

Editores

Andrea Johana Aguilar Barreto
Yurley Karime Hernández Peña

La Investigación Sociojurídica:

Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales
para el derecho

La Investigación

Sociojurídica:

Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales
para el derecho

Editores

Andrea Johana Aguilar Barreto
Yurley Karime Hernández Peña

La Investigación Sociojurídica:

Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales
para el derecho

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

BARRANQUILLA Y CÚCUTA - COLOMBIA

Editores

Andrea Johana Aguilar Barreto
Yurley Karime Hernández Peña

Autores

Andrea Johana Aguilar Barreto
Candy Selene Barbosa Monsalve
Clara Paola Aguilar Barreto
Claudia Eufemia Parra Meaurio
Dora Lisbeth Gómez Rodríguez
Frank Yurlian Olivares Torres
Hernán Darío Villamizar Silva
Jaime Enrique Anavitarte Manrique
Johan Andrés Estupiñan
José Joan Garavito Patiño
Kevin Leonardo Ruiz Rodríguez
Leonardo Yotuhel Díaz Guecha
Luis Daniel Trejos Teherán
Luis Fernando Ortega Gélves
Marcela Leonor Flórez Romero
Marcos Rodrigo Cerda Carrasco
María Susana Marlés Herrera
Mateo Piza Chaustre
Mauricio Rafael Pernía Reyes
Oscar Eduardo Sánchez Rodríguez
Pablo José Pérez Herrera
Rafael Pulido Morales
Samuel Leonardo López Vargas
Sandra Bonnie Flórez Hernández
Walter Alejandro Vivas Téllez
Wilkar Simón Mendoza Chacón



EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL ACREDITA
INSTITUCIONALMENTE A LA UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

Resolución 23095, del 15 de diciembre de 2016

La investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho

Editores

© Andrea Johana Aguilar Barreto
© Yurley Karime Hernández Peña

Autores

© Andrea Johana Aguilar Barreto
© Candy Selene Barbosa Monsalve
© Clara Paola Aguilar Barreto
© Claudia Eufemia Parra Meaury
© Dora Lisbeth Gómez Rodríguez
© Frank Yurlian Olivares Torres
© Hernán Darío Villamizar Silva
© Jaime Enrique Anavitarte Manrique
© Johan Andrés Estupiñán
© José Joan Garavito Patiño
© Kevin Leonardo Ruiz Rodríguez
© Leonardo Yotuhel Díaz Guecha
© Luis Daniel Trejos Teherán
© Luis Fernando Ortega Gélves
© Marcela Leonor Flórez Romero
© Marcos Rodrigo Cerda Carrasco
© María Susana Marlés Herrera
© Mateo Piza Chaustre
© Mauricio Rafael Pernía Reyes
© Oscar Eduardo Sánchez Rodríguez
© Pablo José Pérez Herrera
© Rafael Pulido Morales
© Samuel Leonardo López Vargas
© Sandra Bonnie Flórez Hernández
© Walter Alejandro Vivas Téllez
© Wilkar Simón Mendoza Chacón

La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho / editores Andrea Johana Aguilar Barreto, Yurley Karime Hernández Peña [y otros 26] -- Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018.

190 páginas; figuras, cuadros; 16 x 24 cm

ISBN: 978-958-5430-79-2

1. Derecho 2. Investigación Sociojurídica 3. Aspectos sociales para el Derecho I. Aguilar Barreto, Andrea Johana editor-autor II. Hernández Peña, Yurley Karime editor-autor III. Aguilar Barreto, Andrea Johana IV. Barbosa Monsalve, Candy Selene V. Aguilar Barreto, Clara Paola VI. Parra Meaury, Claudia Eufemia VII. Gómez Rodríguez, Dora Lisbeth VIII. Olivares Torres, Frank Yurlian IX. Villamizar Silva, Hernán Darío X. Anavitarte Manrique, Jaime Enrique XI. Estupiñán, Johan Andrés XII. Garavito Patiño, José Joan XIII. Ruiz Rodríguez, Kevin Leonardo XIV. Díaz Guecha, Leonardo Yotuhel XV. Trejos Teherán, Luis Daniel XVI. Ortega Gélves, Luis Fernando XVII. Flórez Romero, Marcela Leonor XVIII. Cerda Carrasco, Marcos Rodrigo XIX. Marlés Herrera, María Susana XX. Piza Chaustre, Mateo XXI. Pernía Reyes, Mauricio Rafael XXII. Sánchez Rodríguez, Oscar Eduardo XXIII. Pérez Herrera, Pablo José XXIV. Pulido Morales, Rafael XXV. López Vargas, Samuel Leonardo XXVI. Flórez Hernández, Sandra Bonnie XXVII. Vivas Téllez, Walter Alejandro XXVIII. Mendoza Chacón, Wilkar Simón XXIX. Tit.

340 2018 Sistema de Clasificación Decimal Dewey 21ª edición

Universidad Simón Bolívar – Sistema de Bibliotecas

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Simón Bolívar, Colombia

Grupo de investigación:

Altos Estudios de Frontera (ALEF), Universidad Simón Bolívar, Colombia
Educación y Ciencias Sociales y Humanas, Universidad Simón Bolívar, Colombia
Ingeobiotaribe, Universidad Simón Bolívar, Colombia
Gestión de la Innovación y el Emprendimiento, Universidad Simón Bolívar, Colombia

ISBN: 978-958-5430-79-2

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

Agosto del 2018

Barranquilla

Made in Colombia

Como citar el libro

APA

Aguilar Barreto, A.J., Barbosa Monsalve, C.S., Aguilar Barreto, C.P.,... Mendoza Chacón, W.S. (2018). *La investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

VANCOUVER

Aguilar Barreto, A.J., Barbosa Monsalve, C.S., Aguilar Barreto, C.P.,... Mendoza Chacón, W.S. *La investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar; 2018. p189.

HARVARD

Aguilar Barreto, Andrea Johana, Candy Selene Barbosa Monsalve, Clara Paola Aguilar Barreto, ... Wilkar Simón Mendoza Chacón. 2018. *La investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Chicago:

Aguilar Barreto, Andrea Johana, Candy Selene Barbosa Monsalve, Clara Paola Aguilar Barreto, ... Wilkar Simón Mendoza Chacón. *La investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2008.

Tabla de contenido

Prólogo.....	8
Presentación.....	9
Introducción.....	11
Capítulo 1. Formación profesional del abogado: Un marco de comprensión desde los lineamientos educativos.....	13
Capítulo 2. La imputación normativa en la responsabilidad civil: estudio de caso Guillermo Pulgarin Sossa y otros contra inversiones médicas y la clínica las Vegas Coomeva.....	40
Capítulo 3. Autogestión e individualismo: nuevas representaciones de lo no-vivido como deseo social migratorio.....	54
Capítulo 4. Diversidad reflexiva en torno a la frontera colombo venezolana: un análisis del presente.....	65
Capítulo 5. Tercerización laboral en los contratistas instaladores de redes, a la luz de la recomendación 198 de la OIT, caso de estudio: Claro Colombia en Cúcuta, NS.....	81
Capítulo 6. Fijación de cuotas alimentarias a niños, niñas y adolescentes en las comisarías de Familia.....	105
Capítulo 7. Fortalecimiento de la responsabilidad social universitaria: desde la concertación de espacios dialógicos en la región fronteriza de Norte de Santander.....	133
Capítulo 8. La corte Interamericana de Derecho y aplicación de justicia transicional: Un estudio de caso.....	154

Prólogo

Es grato poder presentar a la comunidad académica y científica una obra de con notada calidad, y más aún, cuando ésta es el producto de arduo esfuerzo y luchas investigativas en el marco de los procesos de formación estudiantil. Aprecio todo el trabajo realizado, proponiendo explicar de manera sencilla cada una de las disciplinas y la responsabilidad implícita en cada uno de los capítulos aquí elaborados, donde se evidencian acontecimientos complejos, pero que permiten al lector comprender y convertirse en multiplicador de la generación de nuevo conocimiento.

Sus autores construyen y entregan con todo rigor los capítulos seccionados en los principales tipos de investigación, la obra consta de 5 libros los cuales se estructuran así: investigación jurídica, socio jurídica, social, educativa y de operaciones.

En esta ocasión, la obra a continuación reúne los resultados de ocho ejercicios investigativos desde la disciplina socio jurídica, realizando una maravillosa articulación entre el derecho y el trabajo social, dando cuenta de la necesidad de trabajar con otros programas, lo cual permite conocer escenarios de cada uno y aportar de manera solidaria a la generación de nuevos estudios, sobre todo cuando muchos de ellos están encaminados a la comprensión de las dinámicas sociales en el contexto del posconflicto.

Agradezco la oportunidad que se me otorga para compartir con los lectores, la riqueza de tanta información valiosa desde la diferentes disciplinas aquí propuestas, sobre todo cuando son el resultado de un escenario común y amigable como el de la investigación; escenario capaz de generar maravillosas amistades desde espacios antagónicos.

Mercede Illera Lobo

Magíster en educación, Esp. Derecho de familia, Abogada, Universidad libre seccional Cúcuta. Investigadora del grupo de investigación prospectiva y desarrollo humano de la Universidad Libre seccional Cúcuta. Docente universitaria. Correo electrónico: mercedes.illera@unilibre.edu.co

Presentación

Este libro es producto de la presentación de resultados de múltiples y diversos proyectos de investigación en el marco del proceso formativo de investigación en la Universidad Simón Bolívar que va desde: el currículo de pregrado a posgrados, los semilleros y jóvenes investigadores. En este se busca hacer un acercamiento a los objetos de estudio de los investigadores (estudiantes, docentes investigadores) estos mismos dan respuesta a campo específicos de conocimiento a su vez a líneas de investigación, como producción de nuevo conocimiento en el desarrollo formativo.

Entendido que la investigación formativa en las universidades colombianas normalizada por “la Ley 30 de 1992 estipula que la educación superior debe capacitar para cumplir funciones investigativas, y el Consejo Nacional de Acreditación considera que la formación para la investigación, constituye una característica de calidad determinante en la consolidación de un proyecto de formación, ya sea de pregrado, o de posgrado”. En este sentido las universidades desde la política nacional del fomento a la investigación y la innovación colombiana, orientada a la formación de los jóvenes en investigación propenden por la búsqueda y construcción de conocimiento científico que brinde soluciones a diversas problemáticas del contexto local, regional, y nacional¹.

Por ello que la Universidad Simón Bolívar decreta desde su misión el alto compromiso de la formación investigativa que contribuye a la producción científica y esta unidad a su postura epistémica socio crítica, por ello este espacio formativo de producción es de gran importancia en pro de la formación investigativa en la generación de comunidades académicas a contextos reales.

En esta obra retoma investigaciones de los campos del conocimiento de la psicología, trabajo social, derecho, ingeniería de sistemas, administración

1 Guerrero, M.E. (2007). Formación para la investigación en el contexto universitario. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Católica de Colombia.

de empresas, cada uno responde a una línea de investigación y campo de conocimiento al que están aportando nuevo conocimiento, incorpora trabajos desde la base del proceso formativo hasta posgrados, por ello se encontrarán capítulos de libro de estudiantes de semilleros, formación investigativa desde el currículo, jóvenes investigadores y de maestría, acompañados por investigadores de alto nivel reconocidos por COLCIENCIAS, quienes son los gestores en promoción esta producción.

Yurley Karime Hernández Peña

Doctorando en Educación (Universidad Simón Bolívar).

Coordinadora de semillero de la Universidad Simón Bolívar,

Centro de Investigación CEDEP.

Introducción

La universidad tiene un papel relevante y significativo dentro de la sociedad. Se convierte en escenario que por excelencia ha sido institucionalizado para llevar a cabo la tarea de la formación humana en los más altos niveles, y por ende hacer la educación el principal medio de transformación social. En esta tarea, haciendo una mirada retrospectiva de las funciones de la universidad se desataca como su misión principal el proporcionar una formación que les permita a los individuos dar respuesta a las condiciones y necesidades sociales que rodean la profesión. Específicamente en la formación de abogados, en la actualidad, exige de una ardua tarea, especialmente por las exigencias y demandas sociales que se vienen suscitando a cuenta de una crisis generalizada de la profesión y la dinámica social en general.

Además, a partir de los postulados de la Unesco en 1996: “Frente a los numerosos desafíos del porvenir, la educación constituye un instrumento indispensable para que la humanidad pueda progresar hacia los ideales de paz, libertad y justicia social”. la educación se convierte en la herramienta esencial para transformar la sociedad, y la investigación surge como arista estratégica para generar conocimiento y más aún proveer una comprensión de la realidad social y su incidencia en su vida jurídica.

De esta manera la investigación más allá de la acertada generación de conocimiento, surge como medio idóneo para transformar la mentalidad y en consecuencia la sociedad. La formación investigativa del abogado en la universidad debe estar direccionada a dos campos específicos: los estudios jurídicos y las investigaciones socio-jurídicas. Una forma de afrontar la rigidez de los programas de Derecho es combinar estos dos tipos de investigación, pues como se ha observado uno de los problemas de la formación universitaria suele descontextualizar la enseñanza.

Así, la investigación socio-jurídica no sólo se enfoca en el sistema jurídico integrado por el derecho positivo y el conjunto de valores y principios (nivel axiológico) que sirven de marco interpretativo, sino que además llevan al escenario social todo este acumulado de reglas y normas. Es posible que

las prácticas de investigación formativa se extiendan a todas las áreas duras del derecho y con ello facilitar la comprensión de los contenidos que son socializados por los docentes.

Los textos que se presentan a continuación constituyen una materialización de la investigación socio jurídico que se adelanta en el proceso de formación de abogados que pretenden fundamentar epistemológica y metodológicamente desde una mirada social que provea una concepción más fáctica del mismo, dando pertinencia a esta ciencia.

Clara Paola Aguilar Barreto

*Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo,
Externado de Colombia. Magister en derecho Público, Externado de Colombia.
Docente Investigador Universidad Simón Bolívar.*

1

FORMACIÓN PROFESIONAL DEL ABOGADO: UN MARCO DE COMPRENSIÓN DESDE LOS LINEAMIENTOS EDUCATIVOS²

*Claudia Eufemia Parra Meaurio³, Clara Paola Aguilar Barreto⁴,
Rafael Pulido Morales⁵ y Andrea Johana Aguilar Barreto⁶*

²Artículo 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*. Correo electrónico: cparra@unisimonbolivar.edu.co

³Abogada, Universidad Libre Seccional Cúcuta Especialista en Derecho de Familia, Universidad Libre Seccional Cúcuta; Magister en Educación; Magister en Educación, Universidad Simón Bolívar. Secretaria Académica del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar - Sede Cúcuta. Correo electrónico: cparra@unisimonbolivar.edu.co

⁴Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativa, Externado de Colombia. Magister en derecho Público, Externado de Colombia. Docente Investigador Universidad Simón Bolívar. Correo Electrónico: luisapaola1@hotmail.com

⁵Abogado, Universidad Libre Seccional; Especialista en Derecho de Familia, Universidad Libre Seccional Cúcuta; Magister en Educación. Asesor jurídico. Correo: rufa.pulido@hotmail.es

⁶Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. Posdoctora (c), innovación educativa y TIC. Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES. Docente Investigador y Coordinadora del Semillero Holístico de Universidad Simón Bolívar. Orcid: orcid.org/0000-0003-1074-1673. Correo electrónico: andrcitajaguilar@hotmail.com

Palabras clave

Formación profesional, formación del abogado, prácticas docentes, prácticas pedagógicas, currículo, investigación formativa

Resumen

La presente investigación tiene como analizar los principales debates, tensiones y aspectos críticos relacionados con la formación profesional del abogado. 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.

PROFESSIONAL TRAINING OF THE LAWYER: A FRAMEWORK OF UNDERSTANDING FROM THE EDUCATIONAL GUIDELINES

Keywords

Professional training, lawyer training, teaching practices, pedagogical practices, curriculum, formative research.

Abstract

The aim of this research is to analyze the main debates, tensions and critical aspects related to the lawyer's professional training. It is common to observe serious difficulties in the recent graduates of law schools and this leads to reflect on teacher-student relationship, pedagogical practices, and even the same as the training programs are structured. Many factors are associated with the abilities and limited abilities of the students that begin the exercise of their working life, and an approach to this phenomenon is decisive in formulate an alternative and innovative proposals from the same curricular planning of university law programs.

INTRODUCCIÓN

La formación de cualquier profesional debe ser asumida por las universidades tanto 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. 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.

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, 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.

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:

1. En el ordenamiento jurídico que es objeto de análisis para el campo científico del derecho.
2. En la dirección y estructura de las instituciones del Estado.
3. El comportamiento humano o conducta exteriorizada que tiene incidencia y relevancia para el sistema jurídico.
4. Los valores y los ideales de la sociedad conforme al devenir histórico.
5. 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.

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) En las ciencias sociales, específicamente en ciencias como la sociología uno los supuestos es no tomar lo dado por autoevidente, en no dar credibilidad a las cosas por lo que parecen. La realidad suele la capa de fenómenos mucho más complejos. 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.

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.

A su turno Dilthey refiere que el paradigma Histórico – Hermenéutico parte de lo deductivo para llegar a lo inductivo, toda vez que se interpreta las realidades en un contexto histórico y social.

En la presente investigación se tiene como enfoque, el 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.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La Formación Profesional: Un Marco de Comprensión

Las funciones de la universidad en términos de formación: cuestiones, vacíos y reflexiones ante la sociedad del siglo XXI

La universidad tiene un papel relevante y significativo dentro de la sociedad. Se trata del escenario que por excelencia ha sido institucionalizado

para llevar a cabo la tarea de la formación humana en los más altos niveles. La aceptación de esta idea es cada vez mayor, y por ello, en las últimas décadas se ha expandido la educación superior: mayor número de programas académicos, apertura de nuevas universidades, mayor inversión al campo de la investigación, mejora de los medios y recursos para la enseñanza. Entre otros, Ruiz (2000) hace una descripción de la expansión de la universidad en el mundo y expone que para la década de los 60 del siglo XXI había cerca de 13 millones de estudiantes en todo el mundo y 20 años después dicha cifra se cuadruplicó hasta los 51 millones de estudiantes. Diez años después el número de estudiantes en el mundo llegaba a los 65 millones y en 1995 a los 82 millones de estudiantes.

A partir de lo anterior se puede inferir al menos dos aspectos significativos: 1. En la última década del siglo XX el crecimiento del número de estudiantes en el mundo fue muy superior al incremento que se había presentado en los 30 años anteriores, y 2. La cifra de docentes se incrementó en el mismo sentido llegando a los 6 millones para 1995. La expansión de la educación superior muestra a través de los indicadores la relevancia de las universidades en el panorama mundial, lo cual tiene relación con la importancia que ostenta la información, el conocimiento y la investigación en la actual sociedad. En efecto, las universidades lideran la misión de formar profesionales más capaces y hábiles conforme a las demandas y retos que trae la sociedad del conocimiento, las tecnologías de la información y la comunicación, el nuevo orden mundial y los estragos del sistema neoliberal como la pobreza, la inequidad y la desigualdad.

La revisión de la literatura en torno a las funciones de la universidad converge en señalar que su principal misión es la de proporcionar una formación que le permita a los individuos dar respuesta a las condiciones y necesidades sociales que rodean la profesión (Aguilera, *et. al.*, 2010). Esto pareciera ser claro, pero lo cierto es que la misma amplitud de la idea conlleva a interrogantes mucho más profundos, por ejemplo, ¿Qué tipo de necesidades se deben priorizar? ¿Cuáles son las demandas de la actual sociedad? ¿Qué características se deben identificar como determinantes en la planeación y direccionamiento de la universidad? ¿Cuál es el perfil de profesional que se

requiere? ¿Qué perfil debe cumplir el docente universitario ante las exigencias y las demandas sociales, políticas e históricas? entre muchos otros.

Hasta el momento se observa que un amplio sector de la literatura converge en que la universidad tiene por función formar profesionales que puedan actuar dentro del campo laboral conforme a los retos que implica su profesión respecto de las demandas sociales. De allí que se establezca una relación indisoluble entre educación superior y un conjunto de elementos como la construcción del conocimiento, la formación de comunidades de aprendizaje, el uso y aprovechamiento de TIC, el manejo de la información, entre otros (Tomás, *et. al.*, 1999; Aguilera, *et. al.*, 2010; Ruíz, 2000; De Pablos, 2007). Sin embargo, también se observa otros estudios en los que se sostienen otras funciones de la educación universitaria, por ejemplo, la formación ética de los profesionales que implica adecuaciones curriculares, formación docente y nuevas perspectivas de interpretación del entorno en el que se desenvolverá los futuros egresados (Espinosa, 2001), o la necesidad de vincular los procesos misionales con las actividades de las empresas y los gobiernos en una triada que facilite la construcción de conocimiento, el apoyo mutuo y un mayor emprendimiento (Castillo, 2010).

Sin embargo, poco se dice del papel de la universidad frente a los escenarios de crisis en los que se encuentran inmersas las sociedades de este siglo XXI. No hay evidencia sobre la preocupación de las universidades para dar respuesta a problemas complejos como el hambre, la pobreza, la inequidad, la desigualdad, el agotamiento de los recursos comunes, las guerras, la violación de los derechos humanos, la distribución tan inequitativa de los recursos, la corrupción pública y privada, la injusticia, entre muchos otros. Frente a ello, la universidad debe optar un papel protagónico modificando sus procesos de enseñanza, pues tan sólo la generación de conocimiento en términos científicos a través de publicaciones, ponencias, talleres, encuentros, y demás, pareciera estar lejos del contexto en el cual debe actuar.

A fin de ilustrar un poco la idea planteada, parece prudente explorar algunas anotaciones de Manzano (2011). Este autor acierta al señalar que sobre las universidades hay una fuerte presión que la ha llevado a una crisis de

su propia misión. Dicho impulso ha conducido a la universidad a un conjunto de funciones centrales como crear conocimiento científico, dar respuesta a problemas de competitividad o involucrarse con acciones socio-políticas, alejándose de la revolución que debe producir con su propia actuación en sociedad. El resultado de ello es una institución que no sabe cómo reconocer las realidades y problemáticas del entorno para ofrecer respuesta en una sociedad que muestra más ignorancia que nunca. Por ello, el autor propone acciones alternativas como potenciar el trabajo conjunto entre varias disciplinas, lo que desde el ámbito educativo se denomina la transversalidad, que procura la integración y visión global del conocimiento; también el fomento del contacto directo con los retos sociales, que pongan el sistema educativo a la vanguardia tecnológica de las nuevas generaciones como afirma Aguilar (2017) abandonar la habitual actitud de obediencia y optar por la acción autónoma y responsable, establecer criterios de calidad relevantes, y construir sociedad e institución universitaria a partir del diálogo con políticos comprometidos, empresas locales o cooperativas, y organizaciones de la sociedad civil o movimientos sociales. (p. 29)

El sistema neoliberal y las políticas formuladas bajo la presión de organismos multilaterales exigen de la universidad el desarrollo de programas y estrategias que brinden, especialmente, algún tipo de respuesta a las dinámicas de la economía y la productividad. Esto aleja del foco de la actividad universitaria los problemas estructurales de la sociedad y que desencadenan en la crisis que se vive en la actualidad. La universidad está llamada a revolucionar el mundo y potenciar cambios-transformaciones a través de los individuos que forma dentro de sus aulas. En consecuencia, no basta el conocimiento científico que se produce, pues se requiere un conocimiento que sea coherente con el contexto, las necesidades y la urgente emancipación de los grupos humanos.

Se puede afirmar que la universidad ha entrado a la dinámica y la lógica de lo que ha descrito Han (2012) como la sociedad del cansancio. Bajo este marco interpretativo, ha surgido un nuevo paradigma que elimina la otredad para dar paso a la indiferencia y al rendimiento:

Desde hace algún tiempo, está llevándose a cabo de manera inadvertida un

cambio de paradigma. El final de la guerra fría tuvo lugar, precisamente, en el marco de este cambio. Hoy en día la sociedad incurre de manera progresiva en una constelación que se sustrae por completo del esquema de organización y resistencia inmunológicas. Se caracteriza por la desaparición de la otredad y la extrañeza. (Han, 2012, p. 8)

Pero, ¿cómo ha podido suceder tal transformación? Uno de los aspectos que logran brindar sustento a estos cambios de la sociedad es el mismo consumo, práctica extendida y en crecimiento que obliga de cierta manera a eliminar las nociones de otredad y extrañeza. En efecto, el otro ya no entraña peligro y es calificado como exótico y turista, un consumidor que “ya no es más un sujeto inmunológico” (p. 9). Pero el consumo como categoría que permite fundamentar el cambio de paradigma está asociado a un fenómeno de mayor magnitud: el proceso de globalización. Esta realidad se traduce en prácticas, discursos, concepciones, ideas y formas de organización destinadas a validar y defender la transformación permanente y el intercambio universal. Y en consecuencia, ya no hay lugar a la otredad pues dicha categoría resulta ser incompatible con el nuevo desarrollo histórico.

Lo mismo ocurre con la sociedad disciplinaria descrita por M. Foucault, la cual se organiza a través de entidades e instituciones que tienden al moldeamiento de la conducta y la mente de los individuos como las cárceles, los hospitales, las escuelas o las fabricas: “La sociedad del siglo XXI ya no es disciplinaria, sino una sociedad de rendimiento. Tampoco sus habitantes se llaman ya sujetos de obediencia sino sujetos de rendimiento. Estos sujetos son emprendedores de sí mismos. Aquellos muros de las instituciones disciplinarias, que delimitan el espacio entre lo normal y lo anormal, tienen un efecto arcaico” (p. 16).

Entonces, para Han (2012) ya no tiene sustento el objetivo de disciplinar al individuo, aunque no podría desconocerse que dicha disciplina ahora ha cambiado en la escala de control, el objeto de control y las modalidades de control. En otros términos, el objetivo ha cambiado de obediencia a rendimiento, aunque la disciplina seguiría constituyendo el mismo medio a pesar del uso de otros dispositivos.

Para Foucault (2012) el cuerpo siempre es objeto de poder y lo que se modifica son las técnicas y medios relacionadas con la escala de control, el objeto de control y la modalidad de control. Al analizar la sociedad del siglo XX, describe sobre la escala de control que ya no se trata de moldear y/o controlar el cuerpo en su totalidad o en masa, sino de ir a elementos específicos y potenciales. En cuanto al segundo componente, ya no se requiere del control de elementos de la conducta o el lenguaje del cuerpo, sino que se enfatiza en “la economía, la eficacia de los movimientos, su organización interna [...]” (p. 159). Y respecto de la modalidad, se busca ahora una coacción ininterrumpida, constante, que vela por la actividad más que por el resultado. Cada uno de estos componentes cambian para la sociedad del siglo XXI, pero resulta innegable que la disciplina sigue constituyendo la forma de alcanzar la materialización de aquella sociedad de rendimiento identificada por Han (2012). Sin embargo, si resulta válida la apreciación de este autor en torno a la naturaleza de la sociedad del siglo XX: sociedad de la negatividad.

Con el concepto de sociedad de la negatividad se materializa el *no poder* que en otros términos viene a traducirse en prohibición, lo cual resulta lógico si se enmarca dicha concepción dentro de la guerra fría, la otredad y la extrañeza. Por el contrario,

La sociedad de rendimiento se caracteriza por el verbo modal positivo *poder* sin límites. Su plural afirmativo y colectivo *Yes, we can*, expresa precisamente su carácter de positividad. Los proyectos, las iniciativas y la motivación reemplazan la prohibición, el mandato y la ley. A la sociedad disciplinaria todavía la rige el *no*. Su negatividad genera locos y criminales. La sociedad de rendimiento, por el contrario, produce depresivos y fracasados. (Han, 2012, p. 17)

En este sentido, ya no hay límites en la actual sociedad pues se ha venido eliminado la prohibición, lo cual conduce a una mayor productividad basada en el esquema de consumo que rige la mayoría de las actuaciones humanas. En consecuencia, se requiere de sujetos hábiles y emprendedores que potencien la productividad, y *contrario sensu*, se crean seres humanos depresivos y fracasados. En parte, la teoría del capital humano ejemplifica dicha situación al señalar y defender que el desarrollo económico sólo es posible en la medida que se invierta en el desarrollo de competencias y el

potencial de innovación por considerarse los hombres y mujeres activos intangibles de las organizaciones que generan valor agregado.

Al no encuadrar el sujeto dentro de esta lógica, su rechazo produce depresión y sentimiento de fracaso, y por tanto, los individuos están en una constante formación y capacitación que le brinde posibilidades ante las constantes exigencias del mundo económico. Esto se refleja en actividades multidisciplinares y compartidas, aumento de trabajo, velocidad en las operaciones, la eficiencia, la eficacia y la misma calidad, es decir, se manifiesta en las prácticas, discursos y concepciones que circulan dentro de la sociedad.

En la actual sociedad hay una creciente depresión, así como otro tipo de patologías psíquicas y neuronales, producto de la exigencia cada vez más grande y la auto-imposición de retos y metas que conllevan al cansancio. Para Han (2012, p. 18) el éxito de la depresión empieza a tener lugar cuando se abandona el modelo disciplinario de gestión para exigir a los individuos capacidad de iniciativa personal, esto es, la construcción de su propio devenir histórico. Así las cosas, la sociedad del siglo XXI o sociedad de rendimiento está caracterizada por una violencia sistémica que origina alta presión e infartos psíquicos, lo que implica una gran paradoja pues a mayor libertad otorgada mayor número de casos de enfermedades psíquicas.

Otra manifestación de la sociedad de rendimiento es el aburrimiento profundo, pues el grado de exigencia cada vez más elevado conlleva a una distribución de tiempo que afecta en gran medida la capacidad de atención. El exceso de positividad, según Han (2012, p. 21), genera una mayor cantidad de estímulos que producen atención dispersa y fragmentada. Se trata de una deficiencia de tipo cognitiva que no le permite al sujeto percibir de manera clara y precisa toda la información de los fenómenos en los que se encuentra envuelto. Sumado al cansancio, el individuo deja de ser un actor reflexivo que contempla, y en consecuencia, pierde la habilidad de mirar, esto es, “acostumbrar el ojo a mirar con calma y paciencia, dejar que las cosas se acerquen al ojo, es decir, educar al ojo para una profunda y contemplativa atención, para una mirada larga y pausada” (Nietzsche citado por Han, 2012, p. 33). Se trata de un signo de agotamiento que le impide al individuo

reaccionar, y por tanto, “la sociedad de rendimiento, como sociedad activa, está convirtiéndose paulatinamente en una sociedad de dopaje [y cansancio]” (p. 45).

Estas acertadas descripciones de Han (2012) ponen de manifiesto diversas dudas y cuestionamientos, pues la sociedad en su totalidad gira en torno hacia una lógica de rendimiento que conlleva a un profundo agotamiento y a una simplificación de la misma naturaleza humana. Y se trata de un discurso que se ha venido gestando y nutriendo los diferentes espacios de socialización, instaurándose con tal fuerza que valida sus postulados sin detenerse en los efectos a largo plazo. Esta es una oportunidad de reflexión para distinguir las visiones de la sociedad y su futuro, y por tanto, del papel de la universidad en términos de formación y desarrollo humano.

Formación por competencias

Hay una idea bastante aceptada como se señalaba en las páginas anteriores: la universidad está destinada a la generación de conocimiento y a la formación de sujetos conforme a los requerimientos de la profesión para su adecuado desempeño en el mundo laboral. En otros términos, la universidad debe aportar a los campos científicos en que se inscribe, potenciar la investigación formativa y productiva, y transmitir los saberes que se requieren de la profesión y que son utilizados en el ejercicio de la misma. Y aunque esto resulta insuficiente ante la sociedad de la ignorancia (Manzano, 2011) que entre otras cosas también es una sociedad del cansancio (Han, 2012), se ha dispuesto de un enfoque que puede potenciar los cambios requeridos o la revolución necesaria que ha manera de llamado se ha hecho en el presente texto. Dicho enfoque es la formación por competencias. El marco de análisis que se ha venido exponiendo ofrece una mirada más crítica y reflexiva en torno al concepto de la formación por competencia, pues sin duda, la manera como se ha venido aplicando dicho enfoque ha alejado a las instituciones de educación superior de la denominada función social y política que debe ostentar. Como lo describe Boéssio y Portella (2009):

Con la expansión y el dominio del mercado, la educación superior dejó de tener como metas principales el desarrollo de una capacidad crítica, la

conquista de la autonomía de pensamiento y el desarrollo de la capacidad de observar en forma global la historia de la humanidad. La fragmentación y la multiplicación de los conocimientos y de la información no consiguen explicar la complejidad y pluralidad de sentido de los fenómenos humanos.

La anterior cita explica de cierta manera lo que se ha venido sosteniendo: la universidad ha abandonado progresivamente las funciones de la formación integral y crítica, y la de servir como agente de cambio, para llegar a formas de acción que buscan, especialmente, respuestas para las exigencias del mercado. Así mismo, resulta cada vez más lejana la idea de una universidad que apueste por la complejidad porque es cada vez más notoria la fragmentación del conocimiento. De cierta manera, el enfoque por competencias también contribuye al distanciamiento de la universidad del ideal que por tradición se ha profesado de la educación superior.

Tovar y Cárdenas (2012, p. 125) expresan que la competencia “tiene sus primeras referencias en la *Lingüística Generativa de Chomsky*, donde se comprende como la posibilidad de comunicación que está implícita en los esquemas mentales y fisiológicos internos del sujeto, tiene una manifestación externa o desempeño”. No obstante, el término ha sido poco a poco adaptado al entorno educativo en donde ha cobrado auge y es el derrotero de la enseñanza formal y universitaria. Además, la competencia se entiende como la posibilidad y capacidad que tiene un sujeto de articular las múltiples dimensiones de su aprendizaje conceptual, metodológico, actitudinal comunicativa e histórica-epistémica, para la solución de una situación o desarrollo de un proceso en un contexto específico.

De conformidad con el punto de vista de Navío (2005, p. 216) se aclara que todo proceso de “conocer” se traduce en un “saber”, entonces es posible decir que son recíprocos la competencia y el saber: saber pensar, saber desempeñar, saber interpretar, saber actuar en diferentes escenarios. Así las cosas, la competencia puede ser interpretada como la combinación de habilidades, destrezas y conocimientos necesarios para realizar una tarea específica. La competencia se considera como un concepto complejo, y por ello, Zabalza (2003, p. 70) la define como el “conjunto de conocimientos y habilidades que los sujetos necesitamos para desarrollar algún tipo de actividad”. En la opinión

de Álvarez (2004, p. 31) la competencia es “el conjunto de conocimientos, habilidades y actitudes necesarios para desempeñar una ocupación dada y la capacidad de movilizar y aplicar estos recursos en un entorno determinado, para producir un resultado definido” (p. 31).

Por su parte, Malpica (1996) entiende la educación por competencias como “la expresión concreta de los recursos que pone en juego el individuo cuando lleva a cabo una actividad, y que pone el énfasis en el uso o manejo que el sujeto debe hacer de lo que sabe, no del conocimiento aislado, en condiciones en las que el desempeño sea relevante”. Es decir, la competencia resulta ser una manifestación, expresión e evidencia de la manera en que un sujeto articula todo un conjunto de recursos, capacidades y habilidades para desarrollar una actividad, alcanzar un propósito establecido. El énfasis no se encuentra en el conocimiento que se tiene sino en la facultad de implementar dicho saber de una manera inteligente.

Aguilera, *et. al.* (2010) describe que el enfoque de la formación por competencias busca que lo aprendido por el sujeto durante su formación le permita el desarrollo de capacidades y habilidades que pueden ser utilizadas conforme a las demandas sociales. Y es ello lo que contradice la realidad de las universidades y el mundo laboral como lo expresa la autora, pues de manera frecuente se expresa que “el conocimiento que se le proporciona en las aulas universitarias es, en muchas ocasiones, un conocimiento inútil y que cuando realmente se aprende es cuando se incorpora a la actividad laboral, bien en las prácticas, bien al lograr su primer empleo”. Pero la formación por competencias debe ir más allá si el reto es lograr una transformación social, económica, política, cultural y ambiental que implique una superación de la amplia crisis que vive la sociedad del siglo XXI.

En efecto, la formación en la universidad puede dirigirse hacia un conjunto de competencias, especialmente, unos saberes disciplinares que poco se proyectan sobre las urgencias y necesidades sociales de las comunidades, y a su vez, el mundo laboral puede estar exigiendo las mismas u otras competencias más alineadas a la productividad y el rendimiento sin que ello signifique un cambio de la crisis que se vive. Por tanto, la implementación

del enfoque de competencias debe ir más allá de lo exigido hacia un ideal mucho más abarcador que permita una modificación del *statu quo* pues se continuaría contribuyendo a los problemas que son manifestación de la crisis social. Resulta oportuna la descripción de Blanco (2004) al referirse de manera crítica al tema del papel de las universidades en términos de formación y a la ruptura entre lo que se requiere y lo que se ofrece:

Imaginemos una escuela de natación que se dedicara un año a enseñar anatomía y fisiología de la natación, psicología del nadador, química del agua y formación de los océanos, costes unitarios de las piscinas por usuario, sociología de la natación, antropología de la natación y, desde luego, la historia mundial de la natación, desde los egipcios hasta nuestros días. Todo esto, evidentemente, a base de cursos magistrales, libros y pizarras, pero sin agua. En una segunda etapa se llevaría a los alumnos-nadadores a observar durante varios meses a nadadores experimentados, y después de esta sólida preparación, se les lanzaría al mar, en aguas bien profundas, en un día de temporal de enero. (p. 37)

La visión caricaturesca de la autora pone de manifiesto cómo la formación brindada por la universidad en muchos de los casos no permite que el estudiante egresado se desempeñe en su entorno profesional con los mínimos requeridos, pero a su vez se pone en discusión la cuestión de la formación integral *vs.* Las demandas de capital humano en el marco del neoliberalismo. Mejor aún, ¿Se forma para dar respuesta al mundo cuya lógica está trazada por la productividad, el consumismo y la economía aunque sea causa de crisis en términos de desarrollo humano? o ¿Se busca una formación integral aunque esta no se encuentre alineada a las demandas de la lógica económica pero impulsando el cambio requerido del *statu quo* de la crisis humana? Evidentemente, se trata de un problema complejo, y sobre una y otra opción aparecerán defensores y detractores, pero aun así, es sobre ello que debe direccionarse la reflexión al interior de las universidades pero con acciones concretas y conscientes.

Un ejemplo de defensa de la primera opción expuesta en el párrafo anterior, se puede encontrar en el texto de Amezola, *et. al.* (2008) quien expone:

A medida que los procesos de globalización de las economías se van

extendiendo e imponiendo, el cambiante mundo de la economía y el trabajo pone énfasis en controlar y elevar la calidad de la producción y de las mercancías, lo cual requiere a la vez aumentar la productividad de los recursos humanos involucrados. Una consecuencia de lo anterior ha sido el debate acerca de los mecanismos en que las instituciones educativas forman los recursos, y la necesidad de plantear modificaciones en su organización, en los contenidos y en los métodos de enseñanza.

Como se observa, para los autores los cambios y dinámicas en términos de globalización, productividad, intercambio de mercancías, recursos humanos, entre otros, exige a las universidades que deban replantear su organización, contenidos y métodos de enseñanza, pues deben formar sujetos disponibles y aptos para contribuir a todo este conjunto de objetivos y propósitos. Para ello la formación por competencias puede abrir los espacios requeridos para la construcción de estas realidades, pues no se trata de poseer conocimientos sino de hacer uso de estos, aunque dichas aplicaciones estén orientados a la validez del modelo neoliberal que impera.

Y por otro lado, un sector, aunque reducido, hace una apuesta por una educación que conlleve hacia una pedagogía de-colonial que puede ser construida en diversos escenarios, incluyendo las universidades. Uno de estos autores es Walsh (2009) quien expone que estas pedagogías “integran el cuestionamiento y el análisis crítico, la acción social transformadora, pero también la insurgencia e intervención en los campos del poder, saber y ser, y en la vida; aquellas que animan y una actitud insurgente, de-colonial y cimarrona” (p. 15).

El papel del docente

Los cambios y las transformaciones del siglo XXI en todas las dimensiones y escenarios, impulsa importantes reflexiones sobre el rol del docente universitario. Si la misión de la universidad es formar individuos y ciudadanos críticos competentes con una amplia proyección hacia las exigencias sociales y los cambios que demandan la propia profesión y las actuales sociedades, se entiende que el papel del docente es crucial y significativo. Y en ese sentido, el objetivo de la educación universitaria no

puede ser alcanzada bajo postulados de la enseñanza tradicional donde el docente es quien transmite conocimientos para que sean reproducidos por los estudiantes de una manera casi que mecánica y descontextualizada (González, 2004).

Para Zabalza (2003, p. 70) los docentes universitarios deben cumplir con un perfil integrado por un conjunto de diez competencias profesionales: 1. Planificar el proceso de enseñanza-aprendizaje, 2. Seleccionar y preparar los contenidos disciplinares, 3. Ofrecer informaciones y explicaciones comprensibles y bien organizadas (competencias comunicativa), 4. Manejo de las nuevas tecnologías, 5. Diseñar la metodología y organizar las actividades, 6. Comunicar-relacionarse con los alumnos, 7. Tutorizar, 8. Evaluar, 9. Reflexionar e investigar sobre la enseñanza, y 10. Identificarse con la institución y trabajar en equipo. Estas competencias expresadas por el autor se encuentran asociadas a la planificación, ejecución, evaluación y mejora del proceso de enseñanza.

Resulta importante hacer una descripción de todo este conjunto de elementos que integran el perfil del docente universitario y que son resaltados por Zabalza (2003):

La planificación del proceso de enseñanza-aprendizaje. Se trata de una de las labores más básicas del docente en todos los niveles de formación. Implica que la actividad docente siempre tiene una intencionalidad, la cual debe reflejarse en la planeación de las actividades y los medios dispuestos para los objetivos trazados. Por otro lado, significa que el docente tiene un saber pedagógico, es decir, un conocimiento explícito sobre los procesos de enseñanza y aprendizaje. No se trata de un conocimiento tácito implícito, sino de un conocimiento consciente que se utiliza para potenciar el acto pedagógico. Desde esta perspectiva, cada actividad debe ser revisada y confrontada conforme a los objetivos generales de la enseñanza para que resulte perentoria y oportuna.

Seleccionar y preparar los contenidos disciplinares. Unido a la planificación del proceso de enseñanza-aprendizaje, se encuentra la selección

y preparación de los contenidos disciplinares. La selección de los contenidos no debe corresponder a un amplio número de temáticas sino de aquellas que resulten prioritarias y estratégicas. Así mismo, deberá considerar aquellas que requieran de profundización y las que sólo ameriten una breve revisión. Además de la selección, se encuentra la preparación de los contenidos lo cual se relaciona a la forma en que serán expuestos a manera de estímulo sobre el grupo de estudiantes.

Ofrecer informaciones y explicaciones comprensibles y bien organizadas. Una de las capacidades con las que debe contar el docente y que resultan fundamentales es la habilidad para ser claro y preciso al momento de comunicar sus ideas, conceptos o apreciaciones. En la medida en que el estudiante reciba información y explicaciones comprensibles, se puede mejorar el potencial de aprendizaje. La oportunidad para ofrecer explicaciones comprensibles y bien organizadas depende de la claridad que tenga el docente sobre su área y de un conjunto de estructuras mentales bien formadas en cuanto al tratamiento de la información. Las estructuras mentales -funciones cognitivas y operaciones mentales- son un prerrequisito para que se pueda dar explicaciones claras y comprensibles a los estudiantes.

Manejo de las nuevas tecnologías. Las tecnologías son medios que pueden servir en la exposición de la información que se ha seleccionado y ajustado para los estudiantes. En este sentido, el docente debe reconocer la naturaleza, alcance y limitaciones de las tecnologías, y aprovecharlas conforme a los objetivos que se ha trazado en su formación. Estas no deben ser aplicadas sin tener un sustento pedagógico, es decir, no se trata del uso por el uso. La incorporación de nuevas tecnologías debe considerarse sí mejora la exposición del sujeto a las fuentes de información para una mayor comprensión.

Diseñar la metodología y organizar las actividades. El diseño de la metodología y la organización de las actividades suponen un nivel de planificación más minucioso. Se trata de identificar qué acciones son previas, cuáles estarán enfocadas a la exposición del sujeto a las fuentes de información, cuáles servirán de refuerzo, cuáles permitirán la evaluación de los aprendizajes, los momentos en que requerirá exposiciones del docente, cuáles tendrán

plena participación de los estudiantes, etcétera.

Comunicar-relacionarse con los estudiantes. El docente universitario debe crear un entorno que facilite la comunicación y relación con sus estudiantes. Tal vez se trata de uno de los elementos más significativos a nivel pedagógico y educativo, pues el docente debe acercarse a sus estudiantes generando un ambiente de confianza para la participación, las preguntas y el aprendizaje colaborativo. Un escenario caracterizado por la verticalidad y la clase magistral impide y limita las posibilidades de participación afectando el aprendizaje significativo de los sujetos. Los estudiantes deben sentirse con la libertad para preguntar, indagar, aclarar, explorar y ampliar los saberes que adquieren.

Tutorizar. Comprende una actividad auxiliar indispensable en el desarrollo académico, y está sujeto a la independencia y autonomía del estudiante. La tutoría sirve para el direccionamiento y apoyo del estudiante en aquellos procesos de profundización que este mismo considera valioso. De esta manera, el docente va más allá de sus planificaciones y estructura curricular permitiendo que se aproveche todo el bagaje de conocimiento que ostenta sobre el área en el cual es experto.

Evaluar. Se trata de otra de las actividades centrales que debe impulsar el docente dentro del proceso de formación. No se trata de una tarea aislada del mismo proceso formativo sino que hace parte integral del mismo. La evaluación debe cumplir al menos dos funciones: 1. Identificar en el mismo estudiante los avances que ha tenido y las dificultades que aún ostentan para que pueda efectuar acciones que le permita superar aquellas limitaciones, y 2. Determinar en el docente las potencialidades de las estrategias de enseñanza implementadas a fin de corregir y replantear su práctica pedagógica. Cuando la evaluación se utiliza en forma de calificación para la exclusión de los estudiantes se abandona el sentido natural y el propósito más elemental de la evaluación.

Reflexionar e investigar sobre la enseñanza. El docente debe confeccionar una verdadera praxis pedagógica, es decir, una práctica pedagógica con conocimiento y consciencia. Supone una tarea permanente

W 'S cgWéWWWcuestionar sobre la misma enseñanza que se adelanta con los estudiantes para mejorar la calidad de los aprendizajes. El docente debe adentrarse en las tensiones de la pedagogía para que pueda renovar su práctica, y por tanto, fomentar espacios más participativos y productivos.

Identificarse con la institución y trabajar en equipo. Cada institución educativa cuenta con una un conjunto de valores y principios, una forma de hacer las cosas en términos educativos. Las posturas y los enfoques que la institución busca socializar y reproducir dependen en gran medida del grado de identificación que tienen los docentes con todos estos elementos que caracterizan a la universidad. Se espera que cada docente se identifique de manera plena con la institución y su proyecto educativo.

Las anteriores descripciones son algunas de las características que debe poseer el docente universitario, pero estas pueden ser numerosas sí se considera la amplia literatura que hay al respecto. Por ejemplo, Spengler, *et. al.* (2007) analiza un conjunto de desafíos en el nuevo siglo para las universidades, y desde allí identifica un conjunto de roles que debe cumplir el docente, entre estos: el docente como sujeto investigador, el docente que incorpora materiales curriculares de soporte informático y el docente como tutor. Por su parte, Blandin (1990) expresa que el docente universitario debe contar con capacidades técnicas y tecnológicas, capacidades para proponer nuevas estrategias y metodologías, habilidades comunicativas que faciliten el intercambio de ideas y la socialización, capacidades para el diseño de materiales curriculares y capacidades para investigar y compartir sus experiencias.

Por otro lado, resulta significativo traer a la discusión el texto de Bain (2004) toda vez que sus aportes tienen origen en la misma experiencia de los docentes, es decir, no parte de un análisis documental sino de las prácticas de aquellos profesores que se consideran excelentes en el ámbito universitario. El estudio de Bain (2004) tuvo la colaboración de 70 profesores universitarios sobresalientes de 24 instituciones de educación superior. A partir de entrevistas y observaciones directas se logró obtener un conjunto de resultados que describen aquello que hacen estos profesores sobresalientes con sus estudiantes. Los resultados de esta investigación se sintetizan en seis grandes

dimensiones relacionadas en torno al saber, la preparación y planeación de la docencia, perspectivas en torno a los logros de los estudiantes, prácticas dentro del aula, tratamiento de los estudiantes o relación docente-estudiante, y la valoración de la enseñanza y el aprendizaje.

Ilustración 1

Cuadro de Características de los mejores docentes en el mundo

Dimensión	Principales hallazgos
<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 con cuidado y en abundancia lo que otras personas hacen en sus disciplinas. - Leen a menudo cosas de otros campos. - Ponen especial interés en aspectos generales de sus disciplinas: históricas, 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.

Para González (2004) el docente universitario dentro del actual modelo educativo cumple diferentes roles:

1. Es un *gestor de la información*, capacidad que se manifiesta en el manejo profundo de la ciencia o disciplina que imparte y en el alto grado de manejo de la información sin que ello implique una transmisión unidireccional del saber. Por el contrario, al ser un gestor de la información explora y selecciona datos, promueve formas alternativas de exposición de la información, busca que el estudiante desarrolle habilidades para la selección adecuada de la información, etcétera.
2. Es un *guía del proceso de enseñanza-aprendizaje*, es decir, reconoce las implicaciones pedagógicas de la educación y sabe cómo aplicar los enfoques que explican la enseñanza y el aprendizaje. En esa medida, diseña situaciones y tareas, busca formar en las dimensiones cognitiva, social, ética y emocional de los estudiantes, acerca al estudiante a cuestiones propias de la profesión.
3. Es un *modelo de actuación ética y profesional* lo cual se traduce en una firme convicción hacia la profesión que desempeña y la coherencia entre su discurso y lo que hace. Su actuación debe ser intachable y marcada por la honradez y el sentido moral.

Consideraciones curriculares

El término currículo ha tenido un amplio tratamiento desde comienzos del siglo XX, y a pesar de ello, se trata de un concepto heterogéneo que genera diversas interpretaciones, aplicaciones y posibilidades a nivel educativo. Sobre su origen, algunos autores han ubicado el concepto currículo en los siglos XVI y XVII en dos universidades en Europa, y a través de ellos se buscaba identificar los conocimientos, los métodos y los modos de fortalecer la disciplina, el control y la idea de clase (Malagón, 2004). Como se observa, el currículo desde los primeros momentos se interpretaba como una expresión de la tendencia ideológica, política e histórica de la sociedad.

Ahora bien, otros como Niño (2010) o Apple (2008) ubican el origen de la noción currículo a comienzos del pasado siglo XX, cuando algunos autores de los campos de la ingeniería, la sociología y la psicología en 1918 describen el currículo desde la perspectiva social y económica de dicho momento histórica. Se trataba en un periodo en el que se fortalecen y expanden las industrias, y en ese sentido, el currículo era un instrumento para fortalecer la creación y acumulación de riqueza: “el interés en la educación estaba centrado en responder al gran número de ciudadanos que demandaba una educación que atendiera al desarrollo industrial del país y a las necesidades de formación de esos sujetos” (Niño, 2013, p. 23).

La perspectiva de un currículo respondiendo a la idea de desarrollo basada en el crecimiento económico y la expansión de la empresa se va a mantener hasta la mitad del siglo XX, y con posterioridad no se va a tener mayores avances en este campo. Pero es en la década de los 70 el desarrollo teórico sobre el currículo se va a retomar generando una reflexión más profunda sobre el mismo. De acuerdo a Niño (2013) en este periodo se va a desarrollar una visión técnica del currículo tendiente al control del comportamiento, pues en dicha época se atravesaba el periodo de la Guerra Fría. Seguido, el currículo se interpretará desde otras aristas, por ejemplo, la pedagogía crítica la cual hará contrapeso al amplio enfoque de la educación con tendencia económica.

La comprensión de estas transformaciones resulta necesaria, pues se observa que el currículo ha servido de medio para legitimar discursos, concepciones e ideologías, las cuales han propiciado, en parte, que se mantenga el *statu quo* que ha originado la crisis global. Por ello, se requiere de una interpretación más apropiada del currículo, y reconocer que bajo su diseño e implementación se valida y contribuye a una forma de sociedad específica. Como lo menciona Apple (2008, p. 27) se necesita que los docentes “sean más conscientes de los compromisos ideológicos y epistemológicos que aceptan y promueven tácitamente en su trabajo al utilizar determinados modelos y tradiciones”. La construcción e implementación de currículos no puede ser el producto de un ejercicio mecánico o de una obligación legal dada a las escuelas y las universidades. En efecto, el currículo también comprende un

momento de análisis, reflexión y valoración de la institución, la sociedad y los problemas que demandan un papel específico.

Aceptar la naturaleza multidimensional del ser humano así como la complejidad de los problemas y realidades que circundan y afectan al hombre, conlleva a inferir la necesidad de un currículo crítico que posibilite el cambio y la transformación de aquellos escenarios que resultan prioritarios. La formación integral, en esa medida, no puede ser excluida de los propósitos de la universidad, y con ello el currículo debe estar destinado a este objetivo:

Existe hoy conciencia más que nunca, de que el sentido último de la educación es la formación del sujeto, entendida en especial como la formación del sujeto democrático, el sujeto de derecho, el sujeto autónomo, el sujeto constructor de conocimiento, el sujeto comprometido con la transformación de la sociedad. Esta preocupación tan sentida y obvia, ha sido la más olvidada en el currículo (Magendzo, 1999, p. 64).

Como ya se ha expresado, los currículos universitarios tienden a moldearse bajo el enfoque de la formación por competencias. Dichas competencias son de diverso tipo, y entre estas se encuentran las globales, las profesionales y las laborales (Amezola, *et. al.*, 2008), aunque la urgencia de una educación para la integralidad conlleva a pensar en otro tipo de competencias que integren elementos éticos, ambientales, de derechos humanos, comunicativas, entre muchas otras. Lo importante es que al momento de re-definir y re-significar el currículo se pueda explorar de manera abarcadora la realidad social, las prácticas que se vienen desarrollando, los avances en la ciencia y los requerimientos de la profesión: “Esta combinación de elementos permiten identificar las necesidades hacia las cuales se orientará la formación profesional, de donde se desprenderá también la identificación de las competencias profesionales integrales o genéricas, indispensables para el establecimiento del perfil de egreso del futuro profesional”.

CONCLUSIÓN

Formar abogados en la actualidad exige de una ardua tarea, en especial, por las exigencias y demandas sociales que se vienen suscitando a cuenta de una crisis generalizada de la profesión. Hasta hace poco, la profesión gozaba

de reconocimiento, respeto y buena imagen, y hoy tiende a asociarse con un conjunto de ideas desfavorables. Sumado a ello, 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.

En el marco de la formación jurídica, las competencias generales se desligan de las competencias relacionadas con lo técnico-jurídico de la formación, atravesando toda la carrera y buscan que el ejercicio profesional sea más acorde con las necesidades y requerimientos sociales. Dentro de estas se encuentran las instrumentales y las intrapersonales. Las primeras incluyen el desarrollo de habilidades como comprensión y producción de textos o discursos, desarrollo de capacidades comunicativas (hablar, escuchar, leer, escribir), oratoria, mediación, elaboración de contratos, debates, fallos judiciales, entre otros. Las segundas se relacionan con las habilidades personales y sociales, y de responsabilidad profesional. Dentro de estas se encuentran la responsabilidad ética, el desarrollo crítico de la profesión, desarrollo de habilidades de pensamiento y las capacidades para comunicarse con otros de manera asertiva.

Como citar este capítulo

APA

Parra-Meaurio, C., Aguilar-Barreto, C.P., Pulido-Morales, R., y Aguilar-Barreto, A.J. (2018). Formación profesional del abogado: Un marco de comprensión desde los lineamientos educativos. En Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. (Eds.), *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho* (pp.12-37). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

VANCOUVER

Parra-Meaurio C, Aguilar-Barreto CP, Pulido-Morales R, Aguilar-Barreto AJ. Formación profesional del abogado: Un marco de comprensión desde los lineamientos educativos. En: Aguilar-Barreto AJ, Hernández-Peña YK, Contreras-Santander YL, Flórez-Romero M, Editores. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar;2018. Pp.12-37.

HARVARD

Parra-Meaurio, C., Aguilar-Barreto, C.P., Pulido-Morales, R., y Aguilar-Barreto, A.J. (2018). "Formación profesional del abogado: Un marco de comprensión desde los lineamientos educativos". En: Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. Eds. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

CHICAGO

Parra-Meaurio, Claudia, Clara Paola Aguilar-Barreto, Rafael Pulido-Morales y Andrea Johana Aguilar-Barreto, "Formación profesional del abogado: Un marco de comprensión desde los lineamientos educativos", en *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*, editado por Andrea Johana Aguilar-Barreto, Yurley Karime Hernández-Peña, Yudith Liliana Contreras-Santander, Marcela Leonor Flórez-Romero (Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018), 12-37.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar., A. (2017). La enseñanza de la tecnología en la escuela: perspectivas desde la educación pública. En Graterol, M. E., Mendoza, M. I., Graterol, R., Contreras, J. C. y Espinosa, J.F. (Eds.), *Las tecnologías de información y comunicación y la gestión empresarial* (pp. 194-215). Maracaibo, Venezuela: Ediciones Universidad del Zulia.
- Aguilera, A., Mendoza, M., Racionero, S. y Soler, M. (2010). El papel de la universidad en las comunidades de aprendizaje. *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 67(24), 45-56.
- Álvarez, C. (2004). Las competencias en el currículo universitario: implicaciones para la formación del profesorado. *Revista de Docencia Universitaria*, 4 (2), 31-39.
- Amezola, J., García, I. y Castellanos, A. (2008). Desarrollo curricular por competencias profesionales integrales. *Revista Educar*, 13.
- Apple, M. (2008). *Ideología y currículo*. Madrid: Akal.
- Bain, K. (2004). *What the best college teacher do*. Boston: Harvard University.
- Blanco, L. (2004). El camino para ser profesor en secundaria y bachillerato. *Aula libre*, (37). *El País*, 25 de octubre.
- Blandin, B. (1990). *Formateurs et Formation Multimédia*. Paris: Les Éditions d'Organization.
- Boéssio, B. y Portella, M. (2009). Docencia universitaria: formación y aprendizaje en el posgrado en educación. *Revista de la Educación Superior*, 138(151).
- Castillo, H. (2010). El modelo de la triple hélice como un medio para la vinculación entre la universidad y empresa. *Revista Nacional de administración*, 1(1), 85-94.

- De Pablos Pons, J. (2007). El cambio metodológico en el Espacio Europeo de Educación Superior y el papel de las tecnologías de la información y la comunicación. *RIED. Revista Iberoamericana de Educación a Distancia*, 10(2).
- Espinosa, M. (2001). El papel de la Universidad en la mejora del comportamiento ético de los profesionales contables. *Revista de Contabilidad*, 4(7), 53-74.
- Foucault, M. (2012). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI.
- González, V. (2004). El profesorado universitario: su concepción y formación como modelo de actuación ética y profesional. *Revista Iberoamericana de Educación*, 1-11.
- Han, B. (2012). *La sociedad del cansancio*. Barcelona: Herder.
- 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: https://www.academia.edu/7976450/La_construcci%C3%B3n_de_la_conciencia_jur%C3%ADdica_los_objetivos_educativos_y_la_formaci%C3%B3n_del_abogado.
- Magendzo, A. (1996). *Curriculum educación para la democracia en la modernidad*. Bogotá: Instituto para la Democracia Luis Carlos Galán.
- Malagón, L. (2004). El currículo: dispositivo pedagógico para la vinculación universidad sociedad. En: *Revista ieRed: Revista Electrónica de la Red de Investigación Educativa* [en línea]. Vol.1, No.(1), 6 (Julio-Diciembre de 2004).
- Malpica, M. (1996). “El punto de vista pedagógico”, en Argüelles, A., op. cit., pp. 123 -140.
- Manzano, V. (2011). El papel de la universidad en la sociedad ignorante. *Cientí,ca*, 12, 29-55.
- Navío, A (2005). Propuestas conceptuales en torno a la competencia profesional. *Revista de Educación*, (337), 213-234.
- Niño, L. (2010). *De la Perspectiva Instrumental a la perspectiva Crítica*. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional.

- Niño, L. (Comp.) (2013). *Currículo y evaluación críticos: pedagogía para la autonomía y la democracia*. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional.
- Ruiz, Á. (2000). *El siglo XXI y el papel de la universidad. Una radiografía a nuestra época y las tendencias en la Educación Superior*. San José: Editorial Universidad de Costa Rica.
- Spengler, M., Egidi, L. y Craveri, A. M. (2007). El nuevo papel del docente universitario: el profesor colectivo. *Undécimas Jornadas 'Investigaciones en la Facultad de Ciencias Económicas y Estadística*, noviembre.
- Tomás, M., Feixas, M., y Marqués, P. (1999). La universidad ante los retos que plantea la sociedad de la información. El papel de las tecnologías de la información y comunicación (tic). *Ponencia presentada en EDUTECY99 Nuevas tecnologías en la Formación Flexible y a Distancia*. Universidad de Sevilla. 14-17 Septiembre.
- Tovar, J. y Cárdenas, N. (2012). La importancia de la formación estratégica en la formación por competencias: evaluación de las estrategias de acción para la solución de problemas. *Revista Electrónica de Investigación Educativa*, 1(14), 122-135.
- Walsh, C. (2009). Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial: apuestas (des) de el in-surgir, re-existir y re-vivir. *UMSA Revista (entre palabras)*, 3.
- Zabalza, M. (2003). *Competencias docentes del profesorado universitario: Calidad y desarrollo profesional*. Madrid: Narcea.

2

LA IMPUTACIÓN NORMATIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL: ESTUDIO DE CASO GUILLERMO PULGARIN SOSSA Y OTROS CONTRA INVERSIONES MÉDICAS Y LA CLÍNICA LAS VEGAS COOMEVA⁷

**Frank Yurlian Olivares Torres⁸, Andrea Johana Aguilar Barreto⁹,
Luis Daniel Trejos Teberán¹⁰ y Dora Lisbeth Gómez Rodríguez¹¹**

⁷Capítulo de libro producto del proyecto de investigación: *La imputación normativa en la responsabilidad civil: estudio de caso Guillermo Pulgarin Sossa y otros contra inversiones médicas y la clínica las vegas Coomeva*. Vinculado al semillero de investigación Holístico. Fecha de inicio: Febrero de 2017. Fecha de culminación: Octubre de 2017. Tipología original. Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta Colombia

⁸Tutor de la investigación. Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Magíster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante de España. Magíster en Derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Argumentación Jurídica de la Università Degli Studi di Palermo di Italia. Candidato a Doctor en Derecho Público y del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid de España. Correo electrónico: frankolivares.academia@gmail.com

⁹Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. Posdoctora (s), innovación educativa y TIC. Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES. Docente Investigador y Coordinadora del Semillero Holístico de Universidad Simón Bolívar. Orcid: orcid.org/0000-0003-1074-1673. Correo electrónico: andreitajaguilar@botmail.com

¹⁰Abogado en Formación. Miembro activo de la sub área de derecho administrativo del semillero de investigación en derecho constitucional de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Correo electrónico: L_trejos@unisimon.edu.co - L_teberan@botmail.com

¹¹Abogado en Formación. Miembro activo de la sub área de derecho administrativo del semillero de investigación en derecho constitucional de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Correo electrónico: lizbethgomez2012@botmail.com, d_gomez3@unisimon.edu.co

Palabras clave

Daño, indemnización, convivencia Pacífica, causalidad.

Resumen

El presente artículo pretende analizar la teoría de la imputación normativa con la que la Corte Suprema de Justicia pretende constituir un cambio de paradigma; las ideas centrales giran en relación con los siguientes presupuestos: (i) se constituye como un abordaje dogmático y axiológico de las teorías que fundamentan un antes y después, en materia de responsabilidad civil respecto a la atribución del deber de indemnizar un daño, (ii) por medio de un análisis jurisprudencial se tendrá en consideración los criterios que constituyen la aplicabilidad de la teoría de la imputación normativa, a partir de una metodología de estudio de caso desde el enfoque cualitativo y (iii) la efectividad de la teoría tendrá una valoración desde la corriente del realismo jurídico.

THE NORMATIVE IMPUTATION IN THE CIVIL RESPONSIBILITY: CASE STUDY GUILLERMO PULGARIN SOSSA AND OTHERS AGAINST MEDICAL INVESTMENTS AND THE CLINIC LAS VEGAS COOMEVA

Keywords

damage, indemnification, peaceful coexistence, causality.

Abstract

The present article aims to analyze the theories of the normative imputations with the Supreme Court of Justice that seeks to constitute a paradigm shift; The central ideas revolve in relation to the following budgets: (i) it is constituted as a dogmatic approach and axiological of the theories that base a before and after, in matter of civil responsibility with regard to the attribution of the duty to indemnify a damage , (ii) Through a jurisprudential analysis, the criteria that constitute the applicability of the theory of the normative imputation will be taken into consideration, starting from a methodology of case study from the qualitative approach and (iii) the effectiveness of the theory It will have an assessment from the current of legal realism.

INTRODUCCIÓN

Desde la época de los antiguos romanos, se establecieron tres axiomas jurídicos, *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) *alterum non laedere*, es decir no dañar al otro (Herrera, sf). La evolución de lo que hoy se conoce como responsabilidad civil, ha tenido sustento sobre este último axioma, todo lo cual descansa en una concepción de tiempos remotos.

Partiendo del postulado de no dañar a otro, se puede comenzar a hablar de un comportamiento de los individuos en sociedad, es decir, se establece una regla sobre la cual se sustenta la convivencia armónica de la comunidad, pero en el momento en que este principio se ve conculcado, se rompe esa

convivencia armónica, generando un conflicto que desde el universo jurídico llevará a restablecer en la mayor medida posible, generando la obligación de indemnizar de tal manera el daño que se llegare a causar, que se devuelva a su estado natural antes de sufrir el daño o por lo menos llegar a restablecerlo.

Por lo tanto, al hablar de resarcir el daño se hace alusión al componente social que engloba a la teoría del derecho, es decir, la responsabilidad únicamente se genera cuando existe una norma sea legal o jurisprudencial que permita realizar un juicio de atribución del daño a la conducta del deudor realizada tanto por acción como por omisión derivada del incumplimiento del deber de no hacer daño a nadie.

Es así que, (Posada, 2013) citando las palabras de los Mazeaud, los cuales establecen que:

Trazar la evolución general de la responsabilidad civil permite, a la vez, comprender mejor y medir minas exactamente la importancia de la misma. No se trata aquí de estudiar en sus detalles la historia de la responsabilidad civil, sino solo recordar cómo se ha modificado, en el transcurso de los siglos, las ideas fundamentales que dominan el tema. Sin ello no cabría descubrir el porqué de las soluciones adoptadas en nuestros días (p.189).

Así es que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia Colombiana¹², mediante la sentencia SC13925-2016 realizó un análisis diverso sobre el daño desde el punto de vista de la teoría de causalidad dejando las que tradicionalmente había venido aplicando en materia de responsabilidad civil y pasando a la denominada *teoría de la imputación normativa*.

Al respecto la tesis sostenida por la CSJ en la precitada sentencia acerca del análisis que se debe hacer en materia de daños en la responsabilidad civil ha estipulado dos estadios, (i) está orientado a determinar el universo de causas naturales que dieron lugar al daño y (ii) cuáles de esas causas le pueden ser atribuidas al agente dañador o deudor por parte del operador jurídico.

12 En adelante CSJ

De esta manera, la corte en la mencionada sentencia establece que:

Los requisitos que la ley exige para que el perjuicio que sufre una persona pase a ser responsabilidad de otra son: la presencia de un daño jurídicamente relevante; que éste sea normativamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación; y que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable (en los casos de responsabilidad común por los delitos y las culpas.

Ahora bien, para considerar cuáles serán esas herramientas que deberán utilizar los operadores jurídicos y para el mejor entendimiento desde el ámbito académico, se deben diferenciar los elementos que integran la responsabilidad civil, desde un análisis minucioso de cada uno de uno de sus aspectos más relevantes con la finalidad de comprender el campo de acción en el cual se marcará la imputación normativa.

Cabe diferenciar, que la imputación que se realiza en el derecho penal busca un juicio de reproche por una conducta punible, es decir, determinar la autoría, frente a la culpabilidad de la cual es objeto el agente dañador del principio o bien constitucional, pero en materia de responsabilidad civil, como ha quedado plasmado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que se busca es un patrimonio sobre el cual recaer para resarcir el daño causado. Es decir, en la responsabilidad civil no se busca un autor del daño como ocurre en el derecho sancionador (penal, disciplinario, entre otros), sino que se busca un patrimonio del cual se pueda cobrar el daño, sea del deudor o causante directo o de un deudor indirecto que aunque no es causante por acción le puede resultar imputable el daño por una causalidad por omisión.

En fundamento al pronunciamiento jurisprudencial y las posturas doctrinales, surge el cuestionamiento de cuáles deben ser los criterios que se deben aplicar al indemnizar el daño, teniendo en cuenta la teoría de la imputación normativa y la teoría de la causalidad en el caso concreto de Guillermo Pulgarin Sossa y otros contra inversiones médicas de Antioquia s.a. y la clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda.

En respuesta al anterior cuestionamiento, la investigación desarrolla un

análisis epistémico de la imputación normativa aplicada en la responsabilidad civil. En este punto es menester mencionar que se tendrán en cuenta las sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina, por medio de los cuales se plasman los conceptos constitutivos de la responsabilidad civil y sus elementos, por ende la necesidad de la investigación se evidencia en permitir desarrollar un abordaje temático dentro del cual la comunidad académica conozca el por qué epistémico de la teoría imputación normativa en la responsabilidad civil, y de este modo comprenda bajo que elementos dicha teoría puede ser aplicada en la responsabilidad civil y cuales han de ser los criterios que se deben tener en cuenta en la aplicabilidad.

Así, la comunidad en general, podrá tener un acercamiento hacia el fundamento constitutivo de la teoría de la imputación normativa, sus elementos y forma de operar.

METODOLOGÍA

Para determinar la aplicabilidad de la teoría de la imputación normativa al momento de indemnizar el daño, teniendo en cuenta el estudio de Caso: Guillermo Pulgarin Sossa y Otros contra Inversiones Médicas y La Clínica Las Vegas Coomeva, a partir de tres objetivos específicos, (i) examinar los fundamentos dogmáticos de la teoría de la causalidad y la teoría de la imputación normativa, una vez se diferencien los postulados frente a los cuales dieron origen a cada una de las teorías, se hace fundamental (ii) conocer los criterios que ha establecido la Corte Suprema de Justicia aplicables al caso concreto objeto de estudio, para finalmente (iii) determinar la efectividad de la aplicación de la teoría de la imputación normativa en la indemnización del daño.

No obstante, frente a los propósitos investigativos, se concibe el objeto de estudio desde el paradigma interpretativo a partir de un enfoque cualitativo, el cual permite realizar un análisis de las teorías enmarcadas dentro del campo de la responsabilidad civil, cuando se pretende indemnizar un daño, (Martínez, 2009), bajo el diseño hermenéutico, se recurre como método al estudio de caso, en esta ocasión el caso de Guillermo Pulgarin

Sossa y Otros contra Inversiones Médicas y La Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda, de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación Civil. Como fuentes de información se tomaron la jurisprudencia y los postulados teóricos, las cuales son abordadas mediante la técnica de análisis documental, desde el discurso tomando como instrumento una matriz de análisis planteada por (Hurtado, 2010); y, el análisis y procesamiento de dicha técnica se circunscribe bajo la teoría del círculo hermenéutico.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Fundamentos dogmáticos de la teoría de la causalidad y la teoría de la imputación normativa

Gran parte de la doctrina, la cual ha considerado y desarrollado que la causalidad es el único criterio para la imputación de daños (Cordech & Crende, 2006, p. 1), ha puesto de presente que solo hay una sola forma de imputación frente a un daño ocasionado que pone en marcha la responsabilidad civil, es de esta manera que en el universo jurídico colombiano ha predominado de manera absoluta dicha teoría.

Así (Cárdenas, 2006) establece que la teoría de la causa adecuada no solo representa un avance desde un punto de vista técnico respecto de la teoría de la equivalencia de las condiciones, sino que logra explicar más fácilmente el nexo causal, más sin embargo, cabe resaltar que la teoría de la causalidad ha generado muchos inconvenientes al momento de determinar si el daño ocasionado a un bien fundamental, fue por obra del agente dañador o si existe alguna causa natural que pueda servir para demostrar que ese daño ocasionado sale de la esfera de control del agente.

De ahí que, como sostiene (Olivares, 2017) el análisis en la teoría de la causalidad adecuada debe ser *en Abstracto* aplicando las reglas de la probabilidad, lo que da la idea “de que con el objeto de constatar la existencia de una probabilidad, se requiere una pauta mínima de certeza consistente en la regularidad de algún comportamiento o resultado con el cual se pueda analizar *en Abstracto* lo sucedido y el resultado de dicho análisis es lo que soporta argumentativamente la aplicación de las reglas de la experiencia”.

Pero cuán oportuna ha sido a la CSJ al cambiar dicha teoría, es decir, es innegable pensar en la gran confusión que suscita dicha teoría dado que el daño con gran frecuencia deriva de una pluralidad de causas, directas o indirectas, pero que constituyen todas juntas un antecedente sin el cual no se habría producido el resultado final.

De esta manera, se puede observar que la teoría de la causalidad adecuada por si sola se tornaría un tanto arbitraria al momento de atribuirle la responsabilidad de un daño producido al agente causador, en el sentido de que se deja en libertad al fallador de determinar qué regla de experiencia puede aplicar. Al respecto, (Prevot, 2010, p. 156) anota que el nexo causal ha recibido poca atención en el ámbito de la responsabilidad en comparación al resto de sus elementos.

En contra posición (Quiñonez & Restrepo, 2014) observan que el nexo causal es uno de los presupuestos de fundamentales para la prosperidad de la responsabilidad civil. No en vano, se trata de uno de aquellos elementos que resultan imprescindibles en cualquier tradición jurídica (p. 190), pero esto no es del todo cierto, porque si bien es cierto dicho nexo causal ha sido el imperante en la tradición jurídica de Colombia, tanto en la jurisprudencia relacionada sobre el tema como el en la legislación codificada, también es cierto que este es solo un elemento de los que se pueden utilizar para determinar la responsabilidad de la ocurrencia de un daño imputable a una persona, en el que, además, parece darse un tránsito (en la identificación de la conducta jurídicamente relevante) desde la teoría de la acción humana hacia posturas funcionalistas como la de la defraudación de las expectativas de confianza. Ciertamente, y como al respecto de esta teoría anota Le Torneau, el carácter totalmente artificial y Abstracto del examen retroactivo debería servir para no admitir esta teoría si no es con prudencia y circunspección.

Siguiendo la anterior línea argumentativa, Olivares (2017) sostiene que la causalidad no es un elemento suficiente sino necesario para la atribución del deber de indemnizar un daño, que junto con el elemento daño y el elemento imputación forman dicha atribución.

Con objeto de establecer el proceso lógico jurídico de imputación de una causa de un daño a un presunto responsable, los teóricos del derecho han elaborado

varias teorías que se verá a continuación.

Teoría de la equivalencia de las condiciones

De acuerdo con esta teoría, no es posible determinar el universo de concurrencias de factores y tampoco distinguir entre las varias condiciones que concurren para producir un daño y, entre estas, cual es más adecuada que otra.

De esta manera, frente a dicha teoría, anotan (Quiñonez & Restrepo, 2014) que a partir de la teoría de la equivalencia de las condiciones, se establece que el nexo causal se extiende *ad infinitum*, pues las condiciones para la producción del hecho dañoso se equiparan a las causas de daño (p. 188), es decir que la órbita de responsabilidad es inequitativa puesto que se expande la órbita a agentes que, por la lejanía con el hecho dañoso, carecen del vínculo necesario con el daño como para que sean condenados a indemnizar.

Por lo tanto serán causas de un perjuicio cuanto acontecimiento concorra a su realización, esto sería un absurdo jurídico, debido a que es imposible determinar que todos los acontecimientos que dieron origen a un daño le sean imputables a una persona, así (Velásquez, 2009) establece que todos, desde el punto de vista de la responsabilidad, son equivalentes; no hay porqué distinguir entre ellos; unos no se deben considerar como causa y otro no, quedando claro que dicha teoría es insuficiente para la imputación de un hecho dañoso a una persona toda vez que a la concurrencia del daño confluyen un universo de causas.

Teoría de la causalidad adecuada

Esta teoría nace con el objeto de subsanar las deficiencias de señaladas de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

La existencia de relación causal adecuada entre el hecho (u omisión del demandado) y el daño causado es requisito imprescindible de la responsabilidad civil, toda vez que siempre será requisito ineludible la exigencia de relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el nexo causal no ha podido acreditarse (López, 2016).

Por otra parte dicha teoría sostiene que para la existencia de una relación de causalidad, se hace necesario que un sujeto haya determinado el resultado con una acción proporcionadora, adecuada. La consecuencia fundamental de la teoría es que no se consideran causados por el agente los efectos que en el momento de la acción se presentase como improbables, es decir, los efectos extraordinarios o atípicos de la acción misma, en tal sentido expresa (Kelsen, 1934) que en el principio de causalidad, la condición es una causa y la consecuencia un efecto (p. 20), es decir, que la adecuación de la causa no se puede predeterminar por uno u otro condición, sino que se deben observar en su conjunto.

Por lo tanto, es menester entender que dicha como lo establece Arburola (2009) sostiene la necesidad de reconocer que un fenómeno es siempre producto de la confluencia de una pluralidad de circunstancias, sin cuya operación conjunta no pueda explicarse, que no solo es causa la condición que resulta adecuada para producir el resultado, sino que la adecuación se afirma o se niega según resulte previsible o no que tal factor pudiese ocasionar el resultado.

Causalidad e imputación

Como se puede evidenciar, en la teoría de la causalidad adecuada se establece un universo de causas que confluyen para producción de un daño, el cual le es imputable a una persona, ahora bien, partiendo de lo anterior diversos autores han establecido que la causalidad se puede concebir como una forma de imputación.

Al respecto de la presente teoría, Larenz citado por (Dosso, 2011) establece que:

En lo fundamental distingue entre imputación al hecho e imputación a la culpabilidad; la primera -la imputación objetiva- no es otra cosa que la adecuación: “En vez de causalidad “adecuada”, la ciencia del Derecho debería exigir causalidad “objetivamente imputable”. Si el resultado no fue objetivamente previsible, el comportamiento de la persona que lo haya causado no debe ser considerado como su propio hecho, sino como un acontecimiento casual.

De esta manera se puede observar que, dicha imputación es posible cuando el hecho puede ser visto como la realización de la voluntad del sujeto que actúa, es

decir, que es el elemento volitivo del sujeto dañador sea claramente identificada en la materialización del acto que produce el daño.

Pero, ¿Cuáles deben ser los elementos que debe tener en cuenta el juez para determinar la responsabilidad de un sujeto que, presuntamente ha ocasionado un daño? Y es que al respecto Larenz, como se pudo avizorar anteriormente, establece que lo que se debe tener en cuenta es la voluntad que tuvo el sujeto en la realización de la conducta dañosa, en la medida que tuvo la posibilidad de prever y dirigir o dominar el curso de dicha conducta la cual pudo haber evitado.

De lo anterior se puede observar que en la tradición jurídica imperante en Colombia por medio de la Corte Suprema de Justicia, se ha acogido a dicha tesis, en donde al momento de la imputación de un daño a un individuo, se le atribuye como propio, es decir, que el daño ocasionado se le atribuye como propio solamente si se establece el nexo causal existente entre la causa originaria del daño y el efecto que produce.

Fundamentos dogmáticos la teoría de la imputación normativa

Para entender mejor los la teoría de la imputación normativa, se hace necesario conocer los requisitos que la ley exige para que el perjuicio que sufre una persona pase a ser responsabilidad de otra son: (i) la presencia de un daño jurídicamente relevante; (ii) que éste sea causado por acción u omisión (elemento normativo), y (ii) que exista una imputación sea por el fundamento subjetivo u objetivo.

Se pone de presente que el daño en el primer elemento concerniente a la responsabilidad civil que se debe tener en cuenta, ya que sin perjuicio no hay responsabilidad, así el jurista (Henao, 2007) establece *que el daño es constituye un requisito de la obligación de indemnizar*, pero al respecto dicho autor también establece que aunque el daño es un requisito esencial mas no suficiente para la determinación de la responsabilidad civil.

Siguiendo con ese criterio la Corte Suprema de Justicia (2016) en la sentencia SC-13925, ha establecido que:

No está de más aclarar que esta imputación no lleva implícito el reproche de la conducta por haber creado un riesgo jurídicamente desvalorado y realizado en el resultado concreto típico, tal como se la suele entender en la dogmática del derecho penal, para cuya determinación la división entre la *imputatio facti* e *imputatio iuris* carece de toda importancia. De ahí que nada tiene que ver con la ‘teoría de la imputación objetiva’ que se ha desarrollado en aquella área recientemente. (p. 37)

Dejando de presente que la teoría de la imputación normativa es totalmente diferente a lo que en la doctrina se ha establecido como imputación objetiva y es que por decirlo en forma más explícita: en la doctrina de la imputación objetiva de las teorías del delito al uso se lleva a cabo una operación que no es, en propiedad, imputación, sino un juicio de valoración de un hecho previamente imputado. Brevemente: la doctrina de la imputación objetiva no sería propiamente imputación, sino interpretación y subsunción.

El segundo elemento a considerar es que dicho daño le sea normativamente atribuible al agente a quien se demanda la indemnización en el caso de la causalidad por omisión, de otra manera el daño o perjuicio no es solamente una afectación a la esfera externa del sujeto (como por ejemplo un detrimento patrimonial) o una vivencia subjetiva (*verbi gratia* un intenso sufrimiento psicológico), porque para que tales repercusiones alcancen el estatus de daños resarcibles, deben haber sido valoradas previamente por el ordenamiento jurídico como dignas de protección jurídica y de indemnización.

Al respecto establece (Amado, 2013) que las pautas para atribuir a un hecho la categoría de daño jurídicamente relevante se determinan de acuerdo con los valores y principios del ordenamiento jurídico, sin que sea posible acoger dicha noción bajo una definición legal omnicompreensiva.

El tercer elemento a tener en cuenta es que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable o imputable sea por fundamentos subjetivos u objetivos, es decir que en lo que respecta al componente subjetivo de la responsabilidad, no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (*imputatio facti*), sino que hace falta entrar a valorar si esa conducta es meritoria o desmeritoria de conformidad con lo que la ley exige (*imputatio iuris*).

También en materia de culpabilidad, el dolo y la culpa se imputan a partir de un marco de sentido jurídico que valora la conducta concreta del agente, pero no se “constatan” mediante pruebas directas.

Al respecto la Corte establece en la dicha sentencia que

La libertad que exige la culpabilidad civil sólo requiere que el artífice cuente con la posibilidad de conocer las circunstancias del obrar por motivos razonables (previsibilidad), pero no que se haya representado las consecuencias de su conducta (falta de previsión), por lo que la culpa que resulta suficiente para endilgar responsabilidad civil es la culpa sin representación, pues de otro modo no tendría cabida en ella la impericia o completa ignorancia acerca de lo que debe saberse en un contexto específico de acción. (p. 40)

De otra manera, el supuesto de causalidad natural desempeñará un papel importante en los eventos en los que debate la atribución de la responsabilidad civil, pero dicha atribución se podrá refutar si se demuestra que su conducta no produjo el daño, es decir, establecer si las causas que le dieron origen al daño salieron de la esfera de control del agente.

Frente al juicio de reproche culpabilístico, se configura cuando se verifican las posibilidades reales que el agente tuvo al ejecutar su conducta. Luego, no hay culpa extracontractual cuando el daño ha acontecido en circunstancias tales que el agente no tuvo la *oportunidad* de prever, es decir cuando no tuvo la opción de evitar el daño.

CONCLUSIONES

Conforme al avance investigativo en relación al objeto de estudio: se establece que evidentemente la teoría causalista, dentro del campo de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico Colombiano ha tenido origen a partir de los fundamentos de múltiples teorías como lo son: *La teoría de la causa próxima, la teoría de la causa eficiente, la teoría de equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad adecuada, la teoría de la causalidad como Imputación*. Siendo estas tres últimas, objeto de análisis debido a la relevancia que tiene con el objeto investigado.

En fundamento de lo anterior, se concluye adicionalmente que en la teoría de la causalidad adecuada existen elementos que van más allá de la teoría de la imputación normativa, toda vez que se puede escoger dentro del universo de causas cuál es la más adecuada al momento de determinar la responsabilidad de un agente en la producción de un daño.

Finalmente, se reconoce que frente a los factores que determinan la responsabilidad civil con ocasión a un daño, existe una contraposición entre los postulados doctrinales conforme a la aplicabilidad, tanto en la teoría de la causalidad adecuada como en la teoría de la imputación normativa.

Como citar este capítulo

APA

Olivares-Torres, F.Y., Aguilar-Barreto, A.J., Trejos-Teherán, L.D., y Gómez-Rodríguez, D.L. (2018). La imputación normativa en la responsabilidad civil: estudio de caso Guillermo Pulgarin Sossa y otros contra inversiones médicas y la clínica Las Vegas Coomeva. En Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. (Eds.), *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho* (pp.38-51). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

VANCOUVER

Olivares-Torres FY, Aguilar-Barreto AJ, Trejos-Teherán LD, y Gómez-Rodríguez DL. La imputación normativa en la responsabilidad civil: estudio de caso Guillermo Pulgarin Sossa y otros contra inversiones médicas y la clínica Las Vegas Coomeva. En: Aguilar-Barreto AJ, Hernández-Peña YK, Contreras-Santander YL, Flórez-Romero M, Editores. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar; 2018. Pp.38-51.

HARVARD

Olivares-Torres, F.Y., Aguilar-Barreto, A.J., Trejos-Teherán, L.D., y Gómez-Rodríguez, D.L. (2018). “La imputación normativa en la responsabilidad civil: estudio de caso Guillermo Pulgarin Sossa y otros contra inversiones médicas y la clínica Las Vegas Coomeva”. En: Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. Eds. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

CHICAGO

Olivares-Torres, Frank Yurlian, Andrea Johana Aguilar-Barreto, Luis Daniel Trejos-Teherán y Dora Lisbeth Gómez-Rodríguez, “La imputación normativa en la responsabilidad civil: estudio de caso Guillermo Pulgarin Sossa y otros contra inversiones médicas y la clínica Las Vegas Coomeva”, en *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*, editado por Andrea Johana Aguilar-Barreto, Yurley Karime Hernández-Peña, Yudith Liliana Contreras-Santander, Marcela Leonor Flórez-Romero (Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018), 38-51.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amado, J. (2013). *Razones para una teoría normativista de la RCE, en La filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: U. Externado de Colombia.
- Arburola, A. (2009). *Derecho Penal: Teoría de la imputación objetiva*. Capítulo 7 teoría

- de la adecuación. <http://www.mailxmail.com/curso-derecho-penal-teoria-imputacion-objetiva/teoria-adequacion>
- Cárdenas, C. (2006). Configuración de la responsabilidad penal en las personas jurídicas. *Revista iter ad veritatem*. Recuperado de: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/915/889>
- Cordech, P. & Crende, A. (2006). *Causalidad y responsabilidad*. *Revista para el análisis del derecho*. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (30/09/2016). Sentencia SC-13925-2016. (M.P. Ariel Salazar Ramírez)
- Dosso Dal, D. (2011). *La teoría de la imputación objetiva* (tesis de maestría, Universidad de Mendoza). Recuperado de: <http://master.us.es/cuadernosmaster/8.pdf>
- Herrera, E. (sf). *Introducción a la responsabilidad civil*. 1. Recuperado de: <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>
- Henoa, J. (2007). *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia.
- Hurtado, J. (2010). Guía para la comprensión Holística de la ciencia. Tercera Edición, *Fundación Sypal*: Caracas. (Parte II Capítulo 3 y 4).
- Kelsen, H. (2011). *Teoría pura del derecho*.
- López, M. (2016). *Causalidad adecuada y responsabilidad civil*. *Diario Civil y Obligaciones Nro 85*. Recuperado de: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/09/DOCTRINA-Civil-05.09-1.pdf>
- Martínez, M. (2009). *Ciencia y arte de la metodología cualitativa*. México. Trillas
- Olivares, F. (2017). *La Causalidad, Elemento de la Atribución del Deber de Reparar un Daño Antijurídico*. Bogotá, ed. Ibañez.
- Posada, O. (2013). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Segunda edición. Temis.
- Prevot, J. (2010). *El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil*. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 15, pp. 143-178
- Quiñonez, S. & Restrepo, J. (2014). *De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana*. 129 *Vniversitas*, 187-235. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129> doi:10.11144/Javeriana.VJ129.caio
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., *Librería Jurídica comlibros*.

3

FORTALECIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA: DESDE LA CONCERTACIÓN DE ESPACIOS DIALÓGICOS EN LA REGIÓN FRONTERIZA DE NORTE DE SANTANDER¹³

*Leonardo Yotubel Díaz Guecha¹⁴, Andrea Johana Aguilar Barreto¹⁵
y Candy Selene Barbosa Monsalve¹⁶*

¹³Capítulo de libro producto del proyecto de investigación: *Perspectivas profesionales del abogado: pensando la Universidad*. Vinculados al semillero de investigación Holístico. Fecha de inicio: 14 de febrero de 2017. Fecha de culminación: 3 septiembre de 2017. Tipología Original. Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta Colombia.

¹⁴Abogado, Universidad Libre de Colombia. Magister en Educación, Universidad Simón Bolívar. Especialista en gestión informática, Universitaria Remington. Correo electrónico: l.diaz01@unisimonbolivar.edu.co

¹⁵Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. Posdoctora (c), innovación educativa y TIC. Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.

¹⁶Docente Investigador y Coordinadora del Semillero Holístico de Universidad Simón Bolívar. orcid.org/0000-0003-1074-1673. Correo electrónico: andrcitajaguiar@hotmail.com

Palabras clave

Responsabilidad social universitaria, integración binacional, proyección social, región binacional.

Resumen

La educación superior en América Latina se ha incrementado en el siglo XXI gracias a la dedicación multilateral de los Estados y el sector de la empresa privada. Aun así, las instituciones de educación superior todavía no asumen la identidad que ha de caracterizarlas en tanto que agentes transformadores de la sociedad y ello se revela en las dificultades que encuentran a la hora de plantear estrategias para promover el desarrollo científico y cultural ante un escenario donde las acciones sectoriales se encuentran fragmentadas. Esto amerita plantear reflexiones que propongan alternativas para el fortalecimiento de la responsabilidad social universitaria en el ámbito regional y de frontera, lo cual significa tener en cuenta los retos que ello implica a la hora de exigir mayor voluntad a las partes involucradas en la triada Universidad-Empresa-Estado.

STRENGTHENING UNIVERSITY SOCIAL RESPONSIBILITY: FROM THE COORDINATION OF DIALOGICAL SPACES IN THE BORDER REGION OF NORTE DE SANTANDER

Keywords

University social responsibility, binational integration, social projection, binational region.

Abstract

Higher education in Latin America has increased in the 21st century thanks to the multilateral dedication of states and the private business sector. Even so, higher education institutions still do not assume the identity that characterizes them as transformative agents of society and this is revealed in the difficulties they encounter in raising strategies to promote the scientific development and cultural a scenario where the sectorial actions are fragmented. This deserves raise reflections that propose alternatives for the strengthening of the university social responsibility at the regional and the border, which means taking into account the challenges that this implies when demanding more will to the parties involved in the triad University-Company-State.

INTRODUCCIÓN

La difícil condición económica de la frontera y el reciente cierre de la misma en Norte de Santander ha ralentizado el proceso de acercamiento intersectorial, especialmente entre las universidades de la región binacional. Solo hasta finales de la primera década del siglo XXI, las instituciones de educación superior de la región binacional se vieron en la necesidad de unir esfuerzos para la generación de un plan de acción encaminado a la formulación de proyectos de movilidad académica, problemática fronteriza y acreditación de estudios, entre otros. Sin embargo, las intenciones para la integración entre las instituciones educativas de ambos países parecen prevalecer a pesar de que los resultados de tales esfuerzos se hayan visto condicionados a las difíciles relaciones políticas entre Colombia y la República Bolivariana de Venezuela.

Investigar escenarios poco profundizados conlleva a buscar y generar mayor información de la establecida, o bien como lo enuncia Morín la realidad es compleja, y de ningún modo seguir lineamientos positivistas y cartesianos mostrándonos un mundo dividido en muchas partes bien separadas entre sí, conllevando retos académicos más grandes y de mayor complejidad, repensando el desarrollo de la práctica profesional en Consultorio jurídico, la cual permita generar acción sin daño y profesionales socialmente responsables, capaces de aplicar en la práctica los conocimientos adquiridos en aulas de clases, es así como lo manifiesta Gardner 1998; Monereo 1994; Morín 1995; Juarroz 1996 citado por (Herrera, 2001 Pág. 2) “comprender, crear, valorar, tomar decisiones, desenvolverse autónomamente, seleccionar información, aprender a aprender, todos aprendizajes meta-cognitivos con una clara connotación transdisciplinaria”

Aunque las universidades de la región fronteriza no han actualizado el uso del concepto de la responsabilidad social universitaria como bisagra de sus intenciones articuladoras, ello sugiere que la ausencia de su enunciación puede plantear problemas en torno a un insumo de valor que determina a la academia; su identidad y la crisis que ello supone: “Crisis, por cuanto las universidades experimentan dificultades para cumplir adecuadamente con sus funciones estratégicas y para actuar como motores del desarrollo científico, tecnológico, económico, político y cultural” (Vallaey, De la cruz y Sasia, 2009, p. viii).

De este modo, el rol que desempeñan las universidades en la región binacional de la frontera colombo venezolana determina el desarrollo de la región, sin embargo, dicha crisis no puede pasar desapercibida.

METODOLOGÍA

El presente artículo crítico pertenece al conjunto de estudios del paradigma interpretativo, con enfoque cualitativo como explica Martínez (2009) que permite analizar el impacto social que implica la responsabilidad social Universitaria, como facilitadora de espacios dialógicos, que propendan por la reconstrucción de ámbitos sociales que favorezcan los escenarios

de la paz. A partir de la revisión documental y teórica se estudiará la responsabilidad Universitaria. Para el desarrollo de los objetivos se recurre a la hermenéutica como postura epistemológica que da fundamento al desarrollo de la investigación, pues ésta da cuenta de la realidad, alejándose de todo presupuesto previo, un paradigma Histórico Hermenéutico.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El impacto de la institución universitaria en la región binacional

Cuando se habla de responsabilidad social universitaria se está haciendo referencia al impacto social que ella implica. A este respecto, Vallaeys (2012) sostiene que los impactos no son actos y que ni siquiera son las consecuencias provocadas por los actos. De hecho, los impactos surgen de las acciones de un conglomerado de seres humanos que intencionadamente se unen para existir en sociedad.

Cuando de instituciones universitarias se trata, se le exige que se haga responsable de su misión social y para ello es necesario desarrollar una cultura de impactos, más no de actos. Pues los actos como tal suelen ser aislados y precisamente se trata de articular aquellas acciones individuales en acciones más participativas que provoquen la adecuada gestión interinstitucional con los diversos sectores en los que la sociedad apremia a las universidades: social, educativa y empresarial.

Desde esta perspectiva, el propósito de la responsabilidad social universitaria no es otro que integrar la dimensión social de la universidad en términos de impacto y en consecuencia, responsabilizarse de tales impactos requiere de la asociación con otras instituciones de educación superior igualmente significativas en aras de la reconstrucción de la identidad universitaria.

En concreto, definir la responsabilidad social universitaria requiere tener en cuenta el impacto que la institución genera dentro de su contexto dentro de un marco intersectorial y tales impactos repercuten en los siguientes ámbitos: organizacional, educativo, cognoscitivo y social.

Para tales efectos, la responsabilidad social universitaria requiere formalizar su lugar a nivel de gestión para consolidar su dimensión pública y jurídica así como su dimensión organizacional y así desplegar su potencial. Por ello, para evitar aventurarse en territorios improvisados procurando la normalización de su gestión de calidad es prudente considerar la Conferencia de Responsabilidad Social realizada en Estocolmo en el año 2004, pues allí se resolvió desarrollar una norma de estandarización (ISO) para la responsabilidad social universitaria para el seguimiento de la gestión ética, comunitaria, medio ambiental y de clima laboral, entre otros.

En este sentido, para dar inicio a la articulación de la responsabilidad social universitaria es necesario no perder de vista el proyecto educativo institucional (PEI) y ello sugiere la conformación de equipos universitarios con cierto grado de compromiso colectivo capaz de dar cuenta de una identidad en tanto que comunidad académica. Así, “la responsabilidad social le exige a la universidad ser una organización que se piensa, se investiga y aprende de sí misma para el bien de la sociedad” (Vallaeys, De la cruz y Sasía, 2009, p. 2).

Sin embargo, aunque en primera instancia la responsabilidad social universitaria puede establecerse a partir de un determinado programa de la oficina o dependencia de proyección social, ha de sentarse jurídicamente como una política institucional integral responsable de la gestión de los impactos sociales de la institución universitaria.

Hacia el fortalecimiento de la responsabilidad social universitaria: antecedentes regionales para la concertación de espacios dialógicos

En el espacio fronterizo entre Venezuela y Colombia se ha consolidado toda una serie de relaciones espaciales espontáneas a lo largo de la historia, desde mucho antes de la separación de la Gran Colombia en 1830, las comunidades fronterizas a ambos lados del límite conforman un solo tejido social (Urdaneta, 2011 citado en Linares y Gómez, 2012). Este es el fundamento para considerar que el tejido social de la región binacional es el elemento a re-construir para aliviar las frecuentes fricciones a las que se ven expuestos los seres humanos que conviven y comparten las influencias y consecuencias políticas, económicas e históricas propias de esta frontera en crisis. No extraña que le corresponda a la academia

propiciar las condiciones para la reconstrucción del tejido social de la región binacional.

En la región binacional del Estado Táchira, la Universidad de los Andes de Venezuela (ULA) se preocupó desde la década de los ochenta por adelantar estudios que abordara los problemas de frontera siendo quizás una de las pioneras en adelantar una dependencia dedicada a los estudios de frontera a través del Centro de Estudios de Fronteras e Integración (CEFI). Sus intereses investigativos se han orientado a asuntos políticos, sociales, económicos, culturales y geopolíticos de desarrollo regional auspiciando la integración fronteriza y constituyéndose en una de las primeras universidades en hacer evidente la necesidad de integración académica binacional así como la producción del estado del arte más rico con el que se pueda contar en lo que a estudios de frontera se refiere.

Sin embargo, no fue sino hasta la primera década del siglo XXI que se llevaron a cabo las primeras acciones oficiales o formales para la promoción de la integración universitaria en la región binacional de Colombia y Venezuela. Para tales efectos se constituyó la Asociación de Instituciones de Educación Superior de Venezuela y Colombia (ASIESVECO).

Entre las instituciones colombianas participantes en los inicios de dicha asociación figuraron la Universidad de Pamplona, la Universidad de Santander (UDES), la Universidad Libre, la Universidad Simón Bolívar, la Universidad Francisco de Paula Santander, la Escuela de Administración Pública ESAP, la Universidad Santo Tomás, la Fundación de Estudios Superiores FESC, la Universidad Antonio Nariño; y por parte de la República Bolivariana de Venezuela participaron el Instituto Pedagógico “Gervasio Rubio”, el Colegio Universitario Monseñor de Táchira, el Instituto Universitario de la Frontera IUFRONT, la Universidad de los Andes ULA, el Instituto Universitario de Tecnología “Antonio José de Sucre” y la Universidad Nacional Experimental de Táchira UNET.

Este punto de partida permitió la conformación de la primera Comisión Operativa o equipo universitario responsable del análisis del contexto para la fijación de metas y proyectos que a ejecutar por parte de las instituciones de Educación Superior de la región binacional. (Universidad de Pamplona, Comunicado No

082, 6 de Julio de 2009).

A este respecto, la doctora Esperanza Paredes, ex - Rectora de la Universidad de Pamplona, propuso: Cunir esfuerzos de la redefinición de la identidad fronteriza, a partir de la construcción de alianzas que nos permitan llegar a la consolidación los convenios que ya se encuentran vigentes entre las instituciones”. (Ministerio de Educación Nacional, 2009).

Tal idea es consistente con el ideal que se propone la nueva concepción de la responsabilidad social universitaria: la redefinición de la identidad universitaria. Tal identidad sólo es posible en la medida que se alcancen concilios y acuerdos interinstitucionales. De este modo, se auguraba que tales esfuerzos sentarán una nueva Cultura Binacional Universitaria en la región fronteriza colombo-venezolana.

Sin embargo, teniendo en cuenta la crisis diplomática entre Colombia y Venezuela dada en 2010, los buenos oficios del incipiente ASIESVECO se detuvieron durante dos años frenando el desarrollo y fortalecimiento de cualquier tipo de gestión en lo referente a la proyección universitaria binacional. No sería sino hasta el segundo semestre de 2011 que la Territorial Norte de Santander de la Escuela Superior de Administración Pública convocó nuevamente a las universidades de la frontera vinculadas a ASIESVECO.

Pero a tal convocatoria solo asistieron representantes de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, Universidad Francisco de Paula Santander UFPS, Universidad de Santander UDES, Universidad Simón Bolívar UNISIMON, Corporación Universitaria Remington y la Fundación de Estudios Superiores FESC y Universidad Santo Tomás; mientras que en representación de la República Bolivariana de Venezuela asistió la Universidad Nacional Experimental del Táchira.

La ausencia de algunas universidades colombianas y venezolanas líderes en la región binacional evidenció la dispersión provocada por las diferencias entre las dos naciones y cualquier avance asumido por la Comisión Operativa de la Universidad de Pamplona quedó en el tintero.

Para iniciar nuevamente, se plantearon nuevos esfuerzos entre los que se destacaron el IV Encuentro Internacional Cooperación y Descentralización organizado por la ONG Cooperación Internacional, Integración y Descentralización (CIIDER) en la sede de la UDES en Cúcuta durante el mes de Noviembre de 2011.

Así mismo, la UNET propuso la realización de actividades Binacionales para abordar problemáticas fronterizas e igualmente destacable, el Rector de la Universidad Simón Bolívar recomendó la conformación de un Comité de Investigación Inter Universitario para articular el saber universitario por medio de la investigación con el fin de responder las disposiciones de Colciencias.

Tales apreciaciones llevaron al Rector de la Universidad Nacional Experimental del Táchira a contactar al Rector de la Universidad de los Andes de Venezuela (ULA) para que también orientarse acciones formales respecto de su participación y contribución en ASIESVECO.

En consecuencia, la Facultad de Investigación de la Escuela Superior de Administración Pública, gracias a la mediación del Doctor Eddy Alberto Africano, Ex - Director del Centro de Investigación Territorial Norte de Santander-Arauca, se consolida la realización del Primer Encuentro Binacional de Investigación ULA-ESAP en la Casa Natal Santander en noviembre de 2011 en el Municipio de Villa del Rosario (Norte de Santander).

De este modo, el Primer Encuentro Binacional de Investigación ULA-ESAP (2011) integró representantes de Colombia, Venezuela y Ecuador consolidando el inicio de la cultura binacional de la investigación, pues sirvió de referente para el desarrollo de futuros eventos y actividades de integración académica e investigativa en la región binacional de la frontera norte santandereana.

Tales esfuerzos constituyen sin lugar a duda los primeros logros para la formación de una identidad universitaria binacional y un norte para sembrar las semillas que hablan del impacto regional como un primer esbozo para el fortalecimiento del ideal de la responsabilidad social universitaria, la cumple un rol fundamental en la investigación de las políticas para llevar adelante, y en el

diseño de campos de acción para incursionar, o bien en el análisis de los marcos establecidos para proponer soluciones alternativas. (Martínez, Mavárez, Rojas y Carballo, 2008, pp. 87).

Sin embargo, la crisis binacional fue en aumento y los intentos por un acercamiento retornaron a su habitual distancia pues el cierre fronterizo que activó el gobierno bolivariano desplegado bajo la forma de Estado de Excepción en la frontera del Estado Táchira el día 21 de agosto de 2015, necesariamente impactó en el debilitamiento del desarrollo y actualización de la cualquier esfuerzo en torno a la promoción de la responsabilidad social universitaria.

Esto significó, mayor debilitamiento de la integración regional en términos académicos, económicos y políticos; o lo que es lo mismo, dificultando la integración de la Universidad-Empresa-Estado. Aunque ASIESVECO insistió en la necesidad de actualizar su página WEB e incluso sugirió que se también se usarán los portales digitales de cada universidad para difundir sus acciones, en la actualidad su página oficial permanece vacía... aunque existe (Ver enlace en las referencias).

CONCLUSIONES

Para promover la responsabilidad social universitaria es necesario articular las acciones individuales en acciones donde la participación destaque la adecuada gestión interinstitucional con los diversos sectores en los que la sociedad apremia a las universidades: social, educativo y empresarial. Para definir la responsabilidad social universitaria se requiere tener en cuenta los impactos que la institución genera dentro de su contexto dentro de un marco intersectorial y tales impactos repercuten en los siguientes ámbitos: organizacional, educativo, cognoscitivo y social. La responsabilidad social universitaria requiere formalizar su lugar a nivel de gestión para consolidar su dimensión pública y jurídica así como su dimensión organizacional y así desplegar su potencial. Es obligatorio que la institución universitaria desarrolle una norma de estandarización (ISO) para la responsabilidad social universitaria para el seguimiento de la gestión ética, comunitaria, medioambiental y de relaciones laborales y públicas.

Se requiere la creación de colectivos o equipos que incluyan e integren todas las funciones de la institución: académica, proyección social e investigación. Esto exige el análisis conjunto e interinstitucional para plantear soluciones a problemas específicos del entorno a través de proyectos interdisciplinarios, interinstitucionales e intersectoriales, susceptibles de fortalecer los ritmos académicos e investigativos de las universidades.

Solo hasta la primera década del siglo XXI se llevaron a cabo las primeras acciones oficiales o formales para la promoción de la integración universitaria en la región binacional de Colombia y Venezuela pero se ha visto obstaculizada por las crisis diplomáticas entre los dos países.

Lo anterior no puede detener la nueva concepción de la responsabilidad social universitaria, es decir, la redefinición de la identidad universitaria. Tal identidad solo es posible en la medida que se alcancen concilios y acuerdos interinstitucionales e interuniversitarios para sentar una nueva Cultura Binacional Universitaria en la región fronteriza colombo-venezolana. En este sentido, ASIESVECO constituye un ejemplo que ha mediado el impacto que requiere la promoción de la responsabilidad social universitaria. Sin embargo, se requieren nuevas alternativas digitales activas que mantengan actualizado el acercamiento entre las universidades de la región binacional.

Como citar este capítulo

APA

Díaz-Guecha, L.Y., Aguilar-Barreto, A.J., Barbosa-Monsalve, C.S. (2018). Fortalecimiento de la responsabilidad social universitaria: Desde la concertación de espacios dialógicos en la región fronteriza de Norte de Santander. En Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. (Eds.), *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho* (pp.52-63).Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

VANCOUVER

Díaz-Guecha LY, Aguilar-Barreto AJ, Barbosa-Monsalve CS. Fortalecimiento de la responsabilidad social universitaria: Desde la concertación de espacios dialógicos en la región fronteriza de Norte de Santander. En: Aguilar-Barreto AJ, Hernández-Peña YK, Contreras-Santander YL, Flórez-Romero M, Editores. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar; 2018. Pp.52-63.

HARVARD

Díaz-Guecha, L.Y., Aguilar-Barreto, A.J., Barbosa-Monsalve, C.S. (2018). "Fortalecimiento de la responsabilidad social universitaria: Desde la concertación de espacios dialógicos en la región fronteriza de Norte de Santander". En: Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. Eds. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

CHICAGO

Díaz-Guecha, Leonardo YotuhelL, Andrea Johana Aguilar-Barreto, Candy Selene Barbosa-Monsalve, “Fortalecimiento de la responsabilidad social universitaria: Desde la concertación de espacios dialógicos en la región fronteriza de Norte de Santander”, en *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*, editado por Andrea Johana Aguilar-Barreto, Yurley Karime Hernández-Peña, Yudith Liliana Contreras-Santander, Marcela Leonor Flórez-Romero (Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018), 52-63.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asociación de Instituciones de Educación Superior de Venezuela y Colombia. ASIESVECO. Recuperado el 10 de noviembre de 2016: http://asiesveco.unet.edu.ve/index.php?option=com_content&task=view&id=23&Itemid=42
- Herrera, M. (2001). Reflexiones en torno a la aplicabilidad pedagógica de la informática: apuntes para un trabajo transdisciplinario, en un currículo Escolar. *Estudios Pedagógicos* N 27 75 – 95
- Linares, R., y Gómez, H. (2012). Espacio regional fronterizo y ciudad binacional metropolitana: conceptualización y delimitación. Caso Táchira San Cristóbal, Venezuela y Norte de Santander Cúcuta Colombia. *Aldea Mundo Revista sobre Fronteras e Integración* Año 17, No. 34.
- Martínez, M. (2009). *Ciencia y Arte en la Metodología Cualitativa* (2a Edición ed.). México: Trillas.
- Martínez, C., Mavárez, R. J., Rojas, L. A., & Carvallo, B. (2008). La responsabilidad social universitaria como estrategia de vinculación con su entorno social. *Frónesis*, 15(3). Recuperado de: <http://200.74.222.178/index.php/fronesis/article/view/3058>
- Ministerio de Educación. (2009). Universidad de Pamplona en la Comisión Operativa de Asiesveco. Disponible en: <http://www.mineduacion.gov.co/cvn/1665/article-195427.html>
- Universidad de Pamplona. (2009). Universidad de Pamplona en la Comisión Operativa de Asiesveco. Comunicado No 082, 6 de Julio de 2009. Disponible en: http://www.unipamplona.edu.co/unipamplona/portallIG/home_1/recursos/documentos_generales/noticias/2009/julio/06072009/comunicado_082.jsp
- Vallaes, F., De la Cruz, C., y Sassia, P. (2009). Responsabilidad social universitaria. Manuel de primeros pasos. *Mc Graw Hill*. México.
- Vallaes, F (2012). Campus Responsable. Capítulo de Memoria. Octava Cátedra Abierta de Extensión. Responsabilidad Social Universitaria. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia.

4

DIVERSIDAD REFLEXIVA EN TORNO A LA FRONTERA COLOMBO VENEZOLANA: UN ANÁLISIS DEL PRESENTE¹⁷

*María Susana Marlés Herrera¹⁸, Walter Alejandro Vivas Tellez¹⁹,
Samuel Leonardo López Vargas²⁰, Wilkar Simón Mendoza Chacón²¹,
Johan Andrés Estupiñan²² y Mateo Piza Chaustre²³*

¹⁷Capítulo de libro producto del proyecto de investigación, *Los imaginarios sociales de la comunidad educativa de los estudiantes de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta, en relación con el concepto de frontera y el Ser Ciudadano. Vinculado a los semilleros INCIFRO y HOLÓSTICO, núcleo Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Grupos de investigación INSOL y ALEF. Fecha de inicio: marzo 2013. Fecha de culminación: diciembre 2017. Tipología: Original. Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Colombia.*

¹⁸Magíster Ciencia Política, Universidad de Los Andes-Bogotá. Docente investigador Universidad Simón Bolívar extensión Cúcuta. Correo electrónico: m.marles01@unisimonbolivar.edu.co Grupo de investigación ALEF

¹⁹Trabajador Social Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Especialista en Orientación ocupacional, Docente investigador Universidad de La Paz, Barrancabermeja. Correo electrónico: alex0483@gmail.com

²⁰Abogado en formación. Miembro del Semillero Holístico, núcleo Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Simón Bolívar extensión Cúcuta. Correo electrónico: leonarsamuclopez@gmail.com

²¹Abogado en formación. Miembro del Semillero Holístico, núcleo Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Simón Bolívar extensión Cúcuta. Correo electrónico: wilkar_001@botmail.com

²²Abogado en formación. Miembro del Semillero Holístico, núcleo Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Simón Bolívar extensión Cúcuta. Correo electrónico: mateopizachaustre@gmail.com

²³Abogado en formación. Miembro del Semillero Holístico, núcleo Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Simón Bolívar extensión Cúcuta. Correo electrónico: johan.andres13080@gmail.com

Palabras clave

Frontera, ciudadano de frontera, imaginario social.

Resumen

El presente documento, es resultado de una investigación soportada en la premisa: “Hacer visible la invisibilidad social”, conforme lo plantea Castoriadis (2007), cuya frase sustenta el estudio desde los imaginarios sociales, teoría y método, que intenta conocer, entender, explicar, analizar lo social desde su entorno, su contexto y las problemáticas que allí subyacen. Su propósito está ajustado en realizar una aproximación a la realidad que hoy afronta la academia, como lo es, animar a los profesionales en ciencias jurídicas y sociales a reconocer una región, una frontera, una ciudadanía. La metodología cualitativa fue el fundamento que se aplicó, desde los autores Taylor y Bogdan (2000), en tanto ésta permite vislumbrar el escenario social y a las personas, desde una perspectiva holística, epistemológica y ontológica; los escenarios o los grupos no son reducidos a variables, sino considerados como un todo. Su desarrollo permitió percatarse del afán por el derecho a la inclusión, como derecho a ser diferente, lo cual conduce a la versión plural de la igualdad, la equidad y la tolerancia. En éste, existe el sentimiento de preservar lo auténtico, lo nacional, lo regional, lo local, por tanto, lo fronterizo, desde lo homogéneo, lo heterogéneo, la fraternidad, lo que une.

REFLECTIVE DIVERSITY AROUND THE COLOMBIAN-VENEZUELAN BORDER: AN ANALYSIS OF THE PRESENT

Keywords

Frontier, frontier citizen, social imaginary.

Abstract

The present document is the result of an investigation supported in the premise: “To make visible the social invisibility”, as it raises Castoriadis (2007), whose sentence supports the study from the social imaginary, theory, and method, that tries to know, understand, explain and analyze the social issue from its surrounding, its context and the problems that underlie it. Its purpose is adjusted to make an approximation to the reality that today faces the academy, as it is to encourage professionals in legal and social sciences to recognize a region, a frontier, a citizenship. The qualitative methodology was the foundation that was applied, from the authors S.J. Taylor and R. Bodgan (2000), while it allows glimpsing the social scenario and people, from a holistic, epistemological and ontological perspective; the scenarios or groups are not reduced to variables but considered as a whole. Its development made it possible to realize the desire for the right inclusion, as a right to be different, which leads to the plural version of equality, fairness, and tolerance. In this, there is the feeling of preserving the authentic, the national, the regional, the local, therefore the frontier from the homogeneous, the heterogeneous, the fraternity, wick and unites.

INTRODUCCIÓN

“Cada vez los Derechos Humanos se constituyen en una representación social construida por las personas comunes y corrientes que les posibilita entender el mundo político y su complejidad en términos de los atributos de los individuos, los cuales deben ser protegidos por los Gobiernos, respetados por cualquier persona y llevados a un ideal en el que nadie esté exento de gozar de ello.”

Serge Moscovici.

La presente reflexión manifiesta su importancia y trascendencia en la inaplazable necesidad de acercarse al “saber” desde la academia, como armadura importante en el desarrollo de las sociedades. La postmodernidad

hace que el saber circule más rápido, hay una cantidad abrumadora de información respecto a un mismo hecho. Por ello, de acuerdo con Lyotard (1991) “en la sociedad postmoderna la ventaja pertenece al que sabe y puede obtener un suplemento de información”.

El que haya cambios en una sociedad particular y que afecten, repercutan e influyeran a uno o varios colectivos, se debe entre otras cosas, a la intensificación de las relaciones sociales provocadas por el acortamiento de distancias y el acercamiento entre los individuos. Por tanto, es posible encontrar tendencias que tratan de reestructurar a la sociedad y desembocan en el surgimiento de nacionalismos y regionalismos.

Ante la vasta pluralidad de ideas, es válido observar diversos ámbitos de discusión conceptual sobre las fronteras en América Latina, los cuales pudiesen agruparse en dos grandes tendencias: la primera centrada en la seguridad, en especial, por las preocupaciones que nacen a partir de las decisiones internacionales, una de las más influyentes la norteamericana (Canadá, Estados Unidos y México); la segunda equivale a las causas estructurales del conflicto armado interno colombiano, como también a la crisis social y económica que subyace en el país²⁴.

El Estado, a partir del gobierno central y la fuerza pública, tiende a concentrar el análisis en el tema de la seguridad, relacionada de manera casi unívoca con las redes globales del narcotráfico y sus conexos (tráfico de armas, insumos químicos, combustibles, entre otros), sin detenerse a profundizar su vínculo con referentes históricos, culturales, socioeconómicos, incluso familiares, de una región fronteriza.

Así mismo, lo plantea Walsh (2005, pág. 28): Es decir, la “historia” del conocimiento está marcada geo históricamente, geopolíticamente, y

24 No es un secreto que a partir de las fronteras terrestres entre Colombia y sus vecinos suramericanos, especialmente con Venezuela, existe gran problemática en relación al tráfico de contrabando de alimentos, vestuario, electrodomésticos, armas y drogas. Todo ello, base monetaria, de importancia no solo para los grupos armados organizados, sino para un espectro significativo de binacionales, que en éste encuentran una generación de ingresos, en tanto la ingobernabilidad y carencia efectiva de políticas públicas, garantía de derechos, frente a la dignidad de un pueblo, al interior de sus Estados

geo culturalmente; tiene valor, color, y lugar de “origen” (citado por Walsh, 2005). Dependiendo del observador, una perspectiva tendrá prevalencia sobre otra, y probablemente, allí radiquen las dificultades para tener una mejor comprensión y acción sobre las fronteras. Las mismas, hoy son foco de atención, están inmersas en apabullantes procesos de globalización, se ven urgidas a redefinirse por la transformación de su paisaje, su territorio. La historia, la cultura que las explicó, gracias a las distancias que se acortan, a los límites nacionales que al parecer desaparecen, en la actualidad reflejan una unidad sin respeto, a las diversidades y complejas condiciones/características de los estados que en ellas confluyen.

Sin embargo, al ser uno de los países andinos más extenso, con prolongadas áreas limítrofes, y uno de los que ejerce un menor control territorial sobre ellas, Colombia ha ido convirtiéndose en el país de mayor complejidad y problemática fronteriza (Ramírez, 2010, pág.131)

Es cuando surge el argumento del momento histórico para indagar el imaginario social que se tiene ante el concepto de frontera de los habitantes que ella confluyen, esto, en tanto la categoría de ser ciudadanos de frontera, los desafíos que enfrentan en el día a día, ante los nuevos entornos y contextos, los cuales requieren de una rigurosa y exhaustiva reflexión desde la academia, frente a la formación, como futura responsabilidad e intervención a realizar por parte de los futuros egresados, en los ámbitos cultural, social, económico y político.

Así lo enuncia Estrada (2011, pág. 6):

En la era de la globalización y de la llamada crisis de la modernidad, la intervención en lo social se viene hoy reformulando por parte de las diferentes profesiones y disciplinas, sobre la base de la existencia de nuevos contextos, nuevos escenarios, nuevos problemas sociales, nuevos y complejas problemáticas sociales.

Parafraseando a Murcia (2009), existen referentes relacionados con los imaginarios respecto a la concepción de universidad; en sus orígenes, específicamente en el Medioevo, el concepto universidad hacía referencia a un grupo de personas diversas que se asociaban entorno al saber, más precisamente

se creó desde la concepción de unidad en la diversidad, idea que se asemeja y se interrelaciona con la idea que se tiene de la palabra democracia, donde su carácter de agremiación asociativa es la que le ha permitido mantenerse a través de la historia, como institución social y ejercer autónomamente las funciones que le son inherentes.

La idea de universidad se asienta entonces sobre escenarios de poder, de control del conocimiento, para ejercer determinada influencia sobre los ámbitos de la vida humana. En este sentido se ve el entorno universitario como un centro del saber y además como un espacio y/o una forma organizativa; estos espacios por ser constituidos por personas, estudiantes, maestros y funcionarios, estas son las encargadas de su funcionamiento y mantenimiento, ejercitan una importante intervención directa, de todos y cada uno de sus integrantes, en una sociedad determinada.

METODOLOGÍA

La indagación, soporte del escrito, se realizó a partir de un enfoque cualitativo, en tanto éste permite al investigador social, vivir en el escenario o contexto social asumiendo la experiencia como propia, concibiendo a los informantes desde una perspectiva holística, epistemológica y ontológica; los escenarios o los grupos no son reducidos a variables, sino considerados como un todo. Por ello, es congruente lo cualitativo, en tanto que el ejercicio académico debe propender por la interacción de sujetos sociales, responsables y comprometidos con una concepción de un entorno social adecuado y propicio para las presentes y futuras generaciones, desde el ejercicio pleno de sus derechos y deberes, así como las garantías del mismo, que promuevan y obtengan un análisis crítico y reflexivo, de su cotidianidad y de sus experiencias de vida.

“El imaginario social” es una expresión forjada por Cornelius Castoriadis, con la que frecuentemente hoy algunos investigadores sociales o periodistas sustituyen términos como “mentalidad”, “conciencia colectiva” o “ideología” como forma de designar las “representaciones sociales”. Baeza (2000) afirma que “los imaginarios sociales se constituyen en singulares matrices de sentido

existencial, como elementos coadyuvantes en la elaboración de sentidos subjetivos atribuidos al discurso, al pensamiento y a la acción social” (citado por Hurtado 2004, pág. 2).

En ese sentido, el presente escrito por tanto es resultado de una simbiosis entre, la investigación realizada con un grupo de jóvenes estudiantes de los programas de Trabajo Social y de Derecho de la universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, en el 2014 titulada “los imaginarios sociales en torno a los conceptos: frontera y el ser ciudadano”; como también inferencia, en la actualidad, de los incesantes acontecimientos que vive el país vecino de Venezuela, los cuales han conllevado un impacto importante, a los residentes en Colombia.

Se soporta en la diversidad de conceptos sobre frontera, los cuales determinan tendencias y posturas, en su comprensión y análisis; unos la consideran como “la frontera que fija los márgenes de la legalidad se funda en la protección de los derechos de los inmigrantes contra la explotación” (García, 2008, p.15).

Otros la interpretan en términos socio-culturales, en la medida que las fronteras políticas, en forma histórica, cuentan con un número considerable de los llamados “camino reales”, lo cual las hace permeables, por tanto, el trasegar diario de migrantes de uno u otro estado, genera intercambios, desde lo cultural, como también en lo familiar y por supuesto en lo comercial y laboral.

Cabe también dialogar sobre qué significado se acerca a la representación “ciudadanía”, teniendo en cuenta que el mismo según Zamora (2005, pág. 141) es “una categoría básica del discurso político moderno”, lo cual, explicado desde la libertad y la igualdad naturales, son ciudadanos de frontera, todos aquellos que cuentan con las características que poseen todos los seres humanos por el sencillo hecho de nacer en un territorio definido.

Los pueblos y las culturas, ubicados geográficamente en los límites entre estados, definen y construyen un “nosotros” y un “otros” como parte de

sus propias dinámicas históricas. Es improbable lograr identidad sin al mismo tiempo establecer diferencias. Pero quienes están de un lado de la línea o del otro, la actitud frente a esos otros, es variable y depende de circunstancias y contingencias propias de su acontecer.

De la misma manera cabe entonces traer a colación a Jelin (2001, pág. 93), cuando afirma: “Dada la situación actual del mundo y especialmente de nuestra región, comprender las cuestiones de la exclusión es, sin ninguna duda, urgente y prioritario”.

En el presente contexto, priman sucesos que acontecen en Venezuela, los cuales se quiera o no reconocer, han suscitado conjeturas heterogéneas en quienes perciben y se ven concurridos por tales circunstancias, todo ello instituye representaciones sociales que ciudadanos en Colombia, y en general en Latinoamérica, crean para dilucidar qué pasa, qué pasó y qué pasará en el país hermano. Es aquí cuando subyace la importancia y trascendencia de plantear en forma circumspecta algunos resultados de la investigación enunciada, hermanados a la reflexión del presente fronterizo colombo-venezolano.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Carlos Humberto Cascante-Segura, profesor de historia de la Universidad Nacional de Costa Rica, en su escrito “Algunas reflexiones desde la ética “CIENTÍFICA”, en clave de epílogo”, en el libro: Repensar las fronteras, la integración regional y el territorio, de la CLACSO, IDESPO, Soto (2017) manifiesta:

Ante lo propuesto: “El grito”, obra icónica del maestro noruego Edvard Munch, pintada hacia finales del siglo XIX, muestra un ser andrógino que experimenta un estado de angustia o desesperación; el personaje está inmerso en un fondo cuasi-definido, cuyas líneas y formas transmiten la idea de movimiento. En síntesis, una excelente metáfora de la realidad actual, donde los cambios en el sistema internacional causa que los individuos se enfrenten a fenómenos que ocurren a gran velocidad y cuyas lógicas de reacción muchas veces quedan atrás.

De ello es posible inferir lo imprescindible de incluir las tendencias del pensamiento del individuo, los grupos y las comunidades dentro del estudio y el ejercicio de los profesionales de las ciencias jurídicas y sociales, que originen cambios en la percepción y resolución de los problemas, desde una perspectiva del desarrollo humano, lo cual conlleva gran relevancia en cuanto a las alternativas que posiblemente tengan o no los habitantes en la frontera, para encarar escenarios sociales con autonomía y responsabilidad. El hecho de redireccionar el rumbo de una sociedad es cuestión de cambiar de mentalidad, el romper paradigmas del ayer implica encaminar las ideas en el presente hacia un futuro cambiante, desde una perspectiva humana, posible y necesaria.

Es cuando ilustrar la importancia de la cooperación entre naciones, más cuando hay ventajas demográficas como las existentes en las naciones de Colombia y Venezuela, así como el potencial por su ubicación geográfica.

Laverde y Tapia (2009), en su artículo *Tensión en las Fronteras*, hacen un recorrido bastante atrayente en el cual se incluyen las relaciones binacionales entre Colombia y Venezuela, además de la situación político-administrativa actual en la cual se hallan los habitantes de lado y lado de la frontera, éstos formulen:

En este escenario, se entiende porque entre 1999 y 2008, la relación entre los gobiernos nacionales de Colombia y Venezuela ha fluctuado entre la tensión y la cooperación: por un lado, hay tensión por los diferendos fronterizos que aún existen entre ambos países, por otro lado, se presentan importantes procesos de cooperación e integración en el plano comercial, industrial y de proyectos de infraestructura. (pág. 69)

Los modelos de desarrollo propuestos por los gobiernos nacionales, han determinado que las economías fronterizas, se transformen en agentes dependientes el uno del otro con el paso de los años, lo cual en su momento permitió que la dinámica en frontera fuera más que activa, dependiente del acontecer de las decisiones tomadas por las hegemonías políticas.

Es importante advertir, en este momento, como en la historia del país, los pueblos indígenas, verdaderos dueños del territorio americano manifiestan

su postura ante la idea de frontera:

En virtud de los procesos socio-históricos, es preciso distinguir conceptualmente la migración internacional indígena propiamente tal de la movilidad territorial ancestral, que ocurre en los pueblos indígenas que fueron fragmentados por los límites establecidos con la creación de los Estados (CEPAL, 2014, pág. 338)

Compartiendo la visión ancestral expresada anteriormente en términos de identidad, Anderson (1996) señala cuatro dimensiones básicas en el concepto de fronteras:

Primero, las fronteras son instrumentos de la política del Estado dado que los gobiernos procuran influenciar la localización y función de las mismas. En segundo lugar, las políticas y las prácticas obligadas de los gobiernos por el control que poseen sobre los espacios fronterizos. Tercero, las fronteras son constructoras de la identidad; y cuarto, frontera como término del discurso (particularmente en la exaltación de nacionalismos), cuyo significado cambia según el tiempo y lugar. (Citado por Linares, 2006, pág.56)

Pero aun cuando se habla de un abandono total desde lo interinstitucional y por las características centralistas en el arte de gobernar, surge la idea de plasmar los esfuerzos que por décadas trataron de consolidar las anteriores administraciones en el territorio fronterizo, como también la imperiosa construcción de una política pública de fronteras que tenga en cuenta, entre otros: institucionalidad legítima, programas bilaterales que articulen efectivos acercamientos en lo social, en lo étnico, en lo comercial.

Una deducción de los acontecimientos actuales y las problemáticas regionales fronterizas propuesta por Reich²⁵ (1993), la explica así:

Los bienes fundamentales de una nación serán la capacidad y destreza de sus ciudadanos. La principal misión política de una nación consistirá en manejarse con la fuerza centrífuga de la economía mundial que romperá la atadura que mantiene unidos a los ciudadanos.

25 Economista y docente universitario estadounidense, quien fue secretario de trabajo en el período 1993-1997 de Bill Clinton y asesor de transición de Barack Obama en 2008

Conforme lo dicho por esta figura académica y política, el futuro de las líneas fronterizas tenderán a modificarse y no serán concebidas como se hace hoy día, por el contrario, se dará la oportunidad de que tomen protagonismo los habitantes que componen cada país, es decir, para el caso Colombo-Venezolano, tendiente a la integración y cooperación de sus fuerzas productivas, condiciones económicas y crisis política, los pobladores de las dos naciones, permanecerán en procura de oportunidades, encaminadas al bienestar de sus familias o por así decirlo a la sobrevivencia, conforme los entornos se presenten.

Es cuando, asumir un complemento al tema de frontera, la nacionalidad. Su trascendencia consiste en que muchos nacionales de los dos países cuentan con doble nacionalidad, es decir, “son de aquí y son de allá”, por tanto, desarrollar las nociones de nacionalidad, doble nacionalidad y por qué no, también el concepto de ciudadanía.

Para ello, cabe conocer la definición de nacionalidad, y doble nacionalidad, de acuerdo con la norma. En Colombia, la legislación sobre la nacionalidad se basa primordialmente, en el artículo 40 constitucional²⁶, adicionalmente en la Ley 43/1993, modificada por la Ley 962/2005: “Por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana; se desarrolla el numeral séptimo del artículo 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Así mismo, se puede decir que “Nacionalidad es el atributo jurídico que señala el individuo como miembro del pueblo constitutivo de un estado. Es el vínculo legal que une a un individuo con un estado” (Diccionario Jurídico Mexicano 1998).

De acuerdo con la legislación internacional, la nacionalidad es un derecho, en tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su

26 El artículo 96 constitucional, especifica quienes son nacionales colombianos: por nacimiento (Ius Solis, Ius Sanguinis e Ius Domicili) y por adopción

Artículo 15 párrafo 1, enuncia “toda persona tiene derecho a una nacionalidad y nadie puede ser privado arbitrariamente de ella, ni de su derecho a cambiar de nacionalidad”.

Por otro lado, al hablar de doble nacionalidad el antecedente más cercano lo encontramos en el Instituto de Derecho Internacional, que en su sesión de Estocolmo de 1928 estableció el derecho de las personas a cambiar de nacionalidad; donde además en su art. 1 indica: “Ningún Estado se aplicará a la adquisición y pérdida de las normas de nacionalidad, que tienen implicaciones para la doble nacionalidad, si otros países aceptan las mismas reglas.

Ahora bien, ¿qué es ciudadanía?, esta es posible definirla como: lo que expresa la pertenencia de un individuo a una sociedad dada, en la que por supuesto participa activamente en todas sus decisiones. Dispone de una serie de atributos legales y al mismo tiempo integra la comunidad política de la nación a la cual pertenece.

Por ende, “el ser ciudadano” implica tener el sentimiento de pertenencia e identidad en un lugar geográfico específico, en el cual, interactúa con responsabilidad, con derechos y respeto por las obligaciones pertinentes que surjan de ese status.

De la misma manera, al dialogar sobre ciudadanía, cabe discernir elementos en cuanto a la llamada y muy necesaria convivencia ciudadana, como lo expresa el maestro Mockus (2002):

... la modernidad acentúa la diferenciación entre reglas legales, reglas morales y reglas culturales, entre ley, moral y cultura. No es lo mismo la sanción legal que el sentimiento de culpa y ninguno de estos dos castigos es asimilable al repudio social. (pág. 21)

Teniendo en cuenta lo enunciado, el ser ciudadano requiere orientar y motivar las personas a la resolución de dificultades sociales, donde el pluralismo participativo, la defensa y a su vez la ampliación de los derechos sociales, el acceso a la participación en la toma de decisiones, en forma

efectiva, se garanticen. Para ello es válido traer a colación un concepto sobre el “desarrollo a escala humana” con base en lo enunciado por Max-Neef, Elizalde y Hopenhayn (2010): articular una nueva visión que aborde los conflictos entre las diversas miradas y facilite el diálogo que lleve a la definición colectiva del problema, de los objetivos y de las vías de transformación (pág. 5).

Jürgen Habermas, de la misma manera, es uno de los autores que más lúcidamente se ha dedicado a analizar la situación de la ciudadanía en la contemporaneidad más inmediata. Para él, es necesario reconocer la realidad de unos estados postnacionales, que son, en suma, los estados plurinacionales y también pluriétnicos que se poseen en la actualidad. Estos nuevos estados, en contra de lo que pueda parecer en un principio, conducen a patrones de ciudadanía de tipo incluyente.

CONCLUSIONES

El acercarse al “saber” desde la academia, como armadura importante en el desarrollo de las sociedades; conforme la sociedad va cambiando, las instituciones de enseñanza superior intentan contribuir en la formación de los individuos para que refuercen sus competencias, a fin de satisfacer las necesidades sociales. Se puede decir entonces que la frontera más que una línea limítrofe que une a dos naciones para el contexto colombo-venezolano, es un puente de comunicación e intercambio que con el transcurrir de los años ha adquirido dinamismo y dependencia, debido a los diferentes cambios que se han gestado política y socialmente hablando, así como los diferentes fenómenos que han experimentado los habitantes en cada uno de estos escenarios, esto ha reconfigurado de una forma particular el modo como se ve y se define el contexto frontera.

De acuerdo con lo manifestado anteriormente, hay que empezar a construir relaciones duraderas “La afinidad y complementación económica entre los dos países, no solo serviría para continuar dinamizando el intercambio entre las dos naciones, sino, más importante, facilitaría la integración con terceros mercados en la que están empeñados los dos países”. (Beltrán y Afanador 2011)

Aunque esa relación fuerte y dinámica entre pobladores toma importante valor en la actualidad, se hace referencia a ese pasado inmediato en el cual eran los colombianos quienes se refugiaban en Venezuela para huir de los problemas que vivía el país como el conflicto armado, al parecer los roles se cambiaron y ahora son los venezolanos los que acuden a Colombia como salida a la crisis político-social que se vive en Venezuela.

Cuando un porcentaje importante de habitantes en Norte de Santander, tienen parientes en Venezuela o provienen de familias venezolanas, es relevante mencionar que la frontera colombo-venezolana, está totalmente permeada por lazos de consanguinidad históricos en sus connacionales, por ende, el ser binacional no sólo se refleja en documentos legales; también, es percibida en una manifiesta integración de casi dos siglos de convivencia fluctuante entre tensiones y cooperación.

Frontera como concepto universal, como concepto polisémico tiene además todas las utilidades y usos mencionados, condiciona, hay dependencia del otro, de la política, de la religión, de la nacionalidad, de la economía, de los lazos familiares, de la lengua, de la propia identidad. Existen miles de fronteras distintas, pero con un punto común por definición, el límite, las cuales a lo largo de la historia han cambiado y así lo seguirán haciendo; No existen dos fronteras iguales, cada una ha sido moldeada por sus gentes, las que viven por y para la frontera, por los políticos, y por todos los que creyeron, fuera verdad o no, que había intereses que defender o que amasar en ellas. Como consecuencia de guerras, tratados, negociaciones y todo tipo de subterfugios han ido modificándose, no sólo en el plano físico sino también política, cultural y socialmente. Esos hechos han conseguido separar familias enteras, alimentar el odio por el “otro”, por el extranjero, aumentar la xenofobia y el racismo, incluso utilizar la lengua, como forma excluyente.

Para finalizar, la Asamblea General de la ONU del 19 de septiembre 2016, adoptó por consenso la Declaración de Nueva York sobre refugiados y emigrantes, un documento que reitera el compromiso de la comunidad internacional con los derechos y la protección de esas personas. La Declaración fue aprobada en la Cumbre sobre el tema y fue pactada por los 193 Estados

miembros de Naciones Unidas el mes pasado, entre ellos Colombia.

El numeral 24 de la misma reza:

Reconociendo que los Estados tienen derechos y responsabilidades en la gestión y el control de sus fronteras, aplicaremos procedimientos de control de fronteras que sean conformes con las obligaciones aplicables en virtud del derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados. Promoveremos la cooperación internacional en materia de gestión y control de las fronteras como un elemento importante de la seguridad de los Estados, incluidas las cuestiones relativas a la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, el terrorismo y el comercio ilícito. Velaremos por que los funcionarios públicos y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que trabajan en las zonas fronterizas estén capacitados para respetar los derechos humanos de todas las personas que cruzan o tratan de cruzar las fronteras internacionales. Fortaleceremos la cooperación internacional en la gestión de las fronteras, incluso en lo que respecta a la capacitación y el intercambio de las mejores prácticas. Intensificaremos el apoyo en ese ámbito y contribuiremos al desarrollo de la capacidad, según proceda. Reafirmamos que, de conformidad con el principio de no devolución, las personas no deben ser devueltas a las fronteras. Reconocemos también que los Estados, al tiempo que respetan esas obligaciones y principios, tienen derecho a tomar medidas para impedir el cruce irregular de sus fronteras.

Reflexión que invita a mirar las fronteras mundiales (especialmente la colombo-venezolana dado que es el contexto donde se centra este escrito) a través de su cultura, historia, convivencia e imaginarios, adicionalmente, bajo el marco de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, como respuesta a la grave crisis social que persiste en el planeta, acentuada en el último decenio en la frontera binacional colombo-venezolana.

Como citar este capítulo

APA

Marlès-Herrera, M.S., Vivas-Tellez, W.A., López-Vargas, S.L., Mendoza-Chacón, W.S., Piza-Chaustre, P., y Estupiñán, J.A. (2018). Diversidad reflexiva en torno a la frontera colombo venezolana: un análisis del presente. En Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. (Eds.), *La investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho* (pp.64-79). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

VANCOUVER

Marlés-Herrera MS, Vivas-Tellez WA, López-Vargas SL, Mendoza-Chacón WS, Piza-Chaustre P, Estupiñan JA. Diversidad reflexiva en torno a la frontera colombo venezolana: un análisis del presente. En: Aguilar-Barreto AJ, Hernández-Peña YK, Contreras-Santander YL, Flórez-Romero M, Editores. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar; 2018. Pp.64-79.

HARVARD

Marlés-Herrera, M.S., Vivas-Tellez, W.A., López-Vargas, S.L., Mendoza-Chacón, W.S., Piza-Chaustre, P, y Estupiñan, J.A. (2018). "Diversidad reflexiva en torno a la frontera colombo venezolana: un análisis del presente". En: Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. Eds. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

CHICAGO

Marlés-Herrera, María Susana, Walter Alejandro Vivas-Tellez, Samuel Leonardo López-Vargas, Wilkar Simón Mendoza-Chacón, Mateo Piza-Chaustre y Johan Andrés Estupiñan, "Diversidad reflexiva en torno a la frontera colombo venezolana: un análisis del presente", en *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*, editado por Andrea Johana Aguilar-Barreto, Yurley Karime Hernández-Peña, Yudith Liliana Contreras-Santander, Marcela Leonor Flórez-Romero (Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018), 64-79.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Beltran, L., y Afanador, B. (2011). Colombia y Venezuela: a repensar los acuerdos económicos para relanzar la integración bilateral. *Revista Administración y desarrollo*. ESAP. 39(53), 123-136.
- Castoriadis, C. (2007). *La institución imaginaria de la sociedad*. Buenos Aires: Tusquets Editores.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL, Naciones Unidas. (2014). Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Santiago de Chile, Chile.
- Diccionario Jurídico Mexicano, *Porrúa*, México 1998. Pág. 2173.
- Estrada, M. (2011). Trabajo social, intervención en lo social y nuevos contextos. Ponencia II Seminario Internacional. Intervención en trabajo social: Fundamentación teórica y metodológica, realizado en la ciudad de Medellín el 19 y 20 de Noviembre de 2009.
- García, O. (2008). Fronteras discursivas: Las políticas migratorias de inclusión y exclusión en la Unión Europea. *Discurso & Sociedad*, 2(4), 746-768.
- Hurtado, D. (2004). Reflexiones sobre la teoría de Los Imaginarios. *Revista Cinta Moebio* 21: 169-174, Chile.
- Jelin, E. (2001). Exclusión, memorias y luchas políticas. Buenos Aires.

- CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales Editorial/ Editor 2001. Recuperado de: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20100912040237/7jelin.pdf>
- Laverde, Z., y Tapia, E. (2009). *Tensión en la Frontera. Un análisis sobre el con,,icto armado, el desplazamiento forzado y el refugio en las fronteras de Colombia con Ecuador, Venezuela y Panamá. Consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento forzado-CODHES* (Pág. 69). Bogotá: Colombia.
- Linares, R. (2006). Globalización, integración regional, fronteras y movimientos laborales 1. *Cuadernos Sobre Relaciones Internacionales, Regionalismo y Desarrollo*. Vol. 1 (no. 1), Pág. 52.
- Lytard, J. (1991). *La condición postmoderna. Informe sobre el saber*. Traducción de Mariano Antolín Rato. Editorial R.E.I. Argentina S.A. Segunda edición, pág. 42.
- Max-Neef, M., Elizalde, A., y Hopenhayn, M. (2010). *Desarrollo a escala humana. Opciones para el futuro*. Biblioteca CF+S. Madrid. Recuperado de: <http://habitat.aq.upm.es>
- Mockus, A. (2002). Convivencia como armonización de ley, moral y cultura. *Perspectivas*, vol. XXXII, n° 1, marzo 2002. Bogotá, Colombia.
- Murcia, N. (2009). Vida universitaria e imaginarios: posibilidad en definición de políticas sobre educación superior. *Rev. latinoam. cienc. soc. niñezjuv*. Pág. 245.
- Ramírez, S. (2010). *Colombia: fronteras terrestres, vecindad e integración. Coyuntura Económica*, Vol. XL, No. 1, pp. 117-148. Fedesarrollo, Bogotá - Colombia.
- Reich, R. B., & Amusátegui, J. M. (1993). *El trabajo de las naciones*. Javier Vergara
- Soto Acosta, W. (2017). *Repensar las fronteras, la integración regional y el territorio*. CLACSO, IDESPO, Universidad Nacional de Costa Rica.
- Taylor, S., y Bogdan, R. (2000). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Ediciones Paidós. Tercera edición.
- Walsh, C. (2005). Interculturalidad, colonialidad y educación. Originalmente, presentado como ponencia en el Primer seminario internacional "Etnoeducación, multiculturalismo e interculturalidad", Bogotá, 1 al 4 de noviembre 2005.
- Zamora, J. A. (2005). Ciudadanía e inmigración. Las fronteras de la democracia. *A. Pedreño & M. Hernández (coords.). La condición inmigrante. Exploraciones e investigaciones desde la región de Murcia (141-158)*. Murcia: Universidad de Murcia.

5

TERCERIZACIÓN LABORAL EN LOS CONTRATISTAS INSTALADORES DE REDES, A LA LUZ DE LA RECOMENDACIÓN 198 DE LA OIT, CASO DE ESTUDIO: CLARO COLOMBIA EN CÚCUTA, NS²⁷

**Pablo José Pérez Herrera²⁸, Mauricio Rafael Pernía Reyes²⁹,
Marcos Rodrigo Cerda Carrasco³⁰ y Dora Lisbeth Gómez Rodríguez³¹**

²⁷ Capítulo de libro producto del proyecto de investigación: Estudio comparativo de la tercerización laboral en Colombia y Venezuela. Vinculado al semillero de investigación Laboral Monseñor Romero de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Fecha de inicio: febrero de 2016. Fecha de culminación: febrero de 2017. Tipología Original. Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Colombia.

²⁸ Abogado, Docente-investigador. Director del Semillero de Investigación Laboral Monseñor Romero de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Colombia. Correo electrónico: p.perez@unisimonbolivar.edu.co

²⁹ Abogado, Docente -investigador de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Colombia. Correo electrónico: m.pernia@unisimonbolivar.edu.co

³⁰ Abogado, Docente -investigador. Coordinador del Semillero de Investigación Laboral Monseñor Romero de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Colombia. Correo electrónico: m.cerda06@unisimonbolivar.edu.co

³¹ Abogada. Miembro del Semillero de Investigación Laboral Monseñor Romero de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Colombia. Correo electrónico: lizbethgomez2012@hotmail.com

Palabras clave

tercerización, beneficio empresarial, derechos laborales, realidad.

Resumen

La externalización de actividad laboral se ha convertido en una herramienta útil para los empleadores que desean reducir los costos laborales bajo el pretexto de estrategia de optimización de los recursos. Ello ha significado una desaparición de los derechos derivados de la relación de trabajo para determinados sectores de trabajadores, entre ellos, los contratistas de empresas principales cuya actividad aparenta estar íntimamente vinculada. Con esta investigación se evaluó el cumplimiento de los estándares que permiten inferir la existencia de una relación laboral en el caso de los trabajadores instaladores de redes de la empresa CICSA quien es contratista de la empresa Claro Colombia en la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander. Se empleó el paradigma holístico con un perfil de tipo analítico. Participaron 56 trabajadores de la empresa CICSA (contratista de Claro Colombia). Se concluye que desde 1980 se debate sobre el beneficio de las políticas flexibilizadoras en el mercado laboral. Hoy día el tema de discusión se centra en la competitividad de los empleadores, sin embargo, tendencias de tipo protectorio laboral señalan que no tiene nada de innovador pretender ser competitivo empresarialmente a partir de los costos y de los beneficios de los trabajadores. En la prestación de servicio que existe entre los trabajadores de CICSA y Claro Colombia, no se cumplen la mayoría de los criterios establecidos por la OIT en la recomendación 198, por lo que es ese caso no se infiere la existencia de una relación laboral.

LABOUR OUTSOURCING IN NETWORK INSTALLER, GIVEN THE 198 RECOMMENDATION OF OIT, CASE OF STUDY: CLARO COLOMBIA IN CÚCUTA

Keywords

outsourcing, business benefits, labor rights, reality.

Abstract

Outsourcing of work activity has become a useful tool for employers who want to reduce labor costs under the pretext of resource optimization strategy. This has meant the disappearance of labor-related rights for certain sector, including the contractors of major undertakings whose activity appears to be closely linked. This research evaluated the fulfillment of the standards that allow inferring the existence of a working relationship in the case of the workers of networks installers of the company CICSA who is a contractor of the company Claro Colombia in the city of Cúcuta, Norte de Santander. The holistic paradigm was employed with an analytical-type profile. 56 workers from the CICSA company (Claro Colombia Contractor). It is concluded that since 1980 the benefit of flexibilization policies in the labor market has been debated. Today the topic of the discussion focuses on the competitiveness of employers, however, tendencies of labor protection type indicate that there is nothing innovative to pretend to be competitive business based on the costs and benefits of workers. In the service provider that exists between CICSA and Claro Colombia, most of the criteria established by the 198 recommendation of OIT are not met, so it is not the case that the existence of a working relationship is inferred.

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo contiene el informe final de la ejecución del proyecto de investigación “El contexto de la tercerización laboral en los contratistas instaladores de redes en la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander a la luz de la recomendación 198 de la OIT. Caso de estudio: contratistas de Claro Colombia”, llevado a cabo dentro del marco de actividades del Semillero de Investigación Laboral “Monseñor Oscar Arnulfo Romero”, adscrito al Grupo Altos Estudios de Frontera “ALEF” del Programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, cuyo objetivo general se orientó en evaluar mediante el enfoque multidimensional propuesto por la Organización Internacional del Trabajo, en la recomendación 198, el cumplimiento de los

estándares que permiten inferir la existencia de una relación laboral en el caso de los trabajadores instaladores de redes contratistas de Claro Colombia de Cúcuta, departamento Norte de Santander.

De acuerdo con el artículo 25 de la Constitución Política de Colombia, el trabajo goza en todas sus modalidades de especial protección del Estado. La Corte Constitucional ha destacado que esa especial protección se predica no solamente de la actividad laboral subordinada, regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, sino que la misma se extiende a otras modalidades, entre las cuales se cuentan aquellas en las que el individuo lo ejerce de manera independiente, puesto que, más que al trabajo como actividad Abstracta se protege al trabajador y a su dignidad (Sentencia C-645/2011).

Después de la segunda guerra mundial el derecho del trabajo comenzó a padecer profundas transformaciones. Las razones de ello se justifican, ya que se trata de la rama del derecho que más sufre los cambios de la realidad social. En dicho contexto de mutaciones, aparece la flexibilidad laboral como respuesta al cambio en el comportamiento y actitud de los principales actores sociales del mercado de trabajo (los empleadores). Tal y como lo describe Nascimento (1992) “La flexibilización del derecho del trabajo es la corriente del pensamiento, según el cual las necesidades de naturaleza económica justifican la postergación de los derechos de los trabajadores” (p. 137).

La flexibilidad laboral pues, dio paso a la tercerización, definida por Bossio (2012) como “el proceso a través del cual, se externaliza hacia otras empresas, determinadas funciones o actividades, que anteriormente se desarrollaban por la propia empresa” (p. 2). A pesar que no existe una ley que regule o desarrolle en forma específica el tema de la tercerización de servicios, Moncada & Monsalvo (2000) plantean que “la legislación colombiana hace posible su implementación a través de tres figuras jurídicas que son: las empresas asociativas de trabajo, las cooperativas de trabajo asociado, y la contratación independiente” (p. 30).

Tomando en cuenta estas consideraciones, el Semillero de Investigación Laboral de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta, ejecutó este proyecto

para evaluar la modalidad de contratación conforme al principio de la primacía de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias, identificando según a los criterios de la recomendación 198 OIT, si existe prestación personal del servicio, cumplimiento de horario determinado, tiempos de servicio y remuneraciones.

El contexto de la tercerización laboral

Siguiendo esta línea, Blanco (2005), en su trabajo llamado “Criterios para evitar el abuso de la Tercerización” expone que debe darse un equilibrio entre flexibilidad y protección, para evitar efectos perversos sobre la economía y el trabajador. De igual manera, urge la necesidad de una mayor intervención de la inspección del trabajo para evitar el abuso de las nuevas figuras de deslaborización. Es por esto que las nuevas formas de contratación no siempre se ajustan a los parámetros de una relación de trabajo, por lo que contribuye a que cada día aumente el número de trabajadores que quedan excluidos del ámbito de la protección normalmente asociada con una relación de trabajo. Por ello, el papel central del Estado es fundamental, puesto que debe jugar un rol de primer orden al dirimir las controversias que se suscitan entre la siempre pretendida ampliación de la flexibilidad laboral para privilegiar la economía, con la debida protección para brindar la seguridad que reclaman los trabajadores.

Finalmente, Orjuela, Segura & Tovar (2012), en su tesis “Fraude al contrato de trabajo” señalan que es común encontrar el encubrimiento de una relación laboral mediante otra de una naturaleza diversa, en estos casos se está frente a una simulación contractual o de un fraude a la legislación laboral. Es necesario dejar claro cuáles son las diferencias entre la simulación y el fraude, en caso que sea necesario acudir a la jurisdicción. Para que exista simulación las partes se debieron poner de acuerdo en la realización del acto simulado, mientras que el fraude a la ley puede ser efectuado sólo por una de las partes involucradas en la relación jurídica; para que la simulación se declare nula se requiere la existencia de un ánimo de defraudar a terceros, mientras que en el fraude a la ley dicha intención se presume al violar la prohibición impuesta por la ley.

El Artículo 53 de la Constitución Política de Colombia prevé el principio de la supremacía de la realidad sobre las formas, consagrado como un principio que debe ser utilizado por las autoridades encargadas por velar los derechos de los trabajadores. El principio de libertad contractual plantea que el particular es libre de contratar con quien desee, bajo la modalidad de trabajo que se ajuste a sus intereses, sin embargo, las normas de derecho laboral tienen por objetivo la protección del trabajador, por ende el empleador no podrá vulnerar las garantías fundamentales que lo protegen. Se plantea entonces, que algunas figuras contractuales como las empresas de servicios temporales, las cooperativas de trabajo asociado, la empresas asociativas de trabajo y diversas contrataciones de tipo comercial en algunas ocasiones se usan para ocultar el carácter laboral de la relación, con el objetivo de buscar mecanismos opcionales a las relaciones de subordinación, es decir, el propósito para el que fueron creadas sufre una desviación al ser utilizadas por los empleadores en la reducción de costos.

Si bien dentro del derecho del trabajo clásico, lo normal eran las relaciones bilaterales entre un empleador y un trabajador, en la cual los sujetos que asumen las obligaciones derivadas de la prestación de un servicio para el otro, no sólo conocían la extensión de sus obligaciones, sino además eran fácilmente identificables, se regulaban igualmente relaciones de tipo triangular en las cuales un tercero se interponía entre ambos sujetos. La actualidad del tema obedece al hecho de que estas últimas relaciones triangulares, antes un tanto excepcionales, se han multiplicado de tal manera que no sólo se han hecho comunes sino tan complejas que dificultan enormemente la identificación de los responsables frente a los trabajadores y pareciera que la normativa legal se queda sin respuestas. En este sentido, Ojeda Avilés (citado por Sánchez & Reynoso, 2011) advierte que en la externalización no es tanto su descubrimiento lo que la caracteriza sino su “intensificación, su normalización y su internacionalización”. (p. 1)

El vocablo *tercecerización* es un término polisémico que entraña los más diversos significados y, por lo general, alude a una relación triangular en la cual, un tercero, interviene o intermedia entre los dos sujetos naturales de la relación de trabajo: el que presta el servicio y el que se beneficia con dicha prestación.

La tercerización, externalización, subcontratación o *outsourcing*, como también se la conoce, es una figura que se ha puesto de manifiesto en el Derecho del Trabajo casi desde el mismo momento en que se comenzó a regular la prestación de servicios en los procesos industriales, con el objeto de limitar el poder de organización del empleador y brindar elementales protecciones a los trabajadores subordinados. En el siglo XIX, aparece en Francia la figura del *marchandage*, que no era otra cosa que la intermediación en el sentido de que personas que vendían el trabajo de los obreros, es decir, que se lucraba con el trabajo que otros hacían. Un Decreto del 2 de marzo de 1848 prohibió la explotación de los obreros por subcontratistas (*marchandeurs*) y se lo consideró como un delito, no obstante la jurisprudencia francesa, a partir de 1901, limitó el alcance de dicha figura delictiva a aquellas situaciones en las cuales además de obtener un lucro con la provisión de mano de obra, se causa un perjuicio al trabajador o se pretende eludir la aplicación de las disposiciones legales. La legislación actual francesa contempla varias excepciones, entre ellas, el trabajo temporal. En general puede decirse que es una práctica comercial e industrial muy frecuente y arraigada que representa para los empleadores un instrumento de gestión de gran importancia, en tanto que para los trabajadores representa un grave riesgo de precarización del empleo (Bronstein, 2007).

Pese a ser un tema de vieja data, en los últimos tiempos la tercerización ha experimentado un especial crecimiento debido a una serie de factores de la más diversa índole, al mismo tiempo se ha transformado la forma como se ha ido utilizando lo que le ha provocado un cambio terminológico pues se la denomina igualmente descentralización, y más concretamente, descentralización productiva.

Más que una época de cambios, al derecho del trabajo le corresponde vivir un cambio de época, en la que se llega a cuestionar, incluso, su existencia como rama autónoma del derecho, o su reducción a una mera reglamentación de las condiciones en las cuales se desarrolla la actividad productiva. (Jaime, 2010, p. 73). Se trata, pues, de fragmentar el proceso productivo en fases que antes eran ejecutadas por una única empresa que antes producía, comercializaba y ejecutaba todas las acciones relacionadas con el objeto de

obtener las ganancias de las mismas, y que parte de ellas son confiadas a terceros llegando al caso extremo de que algunas de ellas sólo conservan el control de la producción sin tener a su cargo el proceso productivo en sí. Es lo que Gorelli (2009) denomina “la desintegración vertical del proceso de producción” (p. 145).

El fenómeno de la descentralización productiva obedece a las más diversas causas, algunas de ellas responden a motivos técnicos aunque en otras ocasiones lo único que se busca es la simple obtención de un mayor lucro sin importar el perjuicio que se pueda causar, particularmente, a los trabajadores. Entre las causas se puede señalar las siguientes: la reducción de los costos laborales; la transformación de la empresa; la globalización; la necesidad de incrementar la eficiencia y la productividad; y, la influencia de las nuevas tecnologías.

La reducción de costos laborales

Por lo general, se relaciona la descentralización o tercerización con la posibilidad de ahorrar en costos laborales. En un mundo globalizado y con un mercado altamente competitivo las empresas se centran no sólo en incrementar la productividad sino en la reducción de sus costos. Al reducir el tamaño de la empresa (*downsizing*) mediante la descentralización, ello permite reducir los costos estructurales al tiempo que los costos laborales.

Normalmente el tercero otorgaría a los trabajadores por él empleados, beneficios inferiores a los que disfrutaban los trabajadores directamente empleados por la empresa contratante. En aquellos casos en los cuales la descentralización acude a la contratación de microempresarios o trabajadores unipersonales no dependientes, es evidente el ahorro pues mediante el recurso de contratos civiles o mercantiles se obvia cualquier costo laboral.

Además de la reducción de costos de manera directa, la descentralización trae consigo otra forma indirecta de ahorro al transferir los riesgos de trabajo a un tercero. En el terreno de los hechos se observa una disminución en la calidad de las condiciones de trabajo, lo cual incide especialmente en las condiciones de higiene y seguridad por parte de los trabajadores de las

empresas tercerizadas las cuales muchas veces no están en condiciones de asumir la obligación de garantizar a sus trabajadores condiciones que aseguren su integridad física y moral, en tanto que la empresa usuaria se desentiende de cualquier responsabilidad ante la ocurrencia de un infortunio laboral. En fin, como señala Raso (2000) “con la disgregación de la empresa, con la externalización del trabajo, se pierden una serie de garantías y estabildades que transforman la calidad del trabajo volviéndolo precario e inseguro” (p. 38).

La transformación de la empresa

Alentada por el desarrollo de las nuevas tecnologías, la empresa ha experimentado un cambio en su estructura organizativa. El modelo clásico de empresa constituía una unidad productiva, casi autárquica, geográficamente concentrada y que igualmente concentraba todas las fases del proceso fabril, todo se hace en casa, dotada de una estructura vertical que exigía una gestión centralizada, para así poder controlar directamente no sólo la producción, sino igualmente la colocación de sus productos y la ejecución de todos los servicios de apoyo requeridos. Este modelo de empresa, medía su importancia y fortaleza en función de su tamaño, de allí que poseyera una plantilla numerosa de personal y cuya eficiencia se medía por la cantidad de su producción que se alcanzaba a través de tareas repetitivas y rutinarias y en la que el tiempo de ejecución de la labor tenía gran importancia, todo de acuerdo con los principios científicos de organización del trabajo pregonado por Charles Taylor y llevado a su máxima expresión por Henry Ford en la industria de automotores.

El derecho en general y en particular, el derecho del trabajo, edificaron la noción de empresa sobre la base de una entidad tangible que reunía en un mismo lugar físico tanto un número considerable de elementos materiales así como un factor humano colocados todos bajo una dirección única que organizaba, dirigía y programa la actividad de la empresa en aras de obtener un beneficio para sus propietarios.

La nueva economía ha sustituido ese modelo, dando paso a nuevas formas de estructuración de la empresa (no obstante hay que tener en cuenta

que en América Latina, aún hoy, coexisten los dos modelos de organización empresarial). En la década de los sesenta se observó un fuerte desarrollo de las empresas multinacionales, que imponen un nuevo modelo organizativo: empresas que han reducido su tamaño (*downsizing*), pero que se han fortalecido desde el punto de vista financiero al incrementar su capital y distribuirlo, las más de las veces, en un número indeterminado de socios, que entregan la dirección de la empresa a directivos con los cuales no han tendido contacto y que son designados por la decisión de grupos financieros poseedores de un número importante de acciones que se concertan para decidir el rumbo a tomar. Esta empresa ha descentralizado su producción pero mantiene el control del núcleo central del proceso productivo diseminando sus plantas en diferentes puntos geográficos, sin importar las fronteras políticas, y dejando que terceros se encarguen de llevar a cabo no sólo las actividades secundarias o los servicios de apoyo, sino incluso fases del proceso productivo. Se está en presencia de una nueva faceta de un fenómeno antiguo como es la división del trabajo.

Con el fin de adaptarse a esas nuevas exigencias y en un mundo dominado por la competitividad, la empresa se ha visto obligada a abandonar la estructura de unidad operativa y jerarquizada y adoptar la forma de organización en red. No se trata ya de la figura, aún no del todo definida de *grupo de empresas*, sino de una red de empresas que se caracteriza tanto por su dimensión y dispersión geográfica como por su movilidad. En este tipo de empresa se multiplican las relaciones triangulares y, en algunos casos, como lo señala Ugarte (2007) “el trabajo humano puede ser muy bien objeto de intercambio sin necesidad de un espacio físico común, lo que nos lleva a un trabajo virtual realizado para una empresa también virtual”, como es el caso del teletrabajo.

Se verifica pues, un proceso de externalización de la producción, de modo que formas de división del trabajo que en el modo centralizado de producción se llevan a cabo en el interior de la empresa, en el caso de la descentralización da lugar a una división del trabajo interempresarial en lugar de intraempresarial. (Plá, 2000, p. 15)

La transformación de la empresa representa un gran reto para el derecho del trabajo.

La transformación de la empresa como se ha visto, ha traído consigo grandes y graves consecuencias para el modelo clásico del Derecho del Trabajo edificado sobre la centralidad del trabajo subordinado o asalariado, de manera tal que la siguiente realidad que debe analizarse son las nuevas formas de organización de la producción que cuestionan la función principal de esta disciplina: la protección del trabajador. (Jaime, 2010, p. 85)

Necesidad de asegurar una flexibilidad operacional y el acceso a las nuevas tecnologías

En un mundo cada vez más competitivo la empresa se ha visto obligada a cambiar su estructura para enfrentar los nuevos desafíos que surgen a cada rato y con una velocidad asombrosa. Ello la lleva a ajustar la producción a las exigencias de mercado, abandonando la política de acumulación de stocks, se produce en función de la demanda (*just in time*), lo que exige una capacidad de respuesta por parte de la empresa, la cual, para satisfacer la exigencia de un incremento coyuntural recurre a contrataciones temporales o a encomendar a terceros la realización de parte de lo requerido.

Existe, además otro tipo de causas que explican, si no justifican, el recurso a la descentralización. Entre ellas se encuentra la necesidad de acceso a la tecnología y obtener por ese medio la prestación de servicios técnicos especializados y que requieren de un personal altamente con el que la empresa principal no cuenta. En este mismo orden se encuentra cierto tipo de empresas que no venden sus máquinas sino las proveen mediante arrendamiento lo que les permite o bien conservar el control de la operación de las mismas o proveer su mantenimiento y la garantía del suministro de repuestos.

El adelanto experimentado en el transporte de mercancías en cuanto a la rapidez y la reducción de costos, favorece la descentralización y sobre todo, la deslocalización de las empresas, pues permite acortar los lapsos de espera de suministros para la producción. De igual manera el impactante desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, han contribuido de manera importante la descentralización, sobre todo, creciente de en lo que

respecta a la relevancia que ha adquirido el teletrabajo que permite distribuir trabajadores en cualquier parte del globo terráqueo.

La globalización

La globalización es en esencia un proceso fundamentalmente económico, no obstante, sus efectos en las economías locales o nacionales que no han no del todo definidos o identificados y, especialmente en el mundo del trabajo son muy importantes, pues ha provocado transformaciones en los procesos productivos y distorsiones en el mercado de trabajo y en las economías nacionales, ante las cuales los poderes regulatorios de los Estados nacionales lucen inermes a lo cual se agrega la escasa reacción de los organismos internacionales encargados tanto del comercio internacional como del mundo del trabajo.

La globalización o internacionalización de la economía ha incentivado la tercerización a punto tal que hay transnacionales que no tienen fábricas propias sino que contratan en distintos países, sobre todo aquellos que ofrecen mano de obra barata, la fabricación de sus productos, reservándose la actividad de diseño y comercialización de los mismos y por ende, las mayores ganancias. Esto es muy común en el sector textil y en la industria del calzado. Todo ello permite recomponer la tasa de ganancia en un contexto de creciente competencia, por lo que el capital emprende su transnacionalización fraccionando el proceso productivo para poder aprovecharse de las ventajas de localización provistas por los distintos espacios nacionales y así disminuir los costos de producción. Fragmentos del proceso productivo antes integrados en establecimientos fabriles en los países de origen emigraron a otros y se relocalizaron hacia la periferia aprovechando las diferencias sustanciales de costo laboral y otras ventajas de locación, como los niveles de organización sindical y las regulaciones estatales. Asimismo, se tercerizó una gran porción de las actividades que anteriormente se encontraban integradas verticalmente en la misma corporación, flexibilizando así las modalidades de contratación.

El auge de las empresas multinacionales y la adopción del modelo reticular por parte de las empresas modernas, necesariamente afecta las relaciones de trabajo y su regulación, pues ésta fue creada sobre la base de un

modelo clásico de economías cerradas, de empresas concentradas y de estructuras jerárquicas, modelo clásico de regulación que ya no aplica en una economía abierta, flexible lo que trae como consecuencia que sea necesario *flexibilizar* tales instituciones para adaptarlas a una nueva realidad para la cual no fueron diseñadas.

En esa tarea flexibilizadora, que más que un fin es un medio, se producen resultados no del todo deseados como cuando se pretende trasladar la responsabilidad del empleador a terceros bien sea al recurrir a la contratación o subcontratación (tercerización, *outsourcing* o externalización) o bien cuando se la traspasa al propio trabajador a quien se pretende convertir en empresario (microempresas). Al analizar la flexibilización se considera que en América Latina ha predominado más bien una desregulación impuesta por el propio Estado, violando las formas jurídicas (recurso al Decreto Ejecutivo) y sin que el Estado desarrolle una política de compensaciones a favor del trabajador (Ermida, 2007).

La Globalización ha traído consigo una interrelación de las economías nacionales como lo han demostrado las crisis financieras recientes que si bien tienen su origen en uno o varios países, afectan las otras economías. Pero igualmente tienen un gran efecto en el mundo del trabajo que se describe de la siguiente manera:

La mano de obra es un recurso global por lo menos, de tres maneras: las empresas pueden elegir situarse en diferentes lugares del mundo para encontrar la mano de obra que necesitan sea en términos de especialización, costos o control social, las empresas en todas partes pueden también solicitar mano de obra altamente especializada de cualquier lugar y la tendrán contando que ofrecerán remuneración y condiciones de trabajo adecuadas; y la mano de obra entrará en cualquier mercado por iniciativa propia, oriunda de todas partes, cuando seres humanos son expulsados de sus casas por la pobreza y la guerra o impulsados rumbo a una nueva vida llena de esperanza para sus hijos. (Castells citado por Plá, 2000, pp. 81-82)

Otras causas

Además de las anteriores que podrían llamarse como las causas principales de la descentralización empresarial o productiva, concurren otros factores tales como: el incremento del desempleo, la decreciente afiliación

sindical con la consecuente debilidad de las organizaciones gremiales, que la vez constituyen una consecuencia de la descentralización. A ello se debe agregar la adopción de políticas de ajustes que impulsan tendencias flexibilizadoras son otros factores que influyen en el incremento de la tercerización. (Bronstein, 2007, p. 18)

METODOLOGÍA

Para desarrollar este artículo se empleó un diseño no experimental en criterio de Hernández y otros (2010), puesto que se llevó a cabo sin manipular deliberadamente la variable, limitándose a observar el fenómeno tal como se presenta en su contexto laboral. El paradigma es holístico según Hurtado (2000), en vista que tiene como propósito la búsqueda, invención y generación de conocimiento para acercar al investigador a la comprensión de la realidad. Es de tipo analítico, pues en palabras de Hurtado (2000) tiene como objetivo analizar un evento y comprenderlo en término de sus aspectos menos evidentes, es decir, se pretende comprender un fenómeno que se está dando en la sociedad desde el punto de vista teórico y práctico. El método empleado fue el hermenéutico con la técnica de la encuesta estructurada y el análisis de datos.

Se utilizaron dos técnicas, una de ellas fue la matriz de análisis documental, legal y jurisprudencial en las que se consignaron las normas que regulan la tercerización laboral en Colombia, y la técnica de la encuesta estructurada de preguntas dicotómicas excluyentes, compuesta por 16 enunciados de preguntas específicas con opción de única respuesta, salvo aquellas que presentaban alternativas de seleccionar más de una opción o en la que se pidió escribir algún dato en particular. Estas preguntas devienen de las recomendaciones previamente establecidas por la OIT, luego de ser estudiadas, analizadas y tomadas como documento de obligatorio cumplimiento por los Estados partes.

El propósito de la aplicación de ese instrumento fue conocer si los trabajadores de CICSA, la empresa contratista de Claro Colombia, cumplen con los criterios que establece la OIT para que se configure la existencia de

una relación de trabajo y posteriormente analizar la realidad de los hechos para establecer si estas fueron contratadas de forma correcta.

La población de estudio estuvo conformada por 56 trabajadores de la empresa CICSA (contratista de Claro Colombia) ubicada en la Avenida 12 entre carreras 13 y 14, número 1386 en el centro de la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander.

En cuanto a la muestra seleccionada, en vista de que la investigación abarca una población menor, se tomó en su totalidad para el estudio (muestreo censal) lo que permitió trabajar con la totalidad de la población para obtener mayor profundidad en el análisis buscado. Esto hace referencia a que los 56 trabajadores de la empresa arriba mencionada, fueron encuestados.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Una vez obtenidos los datos de la totalidad de los trabajadores encuestados, se procedió a la clasificación de las respuestas. Posteriormente se elaboró una tabla en donde se cuantificó la información arrojada por cada una de las preguntas, logrando así comprimir datos concretos, que permitieron finalmente la elaboración de una tabla que muestra los resultados de las encuestas a nivel general, y gráficas específicas que muestran los porcentajes de cumplimiento con los tres elementos para que se configure la una relación laboral, establecidos por el Código Sustantivo de Trabajo.

Se logró, pues, evaluar el enfoque multidimensional propuesto por la Organización Internacional del Trabajo en la recomendación 198, sobre el cumplimiento de los estándares que permiten inferir la existencia de relación laboral entre los trabajadores de la empresa contratista de Claro Colombia en Cúcuta.

En lo referente a la vinculación laboral empleada, se tiene que en Colombia, el tema inicialmente se regula en los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), fue precisado con la expedición de la Ley 50 de 1990, que distingue las relaciones jurídicas que surgen entre un trabajador

dependiente y su empleador, el contratista independiente persona natural prestador de servicios y su contratante, y el trabajador en misión frente al empleador y al usuario de sus servicios, que trajeron, junto con otro conjunto de reformas, vientos de flexibilización del derecho del trabajo en el país.

Así, pese a ese avance normativo, se observa que el marco jurídico diseñado para facilitar el esfuerzo empresarial y su aplicación al caso concreto por el operador judicial y la autoridad administrativa del trabajo para evitar sus excesos, ha quedado superado, pues la aparición de las denominadas nuevas formas de trabajo (muchas de ellas bastante viejas), pero actualmente recicladas, rebasaron los esfuerzos del Legislador colombiano para poner a tono con las exigencias del mercado de trabajo la inicialmente denominada apertura de la economía (Blanco, 2005).

El auge de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas llevaron al legislador colombiano a establecer una limitación y es así como la Ley 1249 del 29 de diciembre de 2010 en su artículo 63 dispone:

Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero de la Ley 1233/2008, las precooperativas y cooperativas de trabajo asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirá a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al

incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave.

Para Blanco (2005) hay tres factores que en Colombia contribuyen a hacer más crítico el problema:

- a) La firma de un Tratado de Libre Comercio de los Países Andinos con los Estados Unidos, por cuanto de una parte, exigirá a los empresarios locales modernizar su aparato de producción o de servicios; pero, de otra parte, serán vigilados estrictamente por sus competidores en el cumplimiento de los mínimos derechos laborales. Pero advierte Blanco que este planteamiento tiene dos lecturas: para los sindicatos, es una manera de proteger a los empresarios del país del norte frente al bajo costo de la mano de obra interna en nuestro país; y para algún sector de empresarios locales, esa propuesta imposibilita competir con menores costos de mano de obra frente a la alta tecnología del socio mayor;
- b) El deterioro del mercado laboral interno; y
- c) El incremento de la informalidad. Esta última no es exclusiva de Colombia.

La Sentencia C-171 de 2012 declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 59 de la Ley 1438 del 2011, señalando que la facultad que otorga esa norma a las empresas sociales del Estado para operar mediante terceros solo es posible siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados.

La propia sentencia señala que existen figuras constitucionalmente válidas que permiten a los empleadores del sector privado operar o contratar con terceros. El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 3°, permite de forma expresa la

utilización de contratistas independientes sin limitación alguna.

La jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia justifica la figura del contratista independiente, aun para actividades propias del giro ordinario de la empresa contratante, solo que por disposición legal (sin que ello tenga carácter de sanción), consagra la responsabilidad solidaria del contratista y del contratante con relación a las obligaciones laborales de los trabajadores del contratista.

La propia recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo no parte del supuesto de la existencia de un fraude sino exige la inspección de las mismas para evitar la desprotección de los trabajadores, así como que tanto que existan los supuestos para determinar quién es el verdadero empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién responde por ellos. En materia de trabajo temporal no exige la Recomendación que se las elimine sino que tanto la ley como la jurisprudencia establezcan claramente cuáles son los requisitos esta clase de empresas o agencias deben cumplir para no ser consideradas como simples intermediarias.

Es así como la Ley 50 de 1990 de Colombia establece en los artículos 71 al 94 los requisitos que deben llenar las empresas de trabajo temporal y que deben ser verificados por la empresa usuaria so pena de ver comprometida su propia responsabilidad.

El fraude o simulación consistiría en pretender ocultar el verdadero empleador en la relación interponiendo una tercera persona entre el trabajador y el beneficiario del servicio para esa manera evadir responsabilidades y dificultar la acción del trabajador, de allí que excluido el fraude, cabría la posibilidad de que algunas formas, prohibidas en principio, pudieran utilizarse. Para aplicar los criterios que establece la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo para configurar la existencia de la relación de trabajo.

Tabla 1.
Denominador de la jornada de trabajo

		Frecuency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid	La empresa Claro	13	22,81	23,64	23,64
	La contratista para la cual prestó servicios	28	49,12	50,91	74,55
	Usted mismo	10	17,54	18,18	92,73
	No hay jornada de trabajo definida	4	7,02	7,27	100%
	Total	55	96,49%	100%	
Missing	System	2	3,51		
	Total	57	100%		

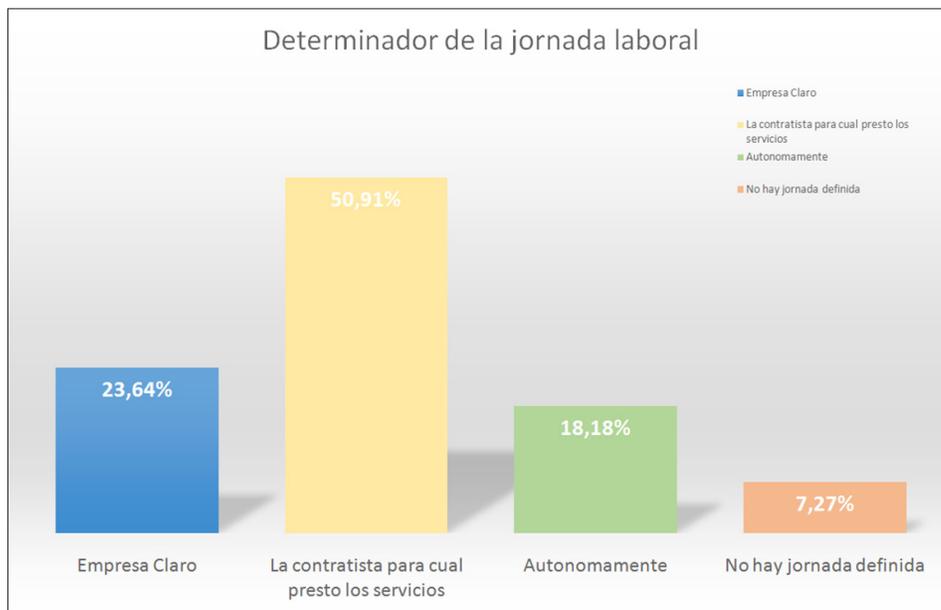


Grafico 1.
Denominador de la jornada de trabajo

Tabla 2.
Actividades mientras no se realizan instalaciones

		Frecuency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid	Debe permanecer atento a que le indiquen hacer una nueva instalación	30	52,63	54,55	54,55
	Puede disponer libremente de su tiempo	2	3,51	3,64	58,18
	Al inicio de la jornada entregan un listado de clientes a quienes debe realizar las instalaciones	13	22,81	23,64	81,82
	Realiza otro trabajo de manera diferente	10	17,54	18,18	100
	Total	55	96,49%	100%	
Missing	System	2	3,51		
	Total	57	100%		

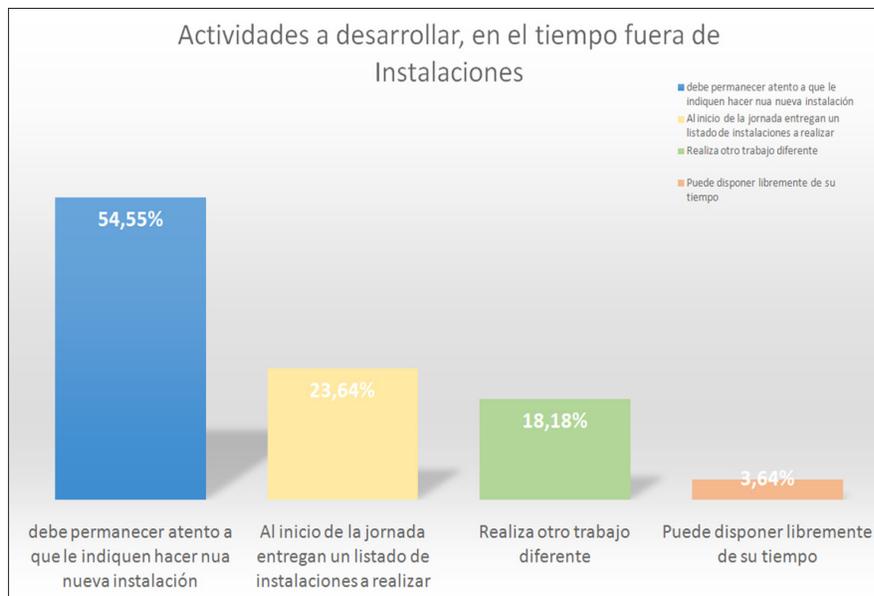


Gráfico 2.
Actividades mientras no se realizan instalaciones

Tabla 3.
Pago por las instalaciones de cable o internet efectuadas

		Frecuency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid	La empresa Claro por nómina en entidad bancaria, cheque o en efectivo	13	22,81	22,81	22,81
	La contratista o cooperativa de trabajo de servicio temporal contratada por la empresa Claro	41	71,93	71,93	94,74
	El cliente paga directamente	2	3,51	3,51	98,25
	Usted emite factura a la empresa por cada instalación	1	1,75	1,75	100
	Total	57	96,49%	100%	

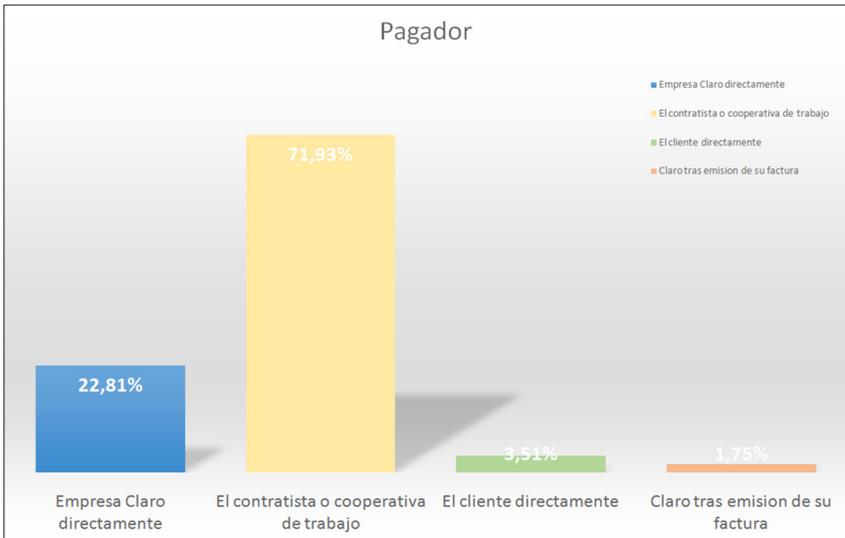


Gráfico 3.
Pago por las instalaciones de cable o internet efectuadas

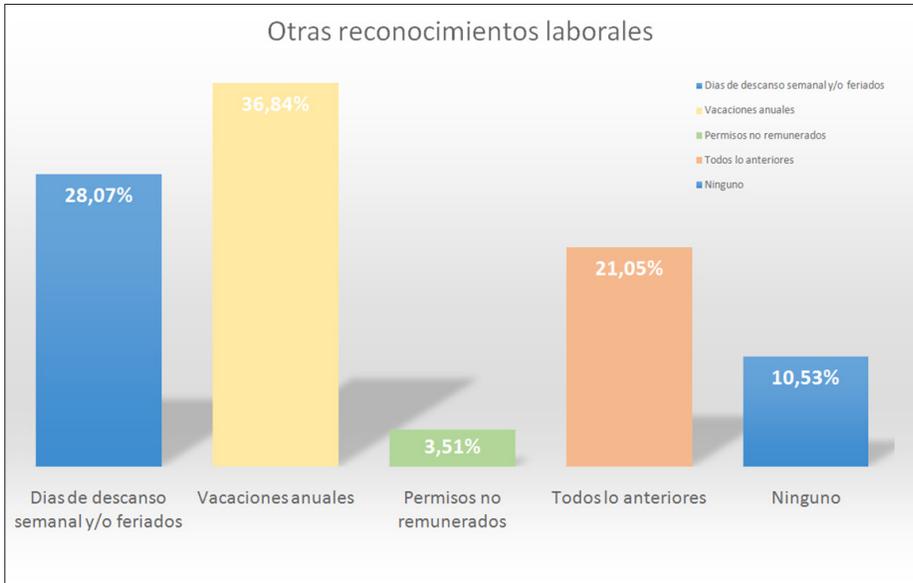


Gráfico 4.
Otros reconocimientos adicionales

CONCLUSIONES

Desde 1980 se debate sobre el beneficio de las políticas flexibilizadoras en el mercado laboral. Hoy día el tema de discusión se centra en la competitividad de los empleadores, sin embargo, tendencias de tipo protectorio laboral señalan que no tiene nada de innovador pretender ser competitivo empresarialmente a partir de los costos y de los beneficios de los trabajadores.

Existen otros elementos de costo diferentes a los beneficios laborales que deben ser estudiados por las empresas para ser competitivos. Entre ellos, la estratégica colocación y distribución de los servicios o productos comercializados, mejor utilización de los costos energéticos, adquisición de materia a menor costo, disminución de costo de transporte, entre otros.

De existir amplitud en las políticas de tercerización o de flexibilización

laboral que generen modalidades de contratación tercerizadas, seguirá existiendo desigualdad en la distribución de la riqueza generada, considerando que tanto empleador, como trabajadores son sujetos generadores de riqueza.

La tercerización laboral en Colombia se da a través de diferentes modalidades tales como las cooperativas de trabajo asociado, las ofertas de prestación de servicio, las empresas de servicio temporal y el contrato sindical. Esta figura ha causado impactos positivos y desfavorables en la sociedad, derivados de la aplicabilidad que le otorga cada entidad al momento de contratar a sus trabajadores. A pesar de que el Estado colombiano ha intentado restringir el uso de esta modalidad en algunos sectores especiales.

Igualmente se concluye que estas personas realizan las labores encomendadas con elementos y herramientas de trabajo propias del beneficiario del servicio, situación está que genera un vínculo de solidaridad con el beneficiario del servicio y el contratista independiente. Tal irregularidad denota la falta de intervención por parte del estado en la fiscalización y supervisión de los centros de trabajo, más aun tratándose de centros de trabajo de carácter público, en los cuales debe existir la garantía de un empleador que cumpla con las obligaciones contraídas en los convenios internacionales suscritos por el Estado.

Analizando las respuestas de los 16 enunciados que brinda la recomendación 198 de la OIT se evidencia que los trabajadores de la empresa CICSA, quien funge como contratista de Claro Colombia en Cúcuta, no manifiestan elementos suficientes que permitan inferir la existencia de una relación de trabajo con la empresa Claro Colombia, ni que éste evada o empleen fórmulas prohibidas por el ordenamiento jurídico Colombiano.

Como citar este capítulo

APA

Pérez-Herrera, P.J., Pernía-Reyes, M.R., Cerda-Carrasco, M.R., Gómez-Rodríguez, D.L.(2018). Tercerización laboral en los contratistas instaladores de redes, a la luz de la recomendación 198 de la OIT, Caso de estudio: Claro Colombia en Cúcuta, NS. En Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. (Eds.), *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho* (pp.80-103).Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

VANCOUVER

Pérez-Herrera PJ, Pernía-Reyes MR, Cerda-Carrasco MR, Gómez-Rodríguez DL. Tercerización laboral en los contratistas instaladores de redes, a la luz de la recomendación 198 de la OIT, Caso de estudio: Claro Colombia en Cúcuta, NS. En: Aguilar-Barreto AJ, Hernández-Peña YK, Contreras-Santander YL, Flórez-Romero M, Editores. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar; 2018. Pp.80-103.

HARVARD

Pérez-Herrera, P.J., Pernía-Reyes, M.R., Cerda-Carrasco, M.R., Gómez-Rodríguez, D.L.(2018). "Tercerización laboral en los contratistas instaladores de redes, a la luz de la recomendación 198 de la OIT, Caso de estudio: Claro Colombia en Cúcuta, NS". En: Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. Eds. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

CHICAGO

Pérez-Herrera,Pablo José,Mauricio Rafael Pernía-Reyes, Marcos RodrigoCerda-Carrasco yDora LisbethGómez-Rodríguez, "Tercerización laboral en los contratistas instaladores de redes, a la luz de la recomendación 198 de la OIT, Caso de estudio: Claro Colombia en Cúcuta, NS", en *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*, editado porAndrea Johana Aguilar-Barreto, Yurley KarimeHernández-Peña, Yudith Liliana Contreras-Santander, Marcela Leonor Flórez-Romero (Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar,2018), 80-103.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Blanco, O. (2005). Criterios para evitar el abuso de la tercerización. *Gaceta Laboral*, 11(2), 253-274. Recuperado en 22 de febrero de 2017, de http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972005000200005&lng=es&tlng=es
- Bossio, G. (2012). ¿La intermediación laboral y la tercerización, desvirtúan el empleo en el Perú? Recuperado de: <http://es.slideshare.net/GinoBossio/a-laintermediacionlaboralytercerizaciondesvirtuanempleoperu>
- Bronstein, A. (2007). La Subcontratación Laboral. *Cuadernos de Integración Andina*, 20, 10.
- Colombia. Código Sustantivo del Trabajo de Colombia. Recuperado de <http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1501/CODIGO%20SUSTANTIVO%20DEL%20TRABAJO%20concordado.pdf>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-171. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-171-12.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-645/11. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-645-11.htm>
- Ermida, Ó. (2007). La flexibilidad Laboral en algunas experiencias comparadas.

Revista Ius et Veritas, 4, 13.

- Gorelli, J. (2009). Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral. En Busca de Respuestas Jurídicas a la Desprotección del Trabajador. *Temas Centrales del Derecho del Trabajo en el Siglo XXI*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Ara Editores.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación*. 5ta ed., México, Interamericana Editores S.A.
- Hurtado, J. (2000). *Metodología de Investigación Holística*. 3° ed. Caracas, Editorial Sypal.
- Jaime, H. (2010). El Derecho del Trabajo y su Circunstancia. *Realidades y Tendencias del Derecho del Trabajo en el Siglo XXI*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.
- Ley 1249 del 29 de diciembre de 2010. Recuperado de <http://www.supersociedades.gov.co/Web/Leyes/LEY%201429%20DE%202010.html>
- Moncada, M., & Monsalvo, Y. (2000). Implicaciones laborales del Outsourcing. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis15.pdf>
- Nascimento, A. (1992). *Curso del Derecho de Trabajo*. Saraiva, San Pablo.
- Orjuela, L., Segura, D., & Tovar, S. (2012). *Fraude al contrato de trabajo: análisis a las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil y comercial*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Raso, J. (2000). Outsourcing. *Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Plá Rodríguez, A. (2000). La Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. *Cuarenta y Dos Estudios Sobre la descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*. Montevideo, Fondo de Cultura Económica.
- Sánchez, A., & Reynoso C. (2011). *La Subcontratación: un Fenómeno Global*. México, UNAM.
- Ugarte, J. (2007). *El Nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago de Chile. Lexis

6

FIJACIÓN DE CUOTAS ALIMENTARIAS A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LAS COMISARÍAS DE FAMILIA³²

Andrea Johana Aguilar Barreto³³, Jaime Enrique Anavitarte Manrique³⁴, Luis Fernando Ortega Gelves³⁵ y Oscar Eduardo Sánchez Rodríguez³⁶

³²Este artículo es resultado del proyecto de investigación que lleva por título *Análisis de la funcionalidad de la cuota alimentaria como figura garante de los derechos de los niños en la comisaría de familia del municipio de Los Patios*, realizado en el curso del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta.

³³Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. Posdoctora (e), invocación educativa y TIC. Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES. Docente Investigador y Coordinadora del Semillero Holístico de Universidad Simón Bolívar. orcid.org/0000-0003-1074-1673. Correo electrónico: andrcitajaguilar@hotmail.com

³⁴Estudiante X Semestre del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta. Ingeniero de Sistemas de la Universidad Francisco de Paula Santander (U.F.P.S) de Cúcuta; Especialista en Gerencia de Mercadeo de la Universidad de Santander (UDES) de Cúcuta. Correo electrónico: je_anavitarte@hotmail.com

³⁵Estudiante X Semestre del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta. Correo electrónico: brteag41@hotmail.com

³⁶Estudiante X Semestre del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta. Correo electrónico: oscar.san89@hotmail.com

Palabras clave

Alimentos, cuota alimentaria, comisarías de familia, niños

Resumen

El presente trabajo se postula como un estudio de la realidad en que se enmarca la figura de la cuota alimentaria, determinando así su funcionalidad como figura garante de los derechos de los niños; pero a nivel administrativo, es decir antes de llegar a la vía judicial, enfocado específicamente en la labor que se realiza en las comisarías de familia, sobre aquellos casos que son resueltos a través de la conciliación extrajudicial. Específicamente, se utilizó como escenario de investigación la Comisaría de Familia del Municipio de Los Patios. La metodología utilizada se enmarca dentro del tipo de investigación socio jurídico, que sigue el paradigma histórico hermenéutico, con un enfoque cualitativo y un método hermenéutico. Se realizó un estudio de campo, utilizando como instrumentos de recolección de datos las entrevistas semi-estructurada aplicada al comisario de familia y de profundidad realizada a un accionante de un caso concreto. Igualmente, se revisaron datos estadísticos de casos llevados en esta institución, durante los años 2015 y 2016, información recopilada a través una matriz de datos. La información fue procesada a través de la categorización. Finalmente, se presentan como resultados del trabajo de investigación: las condiciones Procesales para la fijación de cuotas alimentarias en las Comisarías de Familia, donde el alimentado es un niño, niña y/o adolescentes; el manejo dado por los comisarios de familia en estos casos; y la pertinencia de esta figura frente a los elementos contextuales de la realidad que perciben los involucrados.

ESTABLISHMENT OF FOOD QUOTAS FOR CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE COMMISSARIATS OF FAMILY

Keywords

Food, food fees, family commissariats, children

Abstract

This paper is postulated as a study of the reality in which the figure of the food quota is framed, thus determining its functionality as a guarantor of the rights of children; But at the administrative level, that is to say before reaching the judicial route, focused on the work that takes place in the commissariats of family, on those cases that are solved through the extrajudicial conciliation. Specifically, the municipality of Los Patios when the family commissariats were used as a research setting. The methodology used is framed within the type of socio-legal research, which follows the historical hermeneutic paradigm, with a qualitative approach and a hermeneutical method. A field study was carried out, using semi-structured interviews applied to the commissioner of family and depth made to an actuator of a specific case. Likewise, statistical data of cases carried out in this institution were reviewed during the years 2015 and 2016, information compiled through a data matrix. The information was processed through categorization. Finally, they are presented as results of the research work: the procedural conditions for the fixation of food quotas in family commissariats, where the fed is a child, girl and/or adolescents; the management given by the family commissioners in these cases; and the relevance of this figure in the face of contextual elements of reality perceived by those involved.

INTRODUCCIÓN

A partir de la ley 640 (Congreso de la República, 2001) y con el ánimo de descongestionar los despachos judiciales, el legislador estableció como requisito de procedibilidad la conciliación prejudicial en materia de familia para ciertos asuntos; entre ellos para la fijación de cuotas de alimentos. Esta conciliación de carácter administrativo puede ser adelantada entre otros por los comisarios de familia.

He aquí la importancia de esta investigación, que ha pretendido desde un comienzo poder determinar si la institución jurídica de fijación de cuota alimentaria, cumple su función como figura garante de los derechos de los

niños, pero con una característica especial y es, si esto se da en este estadio, es decir antes de acudir a un juez; y más aún, en las comisarías de familia, en el entendido de que estas son autoridades administrativas con funciones judiciales, que cumplen tareas que en principio son competencia prevalente de las defensorías de familia, atendiendo al criterio de competencia subsidiaria, pero que, bajo la luz de lo preceptuado por el Congreso de la República (2006) en ley 1098, actúan en igualdad de condiciones cuando se tratan de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Se aborda entonces el problema, en un principio determinando por la necesidad de reconocer las condiciones procesales en que se enmarca la figura jurídica fijación de la Cuota alimentaria, cuando el alimentado es un niño, niña y/o adolescente. Seguidamente, se da una mirada crítica al manejo que da el comisario de familia a esta institución.

Por supuesto, nada de esto tiene sentido si el estudio fuese analizado solamente desde el punto de vista teórico, se hace necesario por lo tanto traerlo a la realidad de quienes solicitan el amparo de sus derechos alimenticios, con el fin de determinar si la fijación de la cuota de alimentos cumple con el objetivo dado por el legislador; garantizar el derecho de alimentos de los niños, niñas y/o adolescentes para lograr su desarrollo integral.

METODOLOGÍA

La investigación se realizó bajo el tipo socio jurídico, que sigue el paradigma histórico hermenéutico. El enfoque que se utilizó fue el cualitativo integrado definido por Martínez (1996) como “un todo integrado que trata de identificar, básicamente la naturaleza profunda de las realidades, su estructura dinámica, aquella que da razón plena de su comportamiento y manifestaciones”.

Se abordó la investigación a través de un estudio de campo, donde se utilizaron como instrumentos de recolección de datos las entrevistas: semi estructurada para tomar la información directa del comisario de familia de Los Patios y de profundidad para recoger la información de un accionante

de un caso concreto respecto del tema. Por otra parte y para complementar el estudio, se revisaron datos estadísticos de los casos de fijación de cuota alimentaria, llevados a cabo en la comisaría de familia de Los Patios, durante los años 2015 y 2016; información recopilada a través una matriz de datos. Para el procesamiento de la información recolectada a través de las entrevistas se utilizó la categorización.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Condiciones procesales para la fijación de la cuota

Para identificar las condiciones procesales de la fijación de cuotas alimentarias que se adelantan en las comisarías de familia, es necesario tener en cuenta una serie de situaciones especiales concedidas por la ley, para que estas entidades públicas a través de procesos administrativos puedan adelantar la fijación de cuotas alimentarias. Basta con consultar el ordenamiento jurídico colombiano, para poder identificar dichas condiciones, donde se encuentra lo consagrado al derecho a los alimentos, a la conciliación, a la competencia y funciones de las comisarías de familia y lo concerniente a procedimiento administrativo, donde se tendrá en cuenta el trámite y las reglas especiales de dicho procedimiento.

Derecho a los alimentos

En el capítulo segundo, sobre derechos y libertades de la ley 1098 del Congreso de la República (2006) en el artículo 24 se consagra el derecho a los alimentos, entendiéndolo por ellos todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes y lo que es indispensable para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción que garantice su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.

Proceso conciliatorio

La conciliación ante defensor de familia o el comisario de familia, por obligación de suministrar alimentos, está regulada en el artículo 111 de la ley

1098 de 2006.

Referente al proceso como tal de la conciliación extrajudicial, la comisaría de familia se fundamenta en la Ley 640 de 2001, la cual estableció, en su artículo 40 inciso 2, como requisito de procedibilidad en materia obligaciones alimentarias, el agotamiento de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, ya sea para la fijación, el aumento, la reducción o la exoneración de la cuota alimentaria. Es decir, antes de acudir al juez de familia, es necesario agotar la conciliación administrativa o extrajudicial; de llegar a fracasar entonces sí se podrá intentar la acción judicial. Igualmente, la comisaría de familia encuentra, en el artículo 31 *Ibidem*, su facultad para actuar como conciliador en materia de alimentos: “La conciliación extrajudicial en derecho, en materia de familia, podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia...”

A partir de ello, pueden surgir dos situaciones en las que el funcionario encargado, en el presente caso el comisario de familia, debe ceñirse a lo que dictamina la ley; en la primera situación, cuando se conozca la dirección de notificación del obligado a dar alimentos, el funcionario lo citará a audiencia de conciliación; En la segunda situación, si se desconoce la dirección de notificación del obligado, el funcionario elaborará un informe que servirá como escrito de la demanda y lo remitirá al juez de familia para que inicie formalmente el proceso de fijación de cuota alimentaria.

En ese orden de ideas, en caso que no se llegue a un acuerdo entre las partes en la conciliación extrajudicial o no haya acudido el obligado, el comisario de familia, fijará la cuota provisional de alimentos, y si pasados 5 días ninguna de las partes o el ministerio público, manifiesta su inconformidad frente a dicha cuota provisional, hará tránsito a cosa juzgada relativa (en el entendido de que tratándose de obligaciones alimenticias, opera el fenómeno de cosa juzgada relativa, en la medida que cambien las circunstancias económicas tanto del obligado a dar alimentos, como al de recibirlos). En caso contrario, es el juez de familia quien entrará que dirimir la controversia. Todo lo anterior en concordancia con el Art 111 numeral 2 y Art.100 inciso final de la ley 1098 de 2006.

De lo anterior se puede colegir, que es de suma importancia manifestar la inconformidad por alguna de las partes, en caso de que exista, ya que esos 5 días que menciona la ley, son el tiempo límite para acudir a la jurisdicción ordinaria especialidad civil familia, pues de otra manera, tendría que conformarse por lo pactado en la cuota provisional de alimentos.

De otra parte, los acuerdos a que lleguen las partes no necesitan de la aprobación de un juez y prestan mérito ejecutivo según lo preceptuado en el art. 66 de la Ley 446 de 1998.

Debe aclararse también que, aunque los acuerdos conciliatorios hacen tránsito a cosa juzgada, según lo previsto en la Ley 446 de 1998 artículo 66, y que por lo tanto, al ser conciliable las obligaciones alimentarias, estarían cobijadas por la figura de la cosa juzgada, lo que se da en estos casos es lo que se denomina cosa juzgada relativa, por lo que la cuota fijada para alimentos es susceptible de modificación, según varíen las circunstancias.

Reglas especiales de la conciliación para la fijación de cuotas de alimentos

Las reglas que rigen la conciliación ante el comisario de familia, por obligación de alimentos, son las contempladas por el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) en su artículo 111. Conforme a estas, en los casos donde se ve involucrado un niño, niña o adolescente, le corresponde al comisario de familia convocar a audiencia de conciliación, siempre y cuando conozca de la dirección de notificación del obligado, de no ser así, debe elaborar un informe que suple la demanda y remitir al Juez de Familia para que inicie el respectivo proceso. Cuando la conciliación se logra, el funcionario levanta un acta de conciliación en donde se indica: monto de la cuota alimentaria, con fórmula para el reajuste periódico; lugar y forma de cumplimiento; persona a quien debe pagarse y descuentos salariales a que tenga lugar.

Igualmente, la ley faculta a la comisaría de familia para fijar cuota provisional de alimentos, de no lograrse el acuerdo conciliatorio, ya sea porque: el obligado fue renuente en acudir a la audiencia de conciliación,

habiendo sido debidamente notificado; o porque la conciliación fracaso (Art. 111 numeral 2, *Ibídem*). Con esta medida, el legislador buscó proteger los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente que, los cuales prevalecen frente al derecho de los demás como se establece constitucionalmente en Colombia, art 44. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Competencia de los comisarios de familia

Es importante resaltar que la competencia que le otorga la ley a las comisarías de familia, para que pueda adelantar este tipo proceso de fijación de cuota alimentaria, se debe llevar a cabo a través de la conciliación, siendo este mecanismo de solución de conflictos el más indicado para facilitar la solución sin dilaciones injustificadas, en la medida en que permite la solución expedita del conflicto a través del acuerdo entre las partes. Esta competencia para fijación de la cuota alimentaria la confiere el artículo 47 Ley 23 (Congreso de la República, 1991) y la conciliación en materia de alimentos, la confiere el artículo 31 de la ley 640 (Congreso de la República, 2001).

De igual forma el artículo 96 de la ley 1098 de 2006, hace una relación de las autoridades competentes, donde contempla que corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el código de la infancia y de la adolescencia. En el artículo 97 de esta misma ley (Congreso de la República, 2006) se otorga la competencia territorial, donde se establece que será competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente. Pero cuando se encuentre fuera del país, será competente la autoridad del lugar en donde haya tenido su última residencia dentro del territorio nacional. Además la Ley 1098 de 2006, también otorga una competencia subsidiaria, donde se señala que en los municipios donde no haya defensor de familia, las funciones que este código le atribuye serán cumplidas por el comisario de familia.

Funciones del comisario de familia

Las funciones de los comisarios de familia se encuentran consignados en el artículo 86 de la Ley 1098 de 2006, siendo reglamentado por el decreto

nacional 4840 (Presidencia de la República, 2007) las cuales corresponden entre otras, las relacionadas en el numeral quinto donde se debe definir provisionalmente sobre la cuota de alimentos. También es importante tener en cuenta, que el decreto reglamentario en mención, en su capítulo primero hace referencia a la creación, organización y composición de las comisarías de familia, la cual debe ser responsabilidad de las entidades territoriales, en este caso de cada municipio, de asegurar el desarrollo de las comisarías de familia a partir de la vigencia fiscal de 2008.

Este decreto nacional, en la segunda parte contiene todo lo relacionado a su funcionamiento y competencias de las defensorías de familia y de las comisarías de familia. El comisario de familia se encargará de prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los niños, niñas, adolescentes y demás miembros de la familia, en las circunstancias de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos suscitadas en el contexto de la violencia intrafamiliar. Para ello aplicará las medidas de protección contenidas en la Ley 575 del 2000 que modificó la Ley 294 de 1996, las medidas de restablecimiento de derechos consagradas en la Ley 1098 de 2006 y, como consecuencia de ellas, promoverá las conciliaciones a que haya lugar en relación con la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas.

Procedimiento administrativo

El código de la infancia y de la adolescencia, contempla que el inicio de la actuación administrativa podrá ser solicitado ante el comisario de familia, por el representante legal del niño, niña o adolescente, o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia Congreso de la República (2010). En la providencia de apertura de investigación se deberá ordenar: 1. La identificación y citación de los representantes legales del niño, niña o adolescente, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo, y de los implicados en la violación o amenaza de los derechos. 2. Las medidas provisionales de urgencia que requiera la protección integral del niño, niña o adolescente. 3. La práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente.

Manejo dado por los comisarios de familia

Habiéndose establecido las condiciones procesales que se presentan en las comisarías de familia, para la fijación de la cuota alimentaria, se puede entrar a determinar el manejo dado, por el titular de estos despachos administrativos, a esta figura jurídica.

Para lograr entender, cómo estos funcionarios abordan un caso de fijación de cuota de alimentos, se han identificado cinco temas claves, en los cuales se centra su experticia: procedimiento, criterios procesales, ponderación de derechos, desarrollo integral del niño y contexto.

Procedimiento

Las reglas seguidas por las comisarías de familia, para la fijación de cuota de alimentos, como ya se ha expuesto, son las dadas por el artículo 111 de la Ley 1098 de 2006, que se surte dentro del procedimiento de conciliación extrajudicial. (*Ver proceso conciliatorio, reglas especiales, del capítulo condiciones procesales para la fijación de la cuota*).

Llama la atención que antes de llevarse a cabo la audiencia de conciliación, las comisarías de familias, al igual que los centros de conciliación, siguen lo que se puede llamar una “etapa preliminar” a la audiencia de fijación de cuota alimentaria, en donde se comienza con la solicitud por parte del interesado ante la secretaría del despacho; la secretaria le explica el procedimiento al solicitante y le hace saber que documentos debe anexar para facilitar el proceso; y luego sí se determina fecha para la audiencia de conciliación. Lo importante aquí, para el presente trabajo, es que la información recogida en esta etapa, en el formato “solicitud de conciliación”, permite luego, dentro de la audiencia, establecer indicios de la situación socioeconómica del obligado, que resulta de utilidad para fijar cuota provisional cuando por ejemplo, el citado no comparece a la audiencia.

Entrar a discutir si el procedimiento establecido por la ley, para la fijación de cuotas alimentarias, es correcto o no, se sale del ámbito de investigación

de este trabajo. Pero, si es de suma importancia entender que la postura, que toma la autoridad competente frente a este, puede resultar determinante a la hora de fijarse el monto que debe pagar el obligado.

A modo de ejemplo y para ilustrar mejor este planteamiento, piénsese en dos posturas: por un lado se puede estar de acuerdo con el procedimiento como tal y que el cumplimiento de la obligación depende es del grado de control que se debe ejercer una vez fijada; por otro lado, el control posterior a la fijación de la cuota es correcto, pero el procedimiento como tal no es el indicado, podría ser porque es insuficiente pensar que todo obligado gane el equivalente a un salario mínimo.

Así las cosas, se plantea que el procedimiento para fijar cuota alimentaria no debería sufrir modificaciones, pero sí el sancionatorio: requiere es más efectividad en la parte sancionatoria para los padres irresponsables, pues ya no se está contemplando la cárcel para ellos, sino otras medidas privativas de libertad, como es el caso de la casa por cárcel.

Desde esta postura, como medida provisional, al obligado se le fija un monto y este debe cumplir con ello so pena de ser castigado, pues aquí lo que prima es el interés superior del niño, niña y/o adolescente; le corresponde al control posterior de la fijación de la cuota velar por que ello se cumpla.

Ahora, tómesese la segunda postura, no es en el control posterior (la sanción), en donde debe recaer la responsabilidad de que el obligado cumpla con la cuota, sino que esta se ajuste a la realidad de las dos partes; debe entonces, entrar a mirar otros criterios, a parte del interés superior del niño, que favorezcan también al alimentante, por supuesto sin ir a menoscabar los derechos del alimentado; se evaluaría por ejemplo, la posibilidad de que el obligado pueda desvirtuar la presunción legal del salario mínimo; entonces de esta manera, muy seguramente, la cuota fijada sería menos severa, sin por ello estarse apartando de lo establecido en la ley.

No con el ánimo de desviar la atención del lector, se hace necesario aclarar que si bien, el incumplimiento injustificado del pago de la obligación

alimentaria da lugar a seguir una acción civil (si hay bienes que seguir), o una acción penal por el delito de inasistencia alimentaria expuesta en artículo 233 de la anterior Ley penal 599 (Congreso de la República, 2000), respecto a esta última, se ha dado un cambio, vía jurisprudencial, que afecta la pena impuesta; La medida privativa de la libertad contemplada es la prisión de hasta por 72 meses, es decir 6 años, pero según la Corte Suprema de Justicia debe ser sustituida por la pena de prisión domiciliaria. Respecto a este tema abordado en la actualidad nacional del periódico El Tiempo (2016), en su artículo titulado “Padres que no cumplan cuota de alimentos podrán tener casa por cárcel”: “Corte, al estudiar caso de un detenido, consideró que la prisión hace más difícil la reparación...” y sigue en párrafo posterior:

Como una estrategia para garantizar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias de padres e hijos, la Corte Suprema de Justicia determinó que las personas condenadas por este delito podrán purgar su pena en prisión domiciliaria, siempre que reparen los daños ocasionados y cumplan otra serie de condiciones (El Tiempo, 16 de febrero de 2016).

Este primer acercamiento, a tratar de entender como razona la autoridad encargada de fijar alimentos, ha permitido establecer que el funcionario debe evaluar una serie de criterios para poder establecer dicho monto. Esto es lo que seguidamente se entra a estudiar.

Criterios procesales

Si bien es cierto el legislador en Colombia estableció una serie de parámetros para la fijación de cuotas de alimentos, todos los casos se estudian y obedecen a situaciones diferentes.

Dentro de los criterios dados por el legislador y que son utilizados por los comisarios de familia, para fijar cuota de alimentos, se encuentran: que exista realmente una obligación alimentaria; son alimentos todo lo necesario para la subsistencia y eventual bienestar del niño; la presunción legal de que toda persona devenga al menos un salario mínimo legal; la capacidad económica del alimentante; el interés superior del niño, la niña y el adolescente; ningún menor puede carecer para su bienestar de cuota alimentaria.

Criterio de existencia de la obligación alimentaria

La Corte Constitucional (2009) en su sentencia C- 029, se refiere a este tema así:

“...la obligación alimentaria se establece sobre tres condiciones fundamentales: i) la necesidad del beneficiario;

ii) La capacidad del obligado para brindar la asistencia prevista en la ley, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia y, iii) el especial deber de solidaridad que existe entre uno y otro en atención a sus circunstancias recíprocas.”

Es decir, y en lo que cobija este trabajo, para que exista realmente una obligación alimentaria se necesita que se cumpla con tres requisitos:

1. la necesidad del niño, niña o adolescente de recibir alimentos, entendidos estos como todo lo necesario para lograr su desarrollo integral;
2. La capacidad económica del alimentante para suplir esa necesidad, pero esta capacidad parece limitada por la Corte, al referirse a que ello no debe implicar el sacrificio propio de la vida del obligado; y
3. Que exista un vínculo jurídico, en el caso de los padres e hijos la relación paterno filial entre estos.

Criterio son alimentos todo lo necesario para la subsistencia y eventual bienestar del niño

El legislador ha sido muy amplio al definir que son alimentos y quienes tienen derecho a estos. Según el Código de Infancia y Adolescencia, en su artículo 24, le existe a todo niño, niña y adolescente un derecho fundamental que protege “su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social”, e incluye “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción”; y va más allá ,cuando establece que ‘en general, todo lo que es necesario para el desarrollo

integral de los niños, las niñas y los adolescentes”, obligación que recae sobre el padre y/o la madre. E inclusive, se contempla como alimentos, el derecho que le asiste a la madre para recibir del padre, los recursos necesarios para cubrir los gastos de embarazo y parto.

Criterio de presunción legal de que toda persona devenga al menos un salario mínimo legal.

Este criterio se encuentra contemplado en el artículo 129 del Código de infancia y adolescencia. En este mismo artículo, se ha establecido como criterio para la fijación de cuota alimentaria *la capacidad económica del alimentante*; y para poder establecer dicha capacidad, la autoridad debe tomar en cuenta el patrimonio, posición social, costumbres y demás. Sin embargo, la presunción legal que se trata, impone al funcionario partir del supuesto que el obligado devenga por lo menos un salario mínimo legal.

En cuanto a esto, Ceballos (2013) plantea que dicha presunción puede ser desvirtuada, cuando el obligado logra demostrar que efectivamente no devenga un salario mínimo legal mensual vigente y que por lo tal el juez o autoridad competente para fijar alimentos debe ayudarse de otros criterios, llamados por la autora “auxiliares”, para poder establecer dicha cuota. Además, en las condiciones contextuales de Colombia descritas periódicamente por el departamento Nacional de Estadísticas es muy complejo para una persona desempleada subsistir sin un ingreso mínimo, situación ésta que incide al momento fijación de cuota alimentaria, al no tener reporte de nómina alguno.

Es decir, no hay excusa para no cumplir con la obligación alimentaria, toda persona de alguna u otra forma trabaja y devenga lo necesario para su subsistencia y la de sus hijos, y por lo tanto, al exigirles ellos cumplen, de lo contrario no lo harían. Teoría que si bien no concuerda del todo con la planteada por Ceballos (2013). tampoco la desvirtúa, más bien la complementa.

Criterio del interés superior del niño, la niña y el adolescente

Este es sin duda alguna el criterio más utilizado por la autoridades, tanto administrativas como judiciales, para fijar cuota de alimentos; y no es

para menos pues este se contempla en la Ley 1098 de 2006, como un principio rector para la protección integral del niño, sobre el cual se debe interpretar y aplicar toda norma, en toda situación en que se vea afectado los derechos de los niños. Principio, igualmente consagrado en la Convención sobre los Derechos de los Niños.

Este principio como eje diamantino con el que se fundamentan todas y cada una de las decisiones judiciales, consolidan el esquema de priorización del interés superior de los niños y niñas es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de niñez y adolescencia.

Siendo consecuente con lo anteriormente expresado, la Corte Constitucional ha manifestado, en reiterada jurisprudencia en Sentencia T-200 que:

...al interpretar el cuerpo normativo que regula la garantía de los derechos de los niños, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor. (Corte Constitucional, 2014)

Criterio de que ningún menor puede carecer para su bienestar de cuota alimentaria

Este presupuesto parte de la protección constitucional especial del Art 44, inc. 2 de que gozan los niños, niñas y adolescentes: “*La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño...*” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991); toma especial atención en materia de alimentos y del papel que debe ejercer el comisario de familia, frente a la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, para garantizar los derechos de ese niño; es así que la norma establece que en estos casos, el comisario de familia debe fijar cuota provisional de alimentos como lo establece la Ley 1098, Art. 111, numeral 2.

Ponderación de derechos

Quizás, la labor más difícil que tiene el comisario de familia, al fijar una cuota provisional de alimentos donde el alimentado es un niño, niña y/o adolescente, es

el tener que sopesar entre los derechos fundamentales de éste(os) y el del obligado; pues si bien es cierto los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás y que el principio rector de interpretación y aplicación de las normas, y por ende las decisiones judiciales y administrativas, para estos casos, es el interés superior del niño como se establece legalmente (Congreso de la República, 2006); no lo es menos cierto que el alimentante, por ser sujeto de obligaciones, también goza de derechos, y entre estos de algunos que tienen categoría de fundamentales; y por tal, no deben ser menoscabados, pues así lo ha establecido la jurisprudencia en sentencia C-029, al referirse a uno de los requisitos para que se configure la obligación alimentaria: "...la capacidad del obligado para brindar la asistencia prevista en la ley, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia..." (Corte Constitucional, 2009).

Cabe resaltar entonces, que la capacidad del alimentante desde la sentencia C-388 en ciertos casos no alcanza para sufragar con la obligación que éste tiene frente al alimentado, ya sea porque presenta otras obligaciones para con otros hijos, que al igual que aquel requieren de ser protegidos sus derechos; o porque no alcanza siquiera a devengar un salario mínimo legal, es decir se desvirtúa esta presunción legal. "No obstante, tratándose de una presunción legal, la persona afectada tendrá siempre la oportunidad de demostrar la inexistencia del hecho presumido" (Corte Constitucional, 2000).

Igualmente, no es desconocido que el alimentante alegue a su favor, aquella máxima del derecho "*Ultra posse nemo obligatum*" (Nadie está obligado a lo imposible). Así mismo, en contraposición hay quienes consideran inequitativo que el obligado se excuse en su capacidad económica y sea la madre quien deba conseguir a toda costa lo necesario para la manutención del niño; postura compartida por algunos comisarios de familia.

Así las cosas, el comisario debe ponderar entre el derecho de alimentos del niño, niña y/o adolescente: sustento, habitación, vestido, asistencia médica, entre otros; y los derechos del padre/madre obligado: mínimo vital y vida en condiciones dignas, entre otros.

Es aquí donde el proceso toma un tinte subjetivo, pues queda a la merced

de la autoridad y de su sana crítica del aprecio de las pruebas que son develadas por ambas partes.

Desarrollo integral del niño, niña y adolescente

Mucho se ha dicho de si el monto que se fija en un caso de alimentos, es justo o no tanto para el alimentado como para el alimentante y de si éste logra sufragar por lo menos las necesidades básicas del niño demandante. Sin embargo, como reiteradamente se ha expuesto en este trabajo, la misma Ley 1098 de 2006, establece que el derecho de alimentos involucra no solo el desarrollo físico del niño, niña y/o adolescente, sino su desarrollo psicológico, espiritual, cultural y social.

Sin el ánimo de entrar a profundizar en estos temas, que no son propios del derecho, pero sí a manera de orientación se debe exponer que:

La dimensión espiritual, según Gómez (s.f.), “le da un significado y sentido a la existencia y establece un puente común entre las personas”, se encuentra frecuentemente relacionada con la religión, pero no necesariamente esto es un requisito, pues se puede dar en el no creyente. Para Gómez, el desarrollo espiritual ocurre espontáneamente en el niño, siempre y cuando encuentre apoyo y circunstancias apropiadas. El desarrollo espiritual por tanto “...se logra por medio de una estrecha comunicación entre los padres y éste, en la que se dan respuesta a muchas preguntas esenciales de la vida” (Gómez, s.f.).

Para Greenfield. y Suzuki . (s.f.), un aspecto importante para el desarrollo del niño es el conocimiento cultural, “Los niños/as desde el nacimiento están expuesto a la cultura que los rodea”; siendo la familia el núcleo fundamental de la sociedad, éste será el primer estadio donde comienza a aprenderse cultura, “desde la forma de dormir, prácticas alimenticias, hasta el eventual sistema de valores del niño...”(*ibidem*). Desde este punto de vista, el contacto dado entre los padres y el niño influyen positiva o negativamente en el desarrollo sociocultural del niño.

Igualmente, se resalta la importancia de la familia para el desarrollo social del niño se consideran tres factores que intervienen en el desarrollo social del niño: aprendizaje social, normatividad ético-social y relaciones interpersonales

(familia, escuela y grupo de iguales). Es claro que existen diferencias entre los aportes del padre respecto de la madre, lo que lleva a concluir que sus roles son complementarios, por lo tanto, es necesario el aporte de ambos para lograr un desarrollo integral del niño.

Con base en lo anterior, se puede afirmar entonces que si bien, el legislador tuvo en cuenta lo necesario para definir qué son los derechos de alimentos y que involucran; la ley, doctrina, tratados, jurisprudencia y demás normas, incluso la constitución, se han quedado cortas a la hora de materializar dicho concepto, puesto que no hay normatividad alguna que de alguna manera garantice que el obligado por alimentos, cumpla con su deber de padre/madre en lo relativo al desarrollo psicológico, espiritual, cultural y social del niño; no existe manera alguna de obligar a un padre a cumplir con éste deber, la única sanción de la que se podría hablar, es una sanción de tipo moral.

No hay nada entonces, que el comisario, defensor de familia e incluso juez de la república, pueda hacer ante la imperiosa necesidad que demandan los niños, niñas y/o adolescentes, en estos aspectos.

Contexto

Es determinante para la autoridad competente, encargada de fijar alimentos, reconocer el contexto en que se desarrolla cada caso en particular. Para los comisarios de familia de Cúcuta y su área metropolitana, por su puesto Los Patios, este aspecto tiene gran relevancia en estos días, teniendo en cuenta la ubicación geográfica especial que tiene esta ciudad, frente a otras ciudades del país, al ser frontera con Venezuela; Así mismo, debido a la estrecha distancia entre los municipios aledaños y su dinámica comercial, estos se ven seriamente afectados por la situación socio-económica que atraviesa Cúcuta, sobre todo con relación a los problemas migratorios fronterizos, el cambio de divisas y las decisiones tomadas en esta ciudad para contrarrestar los efectos de las políticas creadas por el gobierno del país vecino.

Dichas políticas, de una u otra forma ha influido en el aumento de migrantes de Venezuela hacia Colombia (El País, 2017). Estas personas entran a Colombia por Cúcuta y muchas se quedan allí. El mayor inconveniente que enfrentan estas

personas es que no están legalizadas en Colombia y esto trae consigo, que no puedan acceder a programas del gobierno nacional y servicios que este ofrece, situación que no es ajena a las comisarías de familia, cuando llegan casos de fijación de cuotas de alimentos en donde el niño, niña o adolescentes no está estudiando, donde el padre o madre obligado no tiene trabajo, o trabaja en la ciudad pero es mal pago, o trabaja en el país vecino y al cambio de divisas, lo que gana no es suficiente para cubrir con los gastos requeridos por el alimentado.

Esta situación refleja una gran incidencia en el aumento de casos por alimentos que se presentan en la comisaría de Los Patios: “últimamente se ha evidenciado que ha subido considerablemente las solicitudes para las audiencias de fijación de cuota alimentaria, probablemente es ocasionado por la mala situación económica que atraviesa el país...” *ibídem*, “es un tema álgido, pues tenemos presencia de familias que vienen de Venezuela con esa dificultad de nacionalidad...” “Se presenta mucha dificultad respecto a esto, sobre todo por el cambio de moneda”.

Surge entonces una inquietud y es que pareciera que se desvirtúa un poco aquel criterio legal establecido, en que se presume que el obligado devenga por lo menos un salario mínimo; pues por un lado se encuentran padres/madres que trabajan en Venezuela, ganan en bolívares, pero sus hijos estudian y/o viven en Colombia, con lo que al cambio no lograrían suplir los gastos mínimos requeridos por éste; por otro lado y no muy diferente, está el venezolano que trabaja en Colombia pero es mal pago, a raíz de su ilegalidad.

Sin embargo, frente al interés superior del niño, respecto a que no hay excusa para evadirse de la responsabilidad como alimentante y como ella misma lo expresa: “el interés superior del niño, niña o adolescente está por encima de todo, el papá tiene que hacer el esfuerzo”, tendríamos para el primer caso planteado que en esta situación la autoridad encargada de fijar las cuotas de alimentos, debe establecer un monto que pueda cumplir aquella persona que devenga en Bolívares, que por muy irrisorio que parezca es mejor que nada y que peor sería no presionar a los obligados a cumplir valiéndose de esta condición; en el segundo caso y en concordancia con los estudios realizados por el DANE (2009) en la ponderación de derechos que hace, ninguna persona puede vivir sin el mínimo en Colombia,

aquellas que no figuran como empleados se puede catalogar dentro del rebusque o trabajo informal; queriendo decir entonces que de una u otra forma el obligado no tiene excusa para evadir su responsabilidad frente al alimentante.

Es de resaltar, que frente al problema del trabajo, desarrollado “ilegalmente” por estas personas venezolanas en el entendido que no están nacionalizadas y por ende en muchos casos vulnerados sus derechos mínimos como trabajadores, La Corte Constitucional emitió recientemente un fallo de tutela, en el que busca proteger a personas migrantes de Venezuela, que ejercen el trabajo sexual en Colombia, frente a la vulneración de sus derechos fundamentales, como amplia desde el contexto social el Tiempo (2017). La noticia divulgada por el periódico La Opinión (2017) con el título “Chinácota: Un fallo histórico para prostitutas”, explica en sus columnas las medidas tomadas por la Corte Constitucional:

1. Verificar que no hayan personas extranjeras prestando servicios sexuales de manera forzada. 2) En caso de encontrar extranjeros realizando estos trabajos, sin la debida documentación, deberán iniciar y acompañar los trámites para expedir los permisos que les permitan laborar dignamente, siempre y cuando estén de acuerdo y consientan seguir realizando esta actividad, según las consideraciones de la sentencia. 3) Capacitar en sus derechos a todas las personas que estén realizando trabajo sexual, nacionales o extranjeros”. 4) Analizar el caso en concreto de cada una de las personas extranjeras que encuentren realizando actividades de prostitución. (La Opinión, 19 de abril de 2017, pp 1 y 2A)

Así las cosas, las trabajadoras sexuales provenientes de Venezuela deben ser tratadas por igual que a todo trabajador colombiano y que para tal se les debe expedir visa de trabajo; fallo de tutela que por igualdad de derechos se hace extensible a todo migrante venezolano, lo que probablemente tendrá una repercusión muy fuerte en materia de alimentos: por un lado, favorece indiscutiblemente a estos padres y/o madres venezolanos(as), para poder cumplir con la manutención de sus hijos, ya sean que hayan sido o no demandados por alimentos; pero por otro lado, es probable que aumente la oferta de mano de obra con la llegada de más venezolanos, situación que desfavorece al trabajador colombiano y por ende a los padres y madres que deben cumplir con su obligación alimentaria y en último se verá afectado el alimentado; habrá que esperar, para poder determinar cómo afecta realmente esta medida el interés superior del niño, niña o adolescente.

Cuotas Alimentarias frente a los elementos contextuales

Analizando los resultados de la investigación realizada en el municipio de Los Patios, Norte de Santander, se procede exponer la categorización en base a los siguientes criterios: pertinencia y protección de los derechos del niño, niña o adolescente.

Pertinencia

Los procesos de fijación de cuota alimentaria llevados a cabo en las comisarías de familia, por medio de conciliación extrajudicial, son rápidos y ágiles; permiten obtener resultados en corto tiempo. Para lo anterior, se debe contar con una buena gestión por parte del funcionario encargado, en este caso, el comisario de familia, el cual debe cumplir con la funciones propias de su cargo, contempladas en el art. 86 numeral 5 del código de infancia y adolescencia ley 1098 de 2006. Adicionalmente, debe existir ánimo conciliatorio entre las partes, que permita llegar a un acuerdo para satisfacer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues ese es el fin último de este tipo de procesos.

En ese sentido, es mucho más fácil llegar a un acuerdo entre las partes, que acudir a estrados judiciales, donde los procesos son largos y desgastantes en comparación con una conciliación. Sin embargo, en todos los casos no se presentan tales condiciones. No obstante, en caso de que no exista ánimo conciliatorio, el comisario de familia fijará una cuota de alimentos provisional, en base a unos criterios que ya fueron motivo de análisis en los anteriores capítulos.

En cuanto al monto fijado, depende de dos factores muy importantes, los cuales son; capacidad económica del alimentante y necesidad del niño, niña y adolescente. Con respecto al primero, la corte Constitucional (2004) en sentencia C-994 señala:

Quando en el proceso de alimentos no existe prueba para determinar el monto de los ingresos económicos del alimentante, el juez puede establecer discrecionalmente tomando en cuenta los factores generales señalados en la disposición y, si ello no es posible, en última instancia se presume que devenga al menos el salario mínimo legal.

Esta presunción es legal o *iuris tantum*, y no de derecho o *iuris et de iure*, por ser aquella la regla general y por requerir las excepciones señalamiento expreso en la ley (Art. 66 del Código Civil), lo cual significa que las partes pueden desvirtuarla mediante las pruebas correspondientes. Dicha presunción presupone que el alimentante tiene capacidad económica, o sea, que dispone de unos ingresos económicos derivados de su trabajo, dependiente o independiente, o de rentas de capital.

Respecto al segundo factor, se analiza, que las necesidades del alimentario, varían según su edad, posición social, cultura y sexo. En el caso de la edad; un niño recién nacido no consumirá lo mismo que un niño de otra edad; una niña que entra en su proceso de desarrollo en el que tiene que empezar a utilizar toallas higiénicas, no consumirá lo mismo que un niño en el mismo rango de edad. Así mismo es la posición social, como lo dice el Artículo 413 del código civil donde existen dos tipos de alimentos; congruos, que son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, y necesarios; son los que le dan lo que basta para sustentar la vida.

En ese orden de ideas, se evidencia que el valor promedio fijado para la cuota de alimentos para el año 2016, estuvo entre \$170.000 y \$200.000 pesos, correspondiente a cada niño, niña o adolescente. Si se analiza este valor con respecto al que se necesita para la manutención de un niño, niña o adolescente en Colombia, se observa que está por debajo, debido a que aproximadamente se gastan \$10.000 pesos diarios correspondientes a vestuario, alimentación, recreación, educación y demás ítems imperiosos. (Accionante del caso en particular, comunicación personal, 28 de marzo de 2017).

Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Cabe resaltar que el objetivo principal de la fijación de cuota alimentaria, es proteger los derechos de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, los procesos de esta índole, llevados a cabo en una comisaría de familia, permiten la protección de dichos derechos, pues coadyuva al sistema judicial, depurando procesos, en los que se puede llegar a una conciliación extrajudicial, descongestionando el aparato judicial.

La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se materializa con celeridad, al establecerse un acta de conciliación, en la que el obligado a dar alimentos, se compromete a cumplir con su responsabilidad, y en caso de que incumpla, la persona afectada podrá acudir a la jurisdicción ordinaria especialidad civil, en aras de impetrar una acción o demanda ejecutiva de alimentos, puesto que la mencionada acta, presta mérito ejecutivo, así como lo contempla la Ley 446 de 1998 Art.66 y la Ley 640 de 2001 parágrafo primero.

A MODO DE DISCUSIÓN

De los resultados obtenidos en este proyecto, se puede deducir que una vez identificadas las condiciones procesales de la fijación de las cuotas alimentarias, establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano, estas están diseñadas para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente los relacionados al derecho a los alimentos, con todos los demás derechos que con este tienen conexidad. De tal manera que los comisarios de familia, cuentan con una amplia gama de herramientas jurídicas para poder adelantar los procesos administrativos de fijación de cuota de alimentos y de manera provisional las puede fijar como medida cautelar de protección del derecho del niño, niña y adolescente.

Ahora bien, una vez identificadas las condiciones procesales que la ley y la jurisprudencia le ha otorgado a las comisarías de familia, para que adelanten de manera provisional los procesos de fijación de cuotas alimentarias, se reconoce el manejo dado a esta figura por parte de los comisarios de familia en aras de garantizar la efectividad de la medida.

Lo anterior con el fin de establecer si la norma que se ha creado con relación a la protección de los alimentos de los niños, niñas y adolescentes, ha sido efectiva en la aplicación de las medidas señaladas en estas. Por qué de nada sirve, que la norma contenga medidas que jurídicamente sean aplicadas en cada caso y establezca garantías para la protección de estos derechos, pero a la hora de establecer la efectividad de estas medidas, no cumplen realmente con los mandatos contemplados para la preservación de los derechos de los niños o se estén ejecutando parcialmente, pues intervienen varios factores, como la situación económica que atraviesa el obligado a dar alimentos, motivado por el contexto

del entorno donde vive, explicado anteriormente en un capítulo de los resultados. Otro factor que incide en el incumplimiento de las medidas impuestas, es la falta de un castigo severo para los padres irresponsables, pues ya no se está contemplando la cárcel para ellos, sino la detención domiciliaria (casa por cárcel).

Es por eso que se procedió a la aplicación de los instrumentos diseñados para este proyecto, tales como; la matriz de recolección de datos y las entrevistas semiestructuradas aplicadas al comisario de familia y al accionante del caso en particular. Para la recolección de datos se han tenido en cuenta los dos últimos años, esto es, de los años 2015 y 2016, donde se pudo establecer que en este tiempo se adelantaron 2.122 procesos en la comisaría de familia, de los cuales 1.161 procesos se radicaron para fijación de cuotas de alimentos. Esto significa que el 54.7% de los procesos adelantados en el despacho son de fijación de cuota alimentaria, además, estos mismos procesos son finalizados en la comisaría de familia, y el tiempo promedio de un proceso de fijación de cuota en este despacho es de 45 días y el promedio del valor de la cuota mínima fijada oscila entre \$150.000 y \$200.000.

De lo anteriormente expuesto, se puede establecer que los procesos de fijación de cuota que se adelantan en la comisaría de familia, sí vienen cumpliendo con lo establecido en la normatividad vigente para la ejecución de estos procesos administrativos. Así mismo, los comisarios de familia utilizan distintos criterios fijados para solucionar este tipo de procesos con el fin de garantizar los derechos del alimentado. Además, los usuarios están acudiendo a la comisaría de familia para que se adelanten este tipo de procesos, por ser un procedimiento sencillo, expedito, ágil, rápido y que permite tener resultados en poco tiempo. Con estas situaciones, se puede considerar que con las medidas que se están adelantando para la ejecución de los procesos administrativos, de fijación provisional de la cuota alimentaria, su funcionalidad, como procedimiento, sí es garante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por parte de este despacho.

Corolario a lo anterior, no se cumple con los alimentos congruos y en algunas ocasiones con los necesarios, puesto que se fijan cuotas irrisorias con respecto a las necesidades del alimentario.

Adicionalmente, respecto al desarrollo integral del niño, niña y/o adolescentes, la cuota alimentaria como figura garante, se ve corta; considerando que el derecho de alimentos involucra todo lo relacionado para alcanzarlo: desarrollo psicológico, cultural, social, espiritual y por supuesto económico. La cuota fijada, como tal solo logra satisfacer y no en todos los casos, uno solo de las dimensiones que comprende el desarrollo integral del niño.

Teniendo en cuenta los criterios utilizados por la comisaría de familia del municipio de Los Patios, el valor promedio fijado para la cuota de alimentos para el año 2016, estuvo entre \$170.000 y \$200.000 pesos, correspondiente a cada niño, niña o adolescente. Esto quiere decir que si se tiene en cuenta que para el año 2016 el salario mínimo legal mensual vigente fue de \$ 689.454, el porcentaje de la fijación de la cuota alimentaria estuvo entre el 25% y el 29%, cumpliendo con lo establecido por la ley, esto es que se puede trazar una cuota de alimentos hasta el 50% del salario que devenga el obligado, pero también es cierto, que en la comisaría de familia se viene realizando una fijación de cuota de alimentos, con porcentajes muy por debajo de esta disposición legal, comparado con el que se necesita para la manutención de un niño, niña o adolescente en Colombia, debido a que aproximadamente se gastan \$10.000 pesos diarios correspondientes a vestuario, alimentación, recreación, educación y demás ítems imperiosos.

CONCLUSIONES

La cuota alimentaria como figura garante de los derechos de los niños, no es del todo efectiva, desde el punto de vista económico, puesto que en algunos casos el monto fijado no las logra cubrir el costo de las necesidades básicas que el alimentante requiere.

La cuota alimentaria para nada es efectiva en lo que respecta a los demás aspectos relativos al desarrollo integral del niño, donde nada tiene que ver la parte económica: psicológico, espiritual, cultural y social; debido a que no hay forma de obligar, desde el punto de vista jurídico, a que el obligado cumpla con este deber. La única sanción que se da en estos casos es de tipo moral.

Sin embargo, la figura de la cuota alimentaria se muestra como la mejor

opción, hoy día, dentro del ordenamiento jurídico, para garantizar el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, en pro de lograr su desarrollo integral.

La posibilidad que la cuota de alimentos provisional pueda ser fijada por autoridades administrativas, realmente descongestionan los despachos judiciales; y traen consigo otro beneficio y es que este es un procedimiento sencillo y ágil, lo que permite de alguna manera el acceso a la justicia de forma rápida.

En cuanto que el procedimiento sancionatorio debe ser más drástico; esto de una u otra forma presiona al obligado a cumplir con su deber para con el alimentante. La presunción legal de que para la fijación de la cuota alimentaria se parte de la base, que en Colombia el obligado devenga por lo menos un salario mínimo legal mensual vigente, no es del todo cierto, y es susceptible de ser desvirtuada en ciertas situaciones, como: el padre/madre que teniendo sus hijos en Colombia, trabaja en Venezuela ganando en bolívares, lo cual al cambio muy difícilmente lograra equiparar el mínimo en este país al de Colombia; en otras ocasiones, el padre aún ganando un salario mínimo, debe repartir su obligación para con otros alimentados, lo que a la postre vendría siendo lo mismo.

Sin embargo, el aforismo “nadie está obligado a lo imposible”, no es argumento suficiente para que el obligado evada su responsabilidad con su hijo, puesto que si se tomara como cierto, en dónde quedaría la madre/padre que tiene por custodia el niño, ya que este(a) si debe de cualquier forma lograr cubrir las necesidades de su hijo.

Los comisarios de familia, deben en algunos casos fijar cuotas que parecen irrisorias, frente a las necesidades del alimentado, pero que deben llegar a esto, por el hecho de que también deben salvaguardarse los derechos del alimentante. En todo caso, cualquier cuota fijada, siempre es mejor que nada.

No se tienen estadísticas, por parte de las autoridades administrativas, de cuántos casos pasan a la vía judicial, perdiéndose el seguimiento que se puede hacer a cada uno de los casos, dejándolo todo a merced o responsabilidad el representante del alimentado.

Como citar este capítulo

APA

Aguilar-Barreto, A.J., Anavartarte-Manrique, J.E., Ortega Gelves, L.F., & Sánchez-Rodríguez., O.E.(2018). Fijación de cuotas alimentarias a niños, niñas y adolescentes en las comisarías de familia. En Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. (Eds.), *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho* (pp.104-130).Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

VANCOUVER

Aguilar-Barreto AJ, Anavartarte-Manrique JE, Ortega Gelves LF, Sánchez-Rodríguez OE. Fijación de cuotas alimentarias a niños, niñas y adolescentes en las comisarías de familia. En: Aguilar-Barreto AJ, Hernández-Peña YK, Contreras-Santander YL, Flórez-Romero M, Editores. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar; 2018. Pp.104-130.

HARVARD

Aguilar-Barreto, A.J., Anavartarte-Manrique, J.E., Ortega Gelves, L.F., & Sánchez-Rodríguez., O.E. (2018). “Fijación de cuotas alimentarias a niños, niñas y adolescentes en las comisarías de familia”. En: Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. Eds. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

CHICAGO

Aguilar-Barreto, Andrea Johana, Jaime Enrique Anavartarte-Manrique, Luis Fernando Ortega Gelves & Oscar Eduardo Sánchez-Rodríguez, “Fijación de cuotas alimentarias a niños, niñas y adolescentes en las comisarías de familia”, en *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*, editado por Andrea Johana Aguilar-Barreto, Yurley Karime Hernández-Peña, Yudith Liliana Contreras-Santander, Marcela Leonor Flórez-Romero (Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar,2018), 104-130.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ceballos, L. (2013). Criterios auxiliares empleados por los jueces de familia de la Ciudad de Pereira en la imposición de la cuota de alimentos, en Ingresos inferiores al salario mínimo legal vigente. Recuperado: <http://repositorio.unilibrepereira.edu.co:8080/pereira/bitstream/handle/123456789/306/CRITER~1.PDF?sequence=1>
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente (1991, 20 de julio). Constitución Política de 1991. Recuperado el día 15 de noviembre de 2016 de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Colombia. Congreso de la República. (1991, Marzo 21). *Ley 23, Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 39752.

- Colombia. Congreso de la república. (1998, 7 de julio). Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Recuperado el día 15 de noviembre de 2016, desde: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sijur/normas/Norma1.jsp?i=3992>
- Colombia. Congreso de la República. (2000, Julio 24). Por la cual se expide el Código Penal, Diario Oficial 44097.
- Colombia. Congreso de la República. (2001, Enero 5). Ley 640 Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial 44303 del 24 de enero de 2001.
- Colombia. Congreso de la república. (2006, 8 de noviembre). Ley 1098 de 2006. Código de Infancia y Adolescencia. DO: 46.446. Recuperado el día 15 de noviembre de 2016, desde: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sijur/normas/Norma1.jsp?i=22106>
- Colombia. Congreso de la república. (2010). Código de la Infancia y la Adolescencia (Concordado). (2010, Octubre), Visión mundial. Reimpresión: 5.000 ejemplares ISBN: 978-958-8295-19-0 Bogotá, D.C. Recuperado: [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Visi%C3%B3n%20Mundial_Codigo%20de%20Infancia%202011\(1\).pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Visi%C3%B3n%20Mundial_Codigo%20de%20Infancia%202011(1).pdf) recuperado el día 16 de abril de 2017.
- Colombia. Corte constitucional. (2000, 5 de abril). Sentencia C-388 del 5 de abril de 2002. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia. Corte constitucional. (2004). Sentencia C-994. MP Jaime Araujo Rentería
- Colombia. Corte constitucional. (2009, 28 de enero) Sentencia C- 029. MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia. Corte constitucional. (2014, 1 de abril). Sentencia T-200 del 1 de abril de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Colombia. Presidencia de la República de Colombia.(2007, 17 de diciembre). Decreto 4840 de 2007. Sobre las comisarías de familia, por el cual se reglamentan los artículos 52, 77, 79, 82, 83, 84, 86, 87, 96, 98, 99, 100,

105, 111 y 205 de la Ley 1098 de 2006.. Recuperado el día 15 de enero de 2016, desde: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sijur/normas/Norma1.jsp?i=28019#0>

Departamento administrativo nacional de estadísticas – DANE. (2009). Metodología Informalidad Gran Encuesta Integrada De Hogares- Geih. Recuperado el día 01 de mayo de 2017, desde: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/metodologia_informalidad.pdf

El País. (2017). Cada vez es mayor la migración de venezolanos a Colombia. (05 de febrero de 2017). Recuperado: <http://www.elpais.com.co/colombia/cada-vez-es-mayor-la-migracion-de-venezolanos-a.html>

El tiempo. (2016). Artículo periodístico “Padres que no cumplan cuota de alimentos podrán tener casa por cárcel”. (2016, 16 de febrero). Consultado en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16511177> el día 13 de abril de 2017.

El Tiempo. (2017, 19 Abril). Burdel fundado hace 80 años reabrirá sus puertas por orden de la Corte. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/corte-constitucional-ordena-reabrir-prostibulo-en-chinacota-78774>

Gómez, J. (s/f). La dimensión espiritual en los niños: su desarrollo y fortalecimiento.

Greenfield, P., y Suzuki, L. (s/f). Cultura y Desarrollo Humano: Implicaciones Parentales, Educativas, Pediátricas y de Salud mental. Universidad del Valle, pp 1- 5. Recuperado: <http://www.psicologiacultural.org/Pdfs/Traducciones/Greenfield%20y%20Suzuki.pdf>

La opinión. (2017). Chinácota, centro de atención por fallo histórico sobre trabajo sexual. (19 de abril de 2017). Recuperado de <http://www.laopinion.com.co/region/chinacota-centro-de-atencion-por-fallo-historico-sobre-trabajo-sexual-131844#ATHS>

Martínez, M. (1996). La investigación cualitativa (síntesis conceptual). *Revista IIPSI*, 9, (1), pp. 123-146. Recuperado de: <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/psico/article/view/4033/3213>

7

AUTOGESTIÓN E INDIVIDUALISMO: NUEVAS REPRESENTACIONES DE LO NO- VIVIDO COMO DESEO SOCIAL MIGRATORIO

*José Joan Garavito Patiño³⁷, Sandra Bonnie Flórez Hernández³⁸ y
Marcela Leonor Flórez Romero³⁹*

³⁷Profesor de tiempo completo en la Universidad Simón Bolívar, coordinador del área de lenguaje y comunicación. j.garavito@unisimonbolivar.edu.co

³⁸Profesor tiempo completo en la Universidad Simón Bolívar, coordinadora del área de Democracia, Ciudadanía y Pensamiento Bolivariano. S.florez@unisimonbolivar.edu.co

³⁹Profesora tiempo completo de la Universidad Simón Bolívar, coordinadora del área de formación para la Investigación. m.florez@unisimonbolivar.edu.co

Palabras clave

Posmodernidad, globalización, migración y hedonismo.

Resumen

La presente disertación pretende mostrar una conducta que parece tomar mayor asidero a partir del modelo económico y político hegemónico de las últimas décadas en países latinoamericanos. El fenómeno que genera mayor impacto es justamente el migratorio, ya que sus características atomizadas elevan la discusión a instancias más allá de las jurídicas y morales. Se trata de un artículo cuyo propósito es la comprensión de conceptos como autogestión (sobrevivencia) e individualismo (libertad) en el contexto posmoderno y su relación insoslayable con la globalización.

SELF-MANAGEMENT AND INDIVIDUALISM: NEW REPRESENTATIONS OF THE NO-LIVED AS SOCIAL DESIRE

Palabras clave

Postmodernism, globalization, migration, refugees, hedonism.

Resumen

The dissertation pretends to show a behavior that seems to take more hold from the hegemonic economic and political model of the last decades in Latin American countries. The phenomenon that generates the greatest impact is precisely the migratory one since its atomized characteristics elevate the discussion to instances beyond the juridical and moral. It's an article whose purpose is the comprehension of concepts such as Self-Management (survival) and individualism (freedom) in the postmodern context and its unavoidable relationship with globalization.

INTRODUCCIÓN

La posmodernidad aparece en el debate académico sin haber finalizado –*al parecer*– la comprensión de la modernidad. Fenómenos como el de la migración y la globalización han suscitado ciertos reconocimientos a lo que autores de prestigio filosófico y sociológico denominaron; sociedad líquida, fin de los meta-relatos, último hombre, era del vacío o sociedad del espectáculo, solo por mencionar algunas categorías conceptuales, y abren una conversación mucho más profunda debido a sus aciertos premonitorios con el presente indómito al cual se acude.

La época actual que en apariencia está llena de vacíos, necesita circuitos conductores que logren edificar un futuro más próspero, se acude entonces al marco jurídico para que éste dé luces y pueda contribuir a la tan anhelada reestructuración política y social, sin embargo, sin identificar plenamente el porqué de la diseminación del poder y la incredulidad de las instituciones, es muy difícil que la situación cambie en beneficio de la humanidad.

Se propone en la primera parte revisar alguna terminología básica y un superfluo análisis jurisprudencial que logre ubicar al lector en el terreno

conceptual de los convenios y tratados internacionales para aprovechar posteriormente las categorías mencionadas y sostener una reflexión un tanto más cotidiana o si se quiere; inteligible. Posteriormente se hace hincapié en la voluntariedad amparada hacia el deseo de ser; teniendo. Finalmente el tema discurre en los detalles posmodernos, la autogestión, globalización y el constante individualismo en esferas creadas para la colectividad como democracia, educación o la misma humanidad, aspectos éstos que influyen directamente en el terreno de la migración al convertirse en la puerta de escape de todo aquel que desea vivir o sobrevivir en mejores condiciones.

El fenómeno de las migraciones mixtas

“Ningún humano es ilegal”
Sheyla Benhabib

Muchas especies animales realizan migraciones para cambiar de hábitat en respuesta a las adversidades por condiciones ambientales o dificultades por conseguir alimento, en ocasiones migran en grupos de varias especies sin reconocimiento de fronteras, excepto la barrera de asentamientos humanos. Pues bien, el fenómeno migratorio es tan común en las especies, incluyendo la humana, quienes en constantes “movimientos migratorios mixtos”; económicos, ambientales, de refugio o desplazamiento integran vivencias y situaciones de bloqueo que encuentran en las fronteras y que les empuja a una situación de migración irregular que plantea métodos de riesgo, sucumbiendo entre otras cosas a organizaciones de trata de personas y un creciente mercado de transporte humano en el que se paga un alto coste no solo económico sino de situaciones degradantes, violaciones y tratos crueles e inhumanos.

No obstante, aunque suelen confundirse los términos, lo único que les puede caracterizar como grupo homogéneo son los fenómenos de migraciones mixtas anteriormente mencionados o el hecho del desplazamiento de un lugar a otro. Es importante entender que cada fenómeno migratorio corresponde a una taxonomía y diferencias categóricas, en las que interviene la voluntad del migrante y la posición normativa de cada Estado para brindar o no asilo o, libre arbitrio en prestar ayuda humanitaria según las particularidades que les diferencian aunque todos tengan un desplazamiento previo. Mezzadra amplía

el vínculo de estos, cuando establece,

¿Qué vincula en un único destino a migrantes y refugiados?, por lo pronto, la simple circunstancia que muchos de los nuevos exiliados sean “pobres y en los países de acogida se mezclen con la clase obrera. Además que, en tanto que “extranjeros”, migrantes y prófugos se tornan en objetos privilegiados de las políticas de control y de las técnicas de gobierno utilizados por los estados europeos, precisamente, al mismo tiempo en que se están afianzando plenamente sobre bases nacionales (Mezzadra, 2005, p.83).

Es importante clarificar las taxonomías de cada fenómeno migratorio para una mejor comprensión de los mismos, en el caso de los refugiados la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados de 1967, establece la obligatoriedad para los Estados de brindar protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiados, equivalente a una “protección permanente y prolongada” (Gortázar, 1997, p. 370) y en la “adopción de medidas de protección en el tiempo que subsistan las circunstancias que motivaron la solicitud de esta figura” (BOE, Ley N. 9 de 1994); esta protección se denomina asilo, equivalente a la protección de los refugiados, cuyo concepto se define normativamente.

La Convención de Ginebra, define al refugiado como:

Aquella persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país, donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (ONU Conferencia de Plenipotenciarios, 1951, art. 2).

El refugio es entonces una mera condición que se adquiere cuando se es perseguido por las condiciones mencionadas y, para que pueda obtener asilo se requiere que realice el desplazamiento fuera de las fronteras del país de origen e ingrese al país de acogida, como requisito indispensable; de lo contrario se entiende que pese a las condiciones de persecución, su

desplazamiento variará dentro de las fronteras de su propio Estado de origen, convirtiéndolo en un desplazado interno forzoso, entendido por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1998) como,

Las personas o grupos de personas que se han visto forzadas a escapar o huir de su hogar y de su lugar de residencia habitual como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, por situaciones de violencia generalizada, por violaciones de derechos humanos o por catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida (p. 5).

Se hacen visibles dos rasgos característicos del desplazamiento, por una parte un hecho de intimidación que obliga a trasladarse del lugar de residencia natural y por la otra la permanencia de esta persona o grupo de personas dentro del país; con la existencia de estos dos rasgos la Corte Constitucional Colombiana sostiene en sentencias T-227 de 1997 y T—327 de 2001, que se adquiere de facto la calidad de desplazado y no por calificación que de ella hagan las autoridades.

Existen causas que impulsan el desplazamiento interno que se enmarcan en los requisitos para adquirir la condición de refugiado, tal situación se presenta cuando es producto de una persecución derivado de un conflicto armado o por violencia generalizada con el fin de desaparición étnica, racial, religiosa o pertenencia a un grupo social determinado; en cualquier caso es importante la presencia de un agente perseguidor según el Estatuto de Refugiados en el que establece un concepto muy limitado y al cual se ajustan los miembros de la Unión Europea; no obstante la Convención Africana -OUA de 1969 y la Convención de Cartagena sobre Refugiados de 1984, han ampliado el espectro de protección, razón por la cual en Iberoamérica y África los desplazados forzados internos tienen mayor probabilidad de gozar del estatuto de refugiados en comparación con países europeos, ya que reconocen como refugiados a aquellas personas que a causa de una agresión exterior, ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de nacionalidad.

La existencia de un agente perseguidor como requisito para ser refugiado, deja por fuera del reconocimiento a desplazados internos producidos por desastres naturales, pobreza, hambruna u otras causas económicas o sociales, y aunque

pueden recibir asistencia humanitaria, estos no dejan de ser desplazados internos si se desplazan dentro de las fronteras internas de su país de origen o inmigrantes irregulares si logran instalarse de manera irregular a otro Estado.

Ese migrante, entendido en estricto sentido como aquel que deriva del padecimiento de la escasez económica y de insuficiencia de recursos básicos, como “consecuencia evidente del desigual desarrollo regional del capitalismo como lo reconoce el transnacionalismo y multiculturalismo” (Arocena y Zina, 2011, p. 21) proyectando a través de la migración superar las desigualdades en los que se ve envuelto en su país de origen. Algunos autores han señalado también que las catástrofes naturales, la escasez de recursos naturales y la degradación ambiental como causas características de las migraciones (Castillo, 2011, p. 976). No obstante, una de las causas de las migraciones es producido por el fenómeno del capitalismo y elementos de la globalización, que amenaza la figura moderna de Estado-Nación, erosionando las fronteras para el paso de mercancías y cerrándose para impedir el paso de personas, ya que es en función de la economía que se gestiona todo por encima incluso de los derechos humanos, rompiendo el orden lógico de protección.

METODOLOGÍA

El presente documento se constituye el informe de una investigación que desde el paradigma interpretativo, y con un enfoque cualitativo busco la comprensión de conceptos como autogestión (sobrevivencia) e individualismo (libertad) en el contexto posmoderno y su relación insoslayable con la globalización, a partir de la aplicación de análisis documental como técnica, en la cual desde el ámbito jurisprudencial se logre ubicar conceptualmente de los convenios y tratados internacionales a partir de la categorización que desde lo planteado por Hurtado (2010) se aplicó como técnica de análisis de datos se implementó.

RESULTADO Y DISCUSIÓN

Voluntad como eje diferenciador del fenómeno de la migración

Las personas migran en búsqueda de oportunidades en cuyo caso la

salida del país aunque deriva de hechos que han impedido el desarrollo de una vida digna producto de las carencias, es por lo menos consciente y voluntaria, aunque la voluntariedad no debe tomarse en estricto sentido ya que en realidad los migrantes económicos son empujados por elementos subjetivos y objetivos que les deviene de la pobreza lo que pone en duda la supuesta libertad de la voluntad para migrar cuando las condiciones de necesidad y pobreza se convierten en situaciones que obligan, “*Sem entrar no mérito de um debate filosófico dos conceitos de vontade e de liberdade, é evidente que muito raramente a migração é completamente “voluntária” ou “livre”* (Mezzadra, 2015, p. 1), en este sentido, es necesario comprender todas las causas que cobijan la decisión de abandonar un lugar, de esta reflexión surge la propuesta autogestionaria e individual del título propuesto, aspecto que será ampliado una vez revisado el fenómeno migratorio.

El discurso sobre los aspectos subjetivos de la migración es un discurso de método, apunta a producir una inversión de la manera de mirar a los migrantes, subrayando más las prácticas y los comportamientos subjetivos que la determinación estructural, que sin embargo, siempre hay que tener en cuenta; los problemas y violencias estructurales de cada Estado empujan la voluntad del migrante que aunque gozan de tiempo para planificar y ejecutar su viaje con la posibilidad de un retorno, a diferencia del refugiado, igual desencadena el mantenimiento o no de fuertes vínculos con los países de origen, el migrante no busca un nuevo hogar, busca unas condiciones económicas que le permitan regresar a su país de origen, porque la “inmigración no implica un corte total y abrupto con las condiciones de origen, sino que el mismo tejido social del país de origen va a ser modificado por las relaciones nuevas que se construyen en el país de llegada (Mezzadra 2005, p.18), la situación de refugio y asilo en ocasiones persisten por muchos años estableciendo una ruptura total del aspecto subjetivo como nacionalismo y patria y del objetivo como la desvinculación jurídica de la ciudadanía y los derechos que devienen con ella, llegando incluso a una situación de apátrida que es resuelta por el Estado de acogida.

La situación del migrante no constituye una decisión fácil para quien la realiza, se presentan situaciones de desarraigo en donde enfrentan un cambio

con culturas diferentes de otras gentes que los perciben como “poblaciones pérdidas para la causa nacional, como traidores por dejar su país por necesidad” (Baubock, 2004, p. 192). Pero, “en realidad son fuerza activa de progreso económico para sus países de origen que aunque estando lejos contribuyen a través de las remesas con el mejoramiento de la economía” (Baubock, 2004, p.193). Al igual que el refugiado, el migrante también huye a lo que Mezzadra ha denominado Derecho de fuga, y que sostiene al respecto,

Derecho de fuga entendida en la cultura de Occidente como viaje, descubrimiento, sed de conocer, como la sustracción al poder despótico escenifica el movimiento subjetivo del migrante de vaciar de contenido el poder al que se enfrenta mediante su huida y repercute sobre la estructura política del mundo por desatar con su sola presencia la crisis en las categorías centrales del pensamiento y las instituciones políticas modernas (Mezzadra, 2005, p.44).

Es claro que el modelo económico capitalista impulsa directa o indirectamente lo que la autora llama “sed de conocer”, de ahí que en occidente sea donde se ve más afectada la institucionalidad con la sola presencia del migrante. Si bien esta discusión puede “atacarse” por cualquier esquina, se asiste a lo que grandes pensadores han determinado como pos-modernidad, que podría asociarse con la categoría de globalización si se quiere hablar de otro tipo de desarrollo. Aunque el problema puede mitigarse con análisis a los acuerdos o medidas jurídicas más ajustadas a la contemporaneidad, la norma y la ley no deben ser un faro solitario que reconduce el rumbo antes de la colisión, se necesita la experticia del navegante y en este caso en particular, el conocimiento oceanográfico en articulación con los dos anteriores para la verdadera comprensión de los hechos.

La realidad de exclusión respecto de la inmigración ante fenómenos nacionalistas resulta convertirse en una situación que complejiza el problema, y que es alimentada por “discursos sociales y políticos que van legitimando en diferentes grados por el discurso político y la legislación” (Zapata, 2011, p. 19), al respecto Pérez de la Fuente sostiene,

Que en el tema de la inmigración, la incoherencia, inverosimilitud o absurdidad de algunos de los extremos utilizados supone, finalmente, que existen seres humanos excluidos, que no participan de la redistribución y

que no se consideran dignos de reconocimiento. Mientras continúe esta situación, la proclamación de los Derechos humanos y el mundo de hoy tendrán una relación paradójica (Pérez de la Fuente, 2009, p. 260).

Los controles fronterizos deben procurar mantener la seguridad y el bienestar de los residentes del territorio, a modo de ver las fronteras son indispensables por lo menos en la época actual pero no deben ser entendidas desde nacionalismos tan arraigados, ni tan restrictivamente, “en concordancia con algún principio simple dominante de reducción, tal como la membresía nacional” (Benhabib, 2009, p.21). Hay un sistema de fronteras porosas que no son accesibles a los migrantes económicos, pero si al tránsito abierto de productos que atraviesan fronteras sin mayores regulaciones porque en últimas “las mercancías tienen más movilidad que las personas, pese a que éstas son titulares de derechos, en lo que denomina paradoja de la globalización” (Pérez de la Fuente, 2009, p. 265), y aunque lleguen a atravesarlas se encontrarán en situaciones de irregularidad sin ayuda humanitaria por parte del Estado, aunque se pueda justificar que el deber ser de la humanidad es preservar la vida y la dignidad de la misma humanidad- humanidad y un mínimo de derechos, “significa que el derecho a tener derechos o el derecho de cada individuo a pertenecer a la humanidad tendría que ser garantizado por la misma humanidad” (Arendt, 2004, p. 248).

Es así como trata de ser garantizado a través de la Convención de Ginebra, Estatuto de Refugiados, Convenio de Cartagena y Convenio de OUA, y demás regulaciones regionales pero que garantiza asilo al migrante por su condición de refugiado y no a los migrantes económicos o por desastres naturales; por lo pronto el sistema político y las propias condiciones de los países es inadecuada para tales pretensiones por la desigualdad económica, la brecha entre países pobres y ricos y las desigualdades sociales que la misma pobreza impone y en cuyo caso cada Estado tiene libertad de otorgar y reconocer derechos, abriendo un espacio a “la membresía que tiene que ver con la negociación de esta relación compleja entre los derechos de la membresía plena, tener voz democrática y la residencia territorial” (Benhabib, 2009, p.25).

Aunque Benhabib acude a una propuesta cosmopolita por la existencia necesaria de derechos Humanos Universales que al mismo tiempo sean

capaces de justificar la membresía política que dependerá del diálogo de las partes en lo que denomina “iteraciones democráticas” (Benhabib, 2009, p. 25) dejando de un lado la idea de soberanía, resulta una gran pretensión en medio del caos de la realidad y de los movimientos xenófobos en el mundo, que resulta casi imposible para migrantes económicos, aunque no para los refugiados quien si es merecedor de membresía política y de unas condiciones de inclusión social a través de la interacción democrática, pero que aún la situación del migrante empeora, “esto obedece al comportamiento discursivo de los partidos políticos es reactivo, conservador” (Zapata, 2011, 18), acompañados de puntos de vista de la ciudadanía nacional, territorialidad y soberanía nacional que van imposibilitando el acceso no solo de migrantes sino de refugiados a países receptores.

Queda sin fuerza la teoría universalista que pretenden entonces la igualdad, dignidad y derechos para todos los seres de la misma especie humana sin distinción alguna y de una apertura de fronteras, resulta un ideal de difícil realización, pero no con ello un imposible, como lo establece Benhabib, “nuestro destino como individuos de la modernidad tardía, es vivir atrapados en un permanente tira y afloja entre la visión de lo universal y las ataduras de lo particular” (Benhabib, 2009, p. 23) y eso que teóricamente se pregona la aplicación de los derechos humanos y sobre el cual “las sociedades democráticas basan sus discursos legitimadores en diversas formulaciones universalistas” (Pérez de la Fuente, 2009, 261).

Hay teorías que pretenden dar reconocimiento universal a la ciudadanía por la simple condición humana, pero no deja de ser un imposible, siendo más posible un cosmopolitismo como agencia integradora por excelencia; Siempre obedeciendo a medidas que produzcan contextos de transformación contrarios o en respuesta a fenómenos que produce el capitalismo y la globalización, porque como afirma García, la principal causa es de índole económica, debido a la agudización de las desigualdades y asimetrías entre los países del Norte (desarrollados) y los del sur (subdesarrollados) por lo cual más allá de la diversidad de las migraciones internacionales el componente es de carácter laboral (García, R.; et al. 2007, p. 976).

La voluntariedad como elemento clave para determinar la taxonomía del fenómeno migratorio, excluye a los migrantes económicos y ambientales del derecho de asilo y las ayudas humanitarias quedan sujetas a la benevolencia de los Estados receptores. Incluso el migrante económico que se convierte en “inmigrante irregular”, cuando sale de las fronteras de su país de origen, la voluntad que le determinó su actuar se reduce a la pérdida de libertad cuando es detenido por las autoridades y llevado a Centros de Internamiento de Extranjeros- CEI, donde en ocasiones el hacinamiento y las condiciones inhumanas son una constante, donde permanecen transitoriamente a la espera de la repatriación, lo que equivaldría que “en el camino hacia la dominación total es matar al hombre a la persona jurídica, a través de procesos de desnacionalización (Arendt, 2004, p. 249).

En este sentido “la inmigración internacional crea un mal emparejamiento entre territorio y ciudadanía: los ciudadanos emigrantes que viven en el extranjero y los inmigrantes extranjeros que se instalan en países receptores” (Aubarell y Zapata, 2004, p. 179). Y los Estados en crisis ante el fenómeno que se presenta y que según Granada,

Pone al descubierto las carencias redistributivas del proceso de globalización económica, la insuficiencia del sistema jurídico y la incapacidad de las sociedades occidentales para disponer de un espacio público en el que los seres humanos puedan tomar parte sin una estructura radial, (Granada, 2010, p.13)

El fenómeno resulta más complejo de lo que se pensaba, el sistema de producción capitalista y la distribución de riqueza influyendo sobre la voluntad de los individuos que se determinan a migrar, las problemáticas de vulneración de Derechos Humanos para los refugiados y la imposibilidad de los Estados en priorizar los Derechos Humanos por encima de la mercantilización y hacer frente a estos fenómenos de creciente envergadura.

El hedonismo como principio social: aproximaciones democráticas en la actualidad globalizada

Cuando se produjo la descentralización del poder, es decir, la despoltización estatal, el mundo occidental cayó en un abismo desconocido,

hay quienes aseguran que el vacío o la caída aún se mantienen y que la naturaleza del hombre es por definición incierta. Sobre este descompromiso del Estado hay que advertir que el particularismo no fue por definición una decisión institucional, la misma dinámica de la democracia instó para su reconversión. Desraizar la política no representa el problema que se vive en la sociedad, de hecho, este cambio se convierte en el deseo de la mayoría de la sociedad civil, que como población cansada de las injusticias y las desigualdades sociales actúa para el cambio y la transformación administrativa, de esta forma, la política polimorfa abre un escenario en el que cualquiera puede ser lo que quiera en la sociedad, poco importan sus limitaciones siempre y cuando el deseo continúe estando vigente.

Migración y “deseo de bienestar” se constituyen entonces en la forma cotidiana de sobrevivir. Esta praxis no estaría sujeta a críticas sino fuera por el rizoma⁴⁰ que el modelo económico capitalista genera; consumismo, privatización, transnacionalización, etcétera, con ellos, se crea otro tipo de lógica social y cultural que consiste en desear y adquirir todo tipo de mercancía (tangibles o intangibles) patrocinada por el paradigma de la felicidad. Es indudable que un discurso motivador hacia la consecución de logros es mucho más “conveniente” que uno que suponga rigor crítico de la situación.

Lo que se pretende decir es que la autogestión y el individualismo son opciones viables desde la poca rigurosidad, hoy todos pueden y son capaces de lograr lo que se propongan teniendo en cuenta que nada es imposible para el paradigma del libre comercio.

Ahora, pocos son los escenarios donde se discute realmente el problema de esta actitud hedonista, por ejemplo; ¿A qué se debe que la política económica de un país ya no dependa de la ideología de sus gobernantes? ¿Qué hace que en la edad del consumo todo parezca ligero, accesible, y a pesar de eso; obsoleto, perecedero? El problema con la migración es que ya

40 El término Rizoma fue introducido en la discusión social por Guilles Deleuze y Félix Guattari para tratar de señalar como desde una tesis original se desprenden o desglosan de manera progresiva otros conceptos que pueden ser anti-jerárquicos.

no habrá a dónde ir, antes de eso por supuesto habrá medidas, convenios, tratados, acuerdos y después de esa tranquilidad protocolaria que anestesia la realidad; habrá violencia. Comprender esta situación desde un horizonte teórico ayuda a pensar en lo que viene, el nomadismo virtual es uno de esos nuevos comportamientos individuales que antecede el nomadismo espacial, de acuerdo con la NASA y estudios relacionados, se proyectan viajes al espacio cuyo propósito es vivir experiencias de ingravidez, por ahora es un deseo que pocos pueden realizar debido a su alto costo, pero lo mismo se decía en 1950 de los viajes aéreos y hoy hay 14.000 aeropuertos con 30 millones de vuelos al año, lo que supone que cada segundo aproximadamente despegan un avión en el mundo.

Este ejemplo banalizado por el desarrollo mismo de la humanidad debe ser visto como incidente de la política, una práctica administrativa y gobernadora para instaurar lo privado como antítesis de lo público que según el logos imperante, carece de calidad. El tema no es únicamente el reemplazo de lo público o común por lo privado, es el mismo discurso constituyente de lo individual por sobre lo colectivo y ahí precisamente es donde se acentúa la crisis social, ya que estando la riqueza concentrada en tan pocas manos, tarde o temprano la población menos favorecida impulsada por la necesidad o deseo excesivo, “exigirá” bajo cualquier justificación su lugar en el mundo.

Hablar de cambio social implica sin lugar a dudas una superación de algo que parece incómodo, algo que por lo menos se quiere dejar atrás bien sea por extraño, lesivo o decadente. Existe en la sociedad civil contemporánea cierto hábito que funciona como punto de partida para revisar “como mínimo” eso qué significa la democracia. Una brevísima revisión de la pérdida progresiva de la fuerza o el ímpetu en el contexto social, debe estar anclada al ámbito de lo político y también de su praxis, porque en la política como organización moderna de los asuntos comunes, se ven con mayor asidero las connotaciones que conducen a la transformación de la realidad. Estos fenómenos sociales, políticos y culturales no pueden soslayar la máxima de la vida ciudadana; entiéndase por ello, la libertad, porque a partir de esa concepción se pueden estructurar realmente aquellos cambios relevantes para el desarrollo de las comunidades humanas. De acuerdo con esto, aprender a ser soberanos desde

la individualidad no sólo es una tarea inherente a los hombres de academia, sino un compromiso espontáneamente creador, que para serlo, necesita tomar distancia de la ingenuidad y también de la desvergüenza, de lo contrario el factor creativo se verá sometido a simples reproducciones o re-creaciones de asuntos ajenos que se dictan en la relación vertical imposición/obediencia. Por lo que únicamente la esfera privada parece salir victoriosa de ese maremoto apático; cuidar la salud, preservar la situación material, desprenderse de los complejos, esperar las vacaciones: vivir sin ideal, sin objetivo trascendente resulta posible÷ (Lipovetsky, 2003, 51).

Cerciorarse de este alcance está ligado al deseo de cambio que también es connatural en el ser humano, en ese sentido “hay que tener pensamientos, no solo ideas” (Nietzsche, 1932) y los pensamientos nacen de la duda o la inquietud que a su vez se gestan por la verdadera libertad del hombre. Pero ¿De qué manera se piensa en la libertad de un sujeto incardinado a la naturaleza incomprensible de tradiciones trágicas e imposiciones dogmáticas? obsérvese lo que Nietzsche en algunos de sus pensamientos (Obras completas) entre 1876 y 1882 señala:

Para el individuo que es un simple actor, que sabe y se quiere como actor, o sea que sabe que sus acciones y sus comportamientos no son más que roles a representar en las distintas situaciones de su existencia, el problema de la libertad es decidir si representa el papel tal como ha sido condicionado o determinado por su educación, o sea, por lo que los demás han hecho de él, o bien si busca creativamente nuevos roles y de este modo se constituye libremente a sí mismo. Todo ser humano está condicionado por los factores y circunstancias de su educación, de su origen, de su lenguaje, de los valores que ha incorporado y que se han inscrito en su cuerpo y en sus impulsos. Sin embargo, esto no significa un determinismo absoluto, sino que es posible la libertad y el ennoblecimiento si el individuo lucha por superar esos condicionamientos rebañizantes para convertirse en alguien original y superior. Es posible la empresa de constituirse uno mismo dando un estilo al propio carácter. (2014, p.32)

Hay que ser cuidadosos con la independencia a la que Nietzsche. (2014). Quiere llegar porque no todos los espíritus son libres y desde luego *aunque todos quieran serlo* no todos pueden establecerse para esa capacidad de pensar y vivir, ya que para ello es preciso enfrentar los valores diferentes a los

comunes permitiéndose descubrir, ensayar y crear nuevas interpretaciones.

En su curso de 1982-1983 en el Collège de France titulado “El gobierno de sí y de los demás” Michel Foucault pregunta a los asistentes ¿Se trata de una noción jurídica o político-jurídica, referida al hecho de que los hombres se encuentran actualmente privados del ejercicio legítimo de sus derechos, en función de alguna circunstancia, sea que, en efecto, hayan renunciado por voluntad propia a éstos en un acto fundacional e inicial, sea porque se los haya despojado de ellos mediante algún ardid o alguna violencia? (2009, p.45) Si los hombres se encuentran en esta situación de migración constante o por lo menos deseo de hacerlo, si se ponen bajo la dirección de otros, no es porque los otros se hayan adueñado del poder y ni siquiera porque éste se les haya confiado en un acto esencial, fundacional e instaurador.

Una posible respuesta puede encontrarse en Kant. Es, dice, “porque los hombres no son capaces o no quieren conducirse a sí mismos, y porque otros se han prestado servicialmente a tomarlos bajo su conducción” y continúa “es una actitud, un modo de comportamiento, una forma de voluntad que es general que no crea en absoluto un derecho, sino simplemente una especie de situación en la que algunos han tomado la dirección de los demás” (Kant, 1947, p. 46) Los distintos mecanismos de sujeción nos obligan a pensar el poder, esta es una cuestión de constante necesidad, casi oscilante que determinaría las acciones sociales de la individualidad. Se sabe con certeza que el poder no es, no se tiene, sino que se ejerce; el poder no es una propiedad, el poder es siempre una relación que atraviesa las estructuras pero no de modo tradicional, aunque se encuentre presente en toda relación donde se trate de dirigir la conducta del otro. Política y amor pueden ser dos ejemplos naturales de sujeción, el epicureísmo⁴¹ señala que todo vínculo que se estructure en torno a la dependencia trae perturbación, básicamente porque en el mundo todo es finito, y si perturba trae dolor, y si duele; no da placer.

41 Movimiento filosófico que intenta abarcar la felicidad de la vida humana mediante la ataraxia (algo así como la “indiferencia” o la no perturbación), Epicuro es el creador de este movimiento en el 341 a.C.

En el campo estrictamente político es necesario establecer con claridad aquello verdadero en relación con los absolutos que la democracia extravió, es común oír a muchos pedir más justicia, equidad, seguridad, libertades, prosperidad, paz, etcétera, sin embargo, con el hedonismo habrá que filtrar aquellos discursos en relación con la manipulación que suelen utilizar quienes se adueñan del poder. Es preciso decir que el poder es incapaz de dictaminar lo prohibido, éste ya no permite o no, realizar acciones determinadas bajo la represión, su metamorfosis tiene que ver con la actualidad moderna y su característica de individualización, tal vez por esa razón muros o militarizaciones fronterizas carecen de respaldo general.

Para esta nueva época es imposible que existan relaciones de poder sin la libertad de los sujetos, “hay relaciones de poder porque hay posibilidades de libertad en todas partes” (Foucault, 1983, p.128), esta tesis abre una discusión que parecía obvia y fácilmente superable ¿acaso no es al revés? Se creía que si el poder está presente no existía libertad, por eso el tópico panóptico ya no tiene que ver con barrotes y encierros, aunque continúe con su característica principal de vigilancia y castigo. Aquí el gran cambio del que hablan la mayoría de filósofos franceses. Guilles Deleuze por ejemplo en esquizofrenia y capitalismo (1972) sostiene una tesis sumamente intrigante sobre los flujos y los derrames, el pensador habla de máquinas deseosas y productoras que insertan el deseo de desear constantemente en una especie de red interdependientes unas con otras. Para comprender este fenómeno se tocarán dos escenarios donde se materializa la tesis del flujo consumista, el primero de tipo educativo y el segundo de corte social, aunque al final esto corresponde a una misma situación de sujetos “sujetados” por dispositivos que ya no reprimen u obligan, sino que normalizan.

Hannah Arendt (2005) comentaba que la educación es un asunto de los que nacen bajo una reciprocidad con los viejos, pero ese compartir recíproco está perdiendo su vitalidad en la imposibilidad del lenguaje actual, reemplazado desde hace algún tiempo por el binomio enseñanza/aprendizaje, que logra nuevamente codificar sus acciones y cuadrangular sus prácticas, impidiendo de esta forma que aquellos que nacen puedan involucrarse de manera vital con los viejos que educan. Este es un problema mucho más allá de lo cronológico, seguramente sí

tiene que ver con el tiempo de “educar-nos”, aunque no con uno de naturaleza cuantificable objetivamente. Eventualmente aquellos que se harán viejos en el tiempo no tendrán nada qué decir salvo la reproducción de órdenes, didácticas o metodologías concretas de aula que conduzcan a la eficiencia de sujetos que se forman dentro de las estructuras impermeabilizadas por el actual logos educativo. En consecuencia, la educación ya no será una cuestión de nacimiento, ya no habrá nada nuevo que pensar y así, imaginación y búsqueda serán asuntos obsoletos del ser humano cada vez más parecido al homo faber. El antagónico de este hombre que fabrica según Arendt en “la condición humana” (2005) es el *sujeto de acción*, un ser con la capacidad histórica de deconstrucción para trascender y enaltecer su condición con la búsqueda constante del conocimiento, el saber y la verdad.

Este nuevo tipo de hombre (ciudadano) acaba siendo reemplazado por el consumidor que a su vez abandona la tesis de domesticación institucionalizada; familia, escuela y trabajo ya no constituyen su esencia, estos dispositivos cambiaron su “forma” y ahora se representan con mayor presencialidad a partir de la “libertad”, la libertad de elegir o el libre acceso de consumo siempre y cuando se cuenten con las posibilidades económicas y “democráticas”.

Hay que hacer una pausa para exponer el escenario que sujeta a los nuevos consumidores, “Y sin duda nuestro tiempo... prefiere la imagen a la cosa, la copia al original, la representación a la realidad, la apariencia al ser”. (Feuerbach, 1967, p.4) A esto se puede sumar lo que Guy Debord en *La Société du spectacle* (la sociedad del espectáculo) sostiene “En el mundo realmente invertido lo verdadero es un momento de lo falso” (1970, p.12) Presenciamos un ciclo degradante de subcategorías en todas las materias sociales, la primera fase de la dominación de la economía sobre la vida social de los “ciudadanos” implica la definición de toda realización humana una evidente degradación del ser en el tener.

La fase presente de la ocupación total de la vida social por los resultados acumulados de la economía conduce a un deslizamiento generalizado del tener al parecer, donde todo “tener” efectivo debe extraer su prestigio inmediato y su función última. Esto llega al terreno de lo político en cuanto estructura de auto-obediencia, la relación consumo-política conlleva a la anti politización y eso se explica en la ausente militancia con grupos sociales que aspiran a transformar la

realidad social, cuidado también hay que tener cuando se es militante incauto o normalizado ya que esto nos convierte en flujos de poder que estructura una aparente resistencia creada y aprobada por la misma idea de poder dominante.

La tarea que nos impone la *Aufklärung*, por tanto, no consiste en descubrir lo que somos, sino en rechazar el tipo de individualidad que se ha impuesto durante siglos. Para decirlo más claramente, la *Aufklärung* es resistir a los poderes que intentan controlar, clasificar y normalizar la vida propia (Foucault, 2009, p. 211). Esto tiene sentido cuando pensamos en los fines últimos de la educación, por ejemplo, si nos detenemos en el significado de la palabra *libertad* encontraríamos un número muy extenso de “cosas” que le son análogas, pero que definitivamente no corresponden a su esencia coyuntural como entelequia emancipadora. El asunto tiene que ver con algo que muchos han señalado y que en esta reflexión podríamos nominar lenguaje cíclico de lo moderno, ya que aquello a lo que asistimos es una constante codificación de hechos, palabras, sucesos y verdades vacías y vaciadas por el propio desuso.

Así, formar para la consecución de fines humanos abiertos a las hermenéuticas que puedan conflictuar la naturaleza de conceptos tales como: justicia, democracia, dignidad social, migración, refugiados, desplazamientos, ética, ciudadanía, cultura, respeto a la diversidad, entre otras relaciones que constituyen un mundo de sentidos que singulariza los puntos de vista de las sociedades humanas, no tendrán validez por su diálogo ausente o en su defecto, por la repetición de los mismos discursos que se convierten en normas establecidas “democráticamente”.

CONCLUSIÓN

La alianza entre política y empresa privada ha generado un cambio inusitado en la sociedad moderna, esto tiene que ver con la esencia del presente y su directo rechazo al pasado. En una sociedad donde todo es posible, no hay límites que puedan impedir la concreción de los deseos. Ahora bien, “cuando el futuro se muestra amenazador e incierto, queda la retirada sobre el presente al que no cesamos de proteger, arreglar y reciclar en una juventud infinita” (Lipovetsky, 2003:51) y esta concepción pone en paréntesis el futuro incierto que conscientemente es cada vez menos alentador.

Quienes finalmente pueden migrar lo hacen porque su deseo de consumo supera la oferta del lugar donde se encuentran, en la mayoría de los casos quienes conocen el siguiente nivel del consumismo no retornan a sus lugares de origen por considerarlo inadecuado y atrasado, precisamente esta es una dimensión novedosa del problema ya que en otrora se migraba para mejorar las condiciones de vida de quienes se dejaban atrás, ahora la idea que fundamenta el viaje es poder llevar a sus seres queridos a vivir el bienestar individual del que se goza. Otra categoría del problema es la tendencia cada vez más frecuente al rompimiento de los lazos que impiden el movimiento libre por el mundo, cerca de 30% de los jóvenes no tiene entre sus planes asumir el compromiso de ser padres o casarse por ejemplo, lo cual plantea otros desafíos para la humanidad de tipo narcisista. El acostumbrarse sin desgarramiento a lo peor hace parte de la decadencia por venir y para eso deben estar preparados todos los Estados, incluso aquellos de mayor desarrollo económico.

Como citar este capítulo

APA

Garavito-Patiño, J.J., Flórez-Hernández, S.B., Flórez-Romero, M.L. (2018). Autogestión e individualismo: nuevas representaciones de lo no-vivido como deseo social migratorio. En Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. (Eds.), *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho* (pp.131-151).Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

VANCOUVER

Garavito-Patiño, J.J., Flórez-Hernández, S.B., Flórez-Romero, M.L. Autogestión e individualismo: nuevas representaciones de lo no-vivido como deseo social migratorio En: Aguilar-Barreto AJ, Hernández-Peña YK, Contreras-Santander YL, Flórez-Romero M, Editores. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar; 2018. Pp.131-

HARVARD

Garavito-Patiño, J.J., Flórez-Hernández, S.B., Flórez-Romero, M.L. (2018).“Autogestión e individualismo: nuevas representaciones de lo no-vivido como deseo social migratorio”. En: Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. Eds. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

CHICAGO

Garavito-Patiño, José Joan, Sandra Bonnie Flórez-Hernández, Marcela Leonor Flórez-Romero, “Autogestión e individualismo: nuevas representaciones de lo no-vivido como deseo social migratorio”, en *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*, editado por Andrea Johana Aguilar-Barreto, Yurley Karime Hernández-Peña, Yudith Liliana Contreras-Santander, Marcela Leonor Flórez-Romero (Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018), 131-151.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arendt, H. (2004). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus.
- Arendt, H. (2005). *La condición humana*. Paidós. Buenos Aires.
- Arocena, F., & Zina, M. (2011). Migración, transnacionalismo y multiculturalismo. La vinculación de jóvenes uruguayos en Barcelona con su país de origen. U. A. Barcelona, Ed. *Athena Digital*, 11(2), 17-37.
- Aubarell, G., & Zapata, R. (2004). *Inmigración y procesos de cambio: Europa y el mediterráneo en el contexto global*. Barcelona: Icaria.
- Baubock, R. (2004). Cómo transforma la inmigración a la ciudadanía, perspectivas internacionales, multinacionales y transnacionales Inmigración y procesos de cambio. En G. A. Zapata, R. (Ed.) *Inmigración y procesos de cambio* (págs. 178-209). Barcelona: Icaria.
- Benhabib, S. (2009). *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Barcelona: Gedisa.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1998, abril 17) resolución 50 de la CDH. Principios Rectores en UN doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998.
- España. BOE. (1994, mayo 19). Ley 9, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.
- Foucault, M. (1983). *La arqueología del saber*. Madrid: Siglo XXI (orig. 1969)
- Foucault, M. (2009). *El gobierno de sí y de los demás*. Fondo de cultura económica. Buenos Aires.
- Castillo, J. (2011) Migraciones Ambientales: Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI. *Virus editorial*. Barcelona.
- García, R., Pérez, O., Foladori, G., Delgado, R., Moctezuma, M., Reyes, E., Marquez, H., & Rivera, P. (2007). “Paradojas de la migración internacional y el medio ambiente”. *Economía, Sociedad y Territorio*, VI (24), 975-994. Toluca, México.
- Gortázar, C. (1997). *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*. Madrid: Dykinson, Madrid.

- Granado, V. (2010). *¿Derecho de fuga? Derecho de inmigración y nacionalidad cosmopolita. III Jornadas políticas migratorias, justicia y ciudadanía*. Madrid: Instituto de Filosofía, CSIC. Disponible en: http://www.proyectos.cchs.csic.es/politicas-migratorias/sites/proyectos.cchs.csic.es/politicas-migratorias/files/2_Victor_Granado.pdf
- Hurtado, J. (2010). *Guía para la comprensión Holística de la ciencia*. Tercera Edición, Fundación Sypal: Caracas. (Parte II Capítulo 3 y 4).
- Kant, I. (1947). *Grundlagen zur Metaphysik der Sitten*, Leipzig, Meiner.
- Lipovetsky, G. (2003). *La era del vacío Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*. Editorial Anagrama, Colección Argumentos. Barcelona.
- Mezzadra, S. (2005). *Derecho de fuga: migraciones, ciudadanía y globalización*. Madrid: Traficantes de sueños.
- Mezzadra, S. (2015). MULTIPLICAÇÃO DAS FRONTEIRAS E DAS PRÁTICAS DE MOBILIDADE. *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 23(44), 11-30. Epub June 00, 2015. <https://dx.doi.org/10.1590/1980-85852503880004402>
- Nietzsche, F. (1932). *Tercera Consideración intempestiva: Schopenhauer como educador*. Madrid: Aguilar.
- Nietzsche, F. (2014). *Obras completas Vol. III. Obras de madurez I. Tecnos*. Madrid.
- Organización de naciones Unidas, ONU. Conferencia de Plenipotenciarios. (1951, Julio 28). Convención de Ginebra, sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Ginebra, Suiza.
- Pérez de la Fuente, O. (2009). Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas paradojas sobre los inmigrantes. En A. Marcos del Cano, (Ed.) *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos* (págs. 256-287). Valencia: Tirant to Blanch.
- Zapata, A. (2011). *Vida familiar en el contexto de la migración internacional materna o paterna: hijos e hijas que reciben remesas*, Caja de Compensación Familiar de la Federación Nacional de Comerciantes, Medellín.

8

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO Y APLICACIÓN DE JUSTICIA TRANSICIONAL: UN ESTUDIO DE CASO⁴²

*Andrea Johana Aguilar Barreto⁴³, Hernán Darío Villamizar Silva⁴⁴ y
Kevin Leonardo Ruiz Rodríguez⁴⁵*

⁴²Artículo derivado del Memorial presentado al 14° Concurso Nacional de Derechos Humanos.

⁴³Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. Posdoctora (c), innovación educativa y TIC. Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES. Docente Investigador y Coordinadora del Semillero Holístico de Universidad Simón Bolívar. orcid.org/0000-0003-1074-1673. E-mail: andreataguilar@hotmail.com

⁴⁴Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar. Conciliador certificado de la Cámara de Comercio Cúcuta-UFPS. Semifinalista del 14° Concurso Nacional de Derechos Humanos. Correo: silvamaya.abogados@gmail.com

⁴⁵Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar. Administrador Público, Escuela Superior de Administración Pública ESAP. Asesor Jurídico de la Fundación CDHISCOL. Semifinalista del 14° Concurso Nacional de Derechos Humanos.

Palabras clave

Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, desplazamiento, Estado.

Resumen

La técnica de Moot Court es una estrategia de formación que se implementa en ejercicios académicos en donde, a partir de un caso hipotético, los participantes asumen un rol en representación de las partes involucradas en el caso y presentan argumentos escritos y orales en representación de su rol. En esta ocasión en el marco del concurso Interamericanos de derechos humanos que aproxima a los estudiantes a las situaciones ante la corte como instancia legítima para reparar violaciones de derechos humanos, ellos discuten el caso mediante la presentación de un memorial escrito y de argumentos orales frente a expertos en derechos humanos quienes actúan representando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El texto que se presenta a continuación es el resultado de la participación de estudiantes de la Universidad Simón Bolívar en el 14° Concurso Derechos Humanos, en su versión nacional para Colombia.

THE INTER-AMERICAN COURT OF LAW AND APPLICATION OF TRANSITIONAL JUSTICE: A CASE STUDY

Keyword

Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Displacement, State.

Abstract

The Moot Court technique is a training strategy that is implemented in academic exercises where, from a hypothetical case, the participants assume a role in representation of the parties involved in the case and present written and oral arguments in representation of their role. On this occasion within the framework of the Inter-American human rights contest that brings students closer to situations before the court as a legitimate instance to redress human rights violations, they discuss the case through the presentation of a written memorial and oral argument against human rights experts who act representing the Inter-American Court of Human Rights. The text presented below is the result of the participation of students from the Simon Bolivar University in the 14th Human Rights Contest, in its national version for Colombia.

INTRODUCCIÓN

El caso hipotético opera como la base del concurso y en el siguiente documento se presentan los argumentos que desde la postura del estado se aborda para esta versión del concurso.

Caracterización del caso

El caso en estudio (Hipotético) se desarrolla en el Estado de Pueblo Rico, es un Estado social de derecho, representativo y participativo, que mantiene el principio de la separación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. En 1998 se vivió en él una etapa de importantes cambios en cuanto a la estructura y funciones del Poder Judicial con la creación de tres importantes instituciones: el Tribunal Constitucional, la Procuraduría de Derechos Humanos y la Fiscalía Nacional. Además, se adoptó una nueva carta política en la cual se incorporó un espectro amplio de derechos fundamentales, se creó la acción de amparo y se introdujo el concepto del bloque de constitucionalidad.

Se especifica que el Estado de Pueblo Rico es uno de los pocos Estados del hemisferio que enfrenta un conflicto armado interno de más de 50 años, en el cual han tomado parte la GO⁴⁶ el FPP⁴⁷, el BJR⁴⁸ y las AUS⁴⁹. Pero, es el grupo armado guerrillero FPP, surgido en los años 70 el responsable de secuestros, desapariciones y desplazamientos forzados entre otras infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Por su parte, en la década del 2000 fueron creados los grupos paramilitares. Surgieron como resultado de la estrategia contrainsurgente del Estado. Fueron conformados con el respaldo normativo. Según un informe de Acción Internacional del año 2002: estos grupos han perpetrado masacres, dejando como consecuencias desplazamientos forzados de comunidades enteras en el Litoral de Santa Clara. Han asesinado líderes campesinos e indígenas, opositores políticos y civiles señalados como colaboradores del FPP.

Entre los años 2004 y 2008 el gobierno de turno adoptó medidas para el sometimiento ante la ley de las BJR y las AUS, lográndose la desmovilización parcial de más de 20.000 de sus miembros, para ello promulgandouna ley al respecto. Igualmente, en el periodo presidencial de Ismael Zuleta Santa María se adelantaron negociaciones de paz con el FPP que concluyó con un acuerdo entre el grupo guerrillero y el gobierno denominado “acuerdo de Izabala” gracias este acuerdo se logró la desmovilización de alrededor de 15.000 miembros de este grupo, aunado a ello se redujo los índices de violencia asociados al conflicto y fueron entregados de manera oficial por el grupo armado alrededor de 360 NNA reclutados ilícitamente, dicho acuerdo fue reglamentado mediante Ley 67 del Congreso de la República de Puerto Rico (2010) que prevé: *i*) la creación de una comisión de la verdad centrada en las víctimas; *ii*) la creación de la JEJT y *iii*) la creación del grupo de búsqueda activa de personas desaparecidas.

46 Guardia Oficial

47 Fuerza Patriótica del Pueblo

48 Bloque Jacinto Roldan de las Autodefensa

49 Autodefensas Unidas del Sur

El reclutamiento de los niños y niñas del centro “La Esperanza”

El lunes 1 de enero de 2001, el frente Joaquín Cisneros de la FPP, realizó una incursión armada en la zona rural en Aguas Claras, aprovechando la desprotección de la zona, debido a las celebraciones de fin de año, arribaron al CAEE⁵⁰ alrededor de las 9:00 A.M, luego de amenazar a los maestros los obligó a seleccionar 20 NNA los cuales obligaron a portar y disparar armas y a realizar actividades de entrenamiento físico durante aproximadamente 6 horas. Al final de la jornada el comandante del grupo armado pidió dar un paso al frente a los NNA⁵¹ que quisieran irse con ellos con un pago básico de \$600.000 colones al mes, 8 NNA “aceptaron la oferta” y 6 fueron obligados mediante el uso de la fuerza a irse con el grupo armado.

El 14 de marzo de 2001 la Fiscalía seccional abrió indagación preliminar por los hechos ocurridos en el CAEE, No obstante, el proceso judicial tuvo varios tropiezos y, debido al temor generalizado y a la falta de impulso del proceso por las autoridades oficiales el caso fue perdiendo vigencia manteniéndose en etapa de indagación preliminar por varios años.

Sobre la “Operación Militar Taurus”

En agosto de 2003, el caso tomó gran relevancia a nivel nacional, luego de que COIC⁵², emitiera un comunicado en donde denunciaba la violación a los DDHH debido a un operativo militar denominado “Operación Taurus”, en contra del frente Joaquín Cisneros del FPP, realizado por la GO⁵³ el 9 de agosto en horas de la noche donde se realizaron bombardeos muriendo varios guerrilleros pertenecientes a su etnia, entre ellos niños y niñas. Como resultado de la operación militar, fueron abatidos tres importantes cabecillas de la organización y fueron capturados 2 dirigentes de la FPP, “alias Jaguar” y “alias el holandés”, a los cuales les fueron imputados varios delitos, dentro del proceso penal ordinario abierto por los hechos sucedidos en 2001 en

50 Centro de Asistencia de Emergencia La Esperanza
51 Niños, niñas y adolescentes
52 Comisión Interamericana de Derechos Humanos
53 Guardia Oficial

el CAEE. Posteriormente, y gracias a la labor probatoria de la Fiscalía, los comandantes aceptaron su responsabilidad frente al reclutamiento ilícito de más de 50 niños en la zona de Aguas Claras.

Semanas siguientes al desarrollo de la “Operación Taurus”, la Fiscalía pudo constatar la identidad de cuatro de los guerrilleros muertos, cuyos nombres y edades eran: Yeimy Mena (de 13 años), Isabel Naya (de 17 años), Ismael Paternina (de 15 años) y Calixto Mosquera (de 10 años), quienes habían sido reportados desaparecidos del CAEE en 2001

Días más tarde, el 16 de agosto, la Oficina Nacional de la Procuraduría de DDHH recibió una llamada del Comando Central de la Guardia Nacional en el que informaban que habían capturado a dos guerrilleros que habían escapado del bombardeo. Luego de varias indagaciones se constató que se trataba de Tupac Asansa (de 16 años) y María Iscué (cuya edad no pudo ser determinada), los cuales también habían sido reportados desaparecidos del CAEE en 2001. El mismo día los NNA fueron entregados a la Procuraduría de DDHH y fueron remitidos en ambulancias al hospital “La Misericordia”, en donde recibieron asistencia médica.

Paralelamente, el INND⁵⁴ inició el proceso administrativo de protección. Tupac estuvo en un Centro de Atención Prioritaria (CAP) durante casi dos años hasta que cumplió la mayoría de edad. En cuanto a María, ingresó al programa de la DNR⁵⁵ como adulta en el cual participó por varios años, una vez culminado su proceso recibió título técnico en Cocina Internacional.

La comisión de búsqueda activa de víctimas de reclutamiento

Como resultado de la firma de la paz con el FPP, el gobierno de PR decidió conformar la comisión de búsqueda activa de NNA reclutados. Luego de 18 meses de trabajo la Comisión con ayuda de un patrullero desmovilizado

54 Instituto Nacional para la Niñez con derechos

55 Dirección Nacional de Reintegración

del FPP, ubicar los restos de uno de los niños reclutados del CAEE en 2001. Además, en septiembre de 2010 la Comisión recibió información de la captura de 8 miembros de un grupo armado organizado llamado “Los Rastrillos”, surgido después de la desmovilización paramilitar, dentro del cual figuraban dos adolescentes cuyos nombres son Juan Marino y Raúl Cerón.

Finalmente, la comisión de búsqueda activa pudo establecer que en el proceso seguido a “alias Don Pancho” y “alias Superman” en la JEJT⁵⁶, estos declararon haber sido reclutados por el grupo guerrillero en la incursión de Aguas Claras en 2001.

Proceso interno

La Procuraduría abrió investigación disciplinaria a los militares implicados por la retención por más de 36 horas de Tupac y María y en menos de cinco meses de proceso los sancionó con destitución, el 15 de agosto de 2009. Paralelamente la Fiscalía abrió proceso penal en contra de los 3 militares implicados en la detención ilegal de María y Tupac, y por las torturas y la violencia sexual en contra de María, proceso que actualmente se encuentra en etapa de indagación preliminar.

La jurisdicción ordinaria profirió sentencia en julio de 2008 en contra de “alias el Holandés” y “alias Jaguar” por los delitos de reclutamiento ilícito, acceso carnal violento en persona protegida y rebelión. La sentencia quedó en firme el 30 de noviembre de 2009, estableciendo como medida privativa de libertad para cada comandante 20 años. No obstante, los comandantes fueron incluidos en la lista de postulados al Proceso Especial de Justicia Transicional y los efectos de las sentencias de la jurisdicción ordinaria fueron suspendidos y Actualmente, el caso se encuentra en trámite ante la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas.

Las familias de los niños muertos en el bombardeo, con el apoyo de la Procuraduría de DDHH, presentaron en junio de 2010 una solicitud de

reparación administrativa ante la URS. Sin embargo, la URS declaró en los cuatro casos que, las familias no podían reclamar la reparación solidaria del Estado ya que, según la ley, eran considerados como víctimas indirectas de los hechos cometidos en contra de combatientes y por tanto no eran sujetos de reparación. Posteriormente, en septiembre de 2011 las familias de las víctimas del bombardeo intentaron una acción de reparación directa ante lo contencioso administrativo alegando la responsabilidad del Estado por la muerte de los NNA en la “Operación Taurus” del año 2003 y solicitando la indemnización de daños morales y materiales.

El 20 de octubre de 2013 Juan Marino y Raúl Cerón presentaron solicitud de reparación administrativa ante la URS, ya que se consideraban como víctimas de reclutamiento ilícito, primero por el FPP y luego por “Los Rastrillos”. No obstante, su solicitud fue denegada por la URS pues consideró que “frente al reclutamiento perpetrado por la FPP las víctimas debieron haberse desmovilizado siendo menores de edad y no lo hicieron. En cuanto al reclutamiento por parte de “Los Rastrillos”, se señaló en la resolución que, este tipo de grupos de delincuencia organizada no están cobijados por La ley de reparación administrativa. Los jóvenes apelaron la decisión, la cual fue revisada y confirmada.

En mayo de 2015, dentro de los procesos seguidos en la JEJT contra alias “Jaguar” y alias “El Holandés”, la Fiscalía ordenó la exhumación de los restos de varios guerrilleros muertos en combate dentro de los cuales reposaba el cuerpo de uno de los niños reclutados en 2001. Según el dictamen de medicina legal, el niño, que respondía al nombre de Juan de Dios Caicedo, fue primero alcanzado por la explosión de una granada recibiendo un fuerte impacto en el brazo y cadera izquierda y horas más tarde recibió un tiro de gracia en la nuca.

Trámite ante el SIDH

El 10 de noviembre de 2014 los familiares de los 14 NNA reclutados por el FPP en el CAEE, sometieron el caso ante la CIDH y el 7 de agosto de 2015 la CIDH declaró admisible la petición individual en favor de las 14 víctimas y sus familiares, el Estado presentó sus argumentos de fondo frente al caso.

Finalmente, El 1 de febrero de 2016, la CIDH emitió el informe del artículo 50 de la CADH, en el cual estableció que el EPR era internacionalmente responsable por las violaciones a los artículos: 4, 5, 7, 8, 9, 19, 24 y 25 en conexión con las obligaciones generales reconocidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, así como también de los artículos 3 y 4 de la CBDP en perjuicio de las víctimas. En dicho informe la CIDH realizó varias recomendaciones al Estado frente a cada caso concreto. Finalmente, el 28 de abril de 2016 la CIDH sometió el caso a la Corte IDH.

Al entrar a realizar revisión documentales de casos bajos estas circunstancias, y de conformidad a lo consagrado en el Art. 46.1 literal a) de la CADH y de igual forma, en el Art. 42 del Reglamento de esta Honorable Corte IDH, el EPR interpone la **EXCEPCIÓN PRELIMINAR de falta de agotamiento de recursos internos** por parte de las presuntas víctimas para someter el caso ante el SIDH. Los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha excepción son los siguientes:

Esta Honorable Corte DH ha establecido que: la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad).⁵⁷.

De igual modo, el agotamiento de recursos internos no es únicamente un requisito de admisibilidad sino también un derecho del Estado Faúndez (2004)⁵⁸, tal y como lo ha observado en el caso Brewer Carías Vs Venezuela, en donde la Corte IDH declaró que no fueron agotados los recursos internos “la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano

57 Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia 30 de noviembre de 2012, párr. 142
58 FAÜNDEZ LEDESMA, Héctor. "El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales" III edición Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2004. Pág. 299

internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios”⁵⁹.

Ahora bien, el EPR siguiendo los precedentes de la Corte IDH, ha entendido que un recurso efectivo es “aquél que, dentro del sistema del derecho interno, sea idóneo para proteger la situación jurídica infringida”⁶⁰. De igual forma, teniendo en cuenta que Esta Corte IDH ha establecido que cuando un Estado alega el no agotamiento de recursos internos, sobre él recae la obligación de señalar los recursos que debían agotarse y probar su efectividad y adecuación⁶¹, por ello, el EPR procederá a señalar cuáles son esos recursos y su efectividad.

Falta de agotamiento del recurso de amparo

Con la adopción de la Constitución Política del año 1998, el EPR creó la acción de amparo⁶² la cual tiene como objeto brindar a la persona un mecanismo para “la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”⁶³. Esta Honorable Corte IDH ha establecido que “en el marco de los recursos sencillos, rápidos y efectivos la institución procesal del amparo reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve”⁶⁴.

Ahora bien, cabe mencionar que en el EPR, dicho mecanismo cumple con el requisito de efectividad puesto que es capaz de originar el resultado por el cual ha sido diseñado ya que: **(i)** no es necesario interponer previamente la reposición y otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela, **(ii)** los ciudadanos pueden acceder a él fácilmente sin necesidad de abogado,

59 Corte IDH. caso Brewer Carías Vs Venezuela. Sentencia 26 de mayo de 2014. Párr. 83

60 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia 29 de julio de 1988, párr. 67

61 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Sentencia 28 de noviembre de 2007, párr. 43

62 Caso hipotético. hecho No. 4

63 Pueblo Rico. Constitución Política. (1998). Art. 86

64 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia 31 de enero de 2001, párr. 91

(iii) es resuelto por el Juez de conocimiento dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la solicitud del accionante y (iv) “Cuando la violación o amenaza de violación derive de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá además ordenar la inaplicación de la norma impugnada en el caso concreto”⁶⁵ (Presidente de la República, 1991)

Además, esta acción procede como “un mecanismo transitorio aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial”⁶⁶ (Presidente de la República, 1991), por tener carácter residual o subsidiario en virtud del cual “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados”⁶⁷ tal y como lo ha sostenido la CCP, la acción de amparo procede aun contra providencias judiciales⁶⁸. Igualmente procede contra actos administrativos como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable⁶⁹, así no se haya impetrado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, o ante el ente administrativo los recursos de reposición y de apelación.

En definitiva, si las presuntas víctimas del caso *sub examine* consideraban que el fallo definitivo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁷⁰ y, las decisiones tomadas por la URS⁷¹, vulneraron sus derechos, contaban con un recurso efectivo e idóneo a fin de que se tutelaran sus derechos ante el Juez Constitucional, pero en contraste a ello, ni los familiares de los cuatro niños combatientes del FPP fallecidos en la “Operación Taurus” ni Juan Marino y Raúl Cerón interpusieron dicho mecanismo quedando excluida la posibilidad de que por vía Constitucional el Estado resolviera si existía o no vulneración a los derechos de las presuntas víctimas, lo que resulta incomprensible para

65 Pueblo Rico. Decreto 2591 de 1991. Arts. 9, 10, 29 y 8

66 Pueblo Rico, Decreto 2591 de 1991. Art. 8

67 Pueblo Rico, Corte Constitucional. (Sentencia T- 064-14, 2014) MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez

68 Pueblo Rico, Corte Constitucional. (Sentencia C-590/05, 2005) MP: Jaime Córdoba Triviño

69 Pueblo Rico, Corte Constitucional. (Sentencia T-534/14, 2014) MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia (Sentencia T-834-14, 2014). MP: Jorge Iván Palacio Palacio

70 Caso hipotético. Hecho. No. 53

71 Caso hipotético. Hechos. No. 52 y 56

el EPR, más aún cuando para la CCP las personas víctimas de conflicto se constituyen sujetos de especial protección constitucional, y por ello, éste ha sido un mecanismo significativo para la protección de sus derechos fundamentales. Por consiguiente, se solicita respetuosamente a la Honorable Corte IDH que declare la inadmisibilidad el caso.

Falta de agotamiento de la acción de reparación directa

Procederá el EPR, a demostrar la falta de agotamiento de la acción de reparación directa por parte de las presuntas víctimas, y que este recurso cumple con los requisitos de idoneidad y efectividad establecidos por la CADH y la Jurisprudencia Interamericana.

Como se evidencia en los supuestos fácticos solo las familias de los 4 niños combatientes del FPP muertos en el bombardeo de la “operación Taurus” intentaron en septiembre de 2011 una acción de reparación directa ante lo contencioso administrativo alegando la responsabilidad del Estado y solicitando la indemnización de daños morales y materiales, sin embargo, luego de pasar por varias instancias la Corte Superior del Distrito denegó las pretensiones de los familiares⁷². Ahora, si bien es cierto los familiares de los NNA interpusieron dicho recurso, cabe precisar que no lo agotan del todo, ya que tenían la posibilidad de apelar la sentencia proferida por la Corte Superior del Distrito a fin de que “el Consejo de EPR máximo Tribunal de lo contencioso administrativo”⁷³, en última instancia resolviera si existía responsabilidad del Estado por la muerte de los 4 niños excombatientes del FPP. Por otro lado, las otras 10 presuntas víctimas no interpusieron el recurso de reparación directa, sin embargo, la CIDH decidió admitir la petición sin tener en cuenta que las mismas no habían impetrado ninguno de los recursos judiciales internos disponibles, como la acción de reparación directa que les hubiera garantizado una reparación integral en el supuesto caso de que se hubiera declarado la responsabilidad del Estado por [alguno o todos] los hechos sucedidos a raíz del reclutamiento de los NNA en el CAEE.

72 Caso hipotético. Hecho N° 53

73 Respuesta a preguntas sobre el caso N° 30

Ahora bien, la CIDH ha sostenido que los recursos que ofrece la jurisdicción de lo contencioso administrativo “no constituye un recurso idóneo y efectivo por cuanto no cumplen con los requisitos establecidos en la Convención en términos de su idoneidad a efectos de la admisibilidad”⁷⁴, aunado a ello, que es un mecanismo que procura la supervisión de la actividad administrativa del Estado, y que únicamente permite obtener una indemnización por daños y perjuicios causados⁷⁵ por lo que no necesario agotar estos recursos antes de recurrir al sistema interamericano⁷⁶.

Sin embargo, a partir del concepto de bloque de constitucionalidad (Art. 93 CPP), el Consejo de Estado, estableció que la reparación de los daños no se agota con el simple resarcimiento o la compensación económica⁷⁷, sino que se hace necesario que la persona que padezca dicho daño sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo⁷⁸, por ello ha entendido que en tratándose de violaciones a DDHH, la *restitutio in integrum* del perjuicio y de la estructura del derecho transgredido, requiere abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos⁷⁹, conforme a lo establecido por este Honorable Tribunal⁸⁰.

Prueba de lo anterior, son las sentencias proferidas por el Consejo de Estado cuya referencia se encuentran citadas en la nota al pie⁸¹, en donde el Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, actuando como

74 CIDH. Informe N°. 49/14, Petición 1196-07, Admisibilidad, Juan Carlos Martínez Gil, Colombia, 21 de julio de 2014, párr. 31

75 CIDH. Informe No. 72/09, Petición 11.538, Admisibilidad, Herson Javier Caro (Javier Apache) y familia, Colombia, 5 de agosto de 2009, párr. 28.

76 CIDH. Informe No. 74/07, Petición 1136-03, Admisibilidad, José Antonio Romero Cruz, Rolando Ordoñez Álvarez y Norberto Hernández, Colombia, 15 de octubre de 2007, párr. 34.

77 Pueblo Rico, Consejo de Estado, sentencia del 30 de agosto de 2007, exp. 15.724, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

78 Pueblo Rico, Consejo de Estado, sentencia del 19 de octubre de 2007, exp. 29.273, C.P. Enrique Gil Botero.

79 Pueblo Rico, Consejo de Estado, Sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 40.060. C.P. Enrique Gil Botero

80 Cfr. Corte IDH. Caso Masacres de el Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador, Sentencia del 25 de octubre de 2012. Págs. 129-141

81 Cfr. Pueblo Rico, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de septiembre de 2015. Exp. 47671. Acción de Reparación Directa, Sentencia del 25 de febrero de 2016, exp. 37226. Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 d de 2014, Exp. 26.251. Sentencia 3 de diciembre de 2014. Exp. 35413. C.P. Jaime Orlando Santo fimio Gamboa

Juez de Convencionalidad resuelve **ORDENAR** el cumplimiento de medidas generales de reparación no pecuniaria a título de reparación por violación a bienes y derechos constitucional y convencionalmente amparados, además, con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana remitir copia del expediente a la Fiscalía General de la Nación para que investiguen y juzguen a todos los que hayan participado en la comisión de violaciones de Derechos Humanos y ordenar que informe los resultados de las investigaciones penales, entre otras medidas.

Dicho lo anterior, consideramos que la acción de reparación directa constituye un recurso *sine qua non* que debe ser agotado por las presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos para poder acudir ante organismos internacionales.

METODOLOGÍA

El abordaje investigativo de esta investigación, basado en la *tecno moot*, se sustenta en el Estudio de caso, el cual desde un enfoque cualitativo buscó mediante el diseño hermenéutico el análisis de la argumentación que desde la postura del estado debía presentarse a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para ello, se realiza un análisis documental mediante la construcción de matriz que procesaron documentos de naturaleza legislativa, jurisprudencial nacional e internacional y múltiples documentos que permitían la comprensión del caso en estudio.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Cuestiones de fondo y análisis legal del caso

El EPR solicita a la Honorable Corte IDH que en el análisis de fondo se tenga en cuenta el contexto de justicia transicional

La justicia transicional es una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia⁸². Para la ONU, la justicia transicional abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación⁸³.

Ahora bien, en algunas dimensiones de justicia transicional resulta necesario diseñar formas a través de las cuales deben ser tratadas las personas sindicadas de haber cometido graves violaciones a los derechos humanos, en el entendido de que un proceso de paz negociada procura que los actores armados opten por la paz y se sometan a la justicia. Así, por ejemplo, en el difícil ejercicio de ponderación y la compleja búsqueda de estos equilibrios podrían diseñarse y encontrarse rutas para penas alternativas o suspendidas,⁸⁴ lo cual no constituyen *per se* un desconocimiento de las obligaciones internacionales siempre y cuando se garantice el derecho de las víctimas y de la sociedad en general, a conocer la verdad, obtener justicia, reparar los daños y garantizar la no repetición de los hechos violentos del pasado⁸⁵.

Desde esta perspectiva, es que el EPR ha venido adoptando diferentes medidas encaminadas a dar fin a más de 50 años de conflicto y consolidar una paz estable y duradera, entendiendo que los “Estados tienen el deber jurídico de atender los derechos de las víctimas, y con la misma intensidad, la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance”⁸⁶ pero también

82 ICTJ, ¿Qué es la justicia transicional? Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>

83 Naciones Unidas, Consejo de Seguridad "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos". Informe secretario general, 3 de agosto de 2004. (S/2004/616). Pág. 6.

84 Caso Masacres Mozote Lugares Aledaños Vs. El Salvador. Voto Concurrente Juez Diego García-Sayán. Párr.30

85 Cfr. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la justicia transicional en Colombia”. Disponible en: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaZero/ZERO%2026/HeidiAbuchaibe.pdf

86 Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, Corte IDH, Caso Masacres de el Mozote Lugares aledaños Vs. El Salvador. Sentencia del 25 de octubre de 2012. Párr. 37.

atendiendo a los precedentes de esta Honorable a Corte IDH de erradicar la impunidad que “propicia la repetición crónica de violaciones de derechos humanos”⁸⁷ y promueve “la total indefensión de las víctimas y de sus familiares, quienes tienen derecho a conocer la verdad de los hechos”⁸⁸.

Una de las medidas adoptada por el EPR fue las negociaciones de paz con el FPP que concluyó con el acuerdo de Izabala y que tiene como centro del acuerdo resarcir a las víctimas del conflicto a través del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”⁸⁹, y que plantea la JEJT la cual “está constituida por una serie de salas, y un Tribunal seccional de Justicia Transicional, para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los DDHH y las graves infracciones al DIH”⁹⁰.

Es por todas las razones anteriormente expuestas, que solicitamos respetuosamente a esta Honorable Corte IDH que tome en consideración el contexto de transición que atraviesa el país, para los efectos de analizar los asuntos de fondo, teniendo en cuenta los esfuerzos del Estado por alcanzar la paz sin incumplir con las obligaciones internacionales que tiene sobre DDHH.

La responsabilidad internacional del EPR, no opera ipso iure por hechos cometidos por el FPP

Esta Honorable Corte IDH ha establecido que “en lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos”⁹¹. No obstante, es sabido

87 Corte IDH, Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Párr. 179

88 *Ibidem*.

89 Borrador Conjunto 15.12.2015. Acuerdo sobre las Víctimas. Pág. 1.

90 *Ibidem*. Pág. 7

91 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94. diciembre 9 de 1994, párr. 56

por el EPR que la conducta de actores no-estatales puede ser atribuible a un Estado, “en otras palabras, este tipo de responsabilidad internacional del Estado ha sido denominada responsabilidad indirecta” Medina (S.F.)⁹² sin embargo, como lo ha expresado este Honorable tribunal “un Estado no es responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida por particulares. El carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto de particulares”⁹³; luego entonces, es necesario se den ciertos componentes sin los cuales no podría atribuírse al Estado la responsabilidad. Tales componentes, son: **1)** el “conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato”; **2)** “un individuo o grupo de individuos determinado”, y **3)** “posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”. Esos conceptos fueron acotados para referirse al “riesgo real e inmediato” en los casos Ríos y otros Vs. Venezuela y Perozo y otros Vs. Venezuela⁹⁴

Los componentes *ut supra* expuestos llevan a determinar que el EPR no tiene responsabilidad alguna frente a los hechos perpetrados por el frente Joaquín Cisneros del FPP toda vez que ninguno de dichos componentes se dieron en el caso *sub lite*, puesto que no existía previo conocimiento acerca de la situación de **riesgo real e inmediato**, pues si bien es cierto, una de las psicólogas declaró ante la procuraduría de DDHH, que el grupo ya había incursionado y acampado en dos oportunidades anteriores en las inmediaciones del centro, y que dicha información había sido puesta en conocimiento del batallón General Garmendia, a cargo de la zona, en una de sus visitas al centro⁹⁵, esto, no se constituye razón suficiente para determinar que el batallón General Garmendia tenía conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato en cuanto la intención del FPP de reclutar a los NNA del CAEE el día 1 de enero de 2001, ello teniendo en cuenta que, en la doctrina del riesgo: **(i)** se requiere que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual y además que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de

92 MEDINA ARDILA, Felipe. “Responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano” Disponible en: <http://www.corteidlh.or.cr/tablas/r26724.pdf>

93 Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Sentencia 28 de enero de 2009, párr. 110

94 Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Voto Concurrente Juez Diego García- Sayan. Párr. 9

95 Caso hipotético. Hecho N° 25

materializarse en lo inmediato Abramovich (s.f.)⁹⁶ y **(ii)** Que la situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado, es decir, que exista un riesgo particularizado. Lo anterior supone un requisito más estricto que la sola existencia de un riesgo general o una situación extendida de inseguridad que afecta al conjunto de la comunidad⁹⁷.

Esta Honorable Corte consideró en el caso *González y otras* (“*Campo Algodonero*”) que la falta de prevención no conlleva *per se* la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que se tenga conocimiento de una situación de riesgo es necesario tener conocimiento de un riesgo real e inmediato⁹⁸. Así entonces, el riesgo general genera deberes de acción, pero su incumplimiento no es suficiente para atribuir responsabilidad al Estado por todo lo sucedido a cada una de las víctimas⁹⁹. Por lo expuesto, se solicita a esta Honorable Corte IDH declarar que el EPR no es responsable internacionalmente por los actos cometidos por el FPP.

El EPR ha respetado los Arts. 4, 5 y 7 de la CADH en relación con los Arts. 1.1 y 2.1 del mismo instrumento

El EPR demostrara que ha respetado los derechos a la vida (Art. 4) la integridad personal (Art. 5) y la libertad personal (Art. 7) de las presuntas víctimas, además que se han adoptado medidas y disposiciones necesarias para proteger, respetar y garantizar dichos derechos conforme a las obligaciones convencionales.

Respecto de los NNA que perecieron y los desaparecidos

Esta Honorable Corte IDH ha establecido que “la observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten

96 ABRAMOVICH, Víctor. “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Pág. 174 Disponible en: <http://justiciaygenero.org.mx/wp-content/uploads/2015/04/27.pdf>

97 *Ibidem*.

98 Cfr. (Caso *González y otras* (“*Campo Algodonero*”) Vs. México., 2009). párr. 282

99 ABRAMOVICH, Víctor. *Op. cit.* Pág. 179

todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción”¹⁰⁰. De igual modo, en lo que respecta al derecho a la integridad personal afirmó que “[l]a infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”¹⁰¹. En cuanto al derecho a la libertad personal, este Honorable Tribunal señaló que: “en lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”¹⁰².

Por otra parte, cabe traer a colación que este Honorable Tribunal en lo concerniente al derecho a la vida y la integridad personal, haciendo mención al Protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra, también señaló lo siguiente: “Por su parte, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra señala en su artículo 4 que “están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar [...] los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas [**que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas**], (...)”¹⁰³. (Resaltado fuera del texto original)

Ahora bien, se desprende de los supuestos fácticos, que 4 de los niños reclutados del CAEE por el FPP cuyos nombres son: Yeimy Mena, Isabel Naya, Ismael Paternina y Calixto Mosquera, perecieron como consecuencia del bombardeo de la “Operación Taurus”¹⁰⁴, hecho que el Estado lamenta

100 Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela, Sentencia de 24 de noviembre de 2011.párr. 48.

101 Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Párr. 57

102 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Párr. 53

103 Corte IDH. Caso de la Masacre de el Mozote Lugares Aledaños Vs, El Salvador. Óp. cit. párr. 148

104 Caso hipotético. Hecho N° 30

profundamente, pero que sin embargo, no acarrea que el Estado sea responsable internacionalmente por violación del derecho a la vida, la integridad personal y la libertad personal de los 4 NNA, toda vez, que los mismos al momento de la Operación Militar participaban de las hostilidades cumpliendo con el rol de milicianos del FPP y, la Operación Taurus ejecutada por la GO, se desplegó cumpliendo con las atribuciones militares legítimas del uso de la fuerza para combatir al grupo insurgente, adoptando las medidas necesarias para prevenir daños civiles colaterales conforme al DIH, *lex specialis* aplicable en los conflictos armados¹⁰⁵. Prueba de ello es que los únicos heridos y muertos en el bombardeo fueron los milicianos del FPP¹⁰⁶.

En lo que atañe a los otros 2 NNA sin vida, el primero de ellos alias “Chino Lindo” fueron encontrados por la CBA de NNA reclutados y a la ayuda de un patrullero desmovilizado del FPP, quien narró que alias “Chino Lindo” fue sometido a un consejo de guerra aproximadamente en el año 2006 debido a que intentó escapar llevándose varias armas y municiones¹⁰⁷. Por lo que se puede deducir que fueron los mismos milicianos del FPP quienes asesinaron al menor.

Así mismo, en mayo de 2015, gracias a los procesos seguidos en la JEJT contra alias “Jaguar” y alias “El Holandés” la Fiscalía logró encontrar el cuerpo del niño que respondía al nombre de Juan de Dios Caicedo, según el dictamen de medicina legal el menor fue primero alcanzado por la explosión de una granada recibiendo un fuerte impacto en el brazo y cadera izquierda y horas más tarde recibió un tiro de gracia en la nuca. En el proceso según el testimonio de Túpac Asansa la presunta muerte del niño se dio a manos de miembros de la GO, no obstante, el EPR considera que no se le puede dar credibilidad al testimonio, toda vez, que Túpac fue diagnosticado con estrés post traumático¹⁰⁸, aunado a ello, el combate donde falleció el niño tuvo lugar

105 Véase: Naciones Unidas, “Protección Jurídica Internacional de los Derechos Humanos Durante los Conflictos Armados”. Nueva York y Ginebra, 2011. HR/PUB/11/01. Págs. 69-74

106 Caso hipotético. Hecho N° 53

107 Caso hipotético. Hecho N° 44

108 Ibídem. Hechos N° 57 - 58

en zona de frontera con el Estado de Corales y los guerrilleros de la FPP del lado del Estado de Corales y la GO del lado de EPR¹⁰⁹, lo que deja ver claramente que la GO no fue responsable de la ejecución del menor.

Por otra parte, los NNA que se encuentran aún desaparecidos, una de ellos que atiende al nombre de Yurani Aguayo, según testimonio de María Iscúe. Y el otro el cual no ha sido identificado, la CBA de NNA reclutados, se encuentra trabajando con el objeto de establecer el paradero de los mismos. Así entonces, si cualquiera de ellos ha llegado a sufrir violación de sus derechos, dichas violaciones son aisladas de responsabilidad del Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el EPR reafirma su posición expuesta en el punto 3.2.2. frente a no tener responsabilidad por hechos cometidos por el FPP. Por ello, todas las actuaciones de dicho grupo insurgente, encaminadas a violar los alegados derechos a la vida, integridad y libertad personal de los NNA, son aisladas del Estado.

Respecto a los NNA sobrevivientes

En primer lugar, el EPR se referirá a la alegada violación de los derechos a la integridad personal y libertad personal de Túpac Asanza y María Iscúe, a partir del día que fueron capturados por la GO, esto teniendo en cuenta de que, si existe alguna violación de sus derechos antes de ser capturados, la responsabilidad le corresponde al FPP y no al Estado.

El EPR es consciente que las GO omitió su deber de entrega inmediata de los 2 jóvenes a la procuraduría¹¹⁰, conforme se establece en la normatividad interna¹¹¹, sin embargo, por este hecho ya los militares implicados fueron sancionados con destitución de su cargo. Igualmente, cabe resaltar que actualmente se encuentra en indagación preliminar, un proceso penal en

109 Respuestas Aclaratorias del caso hipotético. pregunta. N° 16

110 Caso hipotético. Hecho N° 48

111 Pueblo Rico, Decreto 128 de 2003. Art. 22

contra de los 3 militares implicados en la detención ilegal de María y Túpac, y por las torturas y la violencia sexual en contra de María¹¹², proceso en donde se han realizado los siguientes actos de investigación: entrevista a los militares y a las víctimas, inspección en el lugar de los hechos e inspección corporal a las víctimas¹¹³, a fin de esclarecer la verdad de los hechos.

Aunado a lo anterior, el EPR ha puesto a disposición de las presuntas víctimas la asistencia conveniente para su recuperación física, psicológica y su reintegración social conforme se establece en el Art. 6. 3 de la OPAC y el Art. 39 de la CDN. Dichas medidas son: *(i)* El mismo día que los NNA fueron entregados a la Procuraduría de DDHH, fueron remitidos en ambulancias al hospital “La Misericordia”, en donde recibieron asistencia médica¹¹⁴ y *(ii)* culminado su tratamiento médico ambos adolescentes iniciaron la ruta de reintegración. Túpac fue remitido al programa para jóvenes excombatientes del INND y María ingresó al programa de la DNR en donde culminado su proceso recibió título técnico en Cocina Internacional¹¹⁵.

Por otro lado, si bien es cierto María duró privada de su libertad durante casi 8 meses, puesto que fue condenada en primera instancia en la justicia ordinaria en enero de 2014, se debe tener en cuenta la complejidad del asunto ya que la misma durante su tiempo en el grupo FPP, había participado en la desaparición forzada de un maestro en febrero de 2002. Sin embargo, el Ministerio Público apeló la sentencia, logrando que el 8 de mayo la jueza de segunda instancia anulara el fallo, lo que deja ver claramente que el EPR, resolvió el caso de manera adecuada.

En lo que respecta a los otros 4 NNA vivos, “alias Superman” “alias Don Pancho” Juan Marino y Raúl cerón, el EPR ha respetado sus derechos en cuanto no han sido sometidos por parte del Estado ha ninguna clase de

112 Caso hipotético. Hecho N° 49

113 Respuestas Aclaratorias del caso hipotético. pregunta. N° 19

114 Caso hipotético. Hecho N° 32

115 Caso hipotético. Hechos N° 33 - 41

situación que atenten contra sus derechos a la vida, integridad personal y libertad personal y el EPR ha adelantado con la debida diligencia los procesos ante el Programa Nacional de Responsabilidad Penal Juvenil y el proceso ante la JEJT.

Respecto de los familiares de los NNA reclutados

Esta Honorable Corte IDH “ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas con motivo del sufrimiento adicional que éstos han padecido como producto de las circunstancias particulares correspondientes a las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las actuaciones u omisiones posteriores de las autoridades estatales con respecto a esos hechos¹¹⁶.

No obstante, en el caso *sub lite* no se puede considerar violado dicho derecho en contra de los familiares de los NNA reclutados, teniendo en cuenta que, en primer lugar, los NNA fueron reclutados por un grupo insurgente donde no hubo ni actuación, ni omisión por parte de las autoridades estatales y en segundo lugar, en cuanto a los NNA que murieron en la “Operación Taurus” estos no se pueden constituir como víctimas sino como combatientes, por lo que sus familiares son consideradas como víctimas indirectas de hechos cometidos en contra de combatientes del FPP¹¹⁷ conforme se establece en la normatividad interna¹¹⁸.

El EPR ha respetado el Art. 9 de la CADH en relación con los Arts. 1.1 y 2.1 del mismo instrumento

En cuanto a lo concerniente al Art. 9 de CADH, que consagra el principio de Retroactividad y Legalidad, Según esta Honorable Corte IDH el principio de legalidad, y más específicamente, el principio de máxima taxatividad legal

116 Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 335

117 Caso hipotético. Hecho N° 52

118 Pueblo Rico. Ley 1448 de 2011. Art. 3, parágrafo 2

(*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) exige que las “acciones y omisiones” criminales sean definidas “con términos estrictos e inequívocos que acoten las conductas punibles”¹¹⁹. La tipificación de un delito “debe formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa”, debido a que “el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano”¹²⁰.

Desde esta perspectiva, el EPR ha respetado el Art. 9 de la CADH, toda vez que el proceso adelantado en el Programa Nacional de Responsabilidad Penal Juvenil en contra de Raúl Cerón y Juan Marino, se ha adelantado conforme a lo establecido en la normatividad interna bajo el amparo de la ley 1098 del Congreso de la República (2006) Código de Infancia y Adolescencia del EPR.

El EPR ha respetado el Art. 19 de la CADH en relación con los Arts. 1.1 y 2.1 del mismo instrumento

Esta Honorable Corte IDH, ha señalado que “la especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado interno, pues son los menos preparados para adaptarse o responder a dicha situación y, tristemente, son quienes padecen sus excesos de forma desmesurada. La Corte, citando la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, ha considerado que deben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños, en particular las niñas, [...] los niños refugiados y desplazados, [y] los niños en situaciones de conflicto armado [...]”¹²¹

Sumado a lo anterior, el DIH prohíbe el reclutamiento de NNA en las fuerzas armadas¹²², e impone a los Estados partes adoptar todas las medidas

119 Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. párr. 55

120 *Ibidem*.

121 Corte IDH. Caso “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Párr. 156

122 Corte IDH. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Párr. 114

posibles para impedir el reclutamiento y utilización de NNA, con inclusión de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas¹²³.

En ese orden de ideas, el EPR, procederá a demostrar que ha sido diligente en la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de los NNA reclutados por el FPP, tomando las medidas Constitucionales, legales e institucionales, así como también, investigando, juzgando y sancionando a los actores involucrados en la violación de sus derechos.

En primer lugar, la CPP en su Art. 44 consagra que los derechos fundamentales de los niños prevalecen sobre los demás, igualmente, en tratándose de NNA víctimas del conflicto armado, la CCP ha establecido que estos tienen especial protección.

Por otro lado, la Ley 1098 Congreso de la República (2006), consagran que los NNA serán protegidos del reclutamiento por parte de grupos armados al margen de la ley¹²⁴ y la Ley 1448 de 2011 establece la reparación integral para los NNA víctimas del reclutamiento ilícito, así mismo expresa que una vez los NNA cumplan la mayoría de edad pueden ingresar a una serie programas de reintegración, siempre y cuando cuenten con el CEA. La CPP estableció en la sentencia T-088 de 2016 que el CEA debe ser entregado a todos los NNA víctimas del conflicto armado sin importar el grupo armado ilegal de hayan desvinculado (Congreso de la República, 2011)¹²⁵. Así mismo, el EPR contempla en su normatividad penal vigente el tipo de reclutamiento ilícito de menores¹²⁶ (Congreso de la República, 2000).

El EPR, no solo ha establecido, medidas legales de orden interno para la protección, garantía y respeto de los derechos de los NNA, sino que

123 OPAC. Art. 4

124 Pueblo Rico. Código de la Infancia y Adolescencia. (ley 1098 de 2006). Arts. 20. 7 y 41. 30

125 Caso Hipotético. Hecho N° 66. Pueblo Rico. Corte Constitucional, Sentencia C-069/16. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

126 Pueblo Rico. Código Penal, (ley 599 de 2000). Art. 162

también ha firmado diferentes tratados y convenios internacionales para ello, como lo son, la CDN, el OPAC el Estatuto de Roma, entre otros tratados y convenios, en pro de los derechos de los NNA.

Por otro lado, se han tomado medidas institucionales mediante las cuales se les ha brindado protección a los NNA afrodescendientes, indígenas y campesinos, tales como, los centros de protección liderados por el INND y el CAP.

En cuanto las medidas judiciales, el EPR ha venido investigando y sancionando a los actores tanto estatales, como los miembros del FPP involucrados en la violación de los derechos de los NNA reclutados en el CAEE. Es así como se ha destituido de su cargo a los militares que detuvieron ilegalmente a Túpac Asansa y María Iscue y la fiscalía adelanta el proceso penal en contra de los 3 militares implicados en la tortura y violencia sexual en contra de María. En cuanto a los Comandantes del FPP “alias Jaguar” y “alias el Holandés” implicados en el reclutamiento de los 14 NNA del CAEE, entre otros NNA reclutados en la zona de Aguas Claras, estos fueron condenados por la jurisdicción ordinaria a 20 años de cárcel. No obstante, los efectos fueron suspendidos, y actualmente, el caso se encuentra en trámite ante la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, dicha decisión está enmarcada en la consolidación del modelo transicional de verdad, justicia, reparación y no repetición que tiene como centro todas las víctimas del conflicto.

En cuanto a Raúl y Juan, cabe mencionar que estos tuvieron la posibilidad de desmovilizarse y no lo hicieron, y dado a que fueron sorprendidos en flagrancia mientras realizaban una extorsión y debido a que, “Los Rastrillos” no son reconocidos por el gobierno como un grupo armado parte del conflicto, estos fueron remitidos al Programa Nacional de Responsabilidad Penal Juvenil¹²⁷. No obstante, dicho programa cuenta las medidas necesarias para la protección de sus derechos.

El EPR ha respetado los Arts. 8, 24 y 25 de la CADH en relación con los Arts. 1.1 y 2.1 del mismo instrumento

El debido acceso a la justicia de toda persona se entiende conjuntamente a través de los artículos 8 y 25 de la CADH. Aquél especifica el derecho de toda persona a ser oída y la obligación del Estado de proveer las debidas garantías para que cada individuo pueda presentar su caso ante “un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”¹²⁸, quien procese y resuelva el caso dentro de un plazo razonable; a su vez, el artículo 25 desarrolla la importancia de que toda persona tenga acceso a un recurso “sencillo, rápido o efectivo” que lo proteja contra actos que vulneren sus derechos y que guarda estrecha relación con el artículo 24 de este mismo cuerpo normativo el cual se expresa que ; “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

En cuanto a las afirmaciones que señalan al Estado como responsable de la vulneración del derecho a las debidas garantías judiciales y protección judicial de las presuntas víctimas, se debe precisar que éste ha sido un tema ampliamente tratado por el SIDH. Al respecto, el artículo 8 de la CADH establece las garantías mínimas a saber I) Derecho a ser oído II) Derecho a la presunción de inocencia III) Derecho al Proceso en un plazo razonable, IV) Derecho al juez natural, V) Derecho a conocer previa y detalladamente la acusación y VI) Derecho de tiempo y forma para la preparación de la defensa, disposición que guarda estrecha relación con el artículo 25 del mismo cuerpo normativo, que se refiere al recurso judicial efectivo al que tienen derecho todos los ciudadanos para ser amparados ante actos violatorios a DDHH¹²⁹ aspecto ya analizado por esta representación en las excepciones preliminares del presente libelo.

La jurisprudencia Interamericana ha sido constante al señalar que las “garantías judiciales” del artículo 8 se refieren a las exigencias del debido

128 Corte IDH. Caso Palmeras vs Colombia. Sentencia 6 de diciembre de 2001 (Fondo). Párr. 53

129 Corte IDH. Caso Masacre de Río Negro Vs. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. párr. 191

proceso legal, así como al derecho de acceso a la justicia. De acuerdo con lo establecido por la corte afirmó que dicho artículo consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal”, entendido éste como “[el] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos”¹³⁰ En concordancia con el debido proceso legal el *EPR* cumpliendo las obligaciones emanadas de dicho artículo le permite acceder a todas las supuestas víctimas sin ningún tipo de discriminación a la administración de justicia ; (i) Los recursos interpuestos por las peticionarias se resolvieron dentro de un plazo razonable, la corte ha establecido que para determinar la razonabilidad del plazo es preciso tener en cuenta: a) la complejidad del asunto que se evalúa de acuerdo con las características objetivas de cada caso¹³¹; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales¹³².

De acuerdo con el precedente normativo y jurisprudencial esta representación pasa a demostrar cómo los familiares de las víctimas accedieron a la justicia del *EPR* con el respeto de las garantías judiciales enmarcadas en el artículo 8 de la CADH y según lo precisado por la corte acerca del plazo razonable; En razón a la complejidad del asunto, En el presente caso *sub lite* se evidencia la acción adelanta por parte de la Fiscalía Seccional en razón al reclutamiento de los NNA del CAEE la cual no pudo avanzar en razón a la no colaboración de los familiares de las víctimas dado el temor generalizado quedando en investigación preliminar¹³³, además que el número de NNA reclutados es considerable y aún se encuentran algunos sin identificar, cumpliendo este con los preceptos para considerarse un caso complejo como ocurrió en el caso de la masacre de Santo Domingo¹³⁴

130 Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. párr. 102.

131 CIDH. Informe No. 52/27, Caso 11.218, Arges Sequeira Mangas vs. Nicaragua, 18 de febrero de 1998, párr. 123

132 Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997. párr.77.

133 Caso hipotético. Hecho N° 27

134 Corte IDH. caso de la masacre de Santo Domingo. Óp. cit. párr. 165

La propia Corte IDH ha señalado claramente que la complejidad del asunto puede tener en cuenta diversos factores entre ellos, la extensión de las investigaciones y la amplitud de las pruebas¹³⁵.

Sumado a lo anterior y cumpliendo a cabalidad con las obligaciones en el contexto de transición en cual se encuentra, el *EPR* se ha encargado de dar solución a los asuntos en litigio solicitados por las presuntas víctimas; *(i)* respondiendo la solicitud de reparación administrativa ante la URS presentada por los familiares de los niños muertos en el bombardeo y *(ii)* Posteriormente, en septiembre de 2011 se da respuesta a la acción de reparación directa interpuesta por las familias de las víctimas del bombardeo ante lo contencioso administrativo.

Por otro lado, Juan Marino y Raúl Cerón presentaron; *(iii)* solicitud de reparación administrativa ante la Unidad de Reparación Solidaria ya que se consideraban víctimas del reclutamiento por parte del FPP y “Los rastrillos”, petición que fue resuelta negativamente en razón a que las víctimas debieron haberse desmovilizado siendo menores de edad y no lo hicieron.

En concordancia con los deberes del estado de investigación de esta forma, y siguiendo los lineamientos de la Corte IDH en el *caso Velásquez Rodríguez*, “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos”¹³⁶ Es por ello que tras la realización de la “Operación Taurus” se logró identificar correctamente cuatro de las NNA reclutados del CAEE por el FPP que murieron en el bombardeo.

Esta representación procederá a dar pie a la tercera característica del plazo razonable, la conducta de las autoridades judiciales, en razón a ello la

135 Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia del 1 de febrero de 2006. Párr. 133,
136 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Óp. cit. párrs. 164-166

corte IDH se ha pronunciado respecto de comportamiento que deben tener las autoridades judiciales, orientados en gran medida a establecer criterios de cómo se debe dar una correcta investigación de un hecho, Por ejemplo, esta Corte IDH reiteró que en materia penal el Estado debe garantizar a fin de esclarecer los hechos, que las autoridades en sus actuaciones conduzcan adecuadamente las investigaciones para determinar así “las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea”¹³⁷. Por otro lado, las investigaciones adelantadas por la Fiscalía han dado como resultado que “alias Jaguar” y “alias el holandés”, hayan aceptado su responsabilidad frente al reclutamiento ilícito de más de 50 niños en la zona de Aguas Claras¹³⁸.

Ahora, si bien es cierto que el fallo que proferido en contra de “alias Jaguar” y “alias El Holandés” fue suspendido con la entrada en vigencia de la Ley 67 de 2010 debido a que los comandantes fueron incluidos en la lista de postulados al proceso especial de justicia transicional y los efectos de las sentencias de la jurisdicción ordinaria fueron suspendidos¹³⁹ dicha suspensión se debe a la actual etapa de transición que vive el EPR en miras de consolidar la paz estable y duradera y que denota nuevas pautas de juzgamiento y sanción en el contexto de procesos especiales en la JEJT a fin de conseguir la configuración de la verdad, justicia y reparación de todas las víctimas del conflicto armado.

Por otro lado, los familiares de las víctimas del bombardeo en razón a la acción de reparación directa ante lo contencioso administrativo alegando la responsabilidad del Estado por la muerte de los NNA en la “Operación Taurus” no optaron en ningún momento por el agotamiento del recurso en el caso de más exactamente, ante el Consejo de Estado del *EPR*.

En cuanto a los acontecimientos ocurridos en contra de Marie Iscue y Tupac Asansa, por la detención irregular de los mismos, el *EPR* sancionó

137 *Ibidem*. Párr. 174

138 Caso hipotético. Hecho N° 35

139 Caso hipotético Hecho N° 51

dichos acontecimientos con la destitución de las personas involucradas en ellos, según lo esgrimido por los supuestos fácticos del caso *sub lite* comprobando cómo el estado es negligente en cada una de las actuaciones de sus autoridades jurídicas.

Por lo anterior, el *EPR* cumple a cabalidad los derechos consagrados en los Arts. 8, 24 y 25 de la CADH, toda vez que las presuntas víctimas no se les ha negado el acceso a la justicia y han contado con las garantías y recursos necesarios para la protección de sus derechos. Cosa diferente, es que las presuntas víctimas no hayan agotado dichos recursos y accedido al sistema judicial interno. Aunado a ello, se han venido investigando todos los hechos y se han sancionado a los agentes Estatales responsables, al igual que se está adelantando el proceso en la JEJT de los comandantes del FPP, responsables del reclutamiento de los NNA, por último, tras el acuerdo firmado con el FPP y la creación de la comisión de búsqueda de víctimas de reclutamiento, se han obtenido resultados favorables en cuanto a la búsqueda de los NNA del CAEE.

El EPR ha respetado los Arts. 3 y 4 de la CBDP

La Convención *Belém do Pará* define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”¹⁴⁰. Igualmente, esta Corte ha establecido “que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de *Belém do Pará*”¹⁴¹

Desde esta perspectiva, nos ubicamos en primer lugar, en la reclusión de las 3 niñas, Isabel Naya, Yurani Aguayo y María Iscuc, reclutadas desde su pubertad esto desde luego, constituye una clara y flagrante victimización por

140 Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Óp cit. Párr. 226

141 Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Sentencia del 28 de enero 2009. párr. 295

cuanto desborda ampliamente el sistema de “cargas soportables” que todo ciudadano tiene por el sólo hecho de pertenecer a una sociedad civilmente organizada. Sin embargo, cualquier violación a sus derechos consagrados en la CBDDP, perpetrados por el grupo insurgente desde el momento que fueron reclutadas, debe ser vista como responsabilidad de terceros y no del EPR.

En cuanto a su condición de víctima, María Iscúe refrenda la ocurrencia de los sucesos infortunados posteriores a su reclutamiento ilícito, producto de una falta de coordinación inter-institucional que bien puede ser subsanada con el agotamiento de los recursos legales y judiciales que la jurisdicción ordinaria le ofrece a través de las distintas entidades entre las que se contó con la intervención de la DNR, como una prueba fehaciente de la disposición y existencia de políticas públicas paliativas del daño a las víctimas del conflicto así como la disponibilidad y el acompañamiento estatal. Así entonces, la Constitución y la Ley del EPR proveen recursos como lo sería por ejemplo la instauración de una demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa de “reparación directa”

Cabe mencionar, que el EPR, muestra diligencia y seguimiento de las garantías judiciales cuando actúa oficiosamente en defensa de María a través de apelación del Ministerio Público implementando la figura jurídica incorporada al derecho penal como “configurarse la insuperable coacción ajena” dada la minoría de edad la Joven María para la fecha en que acaecieron los hechos¹⁴².

Ahora bien, en cuanto a los reprochables sucesos acaecidos durante la retención de María en el batallón donde es sometida a tratos degradantes abiertamente violatorios de DDHH al ser víctima de una violación por parte de miembros activos de la GO, sobre esta especial circunstancia mal podría pregonarse una inactividad por parte del Estado, dado que la Procuraduría de DDHH en debida forma apartó del servicio activo a los que resultaron

responsables de la comisión de este ilícito, al punto, que inclusive los ex militares aún siguen siendo investigados por la Fiscalía por su conducta delictiva¹⁴³.

Así, resulta claro que vuelve a imponerse la negligencia por parte de la actora María en la reclamación de sus derechos al no interponer por medio de apoderado en curso del mismo proceso el “Incidente de reparación integral” que la Ley concibe para acceder a la restitución de los derechos vulnerados.

Así las cosas, al no haber responsabilidad del EPR por los hechos cometidos por el FPP en contra de las menores y estando ad-portas de una reparación integral de los derechos de la señora MARIA ISCUE, aunado con la ausencia del agotamiento de todos los recursos legales ordinarios y extraordinarios que la Ley establece para este tipo de derechos, es por ello que esta Honorable Corte IDH debe declarar que el EPR no ha violado los Arts. 3 y 4 de la CBDP.

CONCLUSIÓN

Finalmente y en consideración a lo expuesto la solicitud ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos que sean acogidas la excepción preliminar interpuestas por el EPR y en consecuencia se determine la inadmisibilidad del presente caso.

Y, en caso de ser declarado admisible el caso, se declare que el EPR ha cumplido con sus obligaciones generales de respeto, garantía y adopción de medidas de derecho interno; y, en consecuencia, no es responsable internacionalmente por la violación a los derechos reconocidos en los artículos 4, 5, 8, 9, 19,24 y 25 de la CADH, Así como tampoco de los Arts. 3 y 4 de la CBDP.

Como citar este capítulo

APA

Aguilar-Barreto, A.J., Villamizar Silva, H.D., Ruiz-Rodríguez, K.L. (2018). La Corte Interamericana de Derecho y aplicación de justicia transicional: Un estudio de caso. En Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. (Eds.), *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho* (pp.152-183). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

VANCOUVER

Aguilar-Barreto AJ, Villamizar Silva HD, Ruiz-Rodríguez KL. La Corte Interamericana de Derecho y aplicación de justicia transicional: Un estudio de caso. En: Aguilar-Barreto AJ, Hernández-Peña YK, Contreras-Santander YL, Flórez-Romero M, Editores. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar; 2018. Pp.152-183.

HARVARD

Aguilar-Barreto, A.J., Villamizar Silva, H.D., Ruiz-Rodríguez, K.L. (2018). “La Corte Interamericana de Derecho y aplicación de justicia transicional: Un estudio de caso”. En: Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. Eds. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar, pp152-183.

CHICAGO

Aguilar-Barreto, Andrea Johana, Hernán Darío Villamizar Silva, Kevin Leonardo Ruiz-Rodríguez, “La Corte Interamericana de Derecho y aplicación de justicia transicional: Un estudio de caso”, en *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*, editado por Andrea Johana Aguilar-Barreto, Yurley Karime Hernández-Peña, Yudith Liliana Contreras-Santander, Marcela Leonor Flórez-Romero (Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018), 152-183.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, V. (s.f.). “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. <http://justiciaygenero.org.mx/wp-content/uploads/2015/04/27.pdf>, 174.
- Faúndez-Ledesma, H. (2004). “El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 299.
- Medina-Ardila, F. (s/f). “*la responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano*”. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf>

Jurisprudencia de tribunales nacionales en el caso hipotético

Pueblo Rico. Acción de Reparación Directa, expediente. 47671. (Consejo de Estado, Sentencia del 25 de febrero de 2016).

- Pueblo Rico. Acción de Reparación Directa, expediente. 29.273. (Consejo de Estado, Sentencia del 19 de octubre de 2007).
- Pueblo Rico. Acción de Reparación Directa, expediente. 15.724. (Consejo de Estado, Sentencia del 30 de agosto de 2007).
- Pueblo Rico. Acción de Reparación Directa, expediente. 40.060. (Consejo de Estado, Sentencia del 20 de octubre de 2014).
- Pueblo Rico. Acción de Reparación Directa, expediente. 35413. (Consejo de Estado, Sentencia del 3 de diciembre de 2014).
- Pueblo Rico. Acción de Reparación Directa, expediente. 37226. (Consejo de Estado, Sentencia del 25 de febrero de 2016).
- Pueblo Rico. Sentencia C-069/16, Expediente D-10886. (Corte Constitucional. 18 de febrero de 2016).
- Pueblo Rico. Sentencia C-590/05, expediente D-5428. (Corte Constitucional 8 de junio de 2005).
- Pueblo Rico. Sentencia T-534/14, Expediente T-4.274.338. (Corte Constitucional julio de 18 de 2014).
- Pueblo Rico. Sentencia T-834-14, Expediente T-4395453. (Corte Constitucional. 11 de noviembre de 2014).

Jurisprudencia de tribunales internacionales

- Caso “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, Serie C No. 134. (Corte IDH. Sentencia del 15 de septiembre de 2005).
- Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, Serie C No. 195. (Corte IDH. Sentencia del 28 de enero de 2009).
- Caso Brewer Carías Vs. Venezuela, Serie C N° 278. (Corte IDH. Sentencia del 26 de mayo de 2014).
- Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam., Serie C No. 172. (Corte IDH. Sentencia del 28 de noviembre de 2007).
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Serie C N° 170. (Corte IDH. Sentencia del 21 de noviembre de 2007).
- Caso familia Barrios Vs. Venezuela., Serie C No. 237. (Corte IDH. Sentencia del 24 de noviembre de 2011).

- Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua., Serie C No. 30. (Corte IDH. Sentencia del 29 de enero de 1997).
- Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. , Serie C No. 205. (Corte IDH. Sentencia del 16 de noviembre de 2009).
- Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú., Serie C No. 74. (Corte IDH. Sentencia del 6 de febrero de 2001).
- Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Serie C No. 33. (Corte IDH. Sentencia del 17 de septiembre de 1997).
- Caso López Álvarez Vs. Honduras., Serie C No. 141. (Corte IDH. Sentencia del 1 de febrero de 2006).
- Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Serie C No. 259 (Corte IDH. Sentencia del 30 de noviembre de 2012).
- Caso Masacres de el Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador, Serie C N°. 252. (Corte IDH. Sentencia del 25 de octubre de 2012).
- Caso Ríos y otros Vs. Venezuela, Serie C No. 194. (Corte IDH. Sentencia del 28 de enero de 2009).
- Caso Vargas Areco Vs. Paraguay, Serie C No. 155. (Corte IDH. Sentencia del 26 de septiembre de 2006).
- Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. , Serie C No. 4. (Corte IDH. Sentencia del 29 de julio de 1988).

Opiniones consultivas y votos concurrentes

- Opinión Consultiva OC-14/94, Serie A No. 14. (Corte IDH 9 de diciembre de 1994).

Informes

- Admisibilidad, Herson Javier Caro (Javier Apache) y familia, Colombia, Informe N° 72/09, Petición 11.538. (CIDH. 5 de agosto de 2009).
- Admisibilidad, José Antonio Romero, Rolando Ordoñez Álvarez y Norberto Hernández, Colombia, Informe N° 74/07, Petición 1136-03. (CIDH. 15 de octubre de 2007).
- Arges Sequeira Mangas vs. República de Nicaragua, Informe No. 52/27, Caso 11.218. (CIDH. 18 de febrero de 1998).

Normas e instrumentos nacionales citados en el caso hipotético

Pueblo Rico. Constitución Política. (1998).

Pueblo Rico. (Congreso de la República, 24 de julio de 2000). Código Penal, Ley 599 de 2000.

Pueblo Rico. (Congreso de la República, 8 de noviembre de 2006). Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006

Pueblo Rico. (Congreso de la República, 2010). Ley 67.

Pueblo Rico. (Presidente de la República, 19 de noviembre de 1991). Decreto 2591 de 1991.

Pueblo Rico. (Congreso de la República, 10 de junio de 2011). Ley 1448 de 2011.



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

La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho

La formación investigativa del abogado en la universidad debe estar direccionada a dos campos específicos: los estudios jurídicos y las investigaciones socio-jurídicas. Así, la investigación socio-jurídica no sólo se enfoca en el sistema jurídico integrado por el derecho positivo y el conjunto de valores y principios (nivel axiológico) que sirven de marco interpretativo, sino que además llevan al escenario social todo este acumulado de reglas y normas. Es posible que las prácticas de investigación formativa se extiendan a todas las áreas duras del derecho y con ello facilitar la comprensión de los contenidos que son socializados por los docentes. El presente documento constituye una materialización de estudios socio jurídico en las áreas de Laboral, Familia, Civil entre otras, que se adelanta en el proceso de formación de abogados fundamentados epistemológica y metodológicamente desde una mirada social que provea una concepción más fáctica del mismo, dando pertinencia a esta ciencia.