ejercicio de la razón. Afirma, que es el desencantamiento del mundo, en el que la ciencia busca una explicación de la realidad.

Con los estudios realizados por el francés Augusto Conté a mediados del siglo XIX, se inicia el florecimiento del pensamiento filosófico del positivismo que construye el conocimiento a través de la observación de la realidad comprobable utilizando el método científico. Kelsen (1960) se apoya en aquellos trabajos para construir la teoría pura en la ciencia jurídica, considerando, que la conducta humana debe ser observada de una manera estática y general desde la norma escrita. En otras palabras, el derecho es para el positivismo un conjunto de normas escritas que regulan el comportamiento humano, constituyéndose en la principal fuente formal del derecho como instrumento regulador de las relaciones sociales.

El positivismo puro ha venido evolucionando y, hoy se cuenta, con la teoría racionalista H.L. Hart (1968, p.144), quien justifica la existencia y validez del sistema jurídico vista desde la obediencia y aceptación por los ciudadanos a las fuentes primeras y secundarias, aceptando el acercamiento al precedente judicial, pues considera que los tribunales en ocasiones pueden apartarse de las reglas escritas cuando tenga que apreciar "críticamente tales desviaciones como fallas frente a los criterios

vigentes que son esencialmente comunes y públicos”.

El pensamiento positivista, a no dudarlo, incidió en el sistema jurídico de la corona española del siglo XVIII. Esta posición epistemológica, alimentada por eminentes teóricos de la ilustración, el formalismo romano y la visión codificadora francesa, se hizo visible en el estatuto real de Bayona de 1808, que rompió el poder absolutista del monarca, pero conservó la inspiración divina y la representación del soberano como máxima autoridad jurisdiccional en la tierra; sistema que se hizo extensivo a las colonias americanas a través de las leyes de indias mediante la expedición de cédulas reales, ordenanzas y acuerdos.

Nuestro sistema político siguió la senda positivista y religiosa que se concretó primigeniamente con el Acta de la constitución del nuevo gobierno de la provincia del Socorro de 1810, promulgada por la Junta de representantes del poder regional de la época, por medio de la cual se reconoció al pueblo como máxima autoridad política, el respeto a la religión cristiana, la persona y la propiedad, sin más limitaciones que las impuestas por la ley.

El positivismo generó en Colombia el establecimiento de un Estado de derecho, vigente desde el acta del socorro arriba mencionada, pasando por la constitución de Núñez, (Colombia. Constitución política de 1886), que consagró el deber de todos los nacionales y extranjeros de vivir sometidos a la Constitución, a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades, hasta llegar al florecimiento de la norma superior de 1991, que estipula el sometimiento de los jueces y particulares al imperio de la ley. (Art. 230 superior)

En el sistema jurídico colombiano, la ley escrita constituye la fuente formal del derecho por excelencia, fundamento de la validez y eficacia del orden social, instrumento prevalente e indispensable para la resolución de litigios; dispensando el método deductivo y, las escuelas de hermenéutica exegética, sistemática, histórica, legislativa entre otras, para su comprensión, teniendo en cuenta, (Sentencia, SU-747/98), que

toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco normativo. Se afirma entonces, que el positivismo se encuentra vigente en la nueva constitución.

Metodología

En la construcción del marco teórico del proyecto arriba mencionado se utilizó la ruta paradigmática histórico-hermenéutica con enfoque eminentemente cualitativo, porque, es el pasado el punto de partida para fundamentar el conocimiento presente y visualizar el futuro; siendo la historia en palabras del profesor cubano Leiseca citado por Delgado (2010) “la reseña de los sucesos pasados siendo el ser humano el sujeto de la historia y su fin, presentando en el presente el relato y consecuencias de los hechos del pasado, para que sirvan de enseñanza y guía en su labor del porvenir (p18).

Hermenéutico porque se interpretaron documentos (Barbera y Inciarte, 2012) buscando consideraciones de pensamiento, emociones o lógicas que conducen a conocer el significado de la conducta humana (p.4). Como técnicas e instrumentos se utilizó el análisis documental mediante la elaboración y uso de una matriz aplicada al contenido de libros, artículos, normas y jurisprudencia de las Cortes relacionadas con el sistema jurídico colombiano.

Resultados

Realismo jurídico colombiano

Ahora bien, al ubicarnos en el sistema de fuentes del derecho es obligatorio referenciar la percepción y explicación de la realidad de lo físico y el mundo subjetivo, porque el conocimiento jurídico (García. 2011.) “se fundamenta en la convicción que hace posible comprobar la existencia de un sistema de conocimientos ciertos y probables, respecto de un determinado sector de objetos de la realidad universal”. (p. 319)

El saber jurídico se construye partiendo de la observación y estudio

del comportamiento de los individuos en sociedad, análisis que por siglos han efectuado filósofos, sociólogos, psicólogos y juristas entre otros, aportando importantes y trascendentales teorías que postulan reglas y principios universales de convivencia, erigiéndose como paradigmas que moldean la forma de concebir la naturaleza, validez y la eficacia del derecho como ciencia social, que luego y de manera paulatina son transformados o suprimidos.

Caracterizado de esta manera, el derecho surge el conocimiento como un soporte para pensar de otra forma la realidad, el objeto y la práctica. La epistemología, se fundamenta en la lógica del saber, entendido como un campo y una experiencia del campo (Quiceno, 2011, p. 42). Este criterio, ubica el saber legal en la denominada dogmática jurídica que plantea el origen de las diferentes tendencias filosóficas que inciden en el momento de ser interpretadas para aplicarlas en la resolución metodológica de los conflictos sociales y particulares.

Existen entonces para el mundo occidental, varias formas de observar la validez y la eficacia del derecho, para ser utilizado en la resolución de controversias que emergen de la realidad social. Desde la concepción iusnaturalista estos dos elementos se miden desde la determinación de los principios y valores; para el sistema romano - germánico desde la postulación de la conducta enmarcada en el precepto legal, porque emana del Estado con el poder para atribuir consecuencias jurídicas (positivismo), y desde el sistema del precedente judicial (Botero, 2015.p.139.), por el acatamiento que desarrolla la sociedad del derecho de los jueces, pues se considera que el Juez es el agente más relevante en el mundo fenomenológico del derecho.

En términos generales, la escuela del realismo jurídico ve en el desempeño judicial la verdadera fuente formal del derecho, pues, el operador judicial toma en sus manos los acontecimientos sociales (hechos), resolviendo las controversias mediante el uso de postulados supra-sistemáticas, creando reglas de conducta que puedan tener efectos *erga omnes*, ya que el principio (Dworkin.2010.p.57)no debe limitarse a

demostrar simplemente los vínculos entre la práctica social y la jurídica, sino que, ha de continuar examinando y criticando la práctica social comparándola con normas independientes de coherencia y de sentido”.

Desde aquella mirada, el realismo jurídico norteamericano aparece con la figura del Juez Holmes quien según Recalde (2016) expone el postulado de la predicción del derecho atado a los hechos que estimulan al juez; por ende, el derecho es lo que en efecto éstos hacen, y no únicamente las normas y conceptos creados a partir de un razonamiento lógico (p.3).

Esta corriente epistemológica impactó el derecho latinoamericano y de manera especial el sistema de fuentes en Colombia, al extremo de afirmar la doctrina constitucional que hoy existe un nuevo derecho o mixto. Sostiene la Corte Constitucional (Sentencia, T-406/92) que el Estado Social de Derecho tiene en su contexto una visión institucional del interés general y, por lo tanto, cuando relaciona las normas constitucionales y los principios con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.

El nuevo derecho en Colombia

No cabe la menor duda, que las corrientes del pensamiento *ius filosófico* antes mencionadas, incidieron en el derecho colombiano, como se puede observar, al visualizar el desarrollo histórico político de nuestro sistema jurídico, que devela la ausencia absoluta de un sistema originario de nuestra cultura, operando desde los albores del descubrimiento español un ordenamiento legal implantado a la fuerza. Como antes se expresó, hasta el ocaso de la constitución de 1886, el Estado funcionó bajo un orden eminentemente positivista, inspirado en los postulados metafísicos del derecho natural clerical, pero sometido al mandato superior de la ley como máxima expresión de seguridad jurídica, herramienta indispensable y necesaria para la resolución de los problemas sociales.

Emerge la constitución de 1991 y con ella el postulado del Estado Social de Derecho, que enmarca la nueva forma de concebir el sistema de fuentes del derecho; manantial del cual brota la función protectora por parte del Estado a los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana, considerada (Sentencia, T-291/16) como el derecho inalienable y autónomo equivalente al trato especial que tiene toda persona por el solo hecho de serlo y a vivir de acuerdo a su libre discernimiento de manera eficaz y con el reconocimiento directo.

Con la vigencia de la actual constitución política, florece el neoconstitucionalismo para apoyar el activismo judicial, respondiendo de esta manera a la protección real y efectiva de los derechos fundamentales y estabilizar los cambios sociales. Como consecuencia, renacen las discusiones teórico - prácticas en relación a la interpretación, argumentación y la aplicación directa del texto superior que realizan los jueces y, de manera especial, la corte constitucional como órgano encargado de unificar la jurisprudencia y salvaguardar la integridad de la Constitución.

Los acontecimientos políticos que originaron el nacimiento de la nueva constitución, despejaron cualquier duda sobre la vigencia del sistema jurídico positivista clásico, siendo la norma emanada de los órganos estatales el instrumento esencial para resolver los problemas de la realidad social y por ende, regulador del sistema democrático. Adicionalmente aparece en la parte superior de la carta magna, moviéndose como péndulo el preámbulo que irradia con la energía *iusnaturalista* (principios y valores) la protección a los derechos fundamentales individuales, colectivos y la estructura del Estado; estableciendo reglas para garantizar (Sentencia, T-881/02) la dignidad humana, la prevalencia del interés general y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Para hacer efectiva aquellas garantías, el Artículo 116 superior creó la Corte Constitucional como máxima autoridad de la jurisdicción constitucional con capacidad para generar reglas con efectos *erga omnes* (Sentencia, T-121/17) de imperativo cumplimiento para todos los jueces

y los particulares (realismo jurídico), originando lo que hoy se denomina en la doctrina y la jurisprudencia el “nuevo derecho” pilar sobre el cual se edifica el Estado Social de Derecho.

La constitución política, no es un estatuto normativo simplemente, como se ha venido afirmando desde los tiempos de la revolución francesa en el derecho occidental, sino que, debe ser considerada, como la única fuente del derecho que valida y legitima la estructura del Estado, integrada como antes se firmó, con principios y valores abstractos e indeterminados, un ordenamiento positivo y órganos jurisdiccionales que dinamizan aquellos con gran sentido político - social.

La Corte Constitucional en la Sentencia (C-536/98) enseñó que esta particular manera de leer la constitución como estatuto supremo y necesaria para la organización del Estado, corresponde ante todo a un acto de carácter político, en cuanto se deriva del ejercicio soberano del poder del que es titular el pueblo y, a partir de la decisión fundamental que su promulgación implica, se erige en la norma básica en la que se funda y sostiene todo el orden jurídico del Estado.

El profesor López (2012) refiriéndose a la vigencia del antiformalismo en nuestro sistema legal, sostiene, que

En Colombia, en concreto la ampliación del universo de los derechos se debe a la influencia de, por lo menos, tres factores aportados por la constitución de 1991 y la interpretación judicial: *i*. El reconocimiento de los derechos subjetivos no depende necesariamente de su inclusión en textos legales especificados. *ii*. La jurisdicción constitucional tiene capacidad para proteger estos derechos subjetivos sin la mediación legal previa. *iii*. La creación de una acción general para proteger estos derechos (acción de tutela). (p, 447).

Con la vigencia del nuevo texto constitucional, se incorporó al orden legal la tendencia del “nuevo derecho”, que consiste en términos generales, en adherir al sistema de fuente las subreglas que nacen en la jurisprudencia de la Corte (*Ratio decidendi*) con efectos erga omnes (Artículo 241 superior). Esta tendencia, es igualmente considerada por

la doctrina como orden “mixto”, porque adopta un sistema (Martínez, 2011) que prefiere estándares o principios que, enunciando una regla generalísima, dejan su adecuación concreta a un juicio prudencial del intérprete y no a la capacidad de previsión del legislador”. (p.30)

En este sentido, la corte sometiendo la eficacia de la fuerza vinculante de aquellas subreglas, previa la presencia (Sentencia, T-0086/07) de al menos cuatro razones: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley que exige trato igual; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico.

Discusión

La información recaudada en el trabajo determinó que el sistema jurídico colombiano opera en torno a una trilogía esencial conformada por el *iusnaturalismo*, concebido en el preámbulo de la constitución en forma de principios y valores que soportan la dignidad humana en tanto que el Estado se erige social de derecho; la presencia de un ordenamiento legal que organiza los derechos individuales, colectivos y el funcionamiento del Estado cuya base es la misma carta fundamental y el bloque de constitucionalidad y, el antiformalismo o sistema de precedentes (decisionismo judicial), arista muy importante, porque a través de este se hace efectiva la garantía de los derechos fundamentales.

No obstante, existen voces de importantes teorizantes que discrepan del sistema del nuevo derecho, sobre todo, del método que utiliza la Corte Constitucional para emitir sus decisiones que constituyen precedente vinculante, pues consideran, que la alta corporación desborda sus facultades asumiendo función creadora de derechos que solo le compete al órgano legislativo.

El profesor Tamayo (2006) legitimo contradictor del antiformalismo puro, esgrime que donde se presenta la verdadera polémica jurídica está en la “facultad creadora del derecho que ejerce el Juez en su función jurisdiccional, pues se presentan escuelas que desconocen totalmente la existencia de la norma y, las que respetan la norma permitiendo cierta elasticidad interpretativa para garantizar el derecho comprometido en una controversia; concluyendo, que, la obra de López Medina, es un esfuerzo inútil”(p.4).

Aun existiendo tan apasionante y fructífera controversia, la Corte Constitucional como máxima autoridad jurisdiccional y en ejercicio de las funciones que le otorga el Artículo 241 superior, determinó de manera precisa la vigencia y aplicación como antes se observó del Antiformalismo en nuestro sistema jurídico.

Conclusión

Visto los resultados obtenidos en la construcción del marco teórico del proyecto de investigación antes nombrado, se finaliza expresando:

El sistema jurídico colombiano se encuentra irradiado por las tres corrientes del pensamiento filosófico-jurídico que se han venido desarrollando en el derecho occidental, bajo el concepto de neoconstitucionalismo o nuevo derecho. El *ius naturalismo*, *ius positivismo* y el realismo jurídico o sistema de precedentes vinculantes.

Frente a la vigencia del sistema jurídico mixto establecido por los artículos 230 y 241 superior, la Corte Constitucional buscando el sostenimiento del Estado social de derecho y, la efectividad de los derechos fundamentales de la persona, se subroga la facultad de crear reglas jurídicas (*ratio decidendi*) con carácter vinculante para los particulares con efectos *erga omnes*.

Para abordar la solución de las controversias de carácter particular y social, el jurisconsulto debe extraer del sistema de fuentes el método

judicial sistemático deductivo del ordenamiento legal e inductivo, de la ratio que contienen el precedente, método que articula la teoría con la práctica profesional.

Para establecer el contenido de un principio del derecho natural y aplicarlo en la resolución de un litigio en particular, el juez se encuentra investido de facultades para construirlo, frente al imperativo legal que tiene de dirimir el litigio, aunque no exista norma aplicable al caso particular, acudiendo a contenidos extra sistemáticos del derecho natural, aplicando una elevada carga argumentativa que le de viabilidad a la aplicación del principio utilizando la ponderación y la razonabilidad.

Como citar este capítulo

Vicuña de la Rosa, M., y Ramírez Villamizar, G. (2018). Sistema jurídico colombiano: nuevo derecho. En M. Vicuña, y A.J. Aguilar-Barreto. (Ed.), *Nuevas tendencias del derecho en Colombia*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Referencias

- Abbagnano, N. y Visalberghi, A. (1992). Historia de la pedagogía. Fondo de Cultura Económica. S. A. México. Recuperado de: [file:///s:/C:/Users/VALENTINA/Downloads/historiadelapedagogia_abbagnano_visalberghi%20\(1\).pdf](file:///s:/C:/Users/VALENTINA/Downloads/historiadelapedagogia_abbagnano_visalberghi%20(1).pdf)
- Barbera, N. y Inciarte, A. (2012). Fenomenología y hermenéutica: dos perspectivas para estudiar las ciencias sociales y humanas. *Multiciencias*, 12(2). Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/904/90424216010.pdf>
- Bernasconi Ramírez, A. (2007). El carácter científico de la dogmática jurídica. *Revista de derecho (Valdivia)*, 20(1), pp. 9-37. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000100001>
- Botero Bernal, A. (2015). El positivismo jurídico en la historia: Las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo

XX. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/6.pdf>

Colombia. Acta de la constitución del Estado libre e independiente del Socorro. (1810). Sistema único de información Normativa. *Minijusticia*. Recuperado de: [http://www.suinjuriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Constitucion/30020280?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suinjuriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Constitucion/30020280?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1886). Constitución política del 5 de agosto de 1886. Bogotá.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución política de Colombia. Gaceta constitucional No.116 de 20 de julio de 1991. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (1992). Sentencia, T-406/92. Ref.: Exp.: T-778. M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (1995). Sentencia, C-083/95. Ref.: Exp.: D-665. M. P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (1998). Sentencia, C-536/98. Ref.: Exp.: D-1951. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (1998). Sentencia, SU-747/98. Ref.: Exp.: T-152455. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2002). Sentencia, T-881/02. Ref.: Exp.: T-542060 y T-602073. M. P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2007). Sentencia, T-086/07. Ref.: Exp.: T-1400769. M. P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinos. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2015). Sentencia, C-284/15. Ref.: Exp.: D-10455. M.P.: Dr. Mauricio González Cuervo. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2016). Sentencia, T-291/16. Re.: Exp.: T-5350821. M. P. Dr. Alberto Rojas Ríos. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2017). Sentencia, T-121/17. Ref.: Exp.: T-5.388.821. M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá.

Contreras, S. (2013). Derecho positivo y derecho natural. Una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la

-
- determinación. *Kriterion*, Vol.54, No.127 Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2013000100003>
- Delgado García, G. (2010). *Conceptos y metodología de la investigación histórica*. Revista Cubana de Salud Pública, 36(1), 9-18.
- Dworkin, R. (2010). *Los Derechos en serio*. Barcelona. España. Ariel.
- Gadamer, H.G. (1995). *El giro hermenéutico*. Traducción de Arturo Parada 1995. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen Ediciones Cátedra, S. A., 1998. Madrid. Impreso en Gráficas Rógarg, S. A. Recuperado; <https://www.fadu.edu.uy/estetica-diseno-ii/files/2014/04/Gadamer-El-giro-hermeneutico.pdf>
- Hart, H.L. (1968). *El concepto del derecho*. Buenos Aires. Traducción de Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Título original *The concept of law*. Oxford University Press. 1961. Recuperado de: <https://es.slideshare.net/RichardElric/el-concepto-de-derecho-herbert-hart-introduccion-al-derecho>
- Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. 1a edición: octubre de 1960. (4ª ed.) Editorial Universitaria de Buenos Aires. Sociedad de Economía Mixta. Recuperado de: <https://cvperu.typepad.com/files/libro-teoria-pura-del-derecho-hans-kelsen.pdf>
- López Medina, D.E. (2012). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá. Legis. S.A.
- Mabel García, S. (2011). *El Derecho como Ciencia*. Invenio, junio-Sin mes, 13-38. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/877/87717621002.pdf>
- Marcone, J. (2005). *Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo*. *Andamios*,1(2), pp. 123-148. Recuperado de: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870006320050003000006&lng=es&tlng=es
- Martínez Cárdenas, B. (2011). *Nueva perspectiva del sistema de derecho continental en Colombia*. *Legal Syst. Ius et Praxis*, 17(2), pp. 25-52. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200003>
- Quiceno Castrillón, H. (2011). *Epistemología de la Pedagogía*. Ediciones Santiago de Cali. Editorial Pedagogía y educación.

-
- Recalde Castañeda, G. (2016). Repensando la iushistoria: Aportes del realismo jurídico a la discusión. *Revista de Derecho*. 1. Recuperado de: <http://una.uniandes.edu.co/images/pdf-edicion1/articulos/Recalde2016-Articulo-UNA-Revista-de-Derecho.pdf>
- Ross, A. (2008). El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. Academia. *Revista sobre enseñanza del Derecho*. 6 (12), pp. 199-220. Recuperado de: https://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/el-concepto-de-la-validez-y-el-conflicto-entre-el-positivismo-juridico-y-el-derecho-natural.pdf
- Suárez González, J. R. (2013). Dialéctica de la Ilustración y la propuesta de un “horizonte normativo” de la razón. *Eidos*, (18). Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-88572013000100007
- Tamayo Jaramillo, J. (2006). El nuevo derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho. *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, [S.l.], V. 36, (105), 361–397. Recuperado de: <http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5584/5175>

2

CONSTITUCIONALIZACION DE LA PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA SINERGIA FRENTE AL DERECHO DE IGUALDAD¹

Edward Fabian LaTorre Osorio

Abogado universidad Libre, Especialista en derecho de familia de la universidad Libre de Colombia, Especialista en responsabilidad civil y daño resarcible, de la universidad Externado de Colombia, magister en derechos humanos, democracia y justicia internacional de la universidad de Valencia España, doctorando en Derecho de la universidad Complutense de Madrid-España. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2021-3399>. Correo electrónico: e.latorre@unisimonbolivar.edu.co

Diana Marcela Pantaleón Pinto

Abogado. Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Especialista en Familia, Universidad Libre. Candidata a Magister en Derecho Administrativo y profesora del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar de Cúcuta. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7283-8764>. Correo electrónico: pantaleon@unisimonbolivar.edu.co

Resumen

Con el advenimiento de la Constitución de 1991, el modelo político – jurídico colombiano, ha experimentado radicales y profundos cambios. Transformaciones que han tenido como eje central la aplicación de principios, valores y derechos fundamentales, entre ellos, y de relevancia para el presente capítulo, el principio-derecho a la igualdad, como también, el principio de la prevalencia de los derechos del niño; principios - derechos, que a primera vista parecen colisionar entre sí, como resultado del establecimiento de un orden de protección, garantía y aplicación jerárquica de prevalencia o supremacía de los derechos de los niños, sobre los derechos de los demás miembros de la sociedad. El paradigma de investigación que fue aplicado en este estudio científico, recorrió los cauces del método cualitativo, de tipo documental - interpretativo, basado en la revisión exhaustiva y minuciosa de los textos legales colombianos en materia de derechos del niño, al igual que de las sentencias judiciales proferidas por la Corte Constitucional colombiana en materia de infancia y adolescencia. Como resultado significativo de esta investigación, se pudo verificar que si existe en el ordenamiento jurídico de Colombia, una clasificación de

¹ Capítulo derivado de la Investigación “Sistema jurídico colombiano” de la línea de filosófico-jurídica. presentado como ponencia en el Seminario Integrador “Nuevas tendencias del derecho en Colombia” en el programa de derecho de la universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. 2017-2

relevancia al momento de aplicar el derecho a los miembros del colectivo social; de igual manera, se pudo concluir que dicha jerarquización debe ser regulada mediante parámetros racionales de aplicación, pues de ser aplicada de manera abstracta y generalizada a los diversos contextos sociales, conllevaría a lesionar a otros derechos fundamentales en igual orden de importancia, como lo es, el derecho a la igualdad.

Palabras clave: Derechos del niño, constitución, principios y valores, igualdad, prevalencia.

Constitutionalization of the prevalence of children's rights and synergy with the right to equality

Abstract

With the advent of the 1991 Constitution, the Colombian political-judicial model has undergone radical and profound changes. Transformations that have had as central axis the application of fundamental principles, values and rights, among them, and of relevance for the present chapter, the principle-right to equality, as well as the principle of the prevalence of the rights of the child; principles - rights, which at first glance seem to collide with each other, as a result of the establishment of an order of protection, guarantee and hierarchical application of prevalence or supremacy of the rights of children, over the rights of other members of society. The research paradigm that was applied in this scientific study, went through the causes of the qualitative method, documentary - interpretative, based on the exhaustive and thorough review of Colombian legal texts on children's rights, as well as sentences judicial sentences issued by the Colombian Constitutional Court regarding children and adolescents. As a significant result of this investigation, it was verified that if there exists in the legal system of Colombia, a classification of relevance at the time of applying the right to the members of the social collective; In the same way, it was concluded that this hierarchy must be regulated by application parameters, since if applied in an abstract and generalized way to the different social contexts, it would lead to injuring other fundamental rights in the same order of importance, as it is, the right to equality.

Keywords: Rights of the child. Constitution, principles and values, equality, prevalence.

Introducción

Con la promulgación del texto constitucional de 1991, la sociedad colombiana, a través de sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, sentaron las bases para lograr una real y radical transformación del modelo de organización político - jurídico, que regiría

a partir de su vigencia y en lo venidero, al Estado soberano de Colombia.

Metamorfosis que desde luego tejía su génesis, no solo a causa del contexto interno que vivía el país en las década de los 80 y 90, marcado principalmente por conflictos partidistas, luchas contra el narcoterrorismo y confrontación contra los grupos revolucionarios alzados en armas; sino que además de estas importantes causas, como legado y ante la imperiosa necesidad de adaptar y reajustar el modelo político a las nuevas realidades experimentadas por las sociedades occidentales en el siglo XX.

Entre las múltiples razones externas, resultó significativo, la ocurrencia y el impacto generado por las revoluciones sociales acaecidas tanto en Europa, como en Latinoamérica, la teorización y puesta en práctica de nuevos modelos de organización social que propugnaban por potenciar ideales y valores diferentes, o cuando menos, en un orden de importancia disímil al de la bandera de las revoluciones liberales, la crisis del Estado de Derecho, el padecimiento de dos grandes guerras mundiales, la creación de un órgano internacional con el único fin de promover la convivencia pacífica en el mundo, la declaración universal de unos derechos inherentes al ser humano, la creación y entrada en vigencia de dos grandes pactos internacionales para declarar, proteger y garantizar derechos, aun mas allá, incluso, de las fronteras del Estado, el cambio de pensamiento y perspectivas acerca de cómo entender y comprender al individuo en sí mismo provisto de un valor incalculable, y posterior a ello, al individuo como un miembro de un grupo social.

Todas las anteriores transformaciones en la concepción humana, sirvieron como catalizadores para renovar y fijar nuevamente los medios para alcanzar el horizonte del ideal de vida en comunidad, el cual sigue siendo desde los tiempos antiguos hasta la era presente, la consecución del bienestar general como pilar elemental de la convivencia armónica y en paz.

La Constitución de Colombia de 1991, hija de todos estos fenómenos sociales, tanto nacionales como internacionales, agrupo todas estas nuevas

perspectivas humanas en una carta política novedosa y vanguardista, que instituyo por primera vez en el país y elevo al rango más alto de los mandatos en sociedad, un catálogo de derechos fundamentales entendidos estos, como aquellas garantías básicas de libertad con las que cuenta el individuo frente a cualquier tipo de intervención de los poderes públicos; así como también, la estipulación de un abanico de principios y valores políticos objetivos como órdenes de optimización que guiarían la nueva voluntad política de la sociedad.

En ese orden de ideas, el texto vigente Constitucional de Colombia (1991), establece y asigna una naturaleza dual, a la igualdad; ya que en primera medida, la contempla en su preámbulo como un principio rector del nuevo Estado, al expresar que "... con el fin de fortalecer la unidad de la Nación, asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo" (p. 01), y por otro lado, en una segunda consagración constitucional, como derecho fundamental, el cual se encuentra estipulado en su Artículo. 13², capítulo de los derechos fundamentales; de esta manera, resulta incuestionable, el valor de relevancia y trascendencia, que ocupa la igualdad en el ideario de la nueva sociedad.

Sin embargo, a pesar del establecimiento de la igualdad como valor, principio y derecho fundamental, también se encuentra contenido dentro del texto constitucional, entre la pluralidad de axiomas que la carta contiene, un principio que resulta de especial atención para el presente trabajo, ya que el mandato contemplado al final del Artículo 44. "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás" (s.p),

² El Artículo 13 superior establece: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (s.p.).

pareciera establecer *prima face*, una seria discordancia con el principio-derecho a la igualdad; pues resulta apenas notorio que no podría existir una igualdad en el sentido estricto de la palabra, si al mismo tiempo existe, un mandato que expresamente establece prevalencia, privilegio o jerarquía, de elección y orden de importancia en el trato con los demás.

De esta manera el presente trabajo tiene por objeto visualizar el análisis realizado en el contexto del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho colombiano para entender cómo se logra articular, armonizar y resolver, la aparente disonancia que existe entre el principio y derecho fundamental a la igualdad, con el principio de la prevalencia de los derechos del niño.

Fundamentación teórica

El principio y derecho a la igualdad

De manera genérica, igualdad implica un estado de cosas uniforme o idéntico a otro, en ese sentido y siguiendo la dinámica explicativa del estado de naturaleza y la sociedad civil de los hombres, la primera verdad indudable es que los seres humanos son diferentes por naturaleza; aun cuando en esencia y por regla general su biología interna sea similar – los procesos biológicos que sustentan la vida son semejantes en todos los hombres-, claramente la naturaleza y su azar, terminan por marcar distinciones tanto externas como internas entre cada individuo que pertenece a una misma especie. Es por estas razones que inevitablemente debe afirmarse que no hay dos seres iguales.

Así, vemos como la primera gran diferencia natural e insuperable, es la existencia de dos sexos pertenecientes a una misma especie, en ese mismo sentido e igual de evidentes son las diferencias respecto al tamaño, fuerza, color o habilidades mentales – entre otras- que posee cada individuo de la especie humana; por otro lado, además de las diferencias naturales, los seres humanos mediante el desarrollo de sus civilizaciones, han logrado acrecentar estas diferenciaciones por medio de la implantación de costumbres y tradiciones asociadas con cada pueblo

– creación de diferencias socio antropológicas- a las cuales han llamado identidad cultural. Entre esta multiculturalidad encontramos como símbolos distintivos un lenguaje, una religión, una etnia, unas opiniones políticas, una filosofía de vida, etc. factores externos e internos de cada grupo social en un tiempo y espacio determinado, que a la postre marcan una forma distinta en el modo de concebir la existencia.

Todo esto refleja el escenario en que debe accionar el principio de igualdad, pues de entrada se dirá que él no hace alusión a una unidad de seres, sino todo lo contrario, que, habiendo una diversidad de individuos, con una heterogeneidad de condiciones y una multiculturalidad de expresiones del significado de vivir, todos pueden coexistir y desarrollar sus proyectos de vida en un sistema de cooperación social.

Así pues, la primera gran aportación de la racionalidad en sociedad para lograr hacer efectivo ese principio de igualdad, se denomina igualdad ante la Ley o igualdad formal. Con este primer avance se eliminan los privilegios odiosos – sociedad estamental- y los tratamientos diferenciados irracionales –discriminación por sexo, raza, cultura, etc. entre los individuos que componen el colectivo social, haciendo posible de esta manera, en un primer comienzo, la creación de un espacio imparcial y más o menos uniforme, que contribuirá a lograr una confianza, estabilidad y seguridad en las relaciones que surgirán entre ellos, todo esto, por medio de un instrumento llamado ley.

En palabras concretas la igualdad formal permite que se superen las diferencias naturales y culturales, En este sentido Rousseau (2012), declara:

(...) en vez de destruir la igualdad natural, el pacto fundamental sustituye la desigualdad física que la naturaleza ha podido desarrollar entre los hombres por una igualdad moral y legítima, de forma que, aun pudiendo ser desiguales en fuerza o talento, se convierten todos ellos en iguales por convención y derecho. (p. 26)

Como segunda premisa, la igualdad implica la posibilidad de que cada persona pueda lograr realizar su proyecto de vida, bajo el principio

de la dignidad humana, y este postulado inescindiblemente está ligado a la existencia real de oportunidades, que a su vez está estrechamente entrelazado con la declaración, protección y garantía de unos derechos fundamentales, pero también, con la capacidad y distribución de los recursos económicos para hacer efectivas esas opciones de vida. A esta concepción superior del concepto de igualdad, se le conoce como igualdad material, igualdad social o igualdad de hecho. Escenario que solo es posible con un papel activo y social por parte del Estado-intervencionismo estatal para buscar compensar las desigualdades económicas o naturales. Este principio, (Rawls. 2014) afirma, “que las desigualdades inmerecidas requieren una compensación; y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son inmerecidas, habrán de ser compensadas de algún modo. Así el principio sostiene que con objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. La idea es compensar las desventajas contingentes en dirección a la igualdad”. (p. 103)

La anterior evolución sobre el principio de igualdad, permite observar cómo se ha transitado a través de una primera noción de igualdad en sentido restringido o formal, a una acepción de igualdad mucho más amplia y moral -igualdad sustancial-, llegando así en nuestros días, a centrar la aplicación de dicho principio sobre el aforismo aristotélico (2004) de tratamiento igual a lo igual y desigual a lo desigual. Es decir, una suerte de principio de compensación de la diferencia, que en palabras de Heller (2004) se expresa:

(...) la igualdad formal de la democracia política, aplicada a situaciones jurídicas desiguales, produce un derecho material desigual, contra el cual declara su hostilidad la democracia social. Puesto que es un hecho que en toda comunidad se den las desigualdades sociales y económicas entre los individuos, una interpretación material del principio de igualdad supone la exigencia de que sea el Estado el encargado de hacer realidad este principio. No basta con que el estado dicte normas no discriminatorias, sino que ha de adoptar medidas para conseguir la igualdad efectiva de todos los ciudadanos. Y entre estas medidas puede

ser preciso en ocasiones dictar normas aparentemente desigualitarias para favorecer a ciertos sectores de población en situación de inferioridad económica o social. (p.322)

Metodología

La metodología empleada en la presente investigación se caracterizó por hacer uso del paradigma cualitativo, basado en la revisión de los textos normativos colombianos que desarrollan y regulan la materia de los derechos de los niños, especialmente la Constitución Política de 1991 y la ley 1098 de 2006 "Código de la infancia y adolescencia"; así como también, del examen de los grandes pactos internacionales que son vinculantes para Colombia en materia de derechos de los menores, en especial, Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966 y Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; de igual manera se analizaron los más significativos precedentes jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional colombiana, en su ejercicio de máximo intérprete de la Constitución, respecto de los derechos del menor, en especial sentencias T-557/11, T-260/12, T-119/16; todo ello para ser contrastado con la realidad dada de Colombia y corroborar como en la práctica se observa la aplicación literal de la norma, respecto del establecimiento de una aplicación superior y preferente a favor de los niños colombianos frente a los demás miembros de la sociedad, al momento de proteger y garantizar derechos, y como la aplicación genérica de esta garantía puede conllevar a lesionar directamente otros mandatos constitucionales de igual valía, como lo es el derecho a la igualdad.

Resultados y discusión

Prevalencia de los derechos del niño

Como ya ha quedado enunciado en el cuerpo de este documento, en Colombia existe una clara disposición constitucional que otorga prevalencia de manera expresa a los derechos del niño, por encima de los derechos de los demás; ahora bien, dicha distinción normativa, que

en línea de principio podría catalogarse de discriminatoria y preferencial, ha sido larga y profundamente estudiada por el órgano encargado en nuestro país de interpretar la Constitución, y sus mandatos político – jurídicos; función que a la luz del Artículo. 241 de la carta política del 1991, le compete a la Corte Constitucional.

El Tribunal Constitucional Colombiano (Sentencia, T-557/11), interpretando el Artículo 44 superior nuestra carta política, en atención a la prevalencia de los derechos de los niños, sostuvo, que este “contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”.

Esta disposición armoniza, asimismo, con diversos instrumentos internacionales que se ocupan específicamente de garantizar el trato especial del que son merecedores los niños, como quiera que, por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Así, la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Reconocida, de igual manera, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en diversos estatutos e instrumentos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. (s.p.)

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su Artículo 3°, (Colombia. Congreso de la república. Ley 12/91) pone énfasis en la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor, al establecer

que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

A tono con esta serie de disposiciones internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido enfáticas en su línea de precedentes, en resaltar y asumir como dogma, la importancia del interés superior del menor, como una obligación ineludible y de estricto cumplimiento por parte de los Estados. Al respecto, en el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay (2010), señaló, que debe ser “entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad”.

Este principio pretende orientar el ejercicio interpretativo que debe adelantar la autoridad, cuando se haga necesaria su intervención por encontrarse dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización. Por esta razón, los derechos e intereses de los padres y demás personas relevantes deben ser interpretados y garantizados en función del interés superior del menor, de manera que sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños.

De igual manera, la misma corporación (Sentencia, T-119/16), refiere, reafirma y apuntala en su jurisprudencia, que los principios que fundan esta declaración de derechos a favor de los menores, hunden sus raíces centrales en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y que estos son: (i) la igualdad y no discriminación; (ii) el interés superior de las y los niños; (iii) la efectividad y prioridad absoluta; y (iv) la participación solidaria.

En este mismo sentido, las disposiciones legales internas, normatividad (Colombia. Congreso de la república. Ley 1098/06) que gobiernan los derechos de los menores, consagran y reiteran nuevamente lo ya expuesto en los mandatos constitucionales y desarrollos jurisprudenciales, en los términos que estipula de la siguiente manera:

Artículo 8°. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Artículo 9°. Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

Con base en las anteriores razones es posible afirmar que existen fundamentos constitucionales, normas legales e interpretaciones jurisprudenciales constitucionales, que, a nivel interno, establecen, aceptan y promueven, la supremacía o prevalencia de los derechos del niño, sobre los derechos de los demás.

Interpretación del principio de la prevalencia de los derechos del menor a la luz del derecho a la igualdad

A fin de acompañar todo lo dicho en el desarrollo de este capítulo, es preciso establecer, como se armoniza el principio de la prevalencia de los derechos del niño, con el derecho fundamental que les asiste a todas las personas que habitan en el territorio nacional, a un trato igual.

Pues bien, la óptica que se pretende aquí exponer, sigue la concepción contemporánea de la igualdad, es decir, la igualdad en sentido material, permitiendo entonces tomar una posición firme, bajo la tesis de que es correcto y propio del nuevo modelo de Estado social, que se establezcan distinciones o priorizaciones en el tratamiento de las personas, siempre y cuando estas formas de trato distintivo obedezcan y tengan por fin, disminuir algún tipo de desigualdad natural, social o económica, que conlleve con este trato diferente o especial, a lograr una real forma y experiencia, de igualdad social material.

La desigualdad creada en el trato distintivo a los niños, a manera de enfoque diferencial, permite entonces acortar la brecha de diferencia que existe entre los miembros de la especie humana, que por factores biológicos – edad-, se encuentran en un periodo de la vida, en el cual son especialmente débiles y vulnerables, frente a los demás congéneres, como también, frente a los riesgos y vicisitudes propios de la vida en sociedad y el mundo natural; por otro lado, también es incuestionable, que en el cuidado y pleno desarrollo de la niñez, se asegurara el bienestar y continuidad de la próxima generación de la especie humana. De allí que sean estas fuertes y sólidas razones, a manera general, las que permitan y justifiquen un trato distintivo y priorizado en la configuración de cómo se protegen y garantizan los derechos de los niños, frente a los derechos de los demás miembros de la especie.

Con relación a la especial protección en el ámbito nacional e internacional que se le debe a los niños y niñas, la Corte Constitucional de Colombia (sentencia, T-260/12), sostuvo que debe ser:

Tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los

niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales. (s.p.)

Dicho trato distintivo se ve especialmente reforzado a nivel constitucional, cuando, además, de la cláusula de enfoque diferencial establecida en el inciso 3 del Artículo 13 de la carta, también existe en el mismo texto, otro mandato superior contenido en el inciso 3 del Artículo 44, que establece un tratamiento, protección, garantía y aplicación jerárquica, respecto de los derechos de los niños, sobre los demás. Este último más explícito y con mayor relevancia en cuanto a los efectos de su mandato, por cuanto es norma especial, derecho fundamental, cuya arquitectura y teleología está hecha para defender y proteger de manera prevalente y especial, a los niños del país.

De esta manera, este doble blindaje evidencia, en primera medida, la relevancia y el papel central que ocupó para el constituyente del 91, la protección y desarrollo de la niñez colombiana.

Sin embargo, tal estipulación, también dejó sentado de manera positivista y rigurosa, un claro mandato que en algunos eventos o circunstancias podría tornarse como riesgoso – el de prevalencia de los derechos del niño-, ya que el constituyente del 91, ordenó una aplicación irrestricta e imperativa, de un precepto constitucional de valoración y privilegio de protección jerárquica en abstracto, respecto del orden de tutela de los derechos de los individuos que componen la sociedad; situación está, que desde luego no es propia, ni está acorde con los nuevos paradigmas o visiones del derecho, los cuales son más tendientes al establecimiento de normas cuya estructura sea de mandatos abiertos o indeterminados – principios de textura abierta- para que de esta manera, los mismos puedan ser reinterpretados constantemente, teniendo como norte el contexto y la realidad fáctica social, al momento de aplicarlos y darles alcance, con el único objetivo de establecer siempre la valoración más real y justa posible.

Y es que de la lectura del inciso 3 del art. 44 de la norma superior, fácilmente es deducible que el mismo no permite realizar juicios de

ponderación, proporcionalidad o enfoque diferencial material, por cuanto el mandato es claro y literal: el derecho de los niños prevalece sobre el de los demás. Dicho en otros términos, el diseño normativo del inciso 3 del art. 44 de la carta política, no permite realizar una hermenéutica de contextos o realidades sociales, ya que no permite juzgar los eventos fenomenológicos en los que se encuentren inmersos los niños, por cuanto ordena siempre, en todo momento y lugar, la protección prevalente y especial de sus derechos, de esta manera produciendo como efecto colateral, el sacrificio directo o la relevación a un segundo lugar, de los derechos de los demás.

Orden que desde luego, se constituye como vulnerador de la teleología del art. 13 de la Constitución del 91, por cuanto rompe de forma directa el derecho fundamental de igualdad – todas las vidas tienen el mismo valor y todos los hombres son iguales-, como también, impide realizar el juicio de enfoque diferencial material, cercenando la posibilidad de analizar y valorar realidades sociales, como derechos en colisión, por cuanto establece un imperativo normativo claro y abstracto al momento de proteger derechos. Es decir, la orden de prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás, termina convirtiéndose de manera abstracta en una clara afectación a los derechos de igualdad de los demás.

Es por las razones anteriormente expuestas, que dicho principio necesariamente debe ser concretado y modulado mediante parámetros y criterios de razonabilidad, a fin de que el mismo, en su esencia, no termine vulnerando el principio-derecho de la igualdad; pues de una lectura literal del principio contenido en el inciso tercero del Artículo 44, y de una revisión jurisprudencial, se puede establecer con inobjetable claridad, un orden jerárquico o si se quiere una supremacía y autoridad en la protección y garantía de los derechos que le asisten a los niños, sobre los derechos que le asisten a todos los demás miembros de la sociedad. Jerarquización que a todas luces no es propia de la naturaleza de los Estados Constitucionales y Sociales de Derecho, donde el principio-derecho de la igualdad ocupa un lugar central en el desarrollo pacífico de la sociedad.

Conclusiones

La Constitución del 1991, estableció en su parte dogmática para el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho Colombiano, una serie de principios y derechos fundamentales que en variadas y frecuentes ocasiones parecen colisionar y establecer tensiones entre sí. Uno de estos choques, es el que se genera al estudiar los alcances, compatibilidad y la armonía que existe entre el principio – derecho a la igualdad, con el de la prevalencia de los derechos del niño.

El principio de la prevalencia de los derechos de los niños, contenido en el inciso tercero del Artículo 44 de la carta política, establece una clara y expresa diferenciación en el orden jerárquico de supremacía respecto a la aplicación e importancia en la protección, respeto y garantía de los derechos fundamentales en favor de los niños. Mandato constitucional que ha sido interpretado y ratificado pacíficamente, por parte de la Corte Constitucional de Colombia, así como también, por los tribunales internacionales, especialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El principio de la prevalencia de los derechos del niño, provoca como resultado material una desigualdad por expreso mandato constitucional, a favor de los menores de edad y en menoscabo de los derechos de todos los demás miembros de la sociedad. Diferenciación que, si bien tiene su fundamento en fuertes razones humanistas, no por ello deja de ser y causar un cierto peligro en el modelo de Estado Constitucional, ya que como se estudió, dicho principio, carece de criterios bien definidos de interpretación, alcance y aplicación, que permitan tener una clara regla de aplicación en la variedad de contextos que pueden presentarse en la vida en sociedad y en los cuales deba aplicarse el principio del interés superior del menor.

Como citar este capítulo

Latorre Osorio, E., y Pantaleón Pinto, D. (2018). Constitucionalización de la prevalencia de los derechos del niño y la sinergia frente al derecho de igualdad. En M. Vicuña, y A.J. Aguilar-Barreto. (Ed.), *Nuevas tendencias del derecho en Colombia*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Referencias

- Aristóteles. (2004). *Ética a Nicómaco*, Ed. Alianza Editorial.
- Baquerizo, J. (1994). *Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación*. *Revista Jurídica*, 1, pp. 19-52.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución política de Colombia.
- Colombia. Congreso de la República. (1991). Ley 12/91. Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Diario Oficial 39640 de enero 22. Bogotá.
- Colombia. Congreso de la República. (2006). Ley 1098/06. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial No. 46.446 de noviembre 8. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia, T-557/11. Ref.: Exp.: T-2983421. M.P.: Dra. María Victoria Calle Correa. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia, T-260/12. Ref.: Exp.: T-3.273.762. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2016). Sentencia, T-119/16. Ref.: Exp.: T-5.204.534. M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá.
- Convención sobre los derechos del niño. (1989). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Comunidad

-
- Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Heller, H. (2004). *Las ideas políticas contemporáneas*, Granada. España: Ed. Comares.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A. (XXI).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales. (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A. (XXI)
- Rawls, J. (2014). *Teoría de la justicia*, Mexico: Ed. Fondo de Cultura Económica.
- Rousseau, J. (2012). *El Contrato Social*, Madrid, España: Ed. Tauros.

3

INCIDENCIA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA POSESIÓN DEL TERCERO DE BUENA FE EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS¹

Verena Bernarda Ramírez Morales

Abogada de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Administrativo y Profesora de Derecho Civil de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. <http://orcid.org/0000-0003-4120-6614>. Correo electrónico: v.ramirez@unisimonbolivar.edu.co

Resumen

El conflicto armado que ha existido en Colombia por varios años, indiscutiblemente ha impactado a nivel nacional e internacional la dinámica social. Sin lugar a dudas, la población rural evidencia mayor volumen de víctimas por violación a los derechos humanos y desplazamiento forzoso que conlleva la pérdida de bienes. El Estado, abona esfuerzos a través de los órganos gubernamentales para resolver dicha problemática, y para ello, el congreso expidió la ley 1448 de 2011 por medio de la cual dictó medidas, entre otras, la de otorgar a la víctima mecanismos legales para obtener la restitución de las tierras que fueron arrebatadas o abandonadas por causa del desplazamiento. Este trabajo académico presenta algunas implicaciones que ha generado la ley de restitución de tierras frente al derecho de propiedad de inmuebles de terceros adquirentes de buena fe. A partir del abordaje metodológico eminentemente hermenéutico y de enfoque cualitativo, se analizaron yerros que presenta la norma relacionados con la recuperación de aquel derecho real. Se observó, que la citada disposición contiene elementos ambiguos con relación a la forma procesal que vulneran el debido proceso y el derecho de igualdad entre los participantes en el proceso de restitución.

Palabras clave: Víctima, reparación integral, restitución de tierras, propiedad, igualdad.

¹ Capítulo derivado de la Investigación “Incidencia de la implementación del programa de restitución de tierras en la propiedad y la posesión del opositor en Colombia” adelantada por el semillero de investigación holístico del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta.

Incidence in the right of property and possession of the third party in good faith in the land restitution process

Abstract

The armed conflict that has existed in Colombia for several years has unquestionably impacted the social dynamics at the national and international levels. Undoubtedly, the rural population shows greater volume of victims for human rights violations and forced displacement that leads to the loss of property. The state, pays effort through the law 1448 of 2011 by means of which dictate measures, inter alia, to grant to the victim legal mechanisms to obtain the refund of the lands that were snatched or abandoned because of displacement. This academic work presents some implications that has generated the law of land restitution against the property rights of third-party acquirers in good faith. From the methodological approach eminently hermeneutic and qualitative approach, we analyzed misde Ed. that presents the norm related to the recovery of that real right. It was noted that this provision contains ambiguous elements in relation to the procedural form that violates due process and the right of equality among the participants in the process of restitution.

Keywords: Victim, comprehensive repair, land restitution, property, equality.

Introducción

Es un hecho notorio en nuestro territorio, la presencia del conflicto armado que por décadas han generado los grupos armados al margen de la ley. Esta realidad, ha producido alteraciones graves en la vida normal de la población urbana y en mayor escala en el sector rural. En efecto, durante varios años a la población víctima del conflicto se le han vulnerado los derechos fundamentales, debido a los desplazamientos forzosos y, con ello, el abandono de sus bienes que produce un estado de absoluta pobreza.

Los rigores de esta violencia lo han sufrido con mayor intensidad la población civil campesina que según el informe “Colombia Rural. razones para la esperanza” (PNUD, 2011), ocupa el 94% del territorio nacional. Frente a estas circunstancias sociales especiales los órganos del poder estatal han efectuado intentos legales con miras a contener estos vejámenes y, de manera especial, al restablecimiento de los derechos y la reparación integral, entre ellos, la restitución de tierras, el pago de los

perjuicios y el compromiso de no repetición.

En esta dirección, con la expedición de la Ley 1448/11 se establecieron lineamientos normativos para la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, disponiendo de un medio expedito para restablecer los derechos violentados y obtener la reparación de los perjuicios. A través de esta norma, el Estado define en el Artículo 3º a la víctima, como (...) aquella persona que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al derecho interaccional humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, ocurridas con ocasión de las actividades bélicas que se desarrollan en el territorio entre las fuerzas armadas legalmente constituidas y las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, al tenor del Artículo 1 del protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, incorporado a nuestra legislación por la ley 171/94.

El Estado, a través de múltiples decisiones proferidas por la Corte Constitucional ha desarrollado el contenido normativo de la norma referida con miras a lograr la efectividad de los derechos de las víctimas. Puesta de esta manera el estado de las cosas, pareciera, que el sistema jurídico normativo y jurisprudencial puso fin a la situación deplorable, angustiada y de pobreza absoluta en que se encuentran las víctimas, porque la norma y el precedente de las cortes entrega las herramientas suficientes para contener esta avalancha de injusticia; pero la realidad social nos muestra resultados no muy halagadores, pues los procesos tanto administrativos como judiciales disponibles para este fin, aún son demasiado lentos y sometidos a cargas probatorias que impiden que las víctimas reciban efectivamente los beneficios materiales que aquellas estrategias jurídicas señalan.

El trabajo investigativo se llevó a cabo, siguiendo el paradigma hermenéutico con enfoque cualitativo, porque se buscó, determinar los

diferentes criterios epistemológicos que han surgido en torno a la forma de concebir el restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados a las personas víctimas de la violencia armada en Colombia y de los terceros propietarios o poseedores de los predios que han sido objeto de abandono en razón al desplazamiento forzado.

En tal sentido, para la comprensión de los diferentes posiciones doctrinarias, normativas y jurisprudenciales, se clasificaron y estudiaron documentos mediante una matriz de análisis aplicada a contenidos de libros, artículos productos de investigación, normas jurídicas y sentencias de la Corte Constitucional, que se refieren al objeto de la investigación y, especialmente a determinar el trabajo realizado por los órganos del Estado para garantizar a la población campesina y urbana víctimas de la violencia, el restablecimiento de sus derechos, la reparación integral y la garantía de no repetición.

Fundamentación teórica

Durante la categorización y conceptualización de temas de vital importancia para el abordaje de la situación problemática planteada y que tienen que ver con la respuesta al interrogante: ¿De qué manera incide la ley de restitución de tierras en la propiedad y posesión adquirida de buena fe por el opositor? se construyó el siguiente marco teórico.

Concepto de víctima y las medidas de protección legal

El Congreso de la República a través de la ley 1448/11 estableció en su momento medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno. Para tal fin, en el Artículo 3º categorizó a la víctima, como aquella persona que individual o colectivamente haya sufrido un daño físico o moral como consecuencia de las 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 y a partir del 1º de enero de 1985.

En esta misma dirección, la norma explicó el conflicto armado, como aquellas actividades bélicas que se desarrollan en el territorio de un

Estado entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, al tenor del Artículo 1 del protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, incorporado a nuestra legislación por la ley 171/94.

Estudios doctrinales relacionaban al concepto de víctima con la persona o grupo de personas pertenecientes a la clase social (Centro de Memoria Histórica, 2010, p.485)“más baja, como la obrera o campesina, quienes eran los que más sufrían de los abusos del poder”, condiciones que inciden en la valoración social que se tenga sobre el concepto de víctima y sobre las acciones que se prevé deban ser suficientes para su reparación.

En esta dirección, la Corte Constitucional (Sentencia, C-781/12) estableció que la víctima del conflicto armado interno, se obtenía cuando la violación a los derechos humanos se originaba por desplazamientos intraurbanos; el confinamiento de la población; la violencia sexual contra las mujeres; la violencia generalizada; las amenazas provenientes de actores armados desmovilizados; las acciones legítimas del Estado; las actuaciones atípicas del Estado; los hechos atribuibles a bandas criminales; los hechos atribuibles a grupos armados no identificados y, por grupos de seguridad privados, entre otros.

Establecida la calidad de víctima, de inmediato se legitima como titulares de todos los beneficios que la norma consagra, para reclamar la tutela del Estado ante las autoridades administrativas y judiciales. Aquellos, se refieren a las medidas de atención, asistencia y reparación integral, con el fin de propender con el alivio del sufrimiento causado por daño moral y patrimonial, restablecerlos, a conocer la verdad de lo sucesivo, que opere la justicia y la garantía de no repetición. Las medidas de atención y asistencia a la víctima las contempla el artículo 49 del precepto analizado, enfilándolas hacia programas, recursos y acciones a cargo del Estado para hacer efectivos estos derechos especiales,

ofreciendo condiciones de vida digna, ayuda humanitaria, asistencia en salud, educación, empleo urbano y rural, retornos y reubicación para las personas desplazadas. Explica la norma, que el derecho a la atención se relaciona con la actitud positiva del Estado en dar la información, orientación y acompañamiento jurídico y psicosocial a la víctima, con el fin de facilitar el acceso y cualificar el ejercicio de los derechos.

Dentro de la gama de beneficios que la ley concede a la víctima, se encuentra la reparación integral, que según el contenido del artículo 69 *ibidem* se extiende a la restitución de tierras, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica; estipulando el Artículo 70, que le corresponde al organismo encargado del Plan Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, organizar el programa de retorno de la víctima a su lugar de residencia o la reubicación y la restitución de sus bienes inmuebles.

El derecho a exigir la restitución de tierras, se encuentra íntimamente ligado al desplazamiento forzado de las víctimas del conflicto armado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 60 de la ley tantas veces mencionada y, que consiste en la condición de *facto* en que se encuentra la persona o grupo de personas que se ven obligadas a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas.

Esta condición especial, se encuentra íntimamente ligado al criterio expuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016), que considera la persona en condición de desplazamiento, cuando ha sido “obligada a cruzar fronteras internas o internacionales para escapar de su lugar de residencia habitual, para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano”, (No.9)

El flagelo del desplazamiento en que se encuentra la persona y su núcleo familiar, conduce inexorablemente a situaciones irregulares que necesariamente alteran la capacidad de discernir por el horror y miedo que produce la violencia o amenaza, entre otras, el abandono o transferencia de los bienes por un valor irrisorio. En tal sentido, el Artículo 74 de la ley de tierras señala, que se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho o, mediante *negocio jurídico*, acto administrativo, sentencia, o, por la comisión de delitos asociados a la situación de violencia y el abandono forzado de tierras, porque estas condiciones le impiden el ejercicio para ejercer la administración, explotación y contacto directo con los predios que debió desatender por el desplazamiento.

Por aquella razón, la víctima del conflicto armado que abandona o transfiere los bienes, tiene pleno derecho a exigirle al Estado el restablecimiento de las condiciones de vida digna en que se encontraba al momento de ser colocado en condición desplazado y, por ende, como se afirmó, a retornar al lugar de ubicación de sus bienes utilizando la acción de restitución de tierras en el aspecto material. (Artículo 71. 72. *Ibidem*).

Así las cosas, el Artículo 75 de la ley de restitución de tierras legitima en la causa por activa al propietario, poseedor y explotador de tierras baldías en condiciones de adquirir por adjudicación, previa inscripción del inmueble ante la oficina de Registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente, para presentar ante la jurisdicción especial la pretensión de restitución del bien, frente a la persona que lo ha adquirido, ocupado o poseído materialmente.

Metodología

El trabajo investigativo se llevó a cabo, siguiendo el sendero paradigmático hermenéutico, porque, este (Barbera y Inciarte. 2012.) marca una variedad de posiciones y autores que buscan razones, entendidas como las consideraciones de pensamiento, emociones o lógicas, que pueden llevar a una persona a querer hacer algo (p. 4), con enfoque cualitativo, porque, (Quecedo y Castaño. 2002) se trató de identificar el

estudio realizado por las personas y su forma de experimentar la realidad (p. 9). En tal sentido, para la comprensión de las diferentes posiciones y criterios doctrinarias consignadas en los documentos consultados, se clasificaron y luego se sometieron análisis mediante una matriz aplicada a contenidos de libros, artículos productos de investigación, normas jurídicas y sentencias de la Corte Constitucional, que se refieren al objeto de la investigación y, especialmente a determinar el trabajo realizado por los órganos del Estado para garantizar a la población campesina y urbana víctimas de la violencia, el restablecimiento de sus derechos, la reparación integral y la garantía de no repetición, pero que todavía no han sido del todo eficaces materialmente.

Resultados y Discusión

El derecho de propiedad y los actos posesorios de la víctima en la restitución de tierra

Inicialmente, se debe referenciar el Artículo 58 de la carta superior (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución política 1991), norma, que consagra y protege la propiedad particular con efecto *erga omnes*, afectada por la función social y ecológica que debe cumplir este derecho real en razón al nuevo esquema del Estado Social de Derecho.

El precepto superior es desarrollado por el artículo 669 del Código Civil (Colombia. Congreso de la República. Ley 57 de 1887), otorgándole al propietario las facultades de *usar, gozar y disponer* de ella no siendo contra ley o contra derecho ajeno, siempre y cuando, el derecho real sea adquirido con arreglo a la teoría del título y del modo consagrado en el estatuto civilista. (Artículos 740 y 745)

En esta secuencia, el código civil (Artículo 946) otorga el derecho de acción al propietario para *recuperar o reivindicar* el bien o bienes inmuebles de su propiedad cuando le ha sido arrebatado la facultad de usar y de sacar provecho económico; al vendedor de solicitar la resolución del contrato por incumplimiento (Artículo 1546) o la nulidad contractual (Artículo 1502) por vicios del consentimiento cuando este es celebrado en

razón a la violencia física o psíquica y, al poseedor. “la acción posesoria” consagrada en el Artículo 972, para recuperar la posesión de bienes raíces o, de derechos reales constituidos en ellos.

Coherentes con los cánones legales antes citados y, para el evento de la salida del patrimonio de la víctima por hechos violentos en razón al conflicto armado, el Congreso consciente de la obligación que tiene el Estado de dar la asistencia adecuada a las víctimas en lo que tiene que ver con la reparación integral por desplazamiento forzoso, expide la ley especial 1448/11 que establece, sin perjuicio de las acciones legales arriba mencionadas, que la víctima puede acudir a la jurisdicción especial de restitución de tierras para obtener el derecho a ser reparadas de una manera efectiva por el daño que han sufrido por la vulneración de sus derechos, entendida ésta, (Artículo 25); entre otras, la medida de *restitución del bien* del cual fue despojado en razón al conflicto armado y, por el procedimiento especial que la norma consagra.

Lo anteriormente expuesto ha sido ratificado en varias oportunidades por la honorable Corte Constitucional, sosteniendo que es una obligación del Estado (Sentencia, C-715/12) hacer efectivo el derecho de toda persona a quien se haya privado arbitraria o ilegalmente de su tierras a disponer de la posibilidad de presentar una reclamación de restitución o de indemnización ante un órgano independiente e imparcial, que debe pronunciarse acerca de la reclamación y notificar su resolución al reclamante, mediante procedimientos justos, oportunos, accesibles y gratuitos.

Determinados los derechos constitucionales sustantivos y procedimentales, veamos a continuación las contingencias que se presentan en el trámite procedimental de la jurisdicción especial del proceso de restitución de tierras.

Los derechos fundamentales de los terceros en el proceso especial de restitución de tierras

Preceptúa el Artículo 24 de la Convención Americana de los Derechos

Humanos que todas las personas sin discriminación alguna deben recibir trato igual por parte de las autoridades y los particulares. Este postulado universal, fue concebido por la Corte Constitucional (Sentencia, T-030/17) como una garantía formal, que implica la legalidad, de trato igual a todas las personas ante la ley; Material, en el sentido de garantizar la paridad de oportunidades, y por último, en la prohibición de discriminar a las personas por razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política.

De la misma manera, el debido proceso es un postulado fundamental que se encuentra consagrado en el Artículo 29 superior, que en términos generales significa, que toda actuación procesal debe someterse a la ritualidad concreta que para el efecto consagra las normas de procedimiento. Lo anterior quiere decir, que en nuestro sistema jurídico toda persona (Sentencia, T-051/16) es titular del derecho subjetivo de acceder a la jurisdicción para beneficiarse de todas las prerrogativas procesales que otorga el procedimiento; al Juez natural independiente e imparcial; al derecho a la defensa y por ende al uso de los medios probatorios y, a un proceso público.

De lo hasta ahora explicado, se observa, que la ritualidad procesal y el sistema probatorio juegan un papel fundamental en la protección del derecho al trato igual entre las partes procesales. La postura garantista de estos derechos lo realiza el código general del proceso que impone a los jueces la obligación de tomar decisiones sobre los hechos debidamente probados y enumera los medios probatorios que las partes trabadas en la relación jurídica procesal pueden utilizar con tal fin, entre otros, las *presunciones*, definidas por el maestro Devís Echandía (Citado por Azula, 2008, p.380), como el “juicio lógico del legislador o del juez, a partir de las reglas de la experiencia, que le indican el modo normal como un determinado hecho sucede y, por ello ser considerado como cierto o probable”.

De manera muy general, el principio dispositivo que permea el sistema jurídico colombiano, tiene que ver con el interés particular y

la libre determinación que tiene la parte procesal para ejercer ciertos derechos dentro de la actuación litigiosa ante el Juez; como por ejemplo, el uso del sistema probatorio, porque le incumbe a la parte demostrar las afirmaciones fácticas con que pretende acreditar la verdad que soporta la pretensión o excepción, salvo los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas. (Artículo. 167 CGP)

Refiriéndose a la iniciativa de las partes en el sistema civilista, en conferencia en Beijing, China, el profesor Taruffo (2003), sostuvo, que “las partes tienen un fuerte interés en presentar toda la prueba que esté a su alcance, a los efectos de cumplir con la carga de la prueba que tienen en relación con los hechos que han sentado como bases de sus pretensiones y defensas” (s.p), postura que ha venido ratificando la jurisprudencia (Sentencia, T-733/13) al sostener, que el “*onus probandi*” consiste en la obligación que tiene la parte de presentar la prueba de la existencia o no de un hecho afirmado, cuya omisión genera que el juez del proceso considera el hecho como falso”.

En síntesis y como regla general, dentro de la dogmática procesal, le corresponde probar (carga de la prueba) a la parte que presenta los elementos fácticos como soporte de verdad de su pretensión o excepción. Esta misma codificación presenta una excepción a la regla denominada la “carga dinámica de la prueba”, o de “inversión probatoria” consagrada legalmente en el Artículo 167 del CGP. Esta regla, faculta al Juez para que de manera oficiosa o a petición de parte, si lo considera razonable dependiendo de las circunstancias de cada proceso, *invertir* la carga probatoria e imponer al otro escaño procesal la obligación hacerlo, siempre que se cumplan con los elementos axiológicos que allí se disponen.

Siguiendo el hilo conductor del problema jurídico planteado en la ley 1448/11, esta deja incólume el sistema probatorio establecido en el CGP y, por ende, la valoración probatoria de las presunciones “de Derecho” y “legales” tal y como lo dispone el Artículo 166 CGP, es decir, que los hechos en que se fundamentan deben estar debidamente acreditados y en el evento de las presunciones de tipo legal, sometidas al principio de la contracción por la otra parte.

El capítulo II de la ley antes mencionada señala el derecho especial de la víctima a obtener la reparación integral de los daños, entre otros: a obtener la restitución de la tierra (numeral 9. Artículo 28) si hubiera sido despojado o abandonado en ocasión al conflicto armado, determinando a partir del Artículo 76 el procedimiento a seguir ante los jueces en aquel evento, incluyendo la protección de los derechos de terceros; normatividad que señala la forma de interpretar y aplicar el medio probatorio de las presunciones (Artículo 77).

Lo dicho, nos muestra la existencia de un vínculo directo de los derechos fundamentales de igualdad y el debido proceso con el derecho a la reparación integral de los daños patrimoniales causados a la víctima entre ellos a la restitución de tierras; la legitimación en la causa para accionar; el derecho a la defensa de los terceros vinculados al proceso y, a la inversión de la prueba.

En relación al derecho de defensa de los terceros vinculados al proceso de restitución de tierras, si nos ubicamos, en las situaciones fácticas que señala el numeral 1º del Artículo 77*ibidem* que establece presunciones de “derecho”, esta determinación probatoria nos lleva a concluir inexorablemente, que la sola afirmación judicial del despojo o abandono del bien por parte de la víctima es suficiente para que se tenga como probado el hecho.

Bajo esta óptica, la norma vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, el derecho a la defensa y de igualdad del tercero opositor adquirente o poseedor de buena fe, al privarlo de la posibilidad defenderse frente a la pretensión de restitución, quedando en una situación de desigualdad por no tener la oportunidad de controvertir los hechos en que se funda la presunción de “derecho” del desalojo o abandono de bienes por el desplazamiento; complicándose más la situación del tercero, porque el Juez en este tipo de proceso, puede valorar de fidedignas las pruebas sumarias aportadas y resolver mediante sentencia la cuestión litigiosa. (Artículo 89).

Para efectos de cumplir con el objetivo general planteado en el trabajo investigativo, se analizó de manera exclusiva el impacto que genera la declaración legal de ineficacia por falta de “consentimiento” o “causa ilícita” del contrato celebrado por la víctima, que implique la transferencia o promesa de transferir la propiedad o posesión de los bienes objeto del desalojo o abandono, con terceros que actúan de buena fe y ajenas a la situación de violencia.

La preferencia planteada obedece, a que dichas declaraciones de voluntad contractual se encuentra incluidas tácitamente dentro de la clasificación del numeral 1º del Artículo 77, porque si bien es cierto, la norma no las cita expresamente, si lo hace, el epígrafe del capítulo (Procedimiento de restitución y protección de derechos de terceros) quedando el negocio jurídico arropado dentro del contexto de la ilegalidad, aunque que el tercero no tenga conocimiento de la condición víctima del tradente, cancele el justo precio comercial del inmueble y haya recibido el bien de manos de la víctima.

Se hace plausible lo afirmado, si observamos, que en este tipo de acción judicial lo prevalente es la condición de víctima del tradente y la época de la celebración del contrato, dejando a un lado los derechos y la condición del tercero. En esta circunstancia especial, los derechos de igualdad, debido proceso, postulado de la buena fe y el derecho a la defensa, se verían vulnerados, porque: el actor se encuentra en un lugar de privilegio por tener la calidad de víctima, bastándole probar *sumariamente* su condición de propietario o poseedor, el despojo o abandono del bien, para que *ipso iure* quede amparado de la relevancia de la carga de la prueba y se tengan como ciertas las anteriores circunstancias fácticas.

Lo planteado se vino a complicar, cuando la Corte constitucional (Sentencia, C-715/12), aclarando la confusión que presentaba el contenido del numeral 3º del Artículo 77, afirmo, que la presunción que consagra el precepto está concebida material y realmente en favor de la parte solicitante o de la víctima y que, al quedar consagrado en favor de la parte opositora, se desnaturaliza por completo el significado semántico,

el sentido natural y el alcance normativo del precepto

La situación se complica para el tercero de buena fe, porque, si bien es cierto, que la norma dispensa la figura de la inversión de la prueba, también lo es, que esta no opera para el tercero, frente a la presunción de derecho a favor de la víctima al tener como probados sus afirmaciones. Recientemente la misma corporación (Sentencia, C-086/16), estipuló, que en los casos en los cuales una persona se encuentra en posición de debilidad frente a otra persona de quien se cuestiona la vulneración de un derecho, es preciso distribuir la carga de la prueba a favor de la parte menos fuerte de la relación. En este orden de ideas, ¿cómo resolver la prevalencia de derechos cuando nos encontramos frente a la doble calidad de víctima del demandante y el opositor?

En la anterior situación, es donde precisamente se presenta el rompimiento del punto de equilibrio que debe existir del trato igual, el debido proceso y el derecho a la defensa entre las partes procesales en la jurisdicción especial de restitución de tierras.

Puesta de esta manera el problema planteado, esta situación ha venido evolucionando, encontrando criterios amplios, como el expuesto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, que refiriéndose al derecho de los terceros opositores en la Sentencia (05/15, No. 12) y apoyándose en la naturaleza jurídica del proceso de restitución de tierras, sostuvo, que este funge sus bases en el principio de la contradicción u oposición, en virtud de la cual el oponente está facultado para hacer resistencia a las pretensiones del actor y por lo tanto, para contradecir la calidad de víctima del actor; probar su propia calidad de víctima y la titularidad “de un derecho adquirido con buena fe exenta de culpa”.

En forma definitiva, la Corte Constitucional cerró la brecha planteada en el problema investigativo, estableciendo elementos axiológicos para la adecuada interpretación y valoración de los derechos de las personas involucradas en el proceso de restitución de tierras y de manera especial los derechos fundamentales de los terceros opositores en la Sentencia (C-

330/16), explicando, que, en esta clase de procesos (párr. 50) la función del juez debe dirigirse a garantizar el derecho de restitución como medida de reparación del daño y, además, a satisfacer el derecho a la verdad mediante la participación de la víctima y demás personas interesadas;

En este sentido, dejó la Corte sentado, que le corresponde al juez acatar las reglas o principios que fija la Ley 1448 de 2011, tales como, el derecho a la igualdad, el debido proceso en lo que tiene que ver con las presunciones establecidas a favor de las víctimas, la regla sobre la carga de la prueba, siendo un imperativo notificar a todas las personas que tengan derechos reales vinculados al predio, (propietario, poseedor) para que en calidad de opositores hagan valer los derechos fundamentales y patrimoniales, entre ellos, la calidad de víctima; la de tercero con títulos de propiedad adquiridos de buena fe exenta de culpa.

En la sentencia hito comentada, la corporación determinó la existencia de tres tipos de opositores en el proceso de restitución (párr. 92): i. El que persigue demostrar la calidad de víctima de despojo en relación con el mismo predio objeto del trámite de restitución de tierras; (ii) las personas que tachan la condición de víctima del solicitante y (iii) las que pretenden demostrar la existencia de una relación jurídica o material sobre el predio objeto del trámite, generada por una conducta de buena fe exenta de culpa, definiendo, que par efectos de establecer a quien corresponde probar y el principio de la inversión de la prueba (párrafo 98), la decisión de la corte establece, que en “términos probatorios, lo que la Ley exige al opositor es una carga ordinaria en los procesos judiciales, que consiste en probar el hecho que alega como sustento de sus derechos y pretensiones.

Establecidos los anteriores parámetros jurisprudenciales se debe concluir sosteniendo, que el tercero adquirente con justo título o poseedor material del bien objeto de la restitución, tiene hoy plenas garantías constitucionales para solicitar las pruebas que estime convenientes para controvertir la presunción de derecho de que trata el artículo 77 de la ley de restitución, porque aquella presunción se vincula con el derecho

sustancial y no procesal, garantizándose de esta manera los derechos fundamentales objeto de este estudio.

Conclusiones

Terminada la tarea en torno al objetivo trazado y analizado la información recaudada, se puede afirmar, que con la expedición de la ley 1448/11 el Estado Colombiano pretende dentro del contexto de la Justicia Transicional derivada del proceso de Paz, establecer medidas para hacer efectivo a las víctimas del conflicto armado en nuestro territorio, el goce de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición.

Frente a la ambigüedad de ciertas normas que regulan los derechos fundamentales de las personas participantes en el proceso de restitución de tierras y la evidencia de una posible vulneración de los derechos al trato igual, el debido proceso y al derecho de defensa probatorio de los opositores en este tipo de proceso, la Corte Constitucional cerro tal brecha, al disponer que: la función del juez debe ir encaminada a garantizar el derecho a la restitución como medida de reparación del daño, procurando obtener la verdad con la participación de todas las personas relacionadas con el inmueble garantizando el derecho a la contradicción y los trámites procesales establecidos.

La anterior posición se fundamenta, en la lectura que por vía de interpretación hizo la Corte constitucional al numeral 1º del Artículo 77 de la ley de víctimas, al sostener, que la presunción consagrada en dicha norma y catalogada de derecho, es de carácter procesal y no sustantiva. Por tal razón, los hechos que presenta la víctima para fundamentar la pretensión de restitución pueden ser desvirtuados a través de los medios de prueba ordinarios. De esta manera, el postulado de la “carga dinámica de la prueba” le permite al tercero opositor de buena fe exenta de culpa el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales en el contexto de igualdad y defensa y, por consiguiente, desvirtuar los fundamentos fácticos formulados por el actor y acreditar, si es el caso, su propia condición de víctima o la calidad de propietario o poseedor del predio por haberlo adquirido o poseído por los mecanismos legales.

Como citar este capítulo

Ramírez Morales, V. (2018). Incidencia en el derecho de propiedad y la posesión del tercero de buena fe en el proceso de restitución de tierras. En M. Vicuña, y A.J. Aguilar-Barreto. (Ed.), *Nuevas tendencias del derecho en Colombia*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Referencias

- Azula Camacho, J. (2008). *Manual de derecho procesal. Tomo VI, Pruebas judiciales*. Bogotá. Editorial Temis.S.A.
- Barbera, N & Inciarte, A. (2012). Fenomenología y hermenéutica: dos perspectivas para estudiar las ciencias sociales y humanas. *Multiciencias*, vol. 12, núm. 2. Punto Fijo, Venezuela. Universidad del Zulia. Punto Fijo, Venezuela. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/904/90424216010.pdf>
- Centro de Memoria Histórica. (2010). *La tierra en disputa Memorias de despojo y resistencia campesina en la costa Caribe (1960-2010)*. (1ª ed.). Bogotá: Tauros.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución política. Bogotá.
- Colombia. Congreso de la Republica (2011). Ley 1448/11. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48.096 del 10 de junio. Bogotá.
- Colombia. Congreso de la Republica. (1887). Ley 57/87. Por medio de la cual se expide el Código Civil colombiano. Bogotá.
- Colombia. Congreso de la Republica. (1994). Ley 171/94. Por medio de la cual se aprueba el "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). Diario Oficial No. 41.640, de 20 de diciembre. Bogotá.

-
- Colombia. Corte Constitucional. (2002). Sentencia, T-881/02. Ref. Exp.: T-542060 y T-602073. M.P: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia, C-715/12. Ref. Exp.: D-8963. M.P: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia, C-781/12. Ref. Exp.: D-8997. M.P: Dra. María Victoria Calle Correa. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2013). Sentencia, T-733/13. Ref. Exp.: T-3.858.948 M.P: Dr. Alberto Rojas Ríos. Bogotá.
- Colombia. Corte constitucional. (2016). Sentencia, C-086/16. Ref. Exp.: D-10902. M.P: Dr. Jorge Iván Palacio P. Bogotá.
- Colombia. Corte constitucional. (2016). Sentencia, C-330/16. Ref. Exp.:D-11106. M.P: Dra. María Victoria Calle Correa. Bogotá.
- Colombia. Corte constitucional. (2016). Sentencia, T-051/16. Ref. Exp.: T-5.149.274, T-5.151.135 y T-5.151.136 (Acumulados). M.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá.
- Colombia. Tribunal Superior de Antioquia. (2015). Sentencia, 05/15. Ref. Exp.: 050453121001 2013 00571 00 (08), M.P: Dr. Vicente Landinez Lara. Medellín.
- Quecedo, R y Castaño, C. (2002). Introducción a la metodología de investigación cualitativa. *Revista de Psicodidáctica*, (14), pp. 5-39. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/175/17501402.pdf>
- Taruffo, M. (2003). Investigación judicial y producción de prueba por las partes. *Rev. Derecho (Valdivia)* v.15 n.2 Valdivia dic. 2003. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502003000200010>

4

PERTINENCIA DE LA FORMACIÓN POR COMPETENCIAS DEL ABOGADO, PARA ASUMIR LA SU PRÁCTICA PROFESIONAL¹

Claudia Parra Meaurio

Abogada, Universidad Libre Seccional Cúcuta Especialista en Derecho de Familia, Universidad Libre Seccional Cúcuta; Magister en Educación, Universidad Simón Bolívar. Secretaria Académica del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar - Sede Cúcuta. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1427-0728>. Correo electrónico: cparra@unisimonbolivar.edu.co

Rafael Pulido Morales

Abogado y especialista en Derecho de Familia Universidad Libre Seccional Cúcuta; Magister en Educación. Asesor jurídico. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-4256-538X>. Correo electrónico: rafa.pulido@hotmail.es

Gladys Shirley Ramírez Villamizar

Abogada y Especialista en Derecho de Familia Universidad Libre Seccional Cúcuta; Magister en Educación, Universidad Simón Bolívar. Miembro del grupo de investigación Tendencias jurídicas contemporáneas y Directora del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar - Sede Cúcuta. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-3271-795X> Correo electrónico: sramirez@unisimonbolivar.edu.co

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. Postdoctora, innovación educativa y TIC. Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES. Docente Investigador de Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-1074-1673>. Correo electrónico: a.aguilar@unisimonbolivar.edu.co

Resumen

El presente capítulo hace parte de la presentación de resultados de la investigación en torno a la formación del abogado; analizando pertinencia desde el desarrollo de competencias para asumir su práctica profesional. Se hace una revisión de los elementos que se exigen desde la norma y los lineamientos en el ordenamiento jurídico colombiano, hasta la forma como estos son asumidos en el caso Universidad Simón Bolívar. Formar abogados en la actualidad exige de una ardua tarea, en especial, por los requerimientos y demandas sociales que se vienen suscitando a cuenta de una crisis generalizada de la profesión. Así, el *Deber Ser* de la Formación ética y profesional del abogado impone a nivel

¹ Capítulo resultado de la investigación desarrollada en la Maestría en Educación de la Universidad Simón Bolívar bajo el título “Formación Del Abogado: Pertinencia frente a las exigencias de los lineamientos y normativa en el ordenamiento jurídico colombiano, en el Caso Universidad Simón Bolívar”

Epistemológico, Pedagógico y Didáctico un reto a las prácticas docentes, coherente a las exigencias sociales y generacionales, evidenciando la postura de las universidades en la interpretación y comprensión de los requerimientos de la sociedad.

Palabras clave: Formación del abogado, formación por competencias, Práctica profesional, pertinencia educativa.

Relevance of the training by attorney skills, to assume the professional practice

Abstract

This chapter has part of the presentation of the results of the investigation regarding the formation of the lawyer; Analyzing the relevance from the development of skills to assume their professional practice. A review is made of the elements that are required from the norm and the guidelines in the Colombian legal system, up to the way they are assumed in the case of Simon Bolivar University. Training lawyers today requires an arduous task, especially for the demands and social demands that come to join a generalized crisis of the profession. Thus, the Duty of the ethical and professional training of the lawyer at an Epistemological, Pedagogical and Didactic level, uniting teaching practices, the requirement of social and generational demands, the evidence of the demand of universities in the interpretation and understanding of requirements of society.

Keywords: Training of the lawyer, training by competences, professional practice, educational relevance.

Introducción

Formarse como jurista, o como cualquier otro profesional o especialista, no es otra cosa que cultivar la inteligencia en función aplicada a cierto recorte o área del conocimiento (D'Auria, 2003, p. 36).

La principal preocupación en las décadas anteriores en cuanto a la educación era la de garantizar el acceso y permanencia de los niños, jóvenes y adultos a la educación (Graterol y otros, 2017). A partir de los postulados de la Unesco (1996) donde queda expuesto el rol preponderante en la educación frente a los múltiples diversos desafíos del futuro, generados por rápida y dinámica cambiante social que inciden en la formación de ideales de paz, libertad y justicia social. En este sentido la educación se convierte en la herramienta

esencial para transformar la sociedad. Y especialmente, las Universidades, pasan a concebirse como espacios de reconstrucción para los desafíos sociales, por ello resulta indispensable que éstas puedan mantenerse como instituciones independientes, a partir de su intervención responsable de los problemas éticos y sociales.

De esta manera, la formación de cualquier profesional debe ser asumida por las universidades - públicas y privadas - de una manera seria y juiciosa procurando el fortalecimiento de las más amplias capacidades y habilidades de los estudiantes, tanto generales como específicas, en función de asegurar un ejercicio pertinente, ético y oportuno de la profesión. Esto ha sido objeto de estudio en diferentes disciplinas (Flórez Romero & Cano Morales, 2016) Múltiples factores se encuentran en juego para el cumplimiento de este propósito: la disponibilidad de los recursos y medios, la capacitación docente, la calidad y pertinencia de las enseñanzas, la flexibilidad curricular, la proximidad de lo aprendido con la vida real y las exigencias socio-políticas y económicas del momento histórico, la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación, la organización de los tiempos, la evaluación, la pedagogía empleada, la investigación formativa y productiva del conocimiento, entre muchos otros. La educación educativa es una base para transformar (Aguilar Barreto y otros, 2018).

Cualquier profesión enmarca un saber epistémico preciso y delimitado sobre el cual gira cada uno de los elementos antes señalados. Dicho objeto de estudio se despliega a lo ancho del currículo y con ello se planifica la formación. Sin embargo, y en coherencia a lo expuesto por Aguilar-Barreto y otros (2018) se puede caer en el error de direccionar la formación hacia aspectos meramente teóricos desconociendo situaciones que en la realidad ponen en dificultades a los nuevos profesionales. De allí que ningún currículo resulte inamovible e inmodificable, y por el contrario, se espera que los mismos tengan la suficiente flexibilidad como para adecuarse a los retos que se generan desde la misma práctica.

Hasta hace poco, la profesión gozaba de reconocimiento, respeto y buena imagen. La historiografía a través de la cual se ha documentado el ejercicio de la profesión del Derecho muestra que ya desde la misma colonia, ser abogado se consideraba un elemento social generador de status, que se convertía en un honor e incluso permitía generar influencia política (Vélez, 2008, p. 19). Y más aún, celebres nombres como *Charles Luis de Secondat*, *Cesare Beccaria*, *Alexis de Tocqueville*, entre muchos otros, resuenan en la historia como juristas resaltando la profesión. Sin embargo, hoy la imagen del abogado tiende a asociarse con un conjunto de ideas desfavorables (Rojas, 2009; Partida, 2014).

Fundamentación Teórica

Puntos críticos de la formación del abogado

Algunos puntos centrales de la discusión actual en torno a la formación del abogado son los siguientes:

1. La investigación formativa e investigación productiva debe estar fundamentada en cursos de escritura académica de tal forma que se familiarice el estudiante desde los primeros ciclos de formación con la compleja sociedad del conocimiento y la información. Varios estudios demuestran que los estudiantes universitarios tienen serias dificultades al momento de construir textos académicos y ello exige de cursos que promuevan el desarrollo de habilidades específicas en materia de escritura.
2. La calidad del docente y sus enseñanzas debe estar marcada por la excelencia. De este modo, se espera que posean perfiles como investigadores, pedagogos, individuos éticos en el ejercicio de su profesión, respetuosos de la diferencia, generadores de conocimiento, individuos que contextualizan y acercan a la realidad a los estudiantes, entre otros.
3. El desarrollo de una capacidad crítica auténtica que le permita al

estudiante adoptar verdaderas posturas frente al entorno y los problemas que allí surgen. La criticidad debe ser base esencial para que se pueda cuestionar el conocimiento y las prácticas que ya resultan poco pertinentes respecto de la realidad.

4. El desarrollo pleno de la creatividad para que los estudiantes logren proponer una gran variedad de ideas frente a las necesidades sociales, políticas, económicas y ambientales de nivel local, regional, nacional e internacional.
5. Una formación integral que fortalezca en el estudiante las más amplias capacidades y habilidades: lógicas, comunicativas, ciudadanas, laborales, emocionales, etcétera.
6. La formación impartida debe permitir al estudiante reconocer sus principales habilidades y capacidades para facilitar futuros estudios con un desarrollo preciso de su sentimiento de competencia.
7. Reconocer que en la práctica se vienen presentando de forma cada vez más notoria un ejercicio de la profesión poco ética. De esta manera, es común observar que el Derecho es desnaturalizado e interpretado en beneficio del interés individual.
8. El desarrollo permanente de estudios que permitan brindar claridad sobre el verdadero impacto de la formación del abogado en la universidad a fin de que las instituciones de educación superior puedan dirigir la reflexión a aspectos críticos y específicos.

Resulta común observar serias dificultades en los recién egresados de las escuelas de Derecho y ello conlleva a reflexionar sobre las relaciones docente-estudiante, las prácticas pedagógicas, y hasta la misma forma como se estructuran los programas de formación. Múltiples factores se encuentran asociados a las escasas capacidades y habilidades de los

togados que inician el ejercicio de su vida laboral, y un acercamiento a dicho fenómeno resulta perentorio en la misión de formular propuestas alternativas e innovadoras desde la misma planificación curricular de los programas de derecho de las universidades.

Al entrar a revisar pertinencia en la formación del abogado para asumir la práctica profesional, frente a las exigencias socio jurídico del contexto colombiano, son varios los elementos que requieren desglosarse para llegar al análisis:

El tipo de profesional que visiona formar la Universidad, en este sentido se propende por una formación de profesionales que a partir de sus habilidades personales y sociales le generan un alto compromiso de superación continua, conscientes de la realidad social y su necesidad de cambio. A nivel epistemológico, el abogado exige una formación estricta y específica de los conceptos desarrollados en la doctrina desde las Ciencias Sociales y que fundamentan lógicamente el derecho; la filosofía, la epistemología, y en general el desarrollo histórico y actual de la ciencia jurídica y del ordenamiento jurídico universal y colombiano permiten el desarrollo de competencias para acceder, comprender, analizar críticamente, interpretar, comunicar, aplicar y evaluar posibles soluciones a los conflictos de intereses general o particular.

También se hace preciso considerar la formación que recibe el estudiante durante su proceso formativo y en especial el desempeño que despliega en sus prácticas profesionales iniciales de consultorio jurídico, pues además de darse por mandato legal como la obligación de servir a las comunidades más necesitadas, exige que sea concebida como una actividad a desarrollar con la mayor seriedad y responsabilidad posible, considerándolo no solo una práctica, sino la situación jurídica que compromete el futuro y tranquilidad de un ciudadano en la vida real, que esperan una respuesta positiva y una solución favorable a cada uno de los conflictos que presentan a los usuarios, de ahí la preocupación por analizar la formación del estudiante para que cuando llegue a su práctica profesional cumpla a cabalidad e idoneidad cada una de las actuaciones

asignadas.

Revisar las exigencias que los lineamientos y el mismo marco regulatorio de la actividad del abogado imponen al proceso de formación del abogado permiten reflexionar sobre la propuesta de formación curricular, para que guarde coherencia con los postulados de la Unesco y a la vez, constituya efectivamente a la reconstrucción de una sociedad, en el marco de la realidad social que caracteriza al país política, económica y laboralmente.

En coherencia con los planteado en la parte inicial de este documento, y como elemento que justifica esta investigación la Viceministra de Justicia Ana María Ramos, es preciso que la formación de abogados coordine hacia las exigencias sociales ya que su ejercicio impacta directamente en la administración de justicia y en la materialización de los derechos de cada persona (El tiempo, 2016)

Adicionalmente este trabajo, permite repensar la función Universitaria como ente corresponsable ante las exigencias de la realidad social, política, laboral, académica, económica e incluso cultural; y de esta manera contribuir a orientar la reformulación de propuestas curriculares de formación de profesionales competentes y comprometidos con los retos de una dinámica sociedad cambiante, permeada de la inmediatez que provee la tecnología y que busca la consolidación de la paz.

En síntesis, resulta pertinente hacer un esbozo de los problemas más relevantes que se presentan para plantear el interrogante de esta investigación, a los que se les denominará como Dilemas, representados en la Figura 1:



Figura 1: Los problemas para el desarrollo de la práctica profesional

Fuente: Los autores

Metodología

La investigación tiene su fundamento en el paradigma Histórico Hermenéutico, porque esta busca encontrar las razones o causas que ocasionan ciertos fenómenos. Y con base en la interpretación, explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da éste, así mismo se pueden analizar los comportamientos del ser humano, sin dejar de un lado la interpretación que es la esencia del derecho, siendo una de

las competencias de mayor fortalecimiento en los discentes, que se verá reflejado en su rol como profesional al servicio de la sociedad.

En la presente investigación se parte de un enfoque cualitativo porque estudia las relaciones sociales de las personas y describe la realidad, tal como la experimentan sus protagonistas, por cuanto interpreta las relaciones, roles y la forma como se interrelacionan las personas, dentro de sus actividades en el ámbito social y cultural donde se desenvuelven. Es decir la relación entre la formación del abogado y las exigencias que frente a esta hace la norma y el contexto social del país.

Siendo esta una investigación de enfoque cualitativo, se basa más en una lógica y proceso inductivo: explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas (Ruiz, 2012). De acuerdo con Hurtado (2012, p.702) en coherencia con el enfoque de investigación cualitativa se asume la investigación bajo el diseño hermenéutico para indagar documentalmente la formación profesional del abogado: debates, tensiones y aspectos críticos.

Resultados y discusión

La pedagogía en la educación superior

Siempre se han abordado estudios en la pedagogía, pero con énfasis en la primaria y secundaria como en Ortega Rubio, Ordoñez Ortega & Gómez Vahos (2018), pero analizarla desde el nivel superior, ha generado menos posturas y más aún, proponer alternativas de solución o cambio, siguiendo los postulados de Paulo Freire y su propuesta educativa enfocada en la pedagogía de la liberación y la emancipación, como se encuentra esbozado en cada una de sus obras señalando ampliamente: que la educación posee o debe poseer una función humanista y liberadora, que toma importancia en la construcción de elementos que le permitan al ser humano luchar por su emancipación. No obstante, ésta no puede servir al opresor, pero debe permitirle empezar a cuestionarse por la razón de tal liberación (Freire, 1982, p.99). La educación siempre estará ligada a la política y que si bien es cierto, existen fuertes choques entre

quienes orientan las políticas Educativas (autoridades administrativas) y quienes deben ejecutarla (docentes), se hace necesario encontrar un equilibrio para la consecución del cumplimiento de las metas trazadas, desde ahí debe empezar una verdadera liberación y emancipación de la educación, actualmente hay posiciones polarizadas que no permiten una verdadera transformación en la pedagogía (Aguilar-Barreto (2017)).

Practica pedagógica

De otra parte, el conocimiento disciplinar debe llevar a un saber y a una práctica profesional, de ahí que es necesario que el docente en la educación superior tiene que saber que deba seleccionar para enseñar, llevando implícito lo que ésta inmerso en el currículo Institucional, entrar a determinar o establecer cuáles de esos conocimientos adquiridos por el docente en su carrera profesional y en su experiencia profesional, es el más acorde para transmitir a sus discentes, son algunos de los interrogantes que se plantean para la formación de los universitarios.

Herramientas metodológicas

¿Cómo abordar las estrategias, métodos, técnicas de aprendizaje en la educación superior? Se convierte en uno de los interrogantes más complejos para la formación superior, a diferencia de la educación básica y secundaria, se parte de los pre-saberes de los estudiantes, pero se puede aplicar de igual forma esta premisa a los discentes en la universidad.

Rol del docente universitario y la formación por competencias

Gran importancia juega el papel que desempeña el docente universitario hoy día, si se revisara la evolución que ha tenido este proceso, se tiene que la globalización, el mundo cambiante y la entrada en vigencia de las nuevas tecnologías de la comunicación, exigen que la educación universitaria gire en torno a estos nuevos retos, aunado a lo anterior se tiene que de igual forma la normativa gira hoy en día en la oralidad, requiriendo los abogados en formación la preparación en competencias como interpretación y argumentación ejes de las nuevas

tendencias del derecho.

En este sentido, es así como para Lazo (2011), refiere que las competencias, destrezas y habilidades abordadas como exigencia misma de las entidades educativas internacionales, tal es el caso del Informe Tuning para Latinoamérica, que junto a otros documentos marca el inicio de la revisión de los problemas de educación jurídica.

Práctica profesional y responsabilidad social

Partiendo del análisis de la realidad social y sus necesidades, que como lo indica Velásquez (2012) que si de atacar la pobreza por medio de la gestión de los estudiantes se trata, existen dos alternativas de actuación claramente definidas: la primera, abordar los problemas puntuales que cada individuo pobre presenta, entendiéndose por problemas necesidades básicas insatisfechas (tales como vivienda, alimentos, atención médica y demás); al hacer esto, se entiende al enfoque premoderno del servicio social al cual se hacía referencia; en segundo lugar, la alternativa otra, más indirecta, pero no por ello menos efectiva, que es el fortalecer las instituciones y mecanismos grupales (sociales) que mejoran las condiciones de vida de los más pobres.

En este sentido, es menester revisar lo que pretendía el legislador al expedir la ley 583 de 2000, que contempla el servicio que prestan los abogados en formación a las personas de escasos recursos para resolver sus situaciones jurídicas, pues bien, la situación lleva implícito que desde su proceso formativo el discente tenga la posibilidad de asumir esa responsabilidad social que se desprende de la práctica de consultorio jurídico y que conlleva una rigurosidad para adelantar las actuaciones que se le asignan por reparto

El currículo en la educación superior

En materia de educación superior es de vital importancia concebir el currículo, desde una perspectiva socio crítica, que gira en torno a un orden social, es un mecanismo de regulación social, que es lo que debe

aprender el estudiante, el hecho educativo, como transforma al estudiante y lo lleva a ser una persona competente y sea capaz de resolver situaciones que no son posibles de identificar. Y es que un conjunto de discusiones, que a modo de caminos, pueden interrelacionar críticamente el pensar pedagógico contemporáneo (Hernández Albarracín, Garavito Patiño & Torrado Vargas 2017).

Las transformaciones en cualquiera de estos escenarios conllevan a re-pensar la manera en que se dirige la formación del abogado, y pone de manifiesto que la misma relatividad del ordenamiento jurídico exige una formación que articule de manera pertinente teoría y práctica. Como bien lo ilustra Lista (2000), uno de los supuestos de las ciencias sociales, entre ellas la sociología, consiste en no tomar lo dado por autoevidente, no creer, en definitiva, que las cosas son como aparecen. Lo que se toma por realidad suele ser la simple fachada de un fenómeno mucho más complejo (p. 382). En ese orden, la ciencia del derecho se revela como un sistema que se amplía y moldea constantemente, por lo que no es correcto predicar absolutismos o verdades universales.

Perspectivas noológicas de la formación del abogado

Ya hace más de medio siglo, Valdez (1955) señalaba que en las facultades de derecho venía primando un componente teórico-jurídico en la formación de los abogados con exclusión de aquellos aspectos requeridos para el ejercicio profesional del Derecho. Hoy, se observa esta misma situación sin que haya variado en gran medida la realidad descrita por el autor, donde expone, resulta común que el estudiante poco apropie de las prácticas pedagógicas que tienden a la memorización, pues con ellas no se llega a comprensión y aún menos al desarrollo de competencias. En contraposición el buen aprendizaje de la teoría, la comprensión de la doctrina, es indispensable en el ejercicio profesional.

Se trata de un problema aún pendiente por superar que exige de unos grandes esfuerzos y trabajo conjunto dentro de las universidades. Se debe lograr, como bien lo expresa Valdez (1955), “aprender el arte del ejercicio profesional”, y eso significa todo un conjunto de habilidades y

actitudes para que la práctica profesional del derecho se realice de manera ideal. No basta con poseer conocimientos profundos de las normas jurídicas, y por el contrario, se requiere de una capacidad para ubicar el conocimiento o el saber aprendido durante la formación en situaciones fácticas específicas, y a partir de ello, motivar las decisiones y el accionar profesional:

Lo que necesita todo profesional al comienzo del ejercicio, más que profundos conocimientos -que solo unos cuantos quizás puedan lograr- es tener ideas claras sobre todas las instituciones del derecho. La profundidad de los conocimientos la logrará después de algunos años de estudio, cuando ya familiarizado con esas instituciones, pueda adentrarse sin peligro de confusión mental en los grandes tratados. (p. 106)

Dicho problema también es ilustrado por otros autores. Uno de estos es Ramírez (2012, p. 96) quien explica que la universidad es el escenario oportuno para la formación de hombres y mujeres instruidos, cultos y competentes que actúen conforme a las necesidades y exigencias sociales, pero aun reconociendo el propósito y la función de la universidad “es fácil observar a togados desorientados, actuando con temor e inseguridad al abordar la solución de controversias en los estrados judiciales”. Se trata de una realidad fácilmente evidenciable pues resulta común que los recién egresados busquen colaboración de otros profesionales o incurran en errores fácilmente superables.

Dentro de la literatura se puede ubicar algunas reflexiones que intentan explicar algunas de las causas por las cuales la formación de los abogados resulta insuficiente. Por ejemplo, Lista (2000) expone que los objetivos de enseñanza, por lo general, son interpretados como exigencias formales del sistema educativo sin que se identifique su utilidad. Esto conlleva a que se configuren procesos educativos tradicionales y rutinarios con ausencia de evaluaciones sobre el verdadero impacto de los programas y las acciones de formación. En otros términos, los objetivos de enseñanza-aprendizaje no son el producto de una reflexión profunda que marque la intencionalidad y dirección de la acción de los

docentes. Así mismo, expone el autor que se evidencia deficiencias en el componente pedagógico de los docentes, pues los mismos tienen un vasto conocimiento disciplinar, pero no reconocen modelos pedagógicos ni estrategias pedagógicas que conlleven a una enseñanza apropiada de la ciencia.

Similares reflexiones se exponen en el texto de Ramírez (2012, p. 96) cuando señala que las causas de los temores y yerros en los que incurren los recién graduados de Derecho deben ubicarse en la relación docente-estudiantes, y especialmente, en “la postura epistemológica y las prácticas pedagógicas que utiliza el facilitador al desarrollar el contenido programático de su asignatura”. En otros términos, se requiere observar con detenimiento al menos dos elementos fundamentales: la orientación epistemológica o postura paradigmática sobre la cual se ubica la interpretación de la ciencia que transmite el docente, pues esta delimita la acción del docente, y saber pedagógico y la práctica pedagógica que le permite encontrar caminos y modos para llevar a cabo la formación potenciando los resultados. De la misma forma lo contempla Bocanegra (2006):

Un proceso de enseñanza-aprendizaje orientado hacia la formación humana y académica de alto nivel, hace necesario entender dialécticamente una relación maestro-estudiante, superar esquemas y modelos de corte repetitivo y autoritario. Se hace necesario que la labor docente esté guiada por principios pedagógicos-didácticos que permitan hacer del trabajo de aula un escenario de apropiación y crítica del conocimiento científico, sus métodos y técnicas. (p. 9)

En la siguiente Figura se pueden observar las relaciones expresadas por los autores ya citados como Lista (2000) y Ramírez (2012).

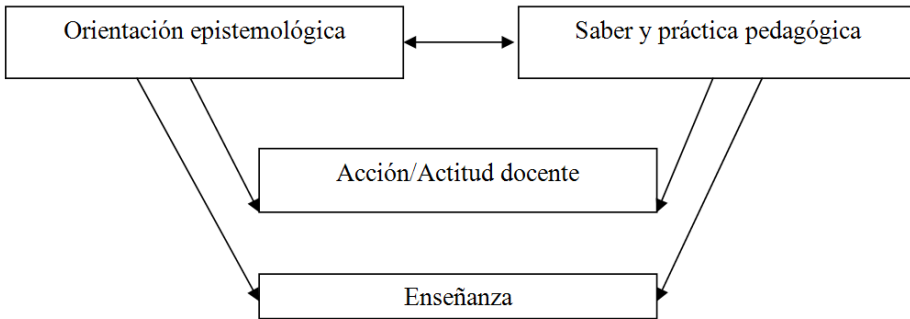


Figura 3: Relación docente-estudiante en la formación de abogados

Fuente: Los autores

La anterior figura puede ser sintetizada en las siguientes apreciaciones de Ramírez (2012):

Sí tenemos en los programas, un profesor dueño de un excelente marco teórico construido bajo los esquemas de la concepción filosófica jurídica del Positivismo, fuente principal del formalismo y además, acérrimo partidario de esta postura como forma de concebir el derecho, y a ello, le agregamos, el método deductivo y el discurso en el aula como único recurso didáctico para construir conocimiento, la observación nos indica que esta práctica pedagógica, incluso sin que el mismo docente se percate de ello, nos lleva a tener en el aula a un estudiante receptor, pasivo, carente de la actitud investigativa, egresando luego al claustro con una marcada visión formalista del derecho, huérfano de las habilidades y destrezas requeridas enfrentar desde la praxis la solución de controversias. (p. 96)

El elemento didáctico y pedagógico juega un papel central en el éxito de la formación de abogados y de cualquier profesión. En el texto de Bain (2004) se describe las prácticas comunes que tienen los mejores docentes universitarios en el mundo para lo cual realizó un estudio con 70 profesores universitarios sobresalientes de Estados Unidos de 24 instituciones de educación superior.

Práctica común	Descripción
<i>Sobre lo que saben y entienden los mejores profesores</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Conocen su materia extremadamente bien. - Algunos poseen abundantes publicaciones. - Algunos poseen registros de publicaciones más modestos. - Algunos no presentan publicaciones. - Se encuentran al día en el desarrollo intelectual, científico o artístico. - Estudian cuidadosamente el que hacer de otras disciplinas afines. - Leen con frecuencia sobre otros campos disciplinares. - Ponen especial interés en aspectos generales de sus disciplinas: historia, controversias y discusiones epistemológicas. - En conclusión, son grandes profesores porque saben en abundancia algo que enseñar. - Muestran habilidad para simplificar y clarificar conceptos complejos. - Poseen habilidades metacognitivas que inciden en la mayoría de sus actividades. - Tienen una comprensión intuitiva del aprendizaje humano.
<i>Sobre cómo preparan la docencia</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Los profesores excepcionales toman sus clases como esfuerzos intelectuales y en esa medida las preparan, las tratan, las discuten. - Utilizan preguntas mucho más ricas para dirigir la clase y el pensamiento de los estudiantes. - La planeación de las clases les exige preguntarse por los objetivos del aprendizaje. - Manifiestan un gran compromiso con las comunidades e instituciones donde trabajan. - Participan en foros y escenarios de discusión con el fin de mejorar la docencia. - Trabajan permanentemente en iniciativas curriculares. - Fundamentalmente son estudiosos, intentan mejorar sus resultados para promover el desarrollo de los estudiantes, y nunca quedan plenamente satisfechos con los logros alcanzados.
<i>Sobre lo que esperan de sus estudiantes</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Los profesores excepcionales buscan un rendimiento cada vez mayor de sus estudiantes. - Priorizan objetivos relacionados con la forma de razonar y de actuar de los estudiantes.
<i>Sobre lo que hacen cuando enseñan</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Crean un “entorno para el aprendizaje crítico natural”. - Hacen que los estudiantes se enfrenten a problemas importantes, atractivos o intrigantes, tareas auténticas que exigen desafíos, explorar supuestos y examinar modelos mentales de la realidad. - Buscan el trabajo colaborativo y la generación de un sentimiento de capacidad, es decir, promueven un ambiente en el que los estudiantes se sienten capaces de asumir los retos impuestos.
<i>Sobre la forma en que tratan a los estudiantes</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Muestran gran confianza en sus estudiantes. - Muestran a los estudiantes que son capaces de asumir los retos. - Habla de diversos temas con los estudiantes, así como de su proyecto de vida, sus avances y dificultades. - No culpan a los estudiantes de sus fracasos o dificultades.
<i>Sobre cómo comprueban su progreso y evalúan sus resultados</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Utilizan programas que sistematizan los resultados evidenciando los cambios pertinentes del proceso de aprendizaje. - Comprueban los resultados y evitan evaluaciones arbitrarias. - La evaluación se realiza sobre objetivos de aprendizaje básicos.

Figura 4: Características de los mejores docentes en el mundo

Fuente: Los autores a partir de Bain (2004).

Por su parte, Bocanegra (2006) hace hincapié en otro tipo de factores como los pocos esfuerzos por diseñar y ejecutar estrategias didácticas que despierten la motivación de los estudiantes, la ausencia de planes y programas para el fortalecimiento de la investigación, el uso excesivo de la clase magistral, y el escaso desarrollo de la capacidad crítica. La investigación juega un papel fundamental en la formación del abogado y las habilidades que se puedan desarrollar en este campo fortalecen cualidades de gran valor

como la autonomía, la independencia, la criticidad y la curiosidad, aspectos que inciden en la regulación del aprendizaje. Es claro que el uso casi que permanente de prácticas tradicionales como la clase magistral no permiten, en ningún sentido, aprovechar los beneficios de la investigación formativa.

En torno al tema central de la investigación formativa en la carrera de derecho, Cardinaux (2008, p. 252) describe que las universidades han empleado, básicamente, dos modalidades para acercar a los estudiantes al conocimiento y práctica de la investigación científica: 1. El desarrollo de actividades relacionadas con investigación a partir de cursos, seminarios o participación en proyectos de investigación como colaboradores, aprendices o becarios, y 2.

La creación de espacios curriculares específicos para la enseñanza de la investigación durante algunos semestres de la carrera. Esta última ha sido la más empleada pero no se tiene claridad sobre la eficacia de la estrategia en términos formativos. Aun así, la segunda modalidad puede llevar a que los estudiantes no logren llevar de manera transversal lo visto en la asignatura de metodología de la investigación a las diferentes áreas que estructuran el derecho. Y por otro lado, la segunda modalidad enfrenta el gran reto de la capacitación docente pues se esperaría que todos los maestros tuviesen claridad sobre la investigación tanto formativa como productiva.

Todo lo descrito no es un problema pequeño y fácilmente superable, por el contrario, configura una problemática compleja que exige de importantes esfuerzos coordinados al interior de las universidades. Sí un estudiante es impulsado a la participación activa y la reflexión profunda en el marco de su formación como abogado, puede equivocarse y corregir, es decir, modificarse, sin que ello implique un reproche social, pero sí los vacíos persisten y se perpetúan las dudas durante la carrera, los errores en la práctica pueden significarle hasta sanciones conforme al régimen disciplinario que guía el ejercicio de la profesión.

Los regímenes disciplinarios fueron instaurados en la órbita pública, especialmente, para la regulación los servidores públicos y sus actuaciones,

y posteriormente, se extendieron a los campos profesionales. De allí que surgieran códigos disciplinarios para profesiones específicas como la contaduría, la psicología, el derecho, la salud, entre otros. El objetivo básico de estos regímenes disciplinarios contenidos en códigos específicos es garantizar que el ejercicio de la profesión se ajuste a parámetros éticos, reglas y normas que permitan una protección especial de derechos fundamentales asociados con la práctica profesional. En efecto, algunas profesiones tienen mayor relación con bienes jurídicos tutelables que el Estado busca proteger en gran medida como la libertad, la vida o la salud. Y, en consecuencia, los regímenes disciplinarios en cuanto al ejercicio profesional encuentran su fundamento en la responsabilidad que se desprende de la misma práctica profesional.

Los regímenes disciplinarios que regulan el ejercicio profesional determinan las situaciones y eventos específicos en los cuales las acciones de los profesionales con ocasión de sus funciones resultan reprochables y sancionables, aunque en algunos de estos códigos no se establece de manera precisa hasta donde llega la responsabilidad del profesional en los casos donde la conducta produce daños a terceros. Sin embargo, para el caso de los abogados los límites y alcances se encuentran bien definidos en la Ley 1123 de 2007 (Congreso de la República, 2007, 22 de enero).

En lo referido al régimen disciplinario de los abogados, Ortega (2016) sostiene que la norma cuenta con una estructura que permite observar con claridad algunos elementos constitucionales como el debido proceso. Explica que el ordenamiento jurídico que regula la materia establece principios rectores, ámbitos de aplicación, sujetos procesales, tipos de faltas, eventos en los que hay ausencia de responsabilidad y las sanciones graduadas a los tipos de sanciones. Con ello, también se describen las garantías dispuestas en el proceso disciplinario para las partes. En resumen, como lo expresa el Congreso de la República (2007) en la Ley 1123, pone en marcha una propuesta disciplinaria con el propósito de crear un marco disciplinario que reconstruya la red de valores y la ética en el ejercicio del derecho.

Prácticas jurídicas

Con respecto a las prácticas jurídicas, desde la postura de Freire (1992)

en la formación docente resulta indispensable llevar al pedagogo en formación a asumirse desde el principio como sujeto de la producción del saber desde la reflexión crítica sobre la práctica. Esto, inexorablemente obliga a reflexionar sobre el deber ser del rol docente en el aula de clase para que el estudiante adquiera las competencias necesarias para desarrollar una adecuada y coherente práctica profesional.

Desde lo expuesto por Tobón (2007, p.7) la formación por competencias se concibe como un proceso caracterizado por la recursividad y por ser dialógico, mediante el cual la sociedad forma a sus miembros para la autorrealización, y, que a su vez, posibilita la permanencia y continua recreación de la sociedad, la cual define como permanente, inacabado de construcción-deconstrucción-reconstrucción.

Formación por competencias

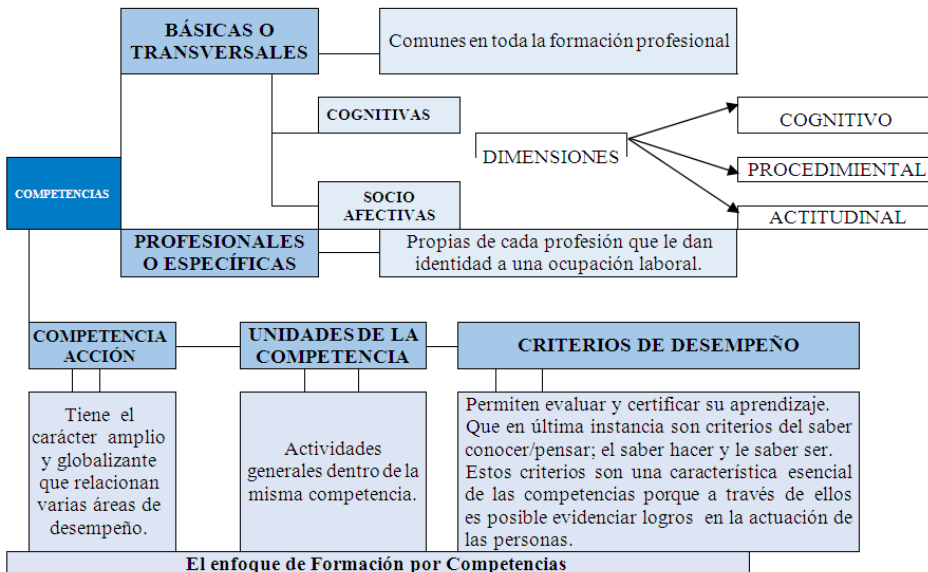


Figura 5: El enfoque de formación por competencias

Fuente: Universidad Simón Bolívar

Educación

Se hace necesario tener como base los postulados de Inmanuel Kant quien en sus diferentes conceptos de educación los fundamenta en principios filosóficos, morales y concibiendo como fin de la educación lo ético, además de tener como características de la Educación la prudencia y lo social, al afirmar que “quien no es disciplinado es salvaje y quien no es ilustrado es necio. Los hombres son en principio iguales y lo que marca las desigualdades sociales es sólo la diferencia de oportunidades

Pedagogía

La pedagogía históricamente se encuentra inmersa desde el género humano y la sociedad humana, la cultura y la educación. Desde el género humano se tiene las sociedades primitivas y las civilizadas, las primeras mencionadas anteriormente comprenden grupos humanos diversos y semejantes que tienen usos, costumbres y creencias diversas; lo mismo que las civilizadas con diferencias, en el modo de vivir y las creencias, entonces, todo grupo humano tiene una cultura propia para sobrevivir, para organizar coherentemente los modos de vida, como el uso de producción y el comportamiento (Abbagmano y Visalberghi, 1992).

Esta cultura debe ser aprendida por los estudiantes y transmitida en alguna forma, porque es indispensable para la subsistencia social de los grupos, es de interés del grupo que dicha cultura no se disperse ni se olvide, sino que se transmita de las generaciones adultas a las jóvenes a fin que estas se vuelvan igualmente hábiles para manejar los instrumentos culturales y continúe la vida del grupo, y precisamente esta transmisión es la educación (Abbagmano y Visalberghi, 1992), (Zuluaga, 1999)

Frente a lo anterior, los niños y los jóvenes se ven igualmente sometidos a un largo aprendizaje -como en los colegios actualmente- en compañía del padre, la madre u otros adultos calificados para ser admitidos entre los adultos responsables de la vida común, esta educación puede asumir las formas y las modalidades más diversas, según los diversos

grupos humanos y grado de desarrollo; transmitiendo la cultura del grupo de una generación a otra. Desde este punto de vista la educación se llama educación cultural (Abbagmano y Visalberghi, 1992).

Según (Abbagmano y Visalberghi, 1992) en su libro la historia de la pedagogía, esta transmisión de la educación cultural es una relación entre la filosofía de la educación y la pedagogía, porque tiende a promover modalidades y formas de cultura de cierto tipo [como la tecnología e informática] y porque contempla un cierto ideal de formación humana.

La pedagogía significa guía del niño, pero al relacionarse con algunas ciencias como la psicología, se debe tener en cuenta el desarrollo mental, formación del carácter y los modos de aprendizaje, de la misma forma la sociología han demostrado como plantear y resolver los problemas de la educación. Juntas desarrollan técnicas que emergen de la práctica educativa misma; la didáctica (Abbagmano y Visalberghi, 1992)(Pesci, 2005).

El maestro, al desconocer la historicidad de la pedagogía y la situación cultural es confiado en su oficio metodológico reduciéndola a una concepción instrumental del método de enseñanza; desdibujando la definición que propone (Zuluaga, 1999) de pedagogía, como la disciplina que conceptualiza, aplica, y experimenta los conocimientos referentes a la enseñanza de los saberes específicos, en las diferentes culturas, permitiendo plantear la pluralidad de métodos de enseñanza de acuerdo con las particularidades históricas de formación de cada saber, en la permanente presencia práctica o conceptual de la enseñanza de las diferentes opciones de la educación y reconocer la adecuación social de los saberes en las diferentes culturas.

A su vez, reformular en el campo aplicado la interioridad de la pedagogía, potenciando productivamente los saberes específicos de la enseñanza, relacionando el maestro con los temas de enseñanza que están lejos de los estáticos manuales, donde el maestro solo puede repetirlos sin que su discurso en el acto de la enseñanza implique una transformación

didáctica de los contenidos (Zuluaga, 2002) en los estudiantes de tecnología e informática.

Permitiendo la creación, la organización y el uso de problemas que conducen a la construcción de conceptos y teorías por parte de los individuos [Estudiante-Maestro] con características y conocimientos mínimos [o nulos] para hacer posible el desarrollo de procesos determinados (Amore, 2008) de aprendizajes en los estudiantes dentro de una relación socio cultural del territorio, como lo muestra la Figura 6.

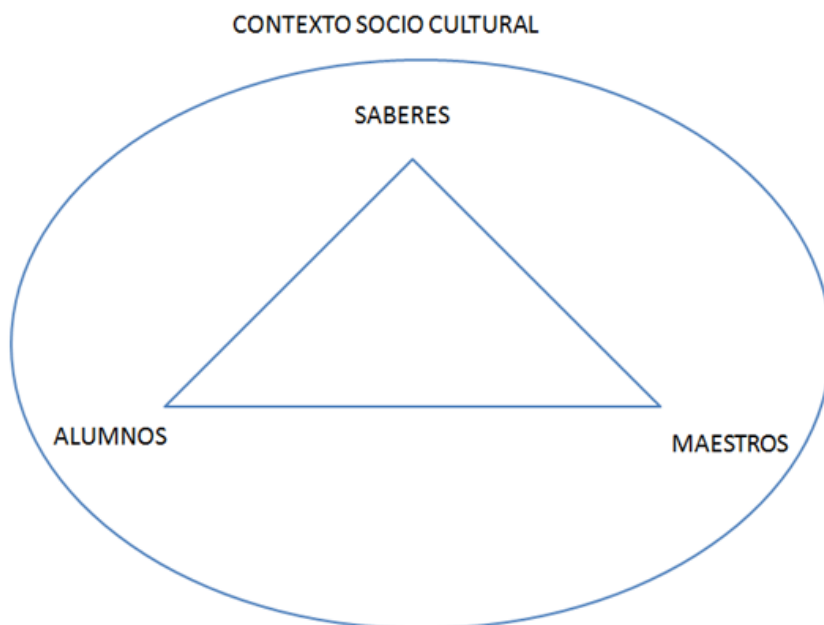


Figura 6: Triángulo de la didáctica de D Amore

Entonces la pedagogía se articula directamente con la interioridad de los saberes específicos a través de la didáctica que tiene su campo de aplicación y no se puede confundir con el campo práctico de la pedagogía, el cual, no es el acto de enseñanza, sino también la enseñanza en la escuela, que implica una relación entre educación y sociedad (Zuluaga, 1999), e implica un modelo para el estudio de la enseñanza en el aula

desde cuatro variables: *variables de presagio*, como las características del profesor, experiencias, formación y otras que influyen sobre la conducta docente; *variables de contexto* como las características de los estudiantes de la escuela o colegio, así como las del aula; *variables de proceso*, como acciones observables de profesores y estudiantes en el aula y *variables de producto* como los efectos inmediatos y a largo plazo de la enseñanza sobre el desarrollo del estudiantes en lo intelectual, lo social y lo emocional (Tomado de Dunkin y Biddle y citado por Ruiz, S.F).

Al anterior análisis proceso – producto como lo menciona (Ruiz, S.F) se debe complementar con el análisis que propone Shulman, la *ecología del aula* que toma las disciplinas de la antropología, la sociología, y la lingüística, que van desde el microanálisis de las interacciones con la utilización de grabaciones de video, hasta el microanálisis de toda una escuela. Este paradigma cuenta con cuatro criterios o características:

- Atención a la interacción entre las personas, más en términos de reciprocidad que de la simple direccionalidad de profesores a estudiantes.
- Considerar la enseñanza y el aprendizaje como procesos continuamente interactivos.
- Considerar que el contexto del aula está incluido dentro de otros contextos como la escuela, la comunidad, la familia, la cultura.
- Y considerar como fuentes importantes de datos a los procesos no observables, tales como los pensamientos, actitudes, sentimientos o percepciones de los participantes.

Entonces se puede mencionar que dentro de la pedagogía se encuentran inmersas las prácticas pedagógicas y para poder caracterizarlas se debe tener en cuenta, las características formativas del profesor, clase social, edad, sexo, experiencias de formación del profesor, universidad a que asistió, características del programa formativo, experiencias de

práctica de enseñanza, capacidad del docente a los cambios, inteligencia, motivaciones, rasgos de personalidad.

En las estudiantes características formativas como la clase social, edad, sexo, actitudes, conocimiento y aptitudes. En la escuela o colegio la cultura, composición étnica, tamaño de la escuela, libros, conectividad, equipos y elementos necesarios para el desarrollo de las clases entre otros.

Conclusiones

A pesar de las reestructuraciones y ajustes al sistema educativo de educación superior la universidad no ha logrado establecer las relaciones que se desprenden entre formación superior y el contexto con sus necesidades y requerimientos. Como afirman Aguilar y otros (2018) La ruptura entre estos dos puntos conlleva a que se despliegue una formación que poca respuesta brinda a los problemas estructurales de la sociedad. Bastante se ha dicho sobre la necesidad de introducir la universidad dentro de la lógica de la sociedad del conocimiento, y en esa medida, se hacen grandes esfuerzos desde las universidades para que los docentes y estudiantes conformen grupos de investigación, publiquen de manera permanente y participen en eventos de investigación. La multidisciplinariedad ha demostrado acercarse a esta idea (Gil Otaiza, 2016); la cual puede estar en contravía del papel que debe abordar la universidad en términos de formación pues no basta con sólo conocimiento, se debe ir más allá, como lo señalara Siegel (1984): un conocimiento con compasión.

La práctica profesional, entendida como el ejercicio obligatorio que deben prestar los profesionales en formación, incluidos los estudiantes de derecho, le permite que el ciudadano de bajos recursos pueda acceder a los servicios de asistencia judicial para pedir asesoría jurídica o solicitar representación ante un Juzgado o Tribunal, cumpliéndose principios de Responsabilidad Social, y a la vez que el estudiante reconozca la dinámica laboral de su carrera. En Colombia, la Presidencia de la República (1971) mediante Decreto 196 que se llamó el Estatuto del Abogado, en su Artículo 30 deja bajo la responsabilidad de los estudiantes de Derecho la garantía del acceso a la justicia, reformado por el Congreso de la República (2000)

mediante la Ley 583, que en concordancia con lo rituado en el decreto 765 de 1.997, y ante la necesidad de proporcionar asistencia jurídica desde las facultades que cuentan con los programas de Derecho, los estudiantes de los dos últimos años lectivos proporcionen la defensa técnica y material en derecho de la población vulnerable, hace que las entidades de educación superior de programas de derecho establezcan lo que usualmente se denomina “consultorio jurídico” o “abogado de pobres”.

Ahora bien, cientos de personas se gradúan año a año como abogados de las más diversas universidades sin que se tenga claridad sobre la calidad de la preparación (Lazo, 2011). Y el problema va más allá de lo aprendido o no aprendido, pues los vacíos o lagunas que tenga el abogado es un factor de riesgo para las personas que requieren de los servicios de este profesional. Basta recordar que la profesión tiene relación directa con derechos y garantías fundamentales, y en ese sentido, el riesgo de afectación sobre estos derechos del cliente aumenta a causa de malas, inoportunas o indebidas prácticas del profesional del Derecho.

Tal vez una de las profesiones de mayor cambio sea la del abogado, pues se trata de un oficio en el que de manera constante se evidencian modificaciones o transformaciones, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico que es objeto de análisis para el campo científico del Derecho, en la dirección y estructura de las instituciones del Estado, el comportamiento humano o conducta exteriorizada que tiene incidencia y relevancia para el sistema jurídico, los valores y los ideales de la sociedad conforme al devenir histórico y las nuevas perspectivas y enfoques de interpretación que se adentran de manera permanente para la comprensión del ordenamiento jurídico por medio de la jurisprudencia internacional y local, entre otros.

En coherencia, revisar las exigencias jurídicas el proceso de formación del abogado y las exigencias mismas del Marco regulatorio de la actividad del abogado, permiten reflexionar sobre la propuesta de formación curricular, para que se ajuste a los postulados y exigencias de la Unesco y a la vez, constituya efectivamente a la reconstrucción de una

sociedad, en el marco de la realidad social que caracteriza al país política, económica y laboralmente.

Como citar este capítulo

Parra Meaurio, C., Pulido Morales, R., Ramírez Villamizar, G., y Aguilar Barreto, A. (2018). Pertinencia de la formación por competencias del abogado, para asumir la su práctica profesional. En M. Vicuña, y A.J. Aguilar-Barreto. (Ed.), *Nuevas tendencias del derecho en Colombia*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Referencias

- Abbagmano, N., Visalberghi, A. (1992). Historia de la pedagogía. Madrid: fondo de la cultura económica.
- Aguilar-Barreto, A.J. (2017). La Educación en Colombia: Históricamente elemento jurídico político para el desarrollo social. En Graterol-Rivas, M., Mendoza- Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica*. (pp. 15-35) Publicaciones Universidad del Zulia, Maracaibo, estado Zulia, República Bolivariana de Venezuela. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2097>
- Aguilar Barreto, A.; & Hernández Peña, Y.; Contreras Santander, Y.L; Flórez Romero, M. (2018). La investigación educativa: reconociendo la escuela para transformar la educación. Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar. Recuperado en <http://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/123456789/2275/La%20investigacion%20educativa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Aguilar-Barreto, A.J., Rodríguez, G. y Aguilar-Barreto, C.P. (2018). Gestión de políticas públicas educativas: Una caracterización en Norte de Santander. *Revista Espacios*, Vol. 39 (Nº 30) Año 2018. P. 11. Venezuela. Recuperado en: <http://www.revistaespacios.com/a18v39n30/18393005.html>

-
- Amore, B. D. (2008). Epistemología didáctica de la matemática y práctica de enseñanza. Bologna, Italia: *revista de asovemat*.
- Aguilar-Barreto, AJ.; Rodríguez, G. y Aguilar-Barreto, CP. (2018). Gestión de políticas públicas educativas: Una caracterización en Norte de Santander (Colombia) En *Revista Espacios*, 39 (30), 5. Recuperado en: <https://www.revistaespacios.com/a18v39n30/18393005.html>
- Bain, K. (2004). *What the best college teacher do*. Boston: Harvard University.
- Bocanegra, H. (2006). La investigación formativa: propuestas y retos en la formación de juristas. *Diálogos de Saberes*, (24), 7-10
- Cardinaux, N. (2008). La articulación entre enseñanza e investigación del Derecho. *Academia*, 6(12), 241-255.
- Colombia. Congreso de la República (12 de junio de 2000) Ley 583 Por la cual se modifican los artículos 30 y 9 del Decreto 196 de 1971. Diario Oficial No. 44.042. Bogotá.
- Colombia. Congreso de la República (2007, 22 de enero). Ley 1123 del 22 de enero de 2007. Diario Oficial No. 46.519, de 22 de enero de 2007.
- Colombia. Presidencia de la República (1 de marzo de 1971) Decreto 196 Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía, Diario Oficial No. 33255.
- D'Auria, A. (2003). La filosofía política en la formación del abogado. *Academia*. [En línea] Recuperado de: https://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/01/la-filosofia-politica-en-la-formacion-del-abogado.pdf
- El tiempo (8 agosto 2016). Preparan ofensiva para subir calidad de las facultades de Derecho. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16563244>
- Flórez Romero, M. y Cano Morales, A. (2016). La responsabilidad social del profesional de las ciencias económicas, administrativas y contables como solución para la transparencia empresarial. *Revista Espacios*, 36(37). 7-37. Obtenido de <https://www.revistaespacios.com/a16v37n36/16373607.html>
- Freire, P. (1989). *La educación como práctica de la libertad*. Madrid. Editorial: Siglo XXI.

-
- Freire, P. (1992). *Pedagogía del oprimido*. Madrid. Editorial: Siglo XXI.
- Gil Otaiza, R., (Edit.Académico). (2016). *Gerencia para el desarrollo humano. Unidad en la diversidad*. Vol. 1 Mérida: Sello Editorial Publicaciones del Vicerrectorado Académico – ULA. Obtenido en: <http://www.serbi.ula.ve/serbiula/librose/pva/Libros%20de%20PVA%20para%20libro%20digital/LibroGerenciaparaeldesarrollohumanoVoll.pdf>
- Graterol, M.; Mendoza, M.; Graterol, R.; Silva, Contreras, JC.; Espinosa, JF. (2017) *Políticas Públicas: Desafíos en Colombia y Venezuela*. Maracaibo, República Bolivariana de Venezuela: Universidad del Zulia - Sistema de Bibliotecas. Disponible en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2096>
- Hernández Albarracín, J.D.; Garavito Patiño, J.J & Torrado Vargas, R. (2017). *Encrucijadas pedagógicas: resignificación, emergencias y praxis educativa*. Publicaciones Científicas Universidad del Zulia. Obtenido de <https://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/123456789/2106/Encrucijadas%20Pedag%C3%B3gicas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Hurtado, J. (2012). *Metodología de la Investigación. Guía para la comprensión holística de la ciencia*. (4 Edición ed.). Bogotá-Caracas: Ediciones Quiron.
- Lazo, P. (2011). *Formación jurídica, competencias y métodos de enseñanza: premisas*. *Ius et Praxis*, 17(1), 249-262.
- Lista, C. (2000). *La construcción de la conciencia jurídica: los objetivos educativos y la formación del abogado*. [En línea] Recuperado de: http://www.academia.edu/7976450/La_construcci%C3%B3n_de_la_conciencia_jur%C3%ADdica_los_objetivos_educativos_y_la_formaci%C3%B3n_del_abogado
- Ortega, A. (2016). *Estudio comparado de los regímenes disciplinarios de médicos y abogados*. *Trabajo de grado*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia.
- Ortega Rubio, N.A.; Ordoñez Ortega, R. & Gómez Vahos, J. (2018). *Concepciones y prácticas en el contexto educativo de Norte de Santander*. Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar. Obtenido de <http://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/123456789/2507/Concepciones%20y%20pr%C3%A1cticas%20en%20el%20contexto%20educativo%20de%20Norte%20de%20Santander>.

[pdf?sequence=1&isAllowed=y](#)

- Partida, G. (2014). La imagen del abogado en la sociedad. *Tesis de grado*. Universidad Internacional de la Rioja, Madrid, España.
- Pesci, f. (2005). Historia de la pedagogía. Italia.
- Ramírez, G. (2012). Formación del abogado latinoamericano frente a la tendencia antiformalista. *Revista Justicia*, 17(22), 88-100.
- Rojas, M. (2009). No el abogado, “mejor el doctor”. La imagen social del profesional en Derecho *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 11(2), pp. 281-298.
- Ruiz Olabuénaga, J. I. (2012). *Metodología de la investigación cualitativa* (Vol. 15). Universidad de Deusto.
- Ruiz, A. G. (s.f). Historia y retos de la formación de profesores (algo más sobre Lee shulman). New York: education química.
- Siegel, Betty L. (1984). Knowledge with Commitment: teaching is the central task of the university. *Vital Speeches of the Day*, 50(13), 394-397.
- Tobón, S. (2007). El enfoque complejo de las competencias y el diseño curricular. *Acción pedagógica*, 16, pp. 14 – 28.
- Unesco. (1996). La Educación encierra un tesoro. Jackes Delors y otros. Santillana, ediciones UNESCO. Madrid, 1996.
- Valdez, A. (1955). Formación del abogado. *Derecho PUCP*, (14), 106-107.
- Velásquez, H. (2012). El trabajo social de los consultorios jurídicos: “necesidad u obstáculo”. Universidad Pontificia Bolivariana. Bogotá, Colombia.
- Vélez, J. (2008). Abogados, escribanos, rúbulas y tinterillos. Conflictos por la práctica del derecho en Antioquia, 1821-1843. *Estudios Políticos*, (32), pp. 13-51.
- Zuluaga, O. L. (1999). *Pedagogía e historia. La historicidad de la pedagogía. La enseñanza, un objeto de saber*. Bogotá, Siglo del Hombre, Anthropos, Universidad de Antioquia.
- Zuluaga, O. L. (2002). Una epistemología histórica de la pedagogía. Medellín: universidad de Antioquia.

5

RESPONSABILIDAD EXTRATERRITORIAL: ANÁLISIS AL GOCE DE DERECHOS DE LAS COMUNIDADES Y EL ROL DE LOS ESTADOS DE ORIGEN¹

Máximo Vicuña de la Rosa

Abogado de la U. Libre seccional Cúcuta. Conciliador. Especialista en derecho procesal U. Libre. Especialista en docencia Universitaria convenio con la U. Holguín de Cuba, Magister en Educación Universidad Simón Bolívar. Ex-decano del programa de derecho de la U. Libre seccional Cúcuta. Miembro del grupo de investigación Tendencias jurídicas contemporáneas y profesor del Área civil y Consultorio jurídico de la U. Simón Bolívar Sede Cúcuta. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-2343-4915>. Correo electrónico: mvicuna@unisimonbolivar.edu.co.

Bibiana Stherly Quintero Orozco

Abogada en formación, Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Semifinalista del 21st Inter-American Human Rights Moot Court Competition de la Academy on Human Rights and Humanitarian Law, American University Washington College of Law 2016. Fundadora y miembro del Centro de Derechos Humanos e Innovación social CDHIS COL. Correo electrónico: b_quintero1@unisimon.edu.co.

Linda Johana Reyes Moreno

Abogada, Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Semifinalista del 21st Inter-American Human Rights Moot Court Competition de la Academy on Human Rights and Humanitarian Law, American University Washington College of Law 2016. Correo electrónico: lindajoha1993@hotmail.com

Resumen

El presente capítulo de libro es producto de la investigación realizada para la participación en el 21st Inter-American Human Rights Moot Court Competition de la Academy on Human Rights and Humanitarian Law de American University Washington College of Law, cuyo objetivo se centró específicamente, en analizar la responsabilidad extraterritorial de los países origen de las compañías transnacionales mineras en América bajo los parámetros convencionales y jurisprudenciales del sistema interamericano de derechos humanos. El trabajo se realizó tomando como horizonte paradigmático la

¹ Capítulo resultado del trabajo de investigación realizado en el marco del evento 21st Inter-American Human Rights Moot Court Competition de la Academy on Human Rights and Humanitarian Law de American University Washington College of Law. Caso Hipotético: Edmundo Camana y otros, pueblos Pichicha y Orífuna contra el Estado de Santa clara, actuando como representantes del Estado de Santa Clara. Equipo 230 - 2016.

investigación Histórico - Hermenéutica de tipo cualitativo, utilizando como técnica el análisis de contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos, las sentencias de la Corte Interamericana y doctrina. Se determinó como resultado, que, dentro de las obligaciones internacionales, la responsabilidad extraterritorial sigue siendo un desafío para el sistema en materia de políticas extractivas, lo que deja al arbitrio de los países origen de las empresas transnacionales la defensa de los DDHH.

Palabras clave: Derechos humanos, responsabilidad extraterritorial, políticas extractivas, obligaciones internacionales.

Extraterritorial responsibility: analysis of the enjoyment of rights of communities and the role of States of origin

Abstract

The present Chapter of the book is the product of the research carried out for participation in the XXI Inter-American Court of Human Rights Contest of the Human Rights and Humanitarian Law Academy of Washington University, Washington Law School, whose objective is specifically focused on in analysis the extraterritorial responsibility of the countries that originated the transnational mining companies in America under the conventional and jurisprudential parameters of the inter-American human rights system. The work was carried out taking the paradigmatic paradigm of historical research - qualitative hermeneutics, using as a technique the content analysis of the American Convention on Human Rights, the judgments of the Inter-American Court and doctrine. It was determined as a result that, within international obligations, extraterritorial responsibility continues to be a challenge for the system in terms of extractive policies, which leaves the defense of human rights to the origin of transnational corporations.

Keywords: Human Rights, Extraterritorial Responsibility, Extractive Policies, International Obligations.

Introducción

En la actualidad, cada vez la brecha entre los ingresos de los pobres y ricos es mayor, dificultando el acceso a la economía global de personas de baja capacidad de compra, resultado de la falta de interés en esta población por parte de actores del ecosistema económico (Graterol y otros, 2017). La apertura de la economía global, ha traído consigo la internacionalización de compañías mineras en territorios en vía de desarrollo para aumentar los recursos económicos. El Sistema Interamericano de Derechos

Humanos (en adelanteSIDH) ha reforzado las obligaciones trazadas por el derecho internacional público, con el fin, de proteger los bienes jurídicos reconocidos por la convención en pro de los ciudadanos y ciudadanas que habitan los Estados receptores de las compañías trasnacionales mineras. Los megaproyectos mineros (Anaya, 2010. p. 28) en forma directa o indirecta han impactado de manera negativa las comunidades aledañas a los acopios de explotación, con la pérdida de posesión de sus tierras y territorios tradicionales, contaminación ambiental, desplazamiento forzoso, daños permanentes a la cultura, espiritualidad y conocimiento tradicional de los pueblos indígenas.

Para el año 2010, el grupo de trabajo sobre minería y derechos humanos en América Latina analizó las condiciones de los estados receptores que realizan proyectos de impacto negativo de la actividad minera, exaltando entre otros aspectos los (Gtmdhal, 2014)“marcos jurídicos deficientes o recursos judiciales ausentes o poco efectivos que reflejan altos índices de impunidad ante las violaciones de DDHH por parte de las empresas trasnacionales”(p. 56).

El representante especial de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, Ruggie, (2008,) ya había destacado, que el “28% de las denuncias de violaciones de Derechos Humanos en la región latina respondían a temas extractivos” (p.6) lo que en su conjunto atrajo la mirada en los últimos años de los órganos supranacionales para interpretar los instrumentos jurídicos vigentes, abordando la responsabilidad no solo de los estados receptores, si no de los estados de origen.

Existen compañías mineras trasnacionales públicas y mixtas de propiedad de un Estado, siendo estudiada para el caso *sub examine*, la responsabilidad extraterritorial causada por una empresa semiprivada donde el Estado tiene un aporte equivalente al 50% o menos del capital social y a causa de las actividades de explotación minera originadas por el incumplimiento de las obligaciones internacionales origina un daño en territorio de otro Estado distinto al de origen.

Para el panorama actual, (Cerqueira, 2015) “a pesar de los avances alcanzados por el consejo de los Derechos Humanos de la ONU, los debates en el consejo permanente y otros órganos políticos de la Organización de Estados Americanos (OEA), las obligaciones para las empresas de origen aún son muy incipientes”. (p.18) Por ende, en la investigación se analizó los bienes jurídicos más vulnerados, amenazados o inobservados según del informe del GTMDHAL.

Se observó, que los instrumentos reconocen la posibilidad de declarar la responsabilidad después de una amplia interpretación por parte de los organismos internacionales, pero al momento de establecer el nexo causal por las violaciones de derechos humanos, el Estado de origen evade la responsabilidad con los vacíos existentes en el SIDH.

Fundamentación teórica

Responsabilidad extraterritorial a la luz del SIDH

El Artículo 1º convencional, (OEA. CADH. 1969) establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella ya garantizar (Faúndez, 1999) “su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté *sujeta a su jurisdicción*” (p. 214). En principio, para efectos del sistema que hoy nos ocupa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) no puede abocar competencia (Sentencia, Caso Vélez Restrepo y familiares vs Colombia, +fecha: 3/9/12b) para conocer de las reclamaciones formuladas por accionantes de los países receptores por las violaciones que comentan las compañías extranjeras, por la ausencia de uno de los elementos axiológicos de la competencia denominado *Ratione loci*. (párr.30)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en el informe de admisibilidad (No. 12350/01, (párr.21) estableció los presupuestos determinantes de la competencia, (*ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* y *ratione loci*) indispensables para asumir el estudio de un caso determinado, que luego será resuelto por la Corte IDH mediante la sentencia definitiva. En este informe, la Comisión determinó,

que el SIDH tiene competencia *ratione loci* para conocer las peticiones siempre y cuando las violaciones que se alegan hayan tenido lugar dentro del territorio de un Estado parte del tratado superior, involucrando como principal responsable al Estado receptor y no al Estado de origen de las compañías mineras extranjeras.

Posteriormente, la CIDH en el informe de admisibilidad (N°112/10) sostuvo, que asume competencia por *ratione loci* aun si los hechos hayan ocurrido en otro Estado, “cuando los presuntos victimarios han estado sometidos a la autoridad y control de sus agentes” (párr. 98). Bajo esta premisa, las empresas extractivas del sector privado argumentan no asumir responsabilidad por no estar sometidas al control u autoridad directa, lo que para efectos de las denuncias ante el SIDH representa no estar legitimados en la causa por pasiva para comparecer por los hechos que generalmente se les imputa.

Siguiendo esta línea, el vacío jurídico pareciera ampliarse ante la noción de jurisdicción que expone el Artículo 1º convencional. En el citado informe, más adelante, la comisión reconoce que dicho término usualmente se refiere a la “autoridad sobre personas que se encuentran dentro del territorio de un Estado, que, dentro de la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, cada Estado está obligado en consecuencia a respetar los derechos de todas las personas dentro de su territorio y de aquellas presentes en el territorio de otro Estado, pero sujetas al control de sus agentes”(párr. 91).

Aunque el Tribunal Europeo amplía la noción de responsabilidad extraterritorial, poco o nada, se hablado de la acción de las compañías mineras en otros estados, lo que traduce a una mera responsabilidad por las actuaciones que hagan personas naturales o jurídicas, pero en representación de un Estado. En efecto, en la decisión de admisibilidad en el caso Bósforo Hava Yollari Turizm y Ticaret Anonim Sirketi vs Irlanda (Sentencia, fecha; 30/06/05) determinó, que el término jurisdicción no debe vincularse de manera exclusiva al factor territorial donde el Estado ejerce la soberanía teniendo en cuenta la universalidad de los derechos

humanos. En este orden, para que la facultad de administrar justicia de un Estado se active, es necesario que se cumpla con el efectivo control en los siguientes eventos: (i) en una ocupación militar; (ii) por medio del consentimiento del Estado frente a sus agentes y (iii), por invitación o aquiescencia del gobierno.

Aceptada la posibilidad de juzgar y sancionar por hechos que ocurran en el territorio de otro Estado, el verdadero desafío en materia de políticas extractivas es reconocer la responsabilidad del Estado de origen aun cuando las compañías mineras no se encuentren bajo el control efectivo, de manera que las obligaciones generales deben reforzar la posibilidad de involucrar a estos actores. En este sentido, la CIDH, en el caso *Masacre del Pueblo Bello vs Colombia*, sostuvo que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la convención americana, “surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter erga omnes, de respetar y hacer respetar –garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado” (párr. 111).

Tomando entonces, lo planteado por la Corte IDH, la obligación de garantizar y en consecuencia de prevenir el menoscabo de los derechos sustanciales de las personas o comunidades afectadas por las acciones de las compañías mineras transnacionales, obliga a los Estados de origen a tomar medidas positivas para prevenir las violaciones en otros territorios. La atribución de responsabilidad por hechos de terceros involucra entonces, el deber del Estado de origen de investigar las violaciones hechas por el sector privado en cabeza de particulares como una medida de control y vigilancia.

Establece el Artículo 36 de la carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que: Las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales éstos sean Parte y,

además, deben ajustarse a la política de desarrollo de los países receptores.

Bajo estos estándares, las denuncias de las víctimas de los actos lesivos que lleven a cabo las empresas que lesionen los derechos humanos en razón a las actividades de explotación minera deben ser resueltos en el Estado receptor, según el principio de subsidiariedad (Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, párr. 142), buscando la protección ante las autoridades competentes, pues corresponde al Estado receptor ser el principal garante de los DDHH, dirimiendo las controversias que se presentan a nivel interno. Aunque en el SIDH se ha declarado la responsabilidad por actos de terceros, el vacío sigue latente cuando se trata de extraterritorialidad.

Bienes jurídicos amenazados por las compañías extranjeras y la materialización de responsabilidad internacional de los Estados de origen

Teniendo en cuenta que la vinculación de los Estados de origen en la responsabilidad extraterritorial se limita al control efectivo o actuación de las autoridades del Estado imputado y que, además, la carta de la OEA señala como principal garante de derechos al Estado receptor, es necesario identificar desde ciertos bienes jurídicos en concreto, la posible materialización de responsabilidad a partir de una línea evolutiva en la que el derecho se adapta a las necesidades sociales.

En palabras del magistrado García (Caso la Cantuta vs Perú. 2006), el Tribunal Interamericano “debe mantener su capacidad de respuesta para interpretar todas las cuestiones no previstas en la redacción de la CADH desde los propios valores y principios que fundamentan este instrumento”. (párr. 3). En este sentido, se tomó como referencia, el informe presentado GTMDHAL (2014) sobre el impacto negativo de la explotación minera canadiense, por ser el país de origen objeto de estudio y, en el que se destaca, que en el 2012, un 57% de las empresas mineras a nivel global estaban registradas en la Bolsa de Toronto, de las cuales, cerca de la mitad realizaban operaciones fuera de Canadá. De los 4322 proyectos llevados a cabo por esas empresas fuera de Canadá, 1.526

estaban en Latinoamérica, 1.197 en Estados Unidos, 652 en África, 339 en Australia, 313 en Asia y 295 en Europa.

A continuación, se presenta un análisis crítico a la responsabilidad de los Estados de origen por el impacto al goce de los siguientes derechos fundamentales: la vida, condición *sine qua non* de existencia de la persona humana, vulnerado entre otros eventos, por las muertes de líderes sindicales de las compañías mineras u opositores a estos proyectos; integridad física, por la condición de vulnerabilidad que sufren los líderes por las amenazas de grupos armados o por la criminalización de la protesta por agentes del estado receptor; propiedad privada, en ocasión a los desplazamientos forzados y la concesión de licencias mineras en territorios que tradicionalmente le han pertenecido a las comunidades indígenas o tribales; garantías judiciales y protección judicial, por la inoperancia de los Estados de origen ante la posibilidad de activar los órganos judiciales en contra de las empresas mineras.

Metodología

Para abordar el objeto de estudio, metodológicamente se tomó la siguiente ruta: inicialmente se analiza el concepto de la responsabilidad extraterritorial a la luz de los tratados vigentes para los estados miembros del SIDH; luego se describe, a partir de los principales bienes jurídicos amenazados por las compañías extranjeras -según el informe anteriormente mencionado - la materialización de responsabilidad internacional de los Estados de origen, y finalmente, se abordan lineamientos más recientes sobre la responsabilidad extraterritorial y el impacto en el goce de los derechos en el derecho internacional público, para llegar a la conclusión.

Para concluir con la elaboración y presentación del alegato de cierre por parte del equipo participante en el caso hipotético planteado por el concurso², el grupo de investigación tomando como referente los

² Caso hipotético planteado para la realización del 21st Inter-American Human Rights Moot Court Competition de la Academy on Human Rights and Humanitarian Law de American University Washington College of Law; Edmundo Camana y otros, pueblos Pichicha y Orífuna vs Estado de Santa Clara.

estándares que impone el SIDH formuló el siguiente interrogante: ¿De qué manera se puede establecer la responsabilidad extraterritorial en los Estados origen de las compañías privadas transnacionales ante las violaciones de los Derechos Humanos en ocasión a la explotación minera en los Estados receptores?

Resultados y discusión

Impacto en el goce del derecho a la vida (Artículo. 4) e integridad (Artículo. 5) de la CADH

El derecho a la vida, es universalmente reconocido y protegido por ser la principal condición de existencia y garantía para el goce de los demás derechos, indispensables para vivir en condiciones dignas. En este sentido, la CIDH en diferentes providencias ha reconocido el derecho a la vida como un bien jurídico, que juega un papel fundamental para la existencia de los demás derechos y por ende, enseña, que los Estados deben adoptar medidas necesarias para protegerlo (Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay, 2011. párr. 139) “garantizando su libre y pleno ejercicio porque pertenece al dominio del *Jus Cogens* Internacional”.

Por otra parte, es importante resaltar el criterio sobre la integridad personal visto desde la dignidad humana y expuesto por la corte constitucional colombiana (Sentencia, T-123/94) definiéndolo, como el reconocimiento, respeto y promoción que se le debe a todo individuo de la especie humana en su plenitud y desde las tres dimensiones (física, psíquica y moral) como lo plantea el Artículo 5 de CADH. También resulta necesario el fortalecimiento de dimensiones como la educación, la salud, la nutrición y la generación de oportunidades que contribuyan al mejoramiento de su calidad de vida (Zambrano Miranda y Otros, 2014)

Para el caso de las comunidades indígenas o pueblos afrodescendientes – quienes usualmente son los más afectados por las políticas mineras – el convenio 169 (OIT/14), estipula en el Artículo. 2.1 que los Estados deben garantizar el respeto a la integridad de los pueblos.

Así mismo, la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (ONU, 2007) ordena en el Artículo 7.1 que las personas indígenas tienen derecho a la integridad física y mental, lo que refuerza las garantías generales por ser comunidades diferenciadas y de especial protección.

Identificada la protección al derecho a la vida y la integridad personal, para declarar la responsabilidad de un Estado, la CIDH reconoce la violación a este último derecho, cuando se presentan tratos crueles, inhumanos y degradantes; trasladando la carga de la prueba al accionante en cada caso particular (Caso Loayza Tamayo vs. Perú, 1997. párr. 57). En este caso en particular, la vulneración de este derecho se da en ocasión a las personas heridas como consecuencia de la violencia generada por la actividad minera o por las condiciones precarias laborales en las minas. El conocido informe del GTMDHAL (2014) expuso, que, para el caso de Colombia y México, la mayoría de las denuncias se daban por la existencia de (i) acuerdos entre empresas canadienses e integrantes de fuerzas armadas y seguridad (ii) financiación de grupos paramilitares por parte de las empresas y (iii) el apoyo en la constitución de estos grupos en la forma de asociaciones civiles. (p. 30).

Las acciones de campesinos y líderes sociales se ven sin lugar a duda afectadas por la omisión y contexto de violencia de los estados receptores, pero, además, por la esquinencia de las compañías trasnacionales y en consecuencia de los Estado de origen, quienes al momento de recibir denuncias manifiestan que no existen nexos causales suficientes que activen su competencia jurisdiccional. En los casos incluidos en este informe se han denunciado amenazas y hostigamientos graves a quienes se manifiestan en contra de las actividades de las empresas mineras canadienses. “Si bien los asesinatos y heridas graves no se presentan en todos los casos, en un gran número se han producido ataques estratégicos que generan el amedrentamiento de quienes se oponen a las actividades mineras”. (p. 31)

La doctrina ha indicado (O’Donell, 2004) “que la integridad personal

se ve amenazada por los hostigamientos” (p. 71) y en consecuencia, esta acción afecta indudablemente el derecho de las personas a vivir con dignidad, desde luego, que evidenciando elementos de convicción que acrediten el nexo causal entre los hechos denunciados con las conductas ejecutadas y lesivas de este derecho en el Estado de origen, correspondiéndole la obligación de responder por las amenazas de los ciudadanos al Estado receptor, excluyendo de toda culpa a los Estados de origen de las empresas mineras, quienes finalmente son las que generan los actos mencionados.

La violación al derecho a la vida y la integridad física de las personas son los que denotan mayor alarma; al referirse a estas vulneraciones y los nexos con las actividades que desarrollan las empresas transnacionales dedicadas a la explotación minera, la jurisprudencia ha sido clara al establecer responsabilidad internacional en países terceros, siempre que se presenten elementos axiológicos relacionados con la presencia, de una orden concreta; un encargo específico: un control efectivo e instrucciones específicas frente a consecuencia de un hecho, en las cuales el Estado incumpla con sus deberes de diligencia o cuando se trate de riesgos inminentes y cognoscibles como se habló en el acápite anterior. GTMDHAL Dicho de esta manera, los Estados de origen ejercen jurisdicción extraterritorial siempre que los autores materiales de los homicidios, sean personas con las cuales el Estado de origen ejecute órdenes concretas. Por consiguiente, de no cumplirse las condiciones referidas, el fundamento de la responsabilidad alegado por las víctimas y los accionantes ante el SIDH no es objetivo.

Si bien es cierto, que un Estado puede ser responsable de violaciones de derechos cometidos por terceros según el derecho internacional, como lo confirman múltiples sentencias de la corte interamericana de derechos humanos, también lo es, que en el comité de DDHH de la ONU (Comunicación N° 56, 1979) se afirmó, que para la procedencia de esta declaración, es necesario, que se presente el mecanismo de control de una administración local subordinada, como lo estableció el Tribunal Europeo (caso Loizidou vs Turquía, 1995, párr. 62), cuando haya tenido lugar con el

apoyo y tolerancia del poder público, como desaparecidos del palacio de justicia vs Colombia (1998, párr. 91), o, cuando por omisión no se adecúen las medidas legislativas internas para identificar y sancionar al tercero.

En principio, se podría pensar, que para los Estados de origen constituye una carga velar por los derechos de los ciudadanos que no están dentro de su territorio, sin tener conocimiento previo de la situación de riesgo que viven los líderes sociales de los Estados receptores por los conflictos que se dan en ocasión a los proyectos mineros. Sin embargo, el informe ya citado, (GTMDHAL, 2014) destaca que en diversas ocasiones las denuncias que llegan a las embajadas de los Estados de origen no son atendidas y por ende, no se asumen medidas congruentes para prevenir tales actos, teniendo en cuenta, que en el derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones

No prevenir por parte de los Estados de origen la violación de los derechos a la vida e integridad personal de las personas opositores de las políticas extractivas, significa violar la garantía general de prevención. Lo cierto es, que al momento de establecer una defensa técnica por los homicidios y hostigamientos a las comunidades, la determinación o prueba del nexo causal no depende de la presencia de denuncias previas a la comisión de los delitos, sino, de la circunstancia, que el Estado de origen tenga la posibilidad de tomar medidas ya que no puede actuar como un órgano supranacional frente al Estado receptor, es decir, que para activar su jurisdicción se requiere de una acción previa que ponga a las autoridades competentes en conocimiento.

Impacto en el goce del derecho a las garantías judiciales (Artículo. 8) y protección judicial (Artículo. 25) de la CADH

Para empezar, es importante exaltar que la CADH reconoce las garantías judiciales, como el “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de

aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial (OC-9/87, párr. 28), guardando íntima relación con el Artículo. 25 de la misma convención, al señalar la necesidad de un recurso judicial efectivo, inherente al amparo judicial de todo ciudadano frente a presuntas vulneraciones de DDHH (Sentencia, Caso Bulacio Vs. Argentina, 2003a, párr.113).

Las denuncias efectuadas en contra de las empresas trasnacionales y las personas que la representan, poseen una limitante jurídica, porque un Estado de origen no puede actuar como instancia paralela frente al Estado receptor y por ende, debe respetar cabalmente el principio procesal que la Corte IDH ha denominado *ne bis in ídem* (Caso la Cantuta vs Perú. 2006d, p. 9) consagrado en el Artículo 8.4 del Pacto de San José de Costa Rica, que dispone, que nadie podrá ser juzgado dos veces por un mismo hecho o que el inculpado absuelto por una sentencia en firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

En esta dirección, de existir investigaciones en curso en los Estados Receptores, los Estados de origen deben esperar a que tales instancias resuelvan las decisiones impetradas para poder actuar. El apartado III del conocido informe GTMDHAL (2014), resalta, que varios casos demuestran que los Estados donde se realizan los proyectos extractivos no “ofrecen recursos judiciales efectivos, mediante los cuales las comunidades y las personas afectadas de sus derechos puedan obtener declaraciones de responsabilidad, sanciones por las violaciones y daños causados y reparación tanto colectiva como individual”. (p.83)

Ante la ausencia de garantías en los Estados Receptores, el Estado de origen debe iniciar las investigaciones pertinentes en contra de las empresas mineras siempre que se coloque en menoscabo los derechos humanos, tiene en cuenta los lineamientos trazados por la Corte IDH (Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala, 2000, párr. 189) al considerar, que estos derechos se hacen eficaces no solo con los mecanismos procesales, sino valorando todo el sistema jurídico sobre la cual se construye el poder judicial de un Estado. Tomar medidas concretas no vulnera el principio

de no intervención, sino que, por el contrario, garantiza la protección de los derechos en otros países y conforma una política nacional minera acorde a la responsabilidad social y los DDHH.

Impacto en el goce del derecho a la propiedad privada (Artículo. 21) de la CADH

Se ha venido desarrollando por vía doctrinal y jurisprudencial, la proyección del derecho a la propiedad consagrado en el Artículo 21 de la CADH al reconocimiento de la propiedad colectiva o social, tratando de proteger a las comunidades indígenas y el asentamiento territorial, como bien lo expresa la Corte IDH (Caso Pueblo Saramaka vs Surinam, 2008a, párr. 89) cuando afirma, que los atributos de usar y gozar de la tierra no pertenece al fuero exclusivo del individuo sino a toda la comunidad, por ser elemento vital para el desarrollo económico de toda la comunidad y de manera especial de su cultura.

En América latina, la presencia de proyectos mineros a gran escala ha generado, junto a los daños ambientales, la alteración de la organización social de las comunidades y de sus formas de vida (GTMDHAL. 2014. p. 22) por la afectación a su propiedad colectiva. El impacto con más vulneración de derechos se ha dado en aquellos casos en los que existen relaciones entre las compañías transnacionales y grupos al margen de la ley, que por medio del desplazamiento forzado se apoderan de territorios que históricamente pertenecieron a comunidades indígenas o campesinas.

En el caso particular, cuando se pretendan restringir el derecho a la propiedad privada individual o colectiva para que sea viable esta restricción, es indispensable que dentro del derecho interno del Estado se dispense una norma y, que, además, la medida sea estrictamente necesaria, teniendo en cuenta la imperiosa necesidad de satisfacer un interés público imperativo, aunque la explotación minera genere regalías al Estado receptor; que se presente una adecuada proporcionalidad, como medida de ajuste que debe hacer el Estado al logro objetivo de la necesidad manifiesta con el menor daño posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido y, por último, la limitación a la propiedad, debe de realizarse,

con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, entendida, como las medidas compatibles con la convención, ajustadas a objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho de dominio (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, 2005, párr. 145).

Según el concepto generalizado en la dogmática jurídica, son los Estados, los únicos entes encargados de restringir la propiedad privada, y en el caso que nos ocupa, los Estados receptores. En el continente americano, los Estados de origen como Canadá y los Estados Unidos, han tenido alta injerencia en el diseño de esas políticas normativas de los demás países, concediendo a las compañías transnacionales de los Estados de origen dedicadas a la explotación minera, grandes prerrogativas que desde luego perjudican los derechos individuales y colectivos de las personas y comunidades asentadas en las zonas de explotación.

En este orden, siendo la tierra ancestral de las comunidades indígenas necesaria para la preservación y transmisión generacional de su cultura; la Corte IDH, ha indicado que la integridad cultural (CIDH. Declaración, 1997) o identidad cultural de los pueblos indígenas, constituye un derecho fundamental y de naturaleza colectiva, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática, a partir de la debida diligencia de todos los estados. Justo el principio de debida diligencia es el que involucra a los estados de origen a supervisar las políticas empresariales en pro de los derechos de las comunidades en especial protección.

Aunque el informe exponga que en los estados receptores el dominio absoluto sobre los recursos naturales es de propiedad exclusiva de ellos, frente al derecho a la propiedad colectiva de las comunidades diferenciales, este último prevalece por encima de la explotación minera, aun cuando aparentemente se alegue un fin legítimo y la prevalencia de un interés colectivo. Garantizar el derecho a la tierra en el caso de las comunidades indígenas involucra aspectos subjetivos como mantener la cosmovisión y la identidad cultural, lo que, para efectos de los casos analizados, no se

ve reflejado en el desarrollo de la política de responsabilidad social de las compañías transnacionales.

Los estados de origen, deben diseñar políticas que aterricen el impacto social de los mega proyectos mineros que desarrollan sus empresas ante el uso de la tierra por parte de las comunidades campesinas, indígenas o tribales. Materializar la responsabilidad por la vulneración a estos derechos se da si solo si, se comprueba una injerencia directa del Estado de origen con el apoyo directo o indirecto en el desplazamiento forzado sin garantías previas o sin el cumplimiento de las condiciones especiales.

Lineamientos de responsabilidad extraterritorial y el impacto en el goce de los derechos a partir del derecho internacional público

A diferencia de la ONU, el maestro Bravo (2003) estudiando justamente la noción más allá del control efectivo de responsabilidad extraterritorial, destacó, que, en materia del medio ambiente, “la alta Comisionada de las naciones unidas para los derechos humanos reconoció que la dimensión extraterritorial de la vinculación entre estos derechos y el medio ambiente resultaba evidente en la esfera de los daños ambientales transfronterizos” (p.801).

Partiendo de esta posición paradigmática, diferentes relatores del sistema de Naciones Unidas han advertido situaciones concretas, en las cuales, las acciones de ciertos estados impactan de manera negativa los bienes jurídicos de otros estados, como ocurre en países fronterizos con la contaminación al agua o al medio ambiente en general. Estos importantes bienes son precisamente los más afectados por la explotación a gran escala de la minería. No obstante, las condiciones mencionadas por los relatores se cumplen, si ambos Estados (de origen como receptor) colindan geográficamente.

Para el caso de las compañías transnacionales mineras que desarrollan sus acciones en países geográficamente alejados de su estado de origen, en el año 2011, un grupo de 40 personas expertas en derecho

internacional de diferentes regiones del mundo crearon los principios de Maastricht (Consortio ETO, 2003) sobre las obligaciones extraterritoriales de los estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales. Las brechas identificadas incluyen:

La falta de regulación sobre derechos humanos y rendición de cuentas de corporaciones transnacionales (CTN); la ausencia de rendición de cuentas sobre derechos humanos, de organizaciones intergubernamentales (OIG), y particularmente instituciones financieras internacionales (IFI); la inefectiva aplicación de las normas de derechos humanos a normas, políticas y disputas sobre inversión y comercio; la falta de implementación de las obligaciones de proteger y realizar los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el extranjero, entre otras cosas a través de las obligaciones de cooperación y asistencia internacionales. (p. 3)

Los principios fueron diseñados con el objeto de reforzar la universalidad de los derechos y servir como aporte teórico a las instancias supranacionales cuando se dieran casos de responsabilidad extraterritorial, sin embargo, su valor jurídico es netamente doctrinal, lo que representa que no tienen fuerza vinculante para ningún estado y su aplicación parte del principio de voluntad como móvil para obligarse.

Mientras tanto, el SIDH la Comisión interamericana presento a la OEA el informe sobre pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales (L/V/II, 2015, párr. 76) donde interpreta la obligación de ajustar la normativa interna y política pública de los Estados, tanto de origen de las empresas como receptores del proyecto extractivo, con el fin de prevenir, mitigar y reparar las violaciones de derechos humanos, destacando, que: “para reducir la impunidad, las autoridades competentes realicen tareas de diagnóstico que identifiquen las denuncias y procesos existentes contra representantes de empresas, estableciendo listas de compañías que violan los derechos humanos para promover cumplimiento. (párr. 145)

Se dispone entonces que los estados de origen deben diseñar medidas de supervisión y regulación de las actividades que desarrollan

sus compañías mineras además de abstenerse de brindar apoyo a empresas involucradas en violaciones de derechos humanos, ya que como se vio con anterioridad para el caso de Canadá, la mayoría de sus empresas desarrollan actividades en América latina y en 22 casos estudiados por el GTMDHAL las empresas han estado involucradas en violaciones de derechos a comunidades, líderes o el medio ambiente en general.

Por todo lo anterior, se denota que en el panorama internacional el desarrollo de las disposiciones normativas va dirigidas a materializar la posibilidad de declarar la responsabilidad por obligaciones extraterritoriales, superando la teoría clásica de protección de derechos en el territorio directo donde se ejerce soberanía.

Conclusión

Del estudio efectuado a la información recaudada a través de la aplicación de los instrumentos diseñados para el efecto, en busca de la respuesta al interrogante planteado, se obtuvo lo siguiente:

La responsabilidad extraterritorial de los Estados de origen por violación a los derechos humanos causados por las compañías transnacionales privadas en ocasión a la explotación minera en Estados receptores, según los lineamientos del SIDH es poco probable, en razón al respeto de la soberanía de los Estados y la no intervención que trata la misma organización internacional de las Naciones Unidas. No obstante, lo anterior, el último informe presentado por la CIDH sobre pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales, constituye uno de los primeros instrumentos del SIDH que involucra a los Estados de origen en la actuación de las empresas mineras.

En este documento internacional, se reconoce el deber de los Estados de origen de diseñar políticas públicas que controlen y supervisen el rol de sus empresas en otros Estados, así como diseñar planes nacionales de responsabilidad empresarial, en concordancia con el Artículo 1.1 que refuerza la obligación general de "Prevenir" y "Garantizar". Sin

embargo, es importante resaltar, en el panorama internacional el SIDH no ha usado un lenguaje vinculante ni se ha pronunciado de forma directa sobre la responsabilidad extraterritorial de los Estados de origen por las compañías transnacionales.

Como citar este capítulo

Vicuña, M., Quintero Orozco, B., y Reyes Moreno, L. (2018). Responsabilidad extraterritorial: análisis al goce de derechos de las comunidades y el rol de los Estados de origen. En M. Vicuña, y A.J. Aguilar-Barreto. (Ed.), *Nuevas tendencias del derecho en Colombia*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Referencias

- Anaya, J. (2010). Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Recuperado de: <https://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf?view=1>
- Bravo, R. (2003). La responsabilidad internacional de los estados de origen de las industrias extractivas: aproximación a las obligaciones extraterritoriales del derecho a la consulta en el marco del SIDH. AM. U. INT'L L. REV. Reino Unido, abril.
- Cerqueira, D. (2015). La atribución de responsabilidad extraterritorial por actos de particulares en el sistema interamericano: contribuciones al debate sobre empresas y derechos humanos. Aportes DPLF. 20(8), Recuperado en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35399.pdf>
- CIDH. (1997). Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.
- CIDH. (2001). Informe N° 73/01. Caso 12.350. MZ Bolivia. Informe del 10 de octubre.
- CIDH. (2010). Informe No. 112/10. Petición interestatal admisibilidad, Franklin Guillermo Aisalla Molina. Ecuador vs Colombia. Informe del 21 de octubre. Washington, D.C.

-
- CIDH. (2015). Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>
- Colombia. Corte Constitucional. (1994). Sentencia, T-123/94. Ref. Exp.: T-23708. MP.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá.
- Consortio, ETO. (2003). Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales. 28 de septiembre del 2011.
- Corte IDH. (1987). Opinión Consultiva OC-9/87. 6 de octubre.
- Corte IDH. (1994). Opinión Consultiva OC-14/94. 9 de diciembre.
- Corte IDH. (1997). Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia del 17 de septiembre.
- Corte IDH. (2000). Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre. *Supra nota* 117.
- Corte IDH. (2003a). Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia del 18 septiembre.
- Corte IDH. (2005). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay. Sentencia del 17 mayo.
- Corte IDH. (2006d). Caso la Cantuta vs Perú. Sentencia del 29 de noviembre. Párr. 9. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez.
- Corte IDH. (2008a). Caso Pueblo Saramaka vs Surinam. Sentencia del 12 de agosto.
- Corte IDH. (2012). Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia del 30 noviembre.
- Corte IDH. (2012b). Caso Vélez Restrepo y familiares vs Colombia. Sentencia del 3 de septiembre.
- Faúndez Ledezma, H. (1999). El sistema Interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales, editados por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2a. ed. San José, C.R. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/10070.pdf>

- Graterol M. E., Mendoza, M. I., Contreras, J., Graterol, R. & Espinosa, J. F. (Ed.) (2017). La Base de la Pirámide y la Innovación frugal en América Latina. Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia. Obtenido en: https://www.researchgate.net/profile/Sandra_Carrillo_Sierra/publication/330259311_Representaciones_sociales_de_la_funcion_de_la_familia-escuela_en_la_educacion/links/5c360a1da6fdccd6b59efbcc/Representaciones-sociales-de-la-funcion-de-la-familia-escuela-en-la-educacion.pdf
- GTMDHAL. Grupo de trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina. (2014) El impacto de la minería canadiense en América Latina y la Responsabilidad de Canadá. Informe presentado a la Comisión interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: https://www.dplf.org/sites/default/files/informe_canada_completo.pdf
- O'DONNELL, D. (2004). *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1ª ed,
- OEA. (1969). Carta de la organización de los Estados Americanos. IX Conferencia Internacional Americana del 30 de abril.
- OIT. (2014). Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina regional para América Latina y el Caribe, 2014.
- ONU. (1979). Caso Lilián Celiberti de Casariego vs Uruguay. Comité de DDHH. Comunicación N° 56/1979. 17 de julio.
- ONU. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución aprobada por la asamblea general. (A/61/L.67 y Add.1). 13 de September. New York.
- Ruggie, J. (2008). *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. A/HRC/8/5
- TEDH. (1995). Caso Loizidou vs Turquía (Objeciones preliminares).

Sentencia del 23 marzo.

TEDH. (2005). Caso Bósforo Hava Yollari Turizm y Ticaret Anonim Sirketi vs Irlanda. Sentencia del 30 de junio

Zambrano Miranda, M.D.J. Manzano López, D.J.; Flórez Romero, M.; Carvajal Labastida, O.E.; Castro Cáceres, K.; Ramírez López, J.D. & Ramírez Zambrano, J.R. (2014). Oportunidades de inclusión productiva para la población en pobreza extrema y desplazamiento en Cúcuta. Cúcuta: Universidad Libre. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/portal/images/orinet-Oportunidades-inclusion-productiva-para-poblacion-en-pobreza-extrema-desplazamiento-Cucuta.pdf>

6

COLOMBIA Y UNA DE SUS ENCRUCIJADAS: LA DIVERSIDAD SEXUAL¹

María Susana Marlés Herrera

Magister Ciencia Política, Universidad de Los Andes-Bogotá, docente investigadora del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, grupo de investigación Altos Estudios de la Frontera-ALEF. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8967-0021>. Correo electrónico: m.marles01@unisimonbolivar.edu.co

Wilkar Simón Mendoza Chacón

Abogado en formación de la universidad Simón Bolívar, adscrito al Semillero de investigación en derechos humanos y derecho internacional humanitario (SINDEH). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1901-5160>. Correo electrónico: w_mendoza@unisimon.edu.co

Martha Juliana Sánchez Delgado

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar, miembro del semillero de investigación “Derechos Humanos y derecho internacional Humanitario-SINDEH” del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Correo electrónico: m_sanchez8@unisimon.edu.co

Alba Patricia Guerrero Cárdenas

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar, miembro del semillero de investigación “Derechos Humanos y derecho internacional Humanitario-SINDEH” del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8425-9284>. Correo electrónico: a_guerrero5@unisimon.edu.co

Brayan Orlando Rodríguez Velásquez

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar, miembro del semillero de investigación “Derechos Humanos y derecho internacional Humanitario-SINDEH” del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Correo electrónico: b_rodriguez3@unisimon.edu.co

Resumen

El texto a continuación presenta una aproximación al concepto de diversidad, desde lo sexual, teóricos como Foucault dilucidan la sexualidad como un elemento fundamental para moldear el comportamiento de las personas. Retoma constructos que permiten precisar la imperiosa necesidad de ser incluyentes con la población de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI). Lo anterior, inserto en el contexto colombiano, de manera particular con uno de los propósitos del Acuerdo de Paz, firmado entre un grupo insurgente histórico en el país, como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) y el gobierno nacional, a finales del año 2016. Se utilizó la senda metodológica

¹ Capítulo resultado de la investigación titulada “Inclusión de la comunidad LGBTI en la búsqueda de una paz inalterable en Colombia”, adelantada por el semillero de investigación “Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario-SINDEH” del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta.

qualitativa desde el paradigma histórico-hermenéutico; finaliza al entrever la importancia que conlleva la reivindicación de derechos de estas personas, desde el derecho en sentido objetivo.

Palabras clave: diversidad sexual, el derecho objetivo.

Colombia and one of its crossroads: sexual diversity

Abstract

The following text shows an approaching to the diversity concept, in sexual terms, academics like Foucault elucidate sexuality as a fundamental element to mold the behavior of people. It retakes constructs that allow specifying the imperious necessity of being including with the population of Lesbians, Gays, Bisexuals, Transsexuals and Intersexual (LGBTI). The previous stuff, inserted to the Colombian context particularly with one of the purposes of the Peace Agreement, signed between a historic insurgent group of the country, such as the Revolutionary Armed Forces of Colombia-People's Army (FARC-EP), and the national government, when finishing year 2016. It was used the qualitative methodological track, based on the historic-hermeneutic paradigm; it finishes with glimpsing the importance gotten by the vindication of this people rights, through the law in an objective sense.

Keywords: sexual diversity, the objective law.

Introducción

Durante el transcurrir histórico de la humanidad, importantes colectivos sociales actúan para exigir ser parte activa en todos los espacios de interacción sociopolítica, donde sus realidades y particularidades sean visibles, por ende, en procura de un reconocimiento jurídico, equiparándolos como pares de la humanidad, todo ello soportado en el respeto por la diferencia.

Las dinámicas de este universo humano, han sometido a la población de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI) a encarar el rechazo y los prejuicios; solo en los últimos años es cuando se vislumbra el reconocimiento y protección de sus derechos. Más aún, cuando en el caso particular de Colombia, el avance normativo es precario, factible de afirmar que la rama legislativa del poder público ha

sido indolente; de la misma manera la rama ejecutiva, quien no ha emitido políticas públicas efectivas relacionadas con la inclusión de este sector poblacional; por ello la Corte Constitucional, asume el reconocimiento de los mismos, el rescate de la dignidad e igualdad que les acompaña.

Con base en lo anterior, el grupo de trabajo decidió tomar como objeto de estudio esta población de colombianos, a partir de la pregunta problema: ¿Cómo diseñar una serie de estándares para la inclusión de la población LGBTI en la búsqueda de paz en Colombia, teniendo como referentes los marcos jurídicos nacional e internacional?

El proyecto en cuestión, logró varios resultados; el primero de ellos es un artículo de reflexión titulado “legitimidad de la familia, el matrimonio y la adopción LGBTI: normativa internacional y jurisprudencia constitucional colombiana”, el cual desarrolla los derechos alcanzados por esta comunidad desde la jurisprudencia constitucional colombiana, tal como su título expresa; reivindicaciones dadas gracias a las organizaciones nacionales que por más de 20 años desde diversas formas, y en forma reiterada han exigido dicho reconocimiento, en tanto la normativa internacional, acogida en el Bloque de Constitucionalidad del país; este texto, ha sido postulado en una revista científica.

El segundo y tercer producto de la investigación, son capítulos de libro: “los derechos humanos: consideraciones desde la deshumanización y la diversidad” e “inclusión LGBTI en Colombia: reflexión jurídico-social”. El primero de ellos, desarrolló conceptos y realidades del entorno y contexto social, al que pertenece la población, sujeto de investigación, en tanto la observancia de una deshumanización en todos los estratos sociales, que requieren con urgencia una *rehumanización* desde la diversidad sexual, que le es propia al colectivo LGBTI. El segundo, intenta realizar un llamado a sus lectores en constructos que todas las personas emplean en la cotidianidad, tales como género, identidad y orientación sexual, pero, y a pesar de ello, no hay comprensión sustancial del alcance de los mismos, por ello su título lidia con importantes representaciones desde la inclusión y reflexión socio-jurídica, en tanto, este sector poblacional puede

desde el precedente constitucional en Colombia, esgrimir sus derechos, la reivindicación legal de estos y su legitimidad social.

Este capítulo de libro, cierra los resultados del ejercicio investigativo, dada la importancia que conlleva superar el dilema que aún persiste en cuanto a respetar la existencia de una diversidad sexual. Esto, desde lo jurídico, la aplicación del derecho en sentido objetivo, en tanto es la Corte Constitucional, desde la carta política de 1991, quien, desde su jurisprudencia, reconoce derechos que le son propios a cualquier ciudadano colombiano, sin que medie exclusión alguna por la orientación e identidad sexual, encaminados los esfuerzos a la procura de una paz social, en términos de igualdad y dignidad.

Fundamentación teórica

Diversidad sexual

Los seres humanos se movilizan y entremezclan sus diferencias, en una mixtura inagotable de formas de concebir la realidad humana. En este orden de ideas, la sexualidad ingresa al contexto social, no como una característica propia de los seres humanos, sino como una anomalía que debe ser regulada. Somete este paradigma que cada persona conciba su sexualidad, su libertad sexual, con base en modelos transgresores a lo natural. Por ello es necesario que la realidad sea reconstruida desde la inclusión, consolide nuevas formas de relación, logre transformar concepciones inherentes a la diversidad de las personas, porque (Foucault, 1982), “la sexualidad forma parte de nuestro comportamiento, es un elemento más de nuestra libertad. La sexualidad es obra nuestra – es una creación personal y no la revelación de aspectos secretos de nuestro deseo-“. (p.1)

Es cuando la orientación sexual es resultado de las particularidades de cada individuo, del reconocimiento de sí mismo, quien adquiere independencia frente al imaginario acostumbrado, mal llamado “normal/natural”, cuando la persona descoloniza su sexualidad y afirma el señorío de sí mismo, cuando su identidad sexual no es trastocada por juicios que

lo amedrentan y someten.

Igualmente, Foucault en la misma obra afirma: “Existe un único lugar de sexualidad reconocida, utilitaria y fecunda: la alcoba de los padres. El resto no tiene más que esfumarse; la conveniencia de las actitudes esquivo los cuerpos, la decencia de las palabras blanquea los discursos” (p. 9). Cuando la sexualidad se subordina a la procreación, determina un abismo entre procreación y deseo sexual; soporta el fundamento de dogmas absolutistas que decretan el sexo solo para la reproducción de la especie, por ende, el deseo erótico es envilecido.

En aquel sentido, Foucault (1998) señala los escenarios, donde lo sexual se libera y, el ser humano es autónomo ante el deseo físico reprimido:

El burdel y el manicomio serán esos lugares de tolerancia (...) Únicamente allí el sexo salvaje tendría derecho a formas de lo real, pero fuertemente insularizadas, y a tipos de discursos clandestinos, circunscritos, cifrados. En todos los demás lugares el puritanismo moderno habría impuesto su triple decreto de prohibición, inexistencia y mutismo. (p. 10)

Surge una pregunta a tener en cuenta ¿solo en la clandestinidad, con base en lo expuesto, es que la población LGBTI puede ser libre en términos de su sexualidad? Escenario complejo, porque el hablar en forma abierta del tema, exteriorizar afecto/atracción sexual en público, reconocer en forma abierta su orientación e identidad sexual, un significativo segmento de la sociedad los podrían catalogar como anormales, perversos, “pecadores/transgresores” de lo normal/natural.

Más aún cuando el sistema educativo nacional, de la mano de un marco normativo y jurídico colombiano, en cambio de ser los mecanismos estructurales a quienes corresponde el rol imprescindible de ser el camino expedito para avanzar en la comprensión de sí mismos y de los otros, al reconocimiento formal de la diversidad existente, tan solo son un medio para “normalizar” a quienes son diferentes, dispares, a “superar” y “olvidar” quiénes o qué son.

Metodología

El contexto colombiano, exige a la academia, el desarrollo de investigaciones histórico – hermenéuticas de tipo cualitativo, como la que nos ocupa, conforme lo dicho por Delgado, (2010, p.3) se estudian acontecimientos que han presentado durante varias décadas hechos violatorios de los derechos fundamentales constitucionales de las personas miembros de la población LGBTI, desde raíces económicas, sociales y políticas, para reconstruir y buscar la explicación del suceso histórico desde las fuentes escritas. Su aporte al estudio es por tanto la articulación, de las dimensiones socio-política, y contextual; este capítulo, y la metodología aplicada en él, permitió familiarizarse con ciertos fenómenos o indicios desencadenantes del problema a investigar, aunque relativamente conocidos (la paz y el derecho en sentido objetivo). El uso de la hermenéutica, brindó la comprensión del problema de investigación, desde un horizonte particular como lo es la diversidad, propia del ser humano.

Resultados

Inclusión y paz en el derecho objetivo en Colombia hoy

En este momento cabe traer a colación, una reflexión del doctor Vicenc Fisas (1998) “la urgencia de que los pueblos dominantes terminen con su arrogancia y lleven a cabo un “desarme cultural”, aceptando el hecho de la multiculturalidad y la riqueza de la diversidad humana” (p. 21).

La humanidad en el transcurrir del tiempo, evidencia profundos cambios en aspectos de organización social, cultura, ideologías, aunadas a la desigualdad e inequidad, lumbre de guerras fratricidas en las cuales millones de seres humanos han perdido su vida.

Colombia, no ha estado exenta de este trasegar, para tocar tan solo un aspecto-causa del conflicto armado que hoy pervive en el país, es necesario traer a cuento la exclusión socio-política. En las últimas seis

décadas, intereses yuxtapuestos de hegemonías económicas nacionales e internacionales, han alimentado la violencia como instrumento de sometimiento a lo largo y ancho del territorio colombiano. Los ciudadanos en general, es posible afirmar, todos son víctimas directas e indirectas, de un estado ausente², de una ingobernabilidad³ campante. En el caso de la población LGBTI, éstos manifiestan una doble victimización, por un lado, la violencia armada, que es la misma para todos; por otro, una irracionalidad imperceptible, que afecta su dignidad y es inexistente para la mayoría de los pobladores.

Lo explica Lemaitre (2009): “la violencia discriminatoria se ejerce contra las personas que se consideran parte de la sociedad, pero en un lugar subordinado; el fin de esta violencia, tanto instrumental como simbólico, es mantener la subordinación” (p. 87). De acuerdo a ella, la violencia por exclusión pretende proscribir del cuerpo social elementos que no son aceptados, se exagera entonces, cuando trata de la población LGBTI:

Como bien lo expresa el informe de derechos humanos de personas LGBT (2017), resultado de la coalición de las organizaciones de Colombia Diversa y Caribe Afirmativo, es importante reconocer los esfuerzos que ha realizado “la Fiscalía General de la Nación para luchar contra la impunidad que caracteriza las violaciones a los derechos humanos hacia las personas LGBT, no obstante, en varios informes anuales se ha denunciado que, a pesar de este empeño, los casos no avanzan hacia su esclarecimiento” (p. 82).

En tanto, la lista de violaciones de derechos humanos, al parecer no disminuyen, al contrario, persiste un panorama de discriminación, asesinatos, torturas, persecución, violaciones y miedo. De acuerdo a Maya (2016) “las luchas políticas de los sectores sociales agrupados con

² Aquellos donde la corrupción ha permeando estratos de la sociedad, donde el poder público no puede garantizar los derechos a su población: seguridad, educación, salud, oportunidades económicas, un sistema judicial ineficiente, una mínima infraestructura elemental, entre otros.

³ Desarrollo desigual, violación generalizada de los derechos humanos, ascenso de una elite excluyente e intolerante, criminalización y deslegitimización del Estado.

el acrónimo LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales/transgénero) ciertamente siguen siendo un tema de debate contemporáneo” (p.5). Lo cual sustenta aún más la exigencia de igualdad a la hora de la seguridad jurídica, lo que se viene gestando en varios países de América Latina, desde hace aproximadamente cinco décadas.

Por ello, la inclusión de estos en el contexto de negociación de la paz en Colombia con las denominadas FARC-EP, posible, por los acercamientos directos con la comunidad internacional relacionada con derechos humanos, donde el gobierno nacional inicia la revisión de un espacio normativo y de reconocimiento de derechos para todos los sectores sociales del país, en aras de un desarrollo social sostenible, igualmente, Retomando a Fisas (2016):

La firma de un cese de hostilidades y la posterior firma de un acuerdo de paz no es más que el inicio del verdadero «proceso de paz», vinculado a una etapa denominada «rehabilitación posbélica», siempre difícil, pero que es donde verdaderamente se tomarán las decisiones y se realizarán las políticas que, si tienen éxito, lograrán la superación de las otras violencias (estructurales y culturales) que luego permitirán hablar con propiedad del «logro de la paz» (p. 16).

Colombia hoy, para generar las vías de un proceso de paz necesita la voluntad política y la fuerza de un pueblo que exija esos cambios. Sinceridad y compromiso deberían primar en la implementación de lo acordado en 2016, más cuando en un país polarizado sobre la disyuntiva paz versus justicia - o reconciliación versus seguridad -, hay temas prioritarios que las instituciones no han considerado con la eficacia deseable. Más aún, y en procura de la inserción que tanto necesitan importantes colectivos sociales, como lo es este, el Acuerdo de Paz con las FARC (2016), desde el preámbulo, fue enunciada la “especial atención a los derechos fundamentales de la población LGBTI. (p. 3)

Tal es así que la Corporación Caribe Afirmativo en su Cuadernillo Afirmativo #2-Laboratorio de Paz, expresa:

Partiendo de esta base, resulta imprescindible que las funcionarias y

funcionarios públicos fortalezcan el ejercicio de su labor como garantes del respeto de lo convenido durante todo el proceso de implementación del Acuerdo de Paz y, en ese sentido, promuevan la aplicación transversal y efectiva del enfoque de género para las personas LGBTI, de tal manera que éstas puedan participar de manera activa y en condiciones de igualdad y seguridad en el proceso de construcción de paz (p. 5).

Lo anterior se enuncia en la medida que el Congreso y el Gobierno nacional, no han estado a la altura de estos requerimientos: el primero, en redactar o modificar leyes en aspectos cruciales como el reconocimiento de derechos con equidad; el segundo, al no implementar políticas públicas que generen efectivo desarrollo humano con dignidad, para la totalidad del pueblo colombiano.

Por ello, hoy, en el país, es posible afirmar que con base en las sentencias proferidas por la Corte Constitucional hay cambio y transformación: Afirma Lemaitre (2009) que:

García y Uprimny hicieron un estudio empírico preliminar del impacto de las decisiones de la Corte en activistas por los derechos de los homosexuales, y llegaron a la conclusión que las sentencias generaron organización y activismo legal, incluso fortalecieron la identidad y el respeto por sí mismos en la comunidad gay. Esto no solo fue así, sino que dio base a la creación misma de las organizaciones, y a su movilización en el congreso en búsqueda de una ampliación de la protección de los homosexuales en cuanto a individuos, a los homosexuales en cuanto a parejas. (p.83)

Acciones que ofrecen reconocimiento de garantías constitucionales en diversos aspectos, como los derechos en el campo educativo, pensional, laboral, social, político. Cabe resaltar lo reconocido en relación con el carácter patrimonial en tanto el reconocimiento de la unión marital de hecho entre parejas homosexuales que hiciera la Corte Constitucional mediante la Sentencia (C-075/07) cuando sostuvo, que dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan ‘coexistir las más diversas formas de vida humana.

No obstante lo anterior y pese a los múltiples pronunciamientos en los que la Corte ha actuado para prevenir o reparar eventos de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas, se colige de la línea jurisprudencial, que si bien, del ordenamiento constitucional se desprende una prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual, la efectividad de tal postulado, aunque se aprecia en la protección de los individuos, no se ha manifestado en el ámbito de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, las cuales carecen de reconocimiento jurídico. De este modo, el ordenamiento jurídico reconoce los derechos que como individuos tienen las personas homosexuales, pero, al mismo tiempo las priva de instrumentos que les permitan desarrollarse plenamente como pareja, ámbito imprescindible para la realización personal, no solo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida.

Por tanto, discurrir en torno a la inclusión, es considerarla como aquella percepción hacia lo diferente, basada en aprovechamiento y valoración de las diversidades interpersonales de todo miembro de la sociedad, por ejemplo, en el ámbito formativo la Organización Educativa, Científica y Cultural de las Naciones Unidas (UNESCO, 2005) define la inclusión como “un enfoque dinámico que consiste en responder positivamente a la diversidad y en concebir las diferencias individuales no como problemas, sino como oportunidades para enriquecer el aprendizaje”⁴(p. 12).

Cita frecuente en textos que tratan esta temática, diseñada como enfoque estructural para tratar la exclusión de personas con diversidad funcional en los sistemas educativos, sin embargo, extendido, para aplicarse a todas las áreas y formas de diversidad. Este, busca la realización de cambios en la estructura de toda una sociedad, eliminando cualquier forma de inequidad entre los sujetos que a ella pertenecen, significa, la superación de paradigmas sociales y el replanteamiento de actitudes

⁴ Text original: “a dynamic approach of responding positively to pupil diversity and of seeing individual differences not as problems, but as opportunities for enriching learning” (Traducian de los authors).

colectivas hacia la pluralidad social, cuyo origen tiene lugar, a la coacción estatal visible en prescripciones jurídicas cuyo cumplimiento se asegura, por las sanciones establecidas en su propio contenido.

Para finalizar, cabe dialogar el reconocimiento de los derechos, desde el sentido objetivo (Solano, 2016), mediante el mandato normativo e incluso natural, interpretando el iusnaturalismo como aquella corriente del pensamiento jurídico que afirma la existencia de una dualidad en el derecho, partiendo de la estructura y finalidad de su contenido, a saber: el derecho positivo y el derecho natural, subordinando el derecho positivo al derecho natural y, por ende, la superioridad del segundo respecto del primero. (p. 58-67)

Con base en la anterior postura jurídica, es posible el siguiente razonamiento: si la convivencia social pacífica es la razón de ser de los sistemas jurídicos, y para que haya una relación intersubjetiva de paz entre los individuos de una misma sociedad, es necesario que los derechos de todos sean respetados, lo cual implica tener en cuenta las diferencias y necesidades particulares de estos, entonces, es posible y válido considerar la inclusión como uno de los componentes necesarios para cumplir el fin general del derecho. Sin un trato equitativo a las personas que componen un gran grupo llamado sociedad, la armonía es imposible, he aquí la innegable importancia de la inclusión.

Es en este punto donde el derecho en sentido objetivo, debe propender por la seguridad jurídica, por la garantía de los derechos humanos, como mecanismo legítimo de reconocimiento de la diversidad ciudadana, en procura de una convivencia armónica y en paz.

Discusión

Los logros obtenidos en el trabajo investigativo se evidencian con la determinación de dos momentos históricos: en primera instancia, por discriminación y repudio social a los miembros de la comunidad LGBTI y la ausencia de normas dentro del ordenamiento hasta la vigencia de

la constitución política de 1991 (Asamblea Nacional Constituyente y la nueva Constitución Política de 1991) y, en un segundo lugar, por el reconocimiento gradual y paulatino que ha venido concediendo la línea jurisprudencial que al respecto trazó la Corte Constitucional Colombiana a partir de la Sentencia Hito (T-594/93) que marcó el inicio del restablecimiento de los derechos de esta comunidad excluida. La misma versó sobre la protección al derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, de un miembro de la población LGBTI, quien demandaba el cambio de nombre.

En efecto, existiendo abundante precedente constitucional, aún persisten las tendencias excluyentes. La Corte Constitucional ha emitido 107 providencias (21 constitucionales, 79 tutelas, 5 sentencias unificadoras y 2 autos), reconociendo derechos para estas personas, aun así, el Congreso no ha cumplido con lo indicado por esta alta corte, por tanto, hay omisión legislativa, esto no permite cumplir con el máximo fin del Estado, como lo es “servir a la Comunidad” (Artículo 2 superior).

Es por ello, que se reitera un llamado de atención a los derechos que le asisten a todas las personas, por el hecho de serlo, teniendo en cuenta que representaciones como “violencia por prejuicio” o “crimen por prejuicio”, exclusión de la diversidad sexual, desconocimiento de sus derechos, ignorancia del significado de constructos sociales, propenden por incrementar las violaciones de derechos humanos de sectores sociales como los LGBTI.

Conclusiones

La diversidad sexual es un elemento implícito en el devenir de la humanidad, reflejado en las diferentes culturas desde la antigüedad, ejemplo de ello los griegos, donde el cuestionamiento no era ser homosexual, lo objetado era, ser el pasivo de la relación dado que hacía alusión a inferioridad.

La mayor parte de las concepciones sobre el desarrollo de la

sexualidad son consideradas un sometimiento de juicios en donde, el que adquiere y legitima mecanismos de sumisión, es el que tiene la verdad, de esta forma no puede existir argumentación distinta, por fuera de este límite. Los dogmas, como verdades absolutas, encadenan a la sociedad a un letargo que la confronta en su cotidianidad, en un abismo de incertidumbre y caos, las decisiones tomadas por los individuos que en ella perviven, solo son legítimos, al seguir el camino que la colectividad establezca.

Además, Colombia, durante décadas de violencia ha vivido un régimen de agresión, contra todo aquello que no se enmarque en lo establecido, más aun, cuando existe el imperio de las armas; la recién desmovilizada FARC, son una potestad yuxtapuesta en los territorios, por ello el acuerdo de paz firmado con este grupo armado, bosqueja la urgente necesidad de reconocer a la población LGBTI, en términos de reparación y restauración de derechos civiles y políticos. Ello desde las cualidades del enfoque diferencial⁵ y la futura jurisdicción de paz colombiana.

Por ello es necesario que el Estado, la sociedad en general, refuerce la prevención de las violencias contra estas personas, sea posible generar condiciones de seguridad para el ejercicio de sus derechos, permitiendo que, sin exclusión, haya un trabajo mancomunado en la construcción de la paz, con la participación efectiva de todos los ciudadanos y ciudadanas del país.

⁵ Según la oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el enfoque diferencial tiene un doble significado: por un lado, es un método de análisis y también una guía para la acción. En el primer caso, emplea una lectura de la realidad que pretende hacer visibles las formas de discriminación contra aquellos grupos considerados diferentes por una mayoría o por un grupo hegemónico. En el segundo caso, toma en cuenta dicho análisis para brindar adecuada atención y protección a los derechos de la población. Por lo tanto, el enfoque diferencial resulta fundamental y relevante en el país, en la medida que debe convertirse en una herramienta que se articule tanto en el ámbito público, como en el privado, para velar por el bienestar y el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos. El enfoque diferencial asume que las afectaciones o vulneraciones de esos derechos, tienen un impacto diferente –requieren diferentes formas de prevención y atención– acorde con las características particulares de cada persona y/o colectivo social.

Como citar este capítulo

Marlés Herrera, M., Mendoza Chacón, W., y Sánchez Delgado, M. (2018). Colombia y una de sus encrucijadas: la diversidad sexual. En M. Vicuña, y A.J. Aguilar-Barreto. (Ed.), *Nuevas tendencias del derecho en Colombia*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Referencias

- Colombia Diversa - Caribe Afirmativo. (2018). La Discriminación, una guerra que no termina. Informe de Derechos Humanos de Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans. Colombia 2017. AltaVoz Editores. Bogotá. Recuperado de: http://caribeafirmativo.lgbt/wp-content/uploads/2018/07/A-0450_OS_baja-Informe-DDH.pdf
- Colombia. Asamblea Nacional constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia de 1991.
- Colombia. Corte Constitucional. (1993). Sentencia, T594/93. Ref.: Exp.: T-22442. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2007). Sentencia, C-075/07. Ref.: Exp.: D-6362. M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá.
- Corporación Caribe Afirmativo. (2017). Cuadernillo Afirmativo #2. Laboratorio de Paz. Personas LGBTI Constructoras de Paz. Recuperado de: http://caribeafirmativo.lgbt/wp-content/uploads/2018/03/A-0139_OS_Documento-LGBTI-y-PAZ.pdf
- Delgado García, G. (2010). Conceptos y metodología de la investigación histórica. *Revista Cubana de Salud Pública*. 2010; 36(1)9-18. Recuperado de: <https://scielosp.org/pdf/rcsp/v36n1/spu03110.pdf>
- Fisas, V. (1998). *Una Cultura de Paz*. Barcelona, Editorial Icaria.
- Fisas, V. (2016). *Anuario de procesos de paz 2016*. Universidad Autónoma de Barcelona. Escola de Cultura de Pau. Editorial Icaria.
- Foucault, M. (1982). *An Interview: Sex, Power and the Politics of Identity*, entrevista con B. Gallagher y A. Wilson, Toronto, Junio 1982, The

Advocate, nº 400, 7 de Agosto de 1984.

Foucault, M. (1998). *Historia de la sexualidad I La voluntad del saber*, Ed. 25. 1998. Madrid, España: Siglo veintiuno de España editores, S.A.

Lemaitre, J. (2009). *El amor en tiempos del cólera: derechos LGBT en Colombia*. Revista internacional de derechos humanos. 2009; 6 (1): 79 – 97.

Maya, L. (2016). La otra cara de la exclusión: las víctimas LGBT del conflicto armado colombiano. Universidad del Rosario. 2016. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá D.C

Mesa de Conversaciones. Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (2017). Acuerdo final para la terminación del conflicto. La construcción de una paz estable y duradera. Bogotá. Recuperado de: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-yconversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. UNESCO. (2005). *Guidelines for Inclusion: Ensuring Access for All*. 2005. Paris, Francia.

Solano, H. (2016). *Introducción al estudio del derecho*. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.



Este libro fue editado y publicado
en formato digital en el mes de diciembre del 2018.
Barranquilla-Colombia.

A partir de la dinámica jurídica colombiana, derivada de los ajustes generacionales y sociales que trae consigo la postmodernidad, se exige del Derecho la comprensión de la realidad para aportar soluciones concretas, ajustadas al precedente constitucional vinculante que garanticen el establecimiento de un orden justo y una seguridad jurídica. El pensamiento jurídico-filosófico impone el reto en el jurista en desarrollar su capacidad de pensar correctamente, en procura de saciar el interés de la justicia y del derecho, eliminando confusiones, detectando ambigüedades, explicitando alternativas y construyendo respuestas a los conflictos que se le ponen de presente.

Este texto ofrece resultados de investigaciones de corte jurídico que desde las corrientes filosófico-jurídicas que han inspirado el sistema colombiano, el impacto de implementación TIC en los procesos de aprendizaje, los cambios del modelo político-jurídico colombiano, el impacto que frente al derecho de propiedad de terceros adquirentes de buena fe ha tenido la Ley de Restitución de Tierras, de la responsabilidad extraterritorial de los Estados de origen de las compañías trasnacionales mineras, de la evolución del reconocimiento de derechos a la comunidad LGBTI.