Editores
Andrea Johana Aguilar Barreto
Yurley Karime Hernández Peña

La Investigación Jurídica:

Reconociendo acciones normativas relevantes

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BARRANQUILLA Y CÚCUTA - COLOMBIA | VIGILADA MINEDUCACIÓN
Res. 23095, del MEN

La Investigación Jurídica:

Reconociendo acciones normativas relevantes

Editores
Andrea Johana Aguilar Barreto
Yurley Karime Hernández Peña

La Investigación Jurídica:

Reconociendo acciones normativas relevantes

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BARRANQUILLA Y CÚCUTA - COLOMBIA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BARRANQUILLA Y CÚCUTA - COLOMBIA

Editores
Andrea Johana Aguilar Barreto
Yurley Karime Hernández Peña

Autores
Andrea Johana Aguilar Barreto
Arturo Acosta Amador
Carlos Arturo Gómez Trujillo
Carlos Eduardo Villamizar Osorio
Clara Paola Aguilar Barreto
Claudia Eufemia Parra Meaury
Claudia Katherine Vivas Mantilla
Diana Marcela Suárez
Eduardo Antonio Palencia Ramos
Fabián Alberto Caicedo Rangel
Frank Steward Orduz Gualdrón
German Alberto Rodríguez Manasse
Jhon Freydll Vallejo Herrera
Joaquín Manuel León Gómez
José Joan Garavito Patiño
Juan Alexander Bonilla Ayala
Leidy Katherine Hoyos Delgado
Leonardo Yotuhel Díaz Guecha
Marcela Viviana León García
Mario Alberto Mendoza
Mauricio Antonio Fortoul Colmenares
Melissa Ochoa Pertuz
Michelle Picón Carvajal
Rafael Pulido Morales
Sandra Bonnie Flórez Hernández
Sergio Hernando Castillo Galvis
Wilmer Guevara
Yonatan Alejandro Aguilar Bautista
Yuleysy Mariño Vergel
Yury Tenorio Melenje
Zenyi Nayith Rojas Vargas

EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL ACREDITA
INSTITUCIONALMENTE A LA UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
Resolución 23095, del 15 de diciembre de 2016

La investigación jurídica: Reconociendo acciones normativas relevantes

Editores
©Andrea Johana Aguilar Barreto
©Yurley Karime Hernández Peña

Autores:
Andrea Johana Aguilar Barreto
Arturo Acosta Amador
Carlos Arturo Gómez Trujillo
Carlos Eduardo Villamizar Osorio
Clara Paola Aguilar Barreto
Claudia Eufemia Parra Meaury
Claudia Katherine Vivas Mantilla
Diana Marcela Suarez
Eduardo Antonio Palencia Ramos
Fabián Alberto Caicedo Rangel
Frank Steward Orduz Gualdron
German Alberto Rodriguez Manasse
Jhon Freydll Vallejo Herrera
Joaquín Manuel León Gómez
José Joan Garavito Patiño
Juan Alexander Bonilla Ayala
Leidy Katherine Hoyos Delgado
Leonardo Yotuhel Diaz Guecha
Marcela Viviana León García
Mario Alberto Mendoza
Mauricio Antonio Fortoul Colmenares
Melissa Ochoa Pertuz
Michelle Picón Carvajal
Rafael Pulido Morales
Sandra Bonnie Flórez Hernández
Sergio Hernando Castillo Galvis
Wilmer Guevara
Yonatan Alejandro Aguilar Bautista
Yuleysy Mariño Vergel
Yury Tenorio Melenje
Zenyi Nayith Rojas Vargas

La investigación jurídica: reconociendo acciones normativas relevantes / editores Andrea Johana Aguilar Barreto, Yurley Karime Hernández Peña; Arturo Acosta Amador [y otros 30] -- Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018

174 páginas; iguras, cuadros;16 x 24 cm

ISBN: 978-958-5430-78-5

1. Investigación jurídica 2. Control de constitucionalidad 3. Derechos de autor 4. Derechos humanos I. Aguilar Barreto, Andrea Johana, editor-autor II. HernándezPeña, Yurley Karime, editorIII. Acosta Amador, Arturo IV. Gómez Trujillo, Carlos Arturo V. Villamizar Osorio, CarlosEduardo VI. Aguilar Barreto, Clara Paola VII. Parra Meaury, Claudia Eufemia VIII.Vivas Mantilla, Claudia Katherine IX. Suarez, Diana Marcela X. Palencia Ramos,Eduardo Antonio XI. Caicedo Rangel, Fabián Alberto XII. Orduz Gualdrón, FrankSteward XIII. Rodríguez Manasse, German Alberto XIV. Vallejo Herrera, Jhon FreydllXV. León Gómez, Joaquín Manuel XVI. Garavito Patiño, José Joan XVII. Bonilla Ayala, Juan Alexander XVIII. Hoyos Delgado, Leidy Katherine XIX. Díaz Guecha, Leonardo Yotuhel XX. León García, Marcela Viviana XXI. Mendoza, Mario Alberto XXII. Fortoul Colmenares, Mauricio Antonio XXIII. Ochoa Pertuz, Melissa XXIV. Picón Carvajal, Michelle XXV. Pulido Morales, Rafael XXVI. Flórez Hernández, Sandra Bonnie XXVII. Castillo Galvis, Sergio Hernando XXVIII Guevara, Wilmer XXIX. Aguilar Bautista, Yonatan Alejandro XXX. Mariño Vergel, Yuleysy XXXI. Tenorio Melenje, Yury XXXII. Rojas Vargas, Zenyi Nayith XXXIII. Tít.

340.072I624 2018 Sistema de Clasificación Decimal Dewey 21ª edición

Universidad Simón Bolívar – Sistema de Bibliotecas

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

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

ISBN: 978-958-5430-78-5

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

© Ediciones Universidad Simón Bolívar
Carrera 54 No. 59-102. http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/edicionesUSB/. dptopublicaciones@unisimonbolivar.edu.co
Barranquilla y Cúcuta

Producción Editorial
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 eletronico: marybarroso27@gmail.com, conocimiento.digital.a@gmail.com

Agosto del 2018
Barranquilla

Made in Colombia

Como citar en APA el libro:

Aguilar Barreto, A., Acosta Amador, A., Gómez Trujillo, C., Villamizar Osorio, C., Aguilar Barreto, C.,… Rojas Vargas, Z. (2018). La investigación jurídica: Reconociendo acciones normativas relevantes. Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Tabla de contenido

Prólogo..... 8

Presentación..... 9

Introducción..... 11

Capítulo 1.
Bloque de constitucionalidad frente a la debida aplicación del control de convencionalidad en Colombia..... 13

Capítulo 2.
Política pública de gestión educativa binacional: Una revisión en Colombia y Venezuela..... 42

Capítulo 3.
Propiedad intelectual y derechos de autor: su protección en Colombia.. 71

Capítulo 4.
La cuota alimentaria y su funcionalidad frente al derecho de los niños... 92

Capítulo 5.
Protección a derechos de autor desde el derecho comparado..... 105

Capítulo 6.
El control de convencionalidad: caso colombiano frente a la garantía de ejecutabilidad de órdenes emitidas por el tribunal interamericano..... 121

Capítulo 7.
El papel del juez en el Estado constitucional de Derecho..... 142

Capítulo 8.
La reparación integral en el contexto de posconflicto colombiano: antecedentes y fundamentos..... 156

Prólogo

Es grato poder presentar a la comunidad académica y científica una obra de connotada 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 en torno a la investigación desde la disciplina jurídica, tomando como ejes transversales problemáticas actuales en sociedades convulsionadas como la colombiana, validando cada uno de los resultados emergidos en los estudios y proponiendo nuevas miradas para su resolución.

Agradezco la oportunidad que se me otorga para compartir con los lectores la riqueza de tanta información valiosa desde las 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 del libro

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 van desde el currículo de pregrado a posgrados, los semilleros y jóvenes investigadores. En éste se busca hacer un acercamiento a los objetos de estudio de los investigadores (estudiantes, docentes investigadores) para dar respuesta a problemas en campos específicos del conocimiento, a nuestras líneas de investigación y 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 que 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 nacional[1].

Por ello, la Universidad Simón Bolívar decreta desde su misión, un alto compromiso en la formación investigativa como contribuyente en la producción científica, en concordancia con su postura epistémica socio crítica. Así, este espacio formativo de producción es de gran importancia para la formación investigativa y para la generación de comunidades académicas en contextos reales.

---

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

En esta obra se retoman investigaciones en los campos del conocimiento de la Psicología, Trabajo Social, Derecho, Ingeniería de Sistemas, Administración de Empresas, donde cada uno responde a una línea de investigación y campo de conocimiento en el que se aporta nuevo conocimiento, incorporando trabajos desde la base del proceso formativo hasta posgrados; por ello, se encontrarán capítulos propuestos por estudiantes de semilleros, formación investigativa desde el currículo, jóvenes investigadores y de estudiantes de maestría, acompañados por investigadores de alto nivel reconocidos por COLCIENCIAS, quienes son los gestores y promotores de esta obra.

Yurley Karime Hernández Peña
Doctorando en Educación (Universidad Simón Bolívar).
Coordinadora de semilleros de la Universidad Simón Bolívar.
Centro de Investigación CEDEP

Introducción

En Colombia desde el año 1991 y como resultado de la Asamblea Nacional Constituyente, su organización y dogmática sufrieron una transformación a partir de su concepción como Estado Social de Derecho, entendiendo que la transición se materializó entre otros aspectos sobre el sistema de fuentes jurídicas, el lugar de la constitución como norma de aplicación directa y la Corte Constitucional como máximo órgano jurisdiccional e intérprete natural, siendo la encargada de concretar los valores, principios y derechos fundamentales consagrados, velando por el carácter antropocéntrico del Estado.

Adicional a lo anterior y sin desconocer el carácter primario de la constitución al interior del sistema de fuentes en Colombia, autores como Quinche Ramírez han determinado su "transformación" y la "erosión de la soberanía nacional" soportado en fenómenos como la constitucionalización del Derecho Internacional y la internacionalización del Derecho Constitucional, lo que ha conllevado que - verbigracia- los informes y providencias emitidas por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sean de imperativa observancia por las autoridades públicas a través de mecanismos como el control de convencionalidad.

Todo lo anterior ha incidido directamente sobre la formación que del abogado se debe tener, dado el lugar que ha ganado la investigación jurídica como herramienta que permitirá su integralidad a la hora del ejercicio profesional, ello partiendo de teorías de la complejidad como la propuesta por Morín y desarrolladas en Colombia por Tobón, entendiendo que el saber conocer, saber hacer, saber ser y saber convivir, son de obligatoria para su formación integral, siendo conscientes del lugar que el sistema jurídico ha otorgado al profesional del derecho al concebirlo como "el vehículo que acerca al ciudadano del común a la administración de justicia" en palabras de la Corte Constitucional. Por lo anterior, se propone en este libro abordar temáticas de relevancia actual desde el enfoque de la investigación jurídica siendo conscientes de estudiar las problemáticas inicialmente desde dicha

perspectiva por la incidencia que el derecho tiene sobre todas las esferas del estado, partiendo de la necesidad en establecer métodos abiertos de alcance y circulación del conocimiento jurídico, ello con el gran objetivo de desarrollar una epistemología hacía y para una cultura jurídica – investigativa consistente.

Sergio Hernando Castillo Galvis
Abogado. Candidato a Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta. Profesional Especializado Jurídico de la Cámara de Comercio de Cúcuta.

1 BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD FRENTE A LA DEBIDA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA

Andrea Johana Aguilar Barreto[2], Claudia Katherine Vivas Mantilla[3], Diana Marcela Suarez[4] y Fabián Alberto Caicedo Rangel[5]

[12]Abogada, 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. E-mail: andreitajaguilar@hotmail.com

[3]Abogado en formación de la Universidad Simón Bolívar, extensión Cúcuta. Correo electrónico: kvv.mantilla@gmail.com

[4]Abogado en formación de la Universidad Simón Bolívar, extensión Cúcuta. Correo electrónico: dimasuamar_29@hotmail.com

[5]Estudiante de décimo semestre de la Universidad Simón Bolívar, extensión Cúcuta. Correo electrónico: fabiancr22@gmail.com

Palabras clave:

Bloque de Constitucional, control de convencionalidad, supraconstitucionalidad.

Resumen

El bloque de constitucionalidad es una representación jurídica, que, por mandato de la Constitución u otras vías, permite la remisión a un conjunto de normas que permiten complementar la Carta Magna. Sin embargo, no todos los ingredientes que conforman este aparato normativo poseen la misma categorización, en Colombia existe la distinción *Hard-law* para aquellas que poseen carácter vinculante y *Soft-law* para los componentes que son tenidos en consideración como criterio auxiliar. La partición del bloque de constitucionalidad impone una serie de límites actuales que representan una aplicación parcializada y abstracta del bloque de constitucionalidad, que, en materia de derechos humanos genera una inobservancia de los preceptos jurisprudenciales impuestos por órganos supranacionales, que constituyen un sistema más garantista. La Corte IDH ha determinado que para una debida aplicación del control de convencionalidad debe tenerse en consideración tanto los estipulados del Pacto de San José como la interpretación efectuada por parte de dicho órgano, sin embargo, la ambigüedad respecto al carácter vinculante de la jurisprudencia internacional por parte de las altas cortes en materia de derechos humanos y la negativa por parte de la Corte Constitucional para aceptar la supraconstitucionalidad han convergido para ocasionar un rechazo al control de convencionalidad difuso en Colombia.

Constitutionality block in front of the proper application of conventionality control in Colombia

Keywords:
Constitutional Block, conventionality control, upperconstitutionality.

Abstract
The constitutional block it is a legal representation mandated by the constitution or other ways, allow the transfer of a set of rules which are complemented by the constitution. However, not all the ingredients that make up this normative apparatus have the same categorization, in Colombia there is the Hard-law distinction for those that have binding and Soft-law for the components that are considered as an auxiliary criterion. The partition of the constitutional block imposes a series of current limits that represent a partial and abstract application of the constitutionality block, which in Human Rights issues generates a failure to observe the jurisprudential precepts imposed by supranational bodies, which would constitute a more guaranteeing system. The court has determined that for a proper application of conventional control, consideration should be given to both the provisions of the San Jose Pact and the interpretation made by that body, however the ambiguity regarding the binding nature of international jurisprudence of the high courts in matters of Human Rights and the refusal by the Constitutional Court to accept superconstitutionality have converged to cause a rejection of control of diffuse convention in Colombia.

INTRODUCCIÓN

Con posterioridad a la segunda guerra mundial, los Estados han evolucionado progresivamente en materia de derechos humanos para evitar tragedias de semejantes magnitudes. En Colombia, el avance en la normativa garantista ha sido lento pero sólido, específicamente tras las últimas dos décadas luego de la expedición de la Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

El presente trabajo se enfocó determinar cómo el bloque de constitucionalidad ejecuta su acción garantista cuando se presenta la ambigüedad en materia de control de convencionalidad con respecto a controversias que estén directamente relacionadas con los derechos humanos, siendo este último aplicable a voluntad propia del legislador. Por otra parte,

se evidencia la necesidad e importancia de las ventajas para el control de convencionalidad de hacer parte con carácter vinculante las fuentes del derecho internacional al ordenamiento jurídico colombiano, extrayéndose de la clasificación de *soft-law* donde algunos juristas le han demarcado.

Si bien es cierto que existen progresos impresionantes en materia legal, lo cierto es que la falta de normativa y doctrina en materia del control de constitucionalidad ha dejado una enorme brecha con relación a lo que realmente forma parte del mismo, y durante esta investigación se hizo evidente que ello ha afectado gravemente la aplicación correcta de otras herramientas de carácter internacional, tales como el control de convencionalidad que fue el foco de estudio.

Se expone como ha sido puesto en controversia la verdadera aplicación del control de convencionalidad y la necesidad que existe de romper los esquemas dualistas en el control de constitucionalidad, y especialmente, unificando criterios en cuanto a su composición y aplicación directa para que no persista la ambigüedad en la materia (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013).

METODOLOGÍA

Respecto a la metodología utilizada para esta investigación cabe resaltar que el paradigma desde el cual se aborda el objeto de estudio de esta investigación es el interpretativo, por cuanto de conformidad con la definición otorgada por Hurtado (2010), este pretende encontrar pautas de relación internas para llegar a un conocimiento más profundo, intentado desentrañar lo que está más allá de lo evidente.

El enfoque es de carácter cualitativo por cuanto la investigación está dirigida a relacionar, interpretar y analizar un bloque de información expresado en códigos verbales que no permiten numerar o cuantificar los datos obtenidos.

El diseño aplicado fue discursivo porque mediante el análisis de los datos obtenidos se generó una teoría fundamentada en diferentes

modelos epistémicos estableciendo un diagnóstico de la concepción que actualmente tiene el bloque de constitucionalidad en materia de control de convencionalidad.

El método es hermenéutico, considerando que el proyecto se orientó en realizar una interpretación sintética de los articulados de la constitución política que reglamentan el bloque, para exponer o evidenciar la necesidad de un concepto más integral con base en preceptos teóricos y jurisprudenciales arrojados en la temática. Así mismo, en enfoque de la investigación es hermenéutico considerando que se busca realizar una interpretación de los artículos de la Constitución Política de Colombia que reglamentan el bloque de constitucionalidad y exponer la necesidad de un concepto más íntegro tomando por base los preceptos teóricos y constitucionales que se han arrojado del tema desde el año 1991.

Teniendo como referente la metodología de la investigación de Jaqueline Hurtado de Barrera, es importante considerar que, debido a las características teleológicas propias de este proyecto, se efectuará el método crítico dialéctico del materialismo histórico de Marx por cuanto es el que más se ajusta de acuerdo a las necesidades investigativas. Las etapas que componen dicho método se encuentran claramente definidas por Hurtado (2010) de la siguiente manera:

- Una etapa de descripción detallada de las situaciones a estudiar.

- Una etapa de abstracción mediante la cual se aíslan los elementos esenciales del proceso y se interpretan en términos de sus contradicciones.

- Una etapa de concreción progresiva, con la cual en el desarrollo se introducen elementos cada vez más particulares y se construyen explicaciones.

- Una etapa donde se regresa nuevamente a describir las situaciones con base en las explicaciones formuladas.

Finalmente, para dar cabida a un proceso de investigación sólido, tomando por base el ciclo holístico en la etapa operativa de la misma, se ejecutarán las fases exploratoria, descriptiva, analítica, comparativa, explicativa y confirmatoria, buscando hacer uso de la figura de integración de teorías de Hurtado (2010) denominado sintagma gnoseológico, soportando la investigación de tipo explicativa.

Al ser un proyecto netamente hermenéutico, toda la información se derivó de fuentes documentales tales como publicaciones en revistas indexadas, tesis de grado de los diferentes escalafones de educación superior, libros de texto que sirvieron como doctrina para el proyecto y un conjunto de normas tanto nacionales como extranjeras y jurisprudencia que sirvieron de soporte jurídico para la investigación.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Proceso evolutivo del bloque de constitucionalidad

Para entrar a analizar la dualidad existente en el bloque de constitucional es necesario que primero se defina el área de estudio. El origen del bloque de constitucionalidad se remonta a Francia, cuando en la Constitución du 4 octubre 1958 en *vigueur* estableció en el preámbulo que "*Le peuple français* ***proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale*** *tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789*, *confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946*, *ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004*" . Traducción Oficial: El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2004." (Negrilla fuera del texto) (Parlamento, 1958).

En dicho apartado normativo se establece rango constitucional a la Declaración de los Derechos el Hombre y del Ciudadano (Asamblea Nacional

Constituyente francesa, 1789) y a la derogada Constitución de 1946, de tal forma se da prelación a la sujeción de las leyes a estos referentes normativos estableciéndoles supremacía legal a los mismos, lo cual es la aplicación directa del concepto general que buscamos. Mora (2000) menciona que el bloque de constitucionalidad aparece inicialmente en un fallo del Consejo Constitucional Francés donde ratificaron que había un conglomerado normativo que hace parte de la Constitución francesa pese a que no estuviera directamente allí, cuando así lo decidía un juez o alguna disposición constituyente. Mora (2000) expone que esencialmente el bloque de constitucionalidad "es aquel conjunto de normas y principios que sin que parezcan formalmente en el texto constitucional, son incorporadas a ella por diversas vías" (p. 15). Esto cual para él representa que específicamente dichas normas son en stricto sensu normas constitucionales por lo que poseen supremacía normativa y tienen como propósito fundamental que tales normas sirven de parámetro de control constitucional de las leyes.

Con base en esta definición, se puede establecer que el bloque de constitucionalidad involucra la intención de incluir en la constitución política del país un conjunto de leyes esquematizadas por aparte y que al nombrarlas en la misma, se infiere que su contenido está dentro del articulado de la norma superior, lo cual está en armonía con el concepto de bloque de constitucionalidad de Bidart (1995) donde "puede entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental." (p.264). Adicional a ello, Mora (2000) establece que el bloque de constitucionalidad tiene dos fuentes de origen: Primero, **la Constitución** como en el caso referido inicialmente con el preámbulo de la Constitución francesa, o en el espectro nacional sería el caso del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia del cual se hablará más adelante. Segundo, **la jurisprudencia** de las altas cortes es referida también como una de las fuentes, podemos nombrar como ejemplo concreto a nivel nacional la Sentencia T-327 de la corte constitucional (2001) donde el Doctor M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra estableció que "*Los Principios Rectores del Desplazamiento Interno consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas hacen parte del bloque de constitucionalidad*".

Para continuar con la trascendencia y evolución histórica del concepto del bloque de constitucionalidad, Suelt (2016) expone que tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, el auge liberal era latente no sólo en Francia, sino en otros países como Italia y España, que también se adhirieron a ésta corriente y tendieron a integrar los Derechos Humanos a las Constituciones internas, lo cual trae consigo la necesidad de que estos países hagan la transición a la democracia en lo que adquiere mayor importancia la ratificación de los derechos y su protección, lo que decantó en el fin del autoritarismo en el Este de Europa y las dictaduras de España, Portugal, Estados Unidos y América Latina.

Es importante denotar que estos cambios en la estructura política de todo el mundo representan un carácter importante para la creación del concepto del bloque de constitucionalidad, pues es a raíz de estos cambios que los países, en pro de garantizar y proteger los derechos humanos, se ven en la necesidad de crear Tribunales Constitucionales orientados a dirimir si el articulado normativo del país estaba haciendo cumplimiento a los tratados internacionales ratificados para ello, por lo cual Suelt (2016) asegura que cuando los Estados liberales comenzaron la creación de los Tribunales Constitucionales, estos organismos se dieron en la tarea de revisar toda la normativa interna del país en una aplicación del derecho comparado con relación a la normativa internacional, para estudiar la integración de las fuentes del derecho internacional, refiriendo además que en temática de derechos humanos, la gran mayoría de países implementaron diversos sistemas para incluirlos en el derecho interno. De acuerdo con Suelt (2016) "En Colombia, ello conduce a la creación de un bloque de constitucionalidad en materia de derechos como parámetro de control de constitucionalidad que incorpora los tratados de derechos humanos y que no puede suspenderse en estados de excepción" (p. 305).

El desarrollo del bloque de constitucionalidad requiere entonces tener en cuenta que la normatividad adherida al mismo se enviste de supremacía constitucional y adquiere un rango superior al respecto del conglomerado jurídico excedente. Suelt (2016) manifiesta que para entender cómo funciona específicamente la figura interpretativa del bloque de constitucionalidad, podemos acudir a una teoría llamativa denominada *La Constitución Red* cuyo

principal exponente es Rafael Bustos-Gisbert. Bustos (2005), quien expone en esta teoría la constitución como un sistema jurídico que debe ser dinámico y abierto para que se adapte al entorno cultural y normativo, de tal forma que así propenda al auto aprendizaje. Para entender mejor los pilares esenciales de esta teoría se presenta la figura 1 y figura 2:

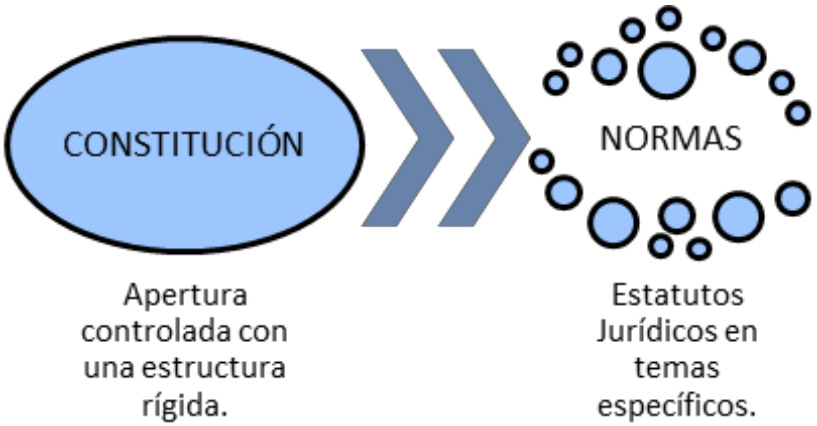

Figura 1
Apertura horizontal en la teoría Constitución Red.
Fuente: Creación propia.

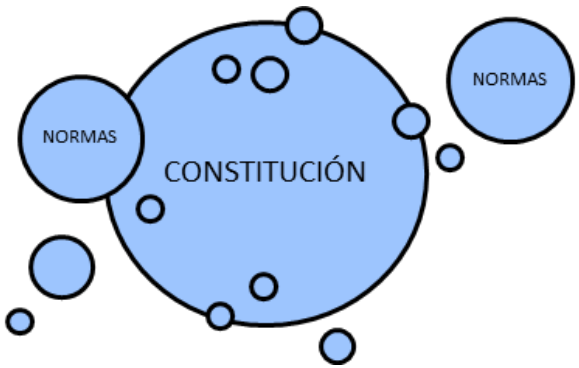

Figura 2
Apertura vertical en la Teoría de la Constitución en Red.
Fuente: Creación propia.

Bustos (2005) refiere que esta apertura puede ser "horizontal referente al carácter fragmentario y no codificador del texto constitucional y de una apertura vertical atinente al carácter general e indeterminado de muchas normas constitucionales que precisamente por eso, se abren a la actuación de los poderes constituidos" (p. 38).

Así como puede apreciarse en la Figura 1, la apertura horizontal consiste en el deslinde del sistema jurídico, donde se otorga valor constitucional a un conjunto de normas que propenden a complementar la Constitución para determinadas situaciones limitando su campo de acción. Por otro lado, la apertura vertical exhibida en la Figura 2 tiene un esquema más abierto, donde el factor Constitucional se segrega por un conjunto de normas tanto nacionales como extraestatales, dándole mayor o menor ponderación a las mismas y existiendo diversidad de rangos a las mismas, estando algunas normas inclusive por encima de la carta magna.

Al igual que Bustos, otros doctrinantes han realizado estudios del constitucionalismo multinivel, tal cual el caso de Pernice (1999) que expone la teoría de la constitución compuesta "esta concepción, como observamos, encierra además de la clásica noción de poder constituyente y de la cuestión de legitimidad del poder que ella misma representa, la caracterización de los ordenamientos jurídicos nacional-UE como ordenamientos autónomos".

No es necesario sin embargo, adentrarse mucho en ésta teoría, porque involucra un alto grado de influencia de los sistemas políticos federales, que puede ser aplicada simplemente a sistemas normativos como los de la Unión Europea y Estados Unidos, donde cada país u estado tiene su propia constitución y de la compilación de las mismas se crea una de carácter general que será aplicable a todos ellos, lo cual involucra problemas en el concepto de la supremacía constitucional y el carácter preferencia a las constituciones generales, que si bien no son el caso de Colombia se relacionan de forma abstracta con el caso en cuestión, donde la aplicación del bloque de constitucionalidad genera un conflicto que llega en ocasiones a difuminar la línea de la categorización de norma de normas a la constitución política y se expone una superposición a ciertos tratados internacionales.

Para el caso colombiano, es importante destacar que el bloque de constitucionalidad entra a regir tras la Constitución Política de 1991 en sus artículos 9, 44, 53, 93, 94, 101 y 214, siendo únicamente reconocidos como parte del mismo inicialmente los artículos 93 superior y 94 superior, de los cuales Mora (2000) hace un análisis exegético, como que de conformidad con el artículo 93, para que los tratados y convenios internacionales adquieran el rango de norma de normas, ellos deben cumplir tres (3) requisitos indispensables tales como que los tratados reconozcan un derecho humano, que esté prohibida la limitación de este derecho durante un estado de excepción y que el tratado se encuentre ratificado por Colombia; además menciona que mientras el artículo 93 refiere de la remisión directa de otras normas, el artículo 94 expone una remisión directa de derechos al exponer aunque ciertos derechos no figuren en la constitución, su ausencia no representa la negación de los mismos si ellos son inherentes a la condición de humanos.

Durante los primeros diez años siguientes a la promulgación de Constitución Política vigente que hiciera la Asamblea Nacional Constituyente (1991), la Corte Constitucional desarrolló el Concepto del bloque de constitucionalidad con base en los artículos 93, 94, 101 y 214 (Mora, 2000).

Sin embargo, pese a las ventajas que ello representó tales como la ampliación de un espectro de normas que generan garantía y protección de los Derechos Humanos y el dinamismo de la normatividad colombiana que propende a la adaptación de la Constitución política al entorno social, político y económico del país tal cual habíamos mencionado con anterioridad, lo cierto es que doctrinantes como Uprimny (2005) establecieron también que este sistema involucra también ciertas consecuencias tales como la inseguridad jurídica y la arbitrariedad judicial exponiendo que un juez que tuviera como referencia la cláusula abierta sobre derechos innominados, es decir, el artículo 94 superior donde se establece que hay otros derechos fundamentales diferentes a los mencionados en la carta magna, porque no se puede desconocer que hay derechos esencialmente relacionados con la condición humana que deben protegerse.

Podría hacerse llamamiento a un derecho que no esté en el texto constitucional pero que para él sea congénito a la dignidad humana o a su

concepto del derecho a la libertad de las personas, y en razón de este análisis podría anular regulaciones que para la sociedad mayoritaria puedan no ser simplemente legítimas sino de gran valor normativo. Para Uprimny (2005) esto fue el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Lochner Versus New York, donde en protección de la libertad contractual –un derecho que ellos reconocieron sin estar en ninguna parte dentro de la constitución pero que ellos vieron reflejada en la décimo cuarta enmienda –se anularon las leyes de intervención social que regulan el salario mínimo y la jornada máxima laboral de las panaderías de 10 horas por día o 60 horas por semana, dado que "por medio de una suerte de bloque de constitucionalidad tácito, la Corte Suprema consideró que aunque el texto no lo dijera, la libertad contractual hacía parte del debido proceso sustantivo consagrado en la enmienda XIV de la Carta de Filadelfia" (p. 5).

La falta de incidencia de la doctrina en el campo de esta materia y las problemáticas ejemplificadas anteriormente han generado que algunos autores consideran la figura del bloque de constitucionalidad como un problema complejo más que como una categoría conceptual clara y definida (Rubio, 1989). Para este último doctrinante, cabe mencionar que se evidencia una dualidad en materia del bloque de constitucionalidad bastante arraigada y que pese a referirse en su hipótesis a sentencias propias de España, las mismas dudas se hacen evidentes son aplicables al ordenamiento jurídico colombiano, dado que para él es claro que en la doctrina del Tribunal constitucional de España existe una bifurcación bastante marcada en la expresión de bloque de constitucionalidad, pues su uso no es solo poco frecuente, sino además versa de múltiples realidades.

Para el caso español, su uso parece remontarse al año 1982 de acuerdo a Rubio (1989) donde si bien alguna sentencia la usa para referirse a ciertas normas, la gran mayoría no refieren de estos casos sino de aquellos donde hablan de la funcionalidad del bloque de constitucionalidad, aunque en palabras de él, "Cuál sea ésta, es decir, qué función desempeñan las normas que se incluyen en el «bloque de la constitucionalidad» precisamente por desempañar es cosa ya bastante menos clara." (pp. 10, 11).

Es así como en el país vasco se hace evidente que jurisprudencialmente existe una dicotomía en diversos apartes del bloque de constitucionalidad tales como su función, las normas que lo integran y su aplicación. Entonces, con referencia a la función que tiene dicho instrumento, Rubio (1989) menciona que mientras que en algunas decisiones del tribunal se entiende que éste cumple función de la delimitación competencial entre estado y comunidades autónomas, es decir, el armonizar el ordenamiento jurídico territorial con el supranacional (función de carácter esencial intrínseca a la norma de la que es finalidad u objeto propio).

En otras sentencias se establece la función del bloque es incluir dentro de las causales de inconstitucionalidad el quebrantamiento de normas que no están expuestas dentro de la constitución ni delimitan competencias (función de carácter accidental extrínseca a la norma misma y que surge únicamente dentro de un proceso particular).

Suelt (2016) expone que, para el caso colombiano, el bloque de constitucionalidad va a representar ambas situaciones, es decir, será un parámetro para el control de constitucionalidad al exponer una serie de tratados integradores que componen dicho parámetro, y al mismo tiempo expone cuáles son los nuevos derechos que amplían la interpretación constitucional. Para Favoreu & Rubio-Llorente (1995), lo que se consiguió gracias a esto en Francia fue: "lo que dos siglos de historia no habían conseguido llevar a cabo: un conjunto constitucional suficientemente armonioso y coherente, que combina la modernidad y las tradiciones y en el que sobre todo los derechos fundamentales han sido finalmente integrados" (p. 42).

Con lo anterior se infiere que se debe de agradecer a los Magistrados de la Corte Constitucional por reforzar la Carta Magna al consolidarla como un sistema dinámico y armonioso que se actualiza progresivamente y que, además, alude a la inclusión del iusnaturalismo en ella, una visión más positiva que la de Prado y la cual si bien aduce al caso francés, podría sujetarse al caso colombiano siempre y cuando se arranque con en proceso de unificación de criterios.

Ahora es evidente que existe una dualidad de criterios alternos para referirse a lo que en esencia es el bloque de constitucionalidad, y que al igual que lo han referido anteriormente los demás teóricos citados, existe una multiplicidad de realidades que crean una ambiente heteróclito difícilmente reductible lleno de imprecisiones y titubeos que en la jurisdicción española constitucional expone un engorroso sistema de criterios para la delimitación competencial e incluso entre lo que conforma el contenido propio del bloque tanto en su espectro específico como genérico (Rubio, 1989). Expone además que si bien en ocasiones el bloque es un conjunto de normas aplicables al caso, a veces es el elenco de todas las normas que prevalecen sobre las demás; así como también tiende a variar su postura respecto a la aplicación del mismo en comunidades autónomas, que en España son entidades territoriales que dotan de autonomía administrativa pero que en aplicación del concepto del bloque de constitucionalidad tiene una relación heterogénea con el derecho español estatal, por cuanto en ocasiones excluyen la normatividad estatal esencial en determinadas materias y en otras las consideran el cuadro referente para la toma de decisiones.

A nivel doctrinal, Rubio (1989) considera que hay también una falla en el análisis jurisprudencial que realiza los diferentes autores, bien fuera porque no se ha profundizado en la temática o porque aquellos que lo hacen tomar una u otra postura respecto a lo que es el bloque de constitucionalidad de acuerdo con una u otra jurisprudencia sin explicar ni siquiera el porqué de la postura que toman, "esto es, a la que media entre la reducción del bloque de constitucionalidad al conjunto de normas delimitadoras de competencia o su extensión hasta incluir todas aquellas normas cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley" (p. 13).

Ahora bien, expuesta la dualidad del bloque de constitucionalidad a nivel genérico vamos a exponerla en el contexto colombiano. ¿Cómo llega esta figura a Colombia? Pues bien, de acuerdo al Centro de Memoria Histórica entre la década de los setenta y noventa Colombia estuvo más de 17 años en estado de excepción lo cual representa el 82% del tiempo en esa época, situación que se originó desde 1949 cuando estaba en estado de sitio lo cual tuvo serias implicaciones en la vulneración de garantías constitucionales

y las libertades públicas que se evidenciaron en una vulneración continua de los Derechos Humanos que se derivó en la necesidad de instaurar una política garantista que blindara estos principios mediante la reestructuración legislativa.

En gracia de la promulgación de la Constitución Política Colombiana por la Asamblea Nacional Constituyente (1991) se crea definitivamente el bloque de constitucionalidad en los artículos superiores referidos, pero su carácter categórico devenga en la creación de dos sentidos, el *stricto sensu y el lato sensu* y que se puede esquematizar a grandes rasgos. En la figura 3 se representa el contenido del bloque de constitucionalidad en Colombia, sin mencionar que constantemente se van haciendo inclusiones mediante jurisprudencia al catálogo del bloque. Lo cierto es al llegar a la etapa de diagramación de esta información es que se hace evidente que la fragmentación del bloque repercute directamente contra el control de convencionalidad.

Análisis jurisprudencial del carácter vinculante de la doctrina internacional

En la Figura 3, se observa que el apartado Lato Sensu contiene la Jurisprudencia Internacional de conformidad con el artículo 230 Superior, pero en el apartado *stricto sensu* se ubica la Doctrina de los altos tribunales de Derechos Humanos, postura que ha ido evolucionando jurisprudencialmente.

Las vertientes dualistas del bloque de constitucionalidad en Colombia se remontan de la sentencia C-708 (corte constitucional, 1999) que estipulan los términos *lato sensu y stricto sensu* que han desencadenado este conflicto jurídico interno.

En la sentencia T-409 de la corte constitucional (1992), caso en el cual se estudia la violación al Derecho a la libertad de conciencia de dos jóvenes que fueron reclutados para prestar servicio militar obligatorio, teniendo en cuenta que ambos al ser miembros de la iglesia Dios es Amor de los Hermanos Menonitas quienes se sujetaban a sus creencias religiosas para manifestar que no podían formar parte de las fuerzas armadas en razón de las órdenes que

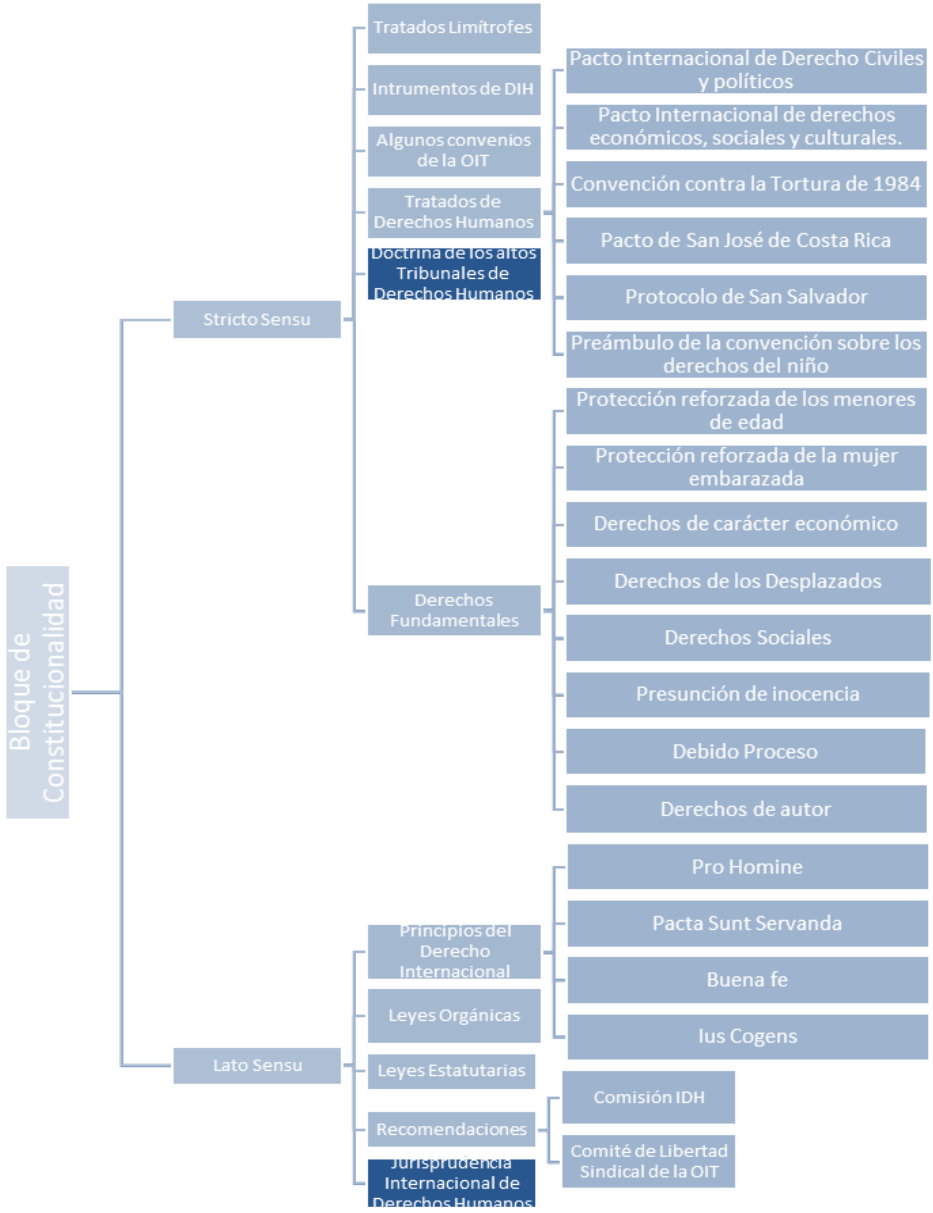

Figura 3. Contenido del bloque de constitucionalidad
Fuente: creación propia

podrían ser impartidas durante el ejercicio de la labor. En dicho proceso, la Corte Constitucional procedió a establecer que de conformidad con el artículo 93 Superior y el Convenio de Ginebra I, del Comité Internacional de la Cruz Roja (1949), aprobado por la Ley 5ta del Congreso de la República (1960), dichos argumentos no eran pertinentes considerando que aún sin ningún tipo de conocimiento especializado en el ordenamiento jurídico colombiano, se podría afirmar que no es obligación de quienes acceden al servicio militar obligatorio el cumplir órdenes que violen la normatividad en materia de derecho internacional humanitario, recordando que esta última tiene prelación sobre el derecho interno, incluso sobre la misma constitución política.

En la Sentencia C- 574 la corte constitucional (1992) mediante revisión oficiosa del protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), donde se hace un estudio a profundidad de la supraconstitucionalidad de los convenios internacionales en materia de derechos humanos, exponiendo la necesidad que tiene el Estado colombiano de sujetarse a la normatividad internacional y recordar que el derecho interno debe armonizarse con los preceptos actuales a nivel externo dado que sólo así "puede lograrse el respeto de una moral internacional mínima que mejore la convivencia y el entendimiento y que garantice el futuro inexorablemente común e interdependiente de la humanidad. La paz mundial y la subsistencia planetaria están en juego."

Posteriormente en la sentencia C-295-la corte constitucional (1993) expone la prevalencia de los tratados internacionales como un proceso especial que requiere del cumplimento de dos requisitos fundamentales, el primero de ellos que en dicho tratado se reconozca un derecho humano, y el segundo que efectivamente se trate de un tratado donde se prohíba su suspensión durante los estados de excepción. Bien sea que el Doctor Gaviria realice una limitación del factor supraconstitucional de los tratados internacionales sujetando su aplicación a factores puntuales, lo cierto es que ello contribuye favorablemente al proceso, determinando la importancia de aquellos tratados y consecuentemente la doctrina internacional de los altos

tribunales legitimados para interpretarla, cuando estos están ligados a la materia de los derechos humanos.

La corte constitucional (1995) en sentencia C-225 expone la naturaleza imperativa de las normas humanitarias, su alcance y su integración en el bloque de constitucionalidad, manifestando que "en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del ius cogens" por cuanto están por encima del orden interno, lo que lleva a consolidar la aplicación de los convenios de ginebra y especialmente el protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) en Colombia exponiendo así otros conceptos sujetos al bloque de constitucionalidad tales como el debido proceso y otras garantías judiciales.

La corte constitucional (1997) en sentencia C-251 expone claramente que no puede bajo ninguna causal restringir o degradar ningún derecho fundamental reconocido en Colombia mediante una legislación interna o externa tomando por excusa que ellos no se encuentren expresamente pronunciados en los tratados de derechos humanos internacionales ratificados en Colombia, o cuando estos no le confieren el grado de fundamental.

En la Sentencia T-1635 la corte constitucional (2000) ratifica la postura de la sentencia C-225 de 1995 aplicándola a un caso concreto de desplazamiento forzado masivo donde el Defensor del Pueblo, regional Bogotá, requería soluciones inmediatas relacionadas con la reubicación o el reasentamiento del núcleo humano víctima del daño, así como la ejecución de proyectos que generen condiciones de sostenibilidad económica y social, atención para el núcleo familiar en salud, soluciones habitacionales y atención en educación para cerca de 88 menores de edad que se encontraban establecidos en el Comité Internacional de la Cruz Roja seccional Bogotá.

En dicha sentencia se efectuó un análisis de la responsabilidad del Estado en los caso de desplazamiento forzado y se dio aplicación directa de

los convenios de Ginebra, así como de los protocolos I y II entendiendo que las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados, tutelando consecuentemente los derechos de las víctimas relacionadas con el caso.

Otras sentencias como la T-256-00 (MP: José Gregorio Hernández); C-774-01 (MP: Rodrigo Escobar Gil); T-327-01 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra); C-067/03. (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra); T-585/10. (MP: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto); C-936/10. (MP: Luis Ernesto Vargas Silva); T-841/11 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto) y la C-771/11. (MP: Nilson Pinilla Pinilla) consolidan la hipótesis de la supra constitucionalidad de los tratando internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, reconociendo a su vez que estos tratados deben ser vistos desde la óptica de los organismos internacionales avalados para su interpretación.

En la Sentencia T-568/99 (MP: Carlos Gaviria Díaz) se empieza a consolidar esta postura, aclarando que las recomendaciones que emite el Comité de Libertad Sindical como órgano de control de la OIT son de carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento, manifestando que "Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración" (Corte Constitucional, 1999).

Aunque en la misma sentencia se expresa la dualidad del precepto vinculante de la jurisprudencia internacional, por cuanto manifiesta que a su vez que esta es simplemente una guía o directriz, salvo casos muy específicos como los del Comité de Libertad Sindical o las recomendaciones de la Comisión IDH. En ella se manifiesta además que "La comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella" (Corte Constitucional, 1999).

Progresivamente, la corte constitucional (2003) en la Sentencia C-067 manifestó que para la Corte "es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana" en la materia objeto de estudio de dicha sentencia.

En la Sentencia C-010 la honorable Corte Constitucional (2000), dio un reforzamiento especial a la teoría de la vinculación de jurisprudencia internacional, manifestando que con base al artículo 93 de la Carta Magna los derechos y deberes constitucionales "deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante".

A MANERA DE DISCUSIÓN

Limitantes del control de convencionalidad por las controversias latentes respecto a la vinculación de la jurisprudencia internacional

Tras haber analizado las condiciones actuales de la jurisprudencia en términos del bloque de constitucionalidad, es apremiante destacar la afectación que ello ha causado en el control de convencionalidad como una herramienta de carácter jurídico que garantiza la protección de los derechos humanos por los Estados partes obligados el pacto de San José.

Así mismo, cuando se habla de control de convencionalidad es necesario aclarar que la aplicación del Pacto de San José debe sujetarse a los lineamientos predispuestos en la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, por cuanto su interpretación está directamente relacionada con el marco referente de dicha normativa, de forma análoga al control de constitucionalidad cuando este se sujeta a la interpretación de la Honorable Corte Constitucional.

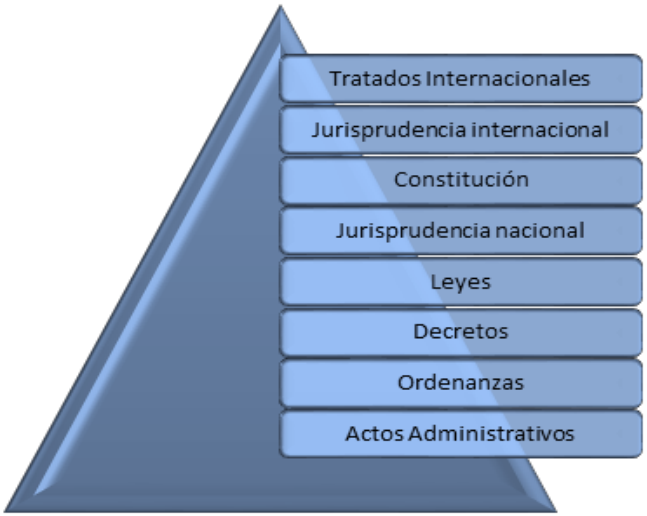

Figura 4
Pirámide de Kelsen Colombiana e integración del sistema multinivel de protección de Derechos Humanos.
Fuente: creación propia a partir de los postulados de Hans Kelsen.

La importancia de esta herramienta parte de la teoría del sistema multinivel de protección de Derechos Humanos, que consiste en la consagración de ordenamientos jurídicos en diversas escalas que tienen por objetivo tutelar o garantizar la aplicación de un derecho.

En Colombia, se puede apreciar que esto se ejecuta mediante la acción del control de legalidad, el control de constitucionalidad, el control de convencionalidad y la aplicación directa de tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En la Figura 4, el sistema multinivel es entonces un espectro macro legal congruente a la teoría de la pirámide de Kelsen, por cuanto trasciende del factor nacional e incluye estándares internacionales tendientes a la protección de los derechos humanos, pudiendo entonces afirmar que este puede complementar la jerarquización jurídica.

El control de convencionalidad puede ser apreciado mediante dos prácticas complementarias entre sí, la primera de ella es el control que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los procesos que se tramitan en dicho organismo, mediante un análisis casuístico donde se contrasta el actuar del Estado parte con el contenido del Pacto de San José y se resuelven las problemáticas llegadas a su conocimiento mediante una sentencia –control de convencionalidad concentrado–; por otro lado todos los Estados que conforman la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, deben a su vez realizar un proceso de armonización del derecho interno con los estipulados de la CADH, mediante la aplicación de este control de convencionalidad por parte de los jueces y las demás autoridades estatales encargadas de administrar justicia –control de convencionalidad difuso–.

Mientras que el control de convencionalidad concentrado es responsabilidad única de la Corte IDH, el difuso depende como se puede apreciar, de las buenas prácticas ejecutadas por cada Estado parte.

En el Caso Almonacid Arellano vs Chile, la Corte IDH expuso que el juez doméstico en todos sus niveles debe aplicar un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH con la interpretación propia de dicho órgano, mediante la abstención del uso de la normatividad interna que por falla del legislador se haya proferido estando la misma contra los estipulados de la convención.

Es así como en forma de ejemplo tras la emisión de una reforma al Código Penal Colombiano donde se estableciera que en caso de acceso carnal violento a un menor se establezca la pena de muerte, un Juez Penal que conociera de un proceso con dichas características, en uso de su facultad para ejecutar el Control de Convencionalidad, debiera de abstenerse de aplicar dicha sanción teniendo en consideración el artículo 4, numeral 2 del pacto de San José.

Posteriormente, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, se implementó dicho concepto al afirmar que dicha competencia no se limitaba exclusivamente a los jueces sino a todos los demás órganos del poder

judicial, y que además el Control de Convencionalidad debe ejecutarse de oficio, sin ningún tipo de requerimiento o requisito que entorpezca su materialización.

Finalmente, en los Casos Cabrera García y Montiel Flores vs. México / Gelman vs. Uruguay, se amplía el radio de responsabilidad a todas las ramas del poder público, extendiendo así la obligación de la aplicación del control a cualquier autoridad pública, quien deberá entonces hacer dicho ejercicio comparativo cuando ello de a lugar.

Entonces de conformidad con los precedentes mencionados a continuación se puede enunciar que para una correcta aplicación del Control de Convencionalidad difuso es necesario que: a) la práctica del Control de Convencionalidad se haga teniendo en cuenta la CADH y la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, b) debe hacerse de oficio en todos los casos directamente relacionados y c) tiene que ser ejecutados por todas las autoridades públicas del Estado.

Reformulación del bloque de constitucionalidad

Ramírez y García (2014) exponen que en Colombia la supra constitucionalidad es un concepto que pese a ser tocado jurisprudencialmente y a través de la doctrina, se ve limitado por el artículo 4 del texto fundamental que impone la Constitución Política como norma de normas, postura que además se evidencia en la sentencia C-067/2003 al mencionar que "los tratados tienen rango superior que las demás normas, pero no tienen jerarquía mayor que la constitución formalmente concebida, es decir, tienen prevalencia en el orden interno, pero no frente a la misma constitución". No puede así aplicarse debidamente el control de convencionalidad de conformidad con lo estipulado en el articulado 2 de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, como herramienta para garantizar la supremacía de la Convención (Rey, 2008).

Así mismo, la sentencia C-941 de 2010 "la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, esto es que no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados

internacionales que obligan al Estado…" lo que desemboca en un panorama bastante desalentador teniendo en consideración que, si la Honorable Corte Constitucional no tiene sentido de pertenencia con las obligaciones estatales de garantizar el estricto complimiento del Pacto de San José, menos podrá ser observado por parte del Juez Municipal o del Circuito la aplicación del Control de Convencionalidad.

Tal cual se encuentra establecido el Bloque de Constitucionalidad en Colombia no puede bajo ninguna circunstancia hablarse de un sistema garantista del Control de Convencionalidad, por cuanto factores tales como la ambigüedad respecto a los contenidos del mismo, las posturas intermitentes de la Corte Constitucional relacionadas con el carácter obligante de la convención y la imposición de un rango infra constitucional a este mecanismo.

Cabe resaltar enfáticamente que los intentos de la Corte Constitucional de homogenizar las posturas incongruentes emitidas con respecto a la aplicación de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresando que la misma debe ser tenida en cuenta en el estudio de la constitucionalidad de la normativa nacional pero que no por ello deba fallarse de forma consecuente a la misma, es manifestar que se le está dando un lugar al control de convencionalidad dentro de la *obiter dicta* de los estudios jurisprudenciales, pero que bajo ninguna circunstancia se encuentra conexa a la *ratio decidendi*.

El blindaje interpuesto a la soberanía absolutista del Estado mediante la configuración de la principal de la Constitución Política se contraindica con la suscripción de la CADH que acarreó una serie de obligaciones, no pudiéndose entonces continuar de esta manera, pues como bien lo interpreta Quinche (2014), la regla interpuesta a los Jueces del sometimiento a la Ley y el derecho interno no es causal para omitir y desconocer arbitrariamente el Pacto de San José.

Las prácticas nacionales del control de convencionalidad se limitan a la aplicación de los estipulados en materia del conflicto armado, no siendo aún practicado a conciencia por todos los órganos públicos. Quinche (2014)

menciona a su vez que esta actividad hace con gran reticencia y a veces sin proponérselo el Juez Doméstico, donde de hecho a pesar de haberse negado expresamente la supra constitucionalidad, esta si es aplicada en el país que se evidencia en la consolidación de las normas ius cogens, la sentencia de la CIJ que modifica de plano e inevitablemente el artículo 101 de la Constitución; las reglas de proscripción de amnistías proveniente de la Corte Interamericana o el catálogo de prohibiciones universales como las de la tortura o desaparición forzada.

Con respecto al carácter vinculante de la jurisprudencia internacional se ha pronunciado las sentencias C-187/06, C-291/07, C-979/05 y todas las demás mencionadas con anterioridad, es por ello que debe hablarse claramente de la inclusión de esta herramienta de forma obligatoria en el derecho interno.

Yáñez y Yáñez (2012) proponen que se erradique la figura del bloque de constitucionalidad "por lo limitante de su contenido, resultando necesario y adecuado acudir a otro tipo de instituciones, que sean más comprensivas y permitan integrar de una mejor manera las diversas fuentes del derecho internacional de los derechos humanos", proponiendo así la aplicación de los Estándares Internacionales en Materia de Derechos Humanos, tal cual se efectuó en la sentencia C-370/06 al estudiar la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz de conformidad con la sujeción a la CADH, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, la Jurisprudencia de la Corte IDH, informes de la Comisión IDH, Principios Joinet, entre otras herramientas.

La prevención del incumplimiento de las obligaciones estatales debe ser tomada entonces desde una reforma al concepto del bloque de constitucionalidad en Colombia. Cierto es se encuentra latente la dualidad, se debe reestructurar el mismo desde la concretización del contenido del mismo, la consolidación del carácter vinculante de la jurisprudencia internacional y quebrantamiento de las categorizaciones stricto sensu y lato sensu, apreciando sus ingredientes como un conjunto íntegro y no fragmentado.

Se puede definir entonces el bloque de constitucionalidad como un conjunto de preceptos jurídicos integrados mediante la constitución misma

y otras fuentes alternas que se toman como fundamento para determinar la procedencia de la normatividad interna en todos sus niveles, acorde con los estipulados internacionales en materia de derechos humanos y que regula el actuar de las autoridades judiciales en cumplimento de los pilares establecidos en el Derecho Externo, incluyendo los diferentes estándares predispuestos y garantizando la tutela efectiva de los derechos con una postura pro-persona.

CONCLUSIÓN

Se logró determinar que la segmentación del bloque de constitucionalidad permite evadir la obligación estatal del estricto cumplimiento del control de convencionalidad difuso, al poder ser este último catalogado como un criterio auxiliar. La ley y la doctrina definen el bloque de constitucionalidad desde múltiples posturas, separando además su contenido en instrumentos *hard-law* y *soft-law*, sin lograr unificar criterios.

Si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha emitido conceptos donde otorga a la CADH y las sentencias de la Corte IDH un carácter vinculante, el presupuesto de la Constitución Política como norma de normas y el rechazo a la existencia de la supra constitucionalidad ha generado que los mismos contradicen su postura y que no se determine claramente como debe ser tratada la jurisprudencia internacional.

En razón de esta ambigüedad, el control de convencionalidad difuso carece de aplicabilidad el Colombia, su uso ha sido limitado e incluso los especialistas en la materia manifiestan que las circunstancias en las que ha sido aplicado no fueron con intención directa por parte de la Corte Constitucional, pero sí han demostrado que el aplicarlo en las esferas del espectro del conflicto armado interno generaron una reparación integral y procedimientos más garantistas.

Se concluye entonces que es necesario reestructurar el concepto del bloque de constitucionalidad por uno que determine claramente su contenido, que le otorgue carácter vinculante a la jurisprudencia internacional de la

Corte IDH y que reconozca conjuntamente el valor de todos los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Cómo citar este capítulo

APA

Aguilar Barreto, A., Vivas Mantilla, C., Suarez, D y Caicedo Rangel, F. Bloque de constitucionalidad frente a la debida aplicación del control de convencionalidad en Colombia. EN Aguilar Barreto, A., y Hernández Peña, Y. (Ed.), *La investigación jurídica: Reconociendo acciones normativas relevantes* (p. 13-156). Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bidart Campos, G.J. (1995), *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Sociedad Anónima* Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1995, p. 264. Citado por ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván (2000). La Excepción de Principialidad, Temis, Bogotá, pág. 93.

Bustos-Gisbert, R. (2005). *La Constitución Red: un estudio sobre supra estatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.

Colombia Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). Constitución Política de 1991. Gaceta Constitucional No. 116, del 21 de julio de 1991.Recuperado de: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125

Colombia, Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). ¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad, Capítulo 3, Guerra y justicia en la sociedad colombiana, 201-202. Disponible en http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/descargas.html

Colombia. Congreso de la República. (1960). Ley 5ta., Diario Oficial No. 30318. Recuperado: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0005_1960.htm

Colombia. Corte Constitucional. (2010). Sentencia C-936. Aplicación del principio de oportunidad al desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley.

Colombia. Corte constitucional. (1992). Sentencia C- 574, MP: Ciro Angarita Barón.

Colombia. Corte Constitucional. (1992, Junio 8). Sentencia T-409. MP. José Gregorio Hernández Galindo

Colombia. Corte constitucional. (1993). Sentencia C-295, MP: Carlos Gaviria Díaz.

Colombia. Corte Constitucional. (1995, Mayo 18). Sentencia C-225. La naturaleza imperativa de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Colombia. Corte constitucional. (1997). Sentencia C-251, MP: Alejandro Martínez Caballero.

Colombia. Corte Constitucional. (1999, septiembre 22) Sentencia C-708. MP. Dr. Álvaro Tafur Galvis. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 27 de la Ley 200 de 1995 "*por la cual se adopta el Código Disciplinario único*"

Colombia. Corte constitucional. (2000). Sentencia T-1635, MP: José Gregorio Hernández.

Colombia. Corte constitucional. (2001). Sentencia T-327, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia. Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-067. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 (parcial) de la Ley 734 de 2002, Nuevo Código Disciplinario Único. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. 02/04/2003.

Colombia. Corte Constitucional. (2005, Septiembre 26). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 979. Magistrado Ponente. Dr. Jaime Córdoba Triviño. Expediente: D- 5590.

Colombia. Corte Constitucional. (2006, marzo 15). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 187. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente: P. E. 025.

Colombia. Corte Constitucional. (2007, abril 25). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 291. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: D-6476.

Colombia. Corte Constitucional. (2010). Sentencia T-585. Acción de tutela instaurada por AA contra el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. 22/07/2010.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-771. Referencia: expediente D-8475. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1°, 4°, 6° y 7° (todos parcialmente) de la Ley 1424 de 2010. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. 13/10/2011.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-841. Referencia: expediente T-3.130.813. Acción de tutela instaurada por Balder, en representación de su hija menor de edad AA, en contra de BB E.P.S. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. 03/11/2012.

Colombia. Corte Constitucional. (1999). Sentencia T-568, MP: Carlos Gaviria Díaz.

Colombia. Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-010, MP: Alejandro Martínez Caballero.

Comité Internacional de la Cruz roja. (1949, agosto 12). Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

Favoreu, L., & Rubio-Llorente, F. (1995). Bloque de constitucionalidad (Derecho Constitucional), en Enciclopedia Jurídica Básica, t. 1, p. 42 Civitas, Madrid.

Francia. Asamblea Nacional Constituyente francesa. (1789, Agosto 26). Declaración de los Derechos el Hombre y del Ciudadano.

Francia. Parlamento. (1958, Octubre 4) Constitución Francesa. Recuperado: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html

Ramírez, L., & García, A. (2014). La supremacía Constitucional como Disyuntiva para la aplicación del Control de Convencionalidad en Colombia. Primer Lugar en el Concurso de estudiantes, semilleros de investigación y clínicas jurídicas "El control de convencionalidad y la justicia constitucional", organizado por el Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional y realizado el 18 de marzo de 2014 en la Universidad del Bosque (Bogotá, Colombia).

Hurtado, J. (2010). Guia para la comprensión Holística de la ciencia. Tercera Edición, Fundación Sypal: Caracas. (Parte II Capítulo 3 y 4).

Mora Restrepo, G.M. (2000), DIH y Bloque de Constitucionalidad. Revista *DISSÍRTUM* Expresión de lo Justo. Revista de los estudiantes de la

facultad de derecho de la Universidad de la Sabana Edición Número 4, pág. 12-17 Disponible en: <http://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/27305>

Pernice, I. (1990). "Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitutionmaking revisited?" *Common Market Law Review*, vol. 36, n° (4), 1999.

Quinche, M. (2014). *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014.

Rey Cantor, E. (2008). Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio. Ed. Porrúa, Instituto Mexicanos de Derecho Procesal Constitucional, pág. 47. Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct. H.R (ser. C) N° 184. Párr. 65.

Rubio Llorente, F. (1989). "El bloque de constitucionalidad" en La forma del poder. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, *Revista española de derecho constitucional*, ISSN 0211-5743, Año nº 9, Nº 27, págs. 9-38. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=978891>

Suelt-Cock, V. (2016). El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia, 133 *Revista Vniversitas Universidad Javeriana*. Pág. 301-382. Disponible en: http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.bcmi>

Uprimny-Yepes, R. (2005). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, Curso de formación de promotores/as en derechos humanos, libertad sindical y trabajo decente Universidad Nacional, Escuela Nacional Sindical, ENS Colombia, Bogotá. Disponible en: https://www.academia.edu/7827044/EL_BLOQUE_DE_CONSTITUCIONALIDAD_EN

Yáñez, D. A., & Yáñez, J. C. (2012). Las fuentes del derecho en la Constitución Política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), pp. 7-34.

2 POLÍTICA PÚBLICA DE GESTIÓN EDUCATIVA BINACIONAL: UNA REVISIÓN EN COLOMBIA Y VENEZUELA[6]

Andrea Johana Aguilar Barreto[7], Clara Paola Aguilar[8], Zenyi Nayith Rojas Vargas[9], Leidy Katherine Hoyos Delgado[10] y Yonatan Alejandro Aguilar Bautista[11]

[6]Capítulo resultado del proyecto institucional de investigación "Gestión Pública de Educación en el Departamento Norte de Santander" de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta·

[7]Abogada, 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. E-mail: andreitajaguilar@hotmail.com

[8]Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativa, Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Externado de Colombia. Docente Investigador Universidad Simón Bolívar. Orcid: orcid.org/0000-0003-1185-5154

[9]Abogado en Formación, Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta

[10]Abogado en Formación, Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta

[11]Abogado en Formación, Universidad Libre. Pasante como asesor jurídico en Secretaria de Educación Municipal de Cúcuta. Correo electrónico: yonatanaguilarb@hotmail.com

Palabras clave:

Política pública, derecho comparado, gestión educativa, desarrollo binacional.

Resumen

El presente artículo se enfoca en el último de estos tres aspectos en la medida en se compararon las mediciones de resultados entre Colombia y Venezuela. A partir de la evolución legislativa en materia de políticas públicas para la educación recabada en la matriz de análisis documental del macro proyecto institucional de investigación desarrollado por la Universidad Simón Bolívar denominado Gestión Educativa Binacional entre Colombia y Venezuela, de donde se tomaron los sustratos legislativos en materia administrativa para aplicar un análisis comparativo a lo que entre Colombia y Venezuela respectivamente se denomina gestión pública vs. gestión educativa, desarrollando una revisión a cada una de las características de la gestión pública a fin de aportar una perspectiva de cumplimiento y alcance al ingrediente "social", que comparten las dos naciones en su identidad constitutiva como estados de derecho.

Public policy of educational management binational: A review in Colombia and Venezuela

Keywords:
Public policy, comparative law, educational management, binational development.

Abstract
The present article focuses on the last of these three aspects to the extent as the results measurements between Colombia and Venezuela are compared. Based on the legislative evolution in the field of public policies for education collected in the matrix of documentary analysis of the macro institutional research project developed by the Simon Bolívar University denominated Binational Educational Management between Colombia and Venezuela, from which will take the legislative substrates in Administrative matter to apply a comparative analysis to what between Colombia and Venezuela respectively is called public management vs. educational management, developing a review of each of the characteristics of Public Management in order to provide a perspective of compliance and reach the ingredient " Social ", which the two nations share in their constitutive identity as states of law.

INTRODUCCIÓN

En Colombia la gestión pública se determina por ser aquella intervención desarrollada por el Estado para establecer una serie de objetivos finalistas de mejoramiento político sectorial ya sea en materia salud, educación, trabajo, pobreza, vivienda, desarrollo, etc.

El Departamento Nacional de Planeación señala que por medio de la gestión se identifica el mejoramiento continuo de la administración pública, indicando que ella se basará en el fortalecimiento de herramientas de gestión consolidadas en un sistema integrado que permita el buen uso de los recursos y la capacidad del Estado para producir resultados en pro de los intereses ciudadanos. Estas herramientas de gestión deberán desarrollarse bajo un marco de modernización, reforma y coordinación interinstitucional (Departamento Nacional de Planeación, s.f.).

Diferentes características se identifican en la definición establecida anteriormente, siendo pertinente reseñar que las funciones desarrolladas por esta organización se relacionan directamente con el uso de los recursos públicos, percepción que en la actualidad es de poca credibilidad teniendo en cuenta la tendencia anticorrupción que actualmente define los márgenes de elegibilidad política sectorial en el país, donde los sectores más afectados son salud, desarrollo y educación.

El sector educación, cuenta con una distribución de recursos que al día de hoy son modelo internacional en materia de cobertura e integralidad de servicios, donde se la logrado ampliar el margen de accesibilidad a niños de cero (0) edad y a su núcleo familiar en un asistencialismo integral no solo pedagógico sino también psicológico y nutricional de los menores.

METODOLOGÍA

En el desarrollo del presente documento se busca realizar un análisis a la gestión de políticas públicas en materia de educación entre Colombia y Venezuela. Los estándares de comparación se han de determinar a partir del modelo Colombiano y; para ello se utilizará la información del instrumento matriz de análisis documental del macro proyecto institucional de investigación desarrollado por la Universidad Simón Bolívar denominado Gestión Educativa Binacional entre Colombia y Venezuela, de donde se tomarán los sustratos legislativos en materia administrativa para generar un artículo de revisión donde se analiza comparativamente la evolución de dos países hermanos como lo son Colombia y Venezuela, en materia de gestión de políticas públicas para la educación.

Como objeto de estudio se determina la búsqueda de una perspectiva de cumplimiento y alcance al ingrediente "Social", que comparten las dos naciones en su identidad constitutiva como estados de derecho.

La investigación desarrollada se caracteriza por ser hermenéutica, determinando que ella a está basada en la historicidad y su esteticismo, a diferencia de otros tipos de investigación, ésta hace agradable e interesante la

lectura del proyecto. Igualmente se establece que la actuación de la persona en el estudio investigativo es pertinente porque el sujeto identifica un aspecto de la historia comprendiendo las situaciones que se han presentado durante determinado tiempo (López, 2014).

Así mismo se plantea como método la utilización de la matriz desarrollada donde se establecieron aspectos de gran importancia para la comprensión de las estrategias que se han utilizado respecto de la gestión pública sobre la educación, es decir, la caracterización de las estrategias utilizadas en Colombia y en Venezuela información que ha sido identificada mediante la revisión bibliográfica aplicada.

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Existen diferentes teorías sobre la problemática que se está abordando siendo pertinente establecerlas para comprender con mayor facilidad el estudio a desarrollar. La primera de ellas corresponde a la educación, establecida desde un concepto personal como el servicio público que debe ser garantizado por parte del órgano coercitivo en búsqueda de ofrecer su acceso sin ningún tipo de dificultad ni problemas para que la recepción de los conocimientos se ejecute en aspectos de calidad.

La Organización de las Naciones Unidas establece que la educación es un derecho humano fundamental, esencial para poder ejercitar todos los demás derechos, promueve la libertad y la autonomía personal y genera importantes beneficios para el desarrollo (UNESCO, 2016). Esta definición es significativa por ser establecida por un órgano internacional e igualmente por determinar la educación como un derecho fundamental, aspecto que en algunas sociedades no se tiene en cuenta la trascendencia que presenta el acceder a ella.

Igualmente, es pertinente señalar los beneficios que establece la organización UNESCO (2007), como es el caso de la libertad argumentando que al recibir educación de calidad el pensamiento de la persona cambia totalmente y puede identificar las falencias sociales que se están presentando

en búsqueda de crear estrategias para modificar el sistema, a su vez; El teórico Gottler señala que la educación es el influjo elevador, integrado por cuidados psíquicos (liberación de trabas, enseñanza, inspiración, ejercicio) que la generación adulta ejerce sobre el desarrollo de la que está madurando (Escuela Universitaria de Educación Virtual, s.f.).

Según Durkheim la educación tiene por misión desarrollar en el educando los estados físicos, intelectuales y mentales que exigen de él la sociedad política y el medio social al que está destinado (Universidad Veracruzana, 2011). Es importante establecer estas definiciones porque por medio de ellas se comprende la relación directa que se establece entre la educación y el órgano coercitivo justificando que esta premisa se basa en que esta organización es la encargada de velar por el desarrollo eficiente de este derecho fundamental.

El Ministerio Nacional de Educación en Colombia define la educación como un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes (Ministerio de Educación Nacional, 2010).

La educación en Venezuela se encuentra definida por Ley Orgánica de Educación promulgada el 15 de agosto del año 2009 de la siguiente manera: La educación es un derecho humano y un deber social fundamental concebida como un proceso de formación integral, gratuita, laica, inclusiva y de calidad, permanente, continua e interactiva, promueve la construcción social del conocimiento (Universia, s.f.).

Para que la educación pueda llegar hacia toda la población es necesario que se ejecute la gestión sobre ella donde se establezcan directrices y parámetros para que los aspectos de eficiencia y calidad estén presentes.

Gestión pública

En los Estados la presencia de la gestión pública es importante y pertinente para el eficiente desarrollo, estableciendo ciertas directrices para que estas sean tenidas en cuenta y ofrezcan los parámetros necesarios como

guía ante la satisfacción de los servicios públicos.

Desde un concepto con mayor tecnicidad se aprecia que es una actividad que se desarrolla en los organismos oficiales para el cumplimiento de los fines del Estado, está interviene en la planeación, ejecución y control de las actividades de las organizaciones; en la obtención de los insumos que permiten la toma de decisiones y en la organización y operación de los instrumentos para que tales decisiones se ejecuten (Álzate, 2009).

Esta definición es importante porque por medio de ella se puede relacionar su función en los preceptos constitucionales, en síntesis, los principios del Estado colombiano entre los cuales están:

"Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución" (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Igualmente se establecen tres elementos relativamente trascendentales para la Gestión Pública, entre ellos están:

La planeación, es el primer momento de la gestión en el cual se identifican, ordenan y armonizan –de manera participativa y concertada – el conjunto de estrategias seleccionadas para alcanzar determinadas metas, según sea la problemática analizada, las potencialidades del desarrollo y los recursos disponibles.

Este primer aspecto es adecuado para conocer qué acciones se van a ejecutar respecto a las problemáticas que se pretenden intervenir. Igualmente, en este espacio se análisis de forma clara los objetivos que se buscan cumplir y las capacidades para que sea efectiva el desarrollo de ellas.

La ejecución segundo momento de la gestión, es el proceso en el cual se realizan las estrategias de desarrollo identificadas y aprobadas en el plan de desarrollo, a través del presupuesto de rentas y gastos, de la contratación y de la realización de los programas y proyectos.

En este segundo elemento se aplican lo que se ha determinado en la planeación, puesto que se conoce los recursos que se deben gastar para que se cumpla lo estipulado. La contratación también cumple un rol importante porque es la acción utilizada para la contratación del personal que se encarga de realizar el aspecto laboral.

La evaluación, por su parte se constituye en el tercer momento de la gestión, que consiste en hacer un seguimiento periódico, sistemático y continuo a las acciones de la administración, de acuerdo con los lineamientos, estrategias y metas del plan de desarrollo, con el fin de retroalimentar la gestión, realizar ajustes a los planes, permitir procesos de rendición de cuentas, y lo que es más importante contar con argumentos para la definición de políticas públicas y la toma de decisiones.

Finalizando los momentos en este último se identifica la importancia de la auditoria, el control y vigilancia para conocer qué acciones se están desarrollando, como se están implementando, cuáles son las consecuencias que se evidencian después de la intervención y su relación con las políticas públicas (Álzate, 2009).

Cuando se mencionan las políticas públicas se enfatiza en las proyecciones diseñadas por el órgano coercitivo mediante las instituciones del Estado para el beneficio de la sociedad colombiana.

Esta temática también es poseedora de diversos elementos, entre ellos están:

Los principios que la orientan (la ideología o argumentos que la sustentan).

Los instrumentos mediante los cuales se ejecuta (incluyendo aspectos de regulación, de financiamiento, y de mecanismos de prestación de las políticas)

Los servicios o acciones principales que se llevan o deberían llevarse a cabo de acuerdo a los principios propuestos (Ruiz y Cadenas, 2015).

La función de la Gestión Pública se determina en primera medida por corresponder a la acción desarrollada para el beneficio social. Según Allison se establecen las siguientes funciones:

Estrategia, es decir la determinación de los fines que el sector público se plantea alcanzar, así como la determinación de sus prioridades y de los procedimientos operativos correspondientes para la consecución de sus objetivos. La estrategia corresponde a la actuación que se busca desarrollar caracterizándose por utilizar diversos aspectos como la organización, fundamentación y estipulación de metas que se busca ser alcanzadas al final de la intervención.

Gestión de los elementos internos, es necesario estructurar el sistema, establecer los procedimientos que se emplearán para la organización, determinar el destino de los recursos humanos, para facilitar su optimización y articular los mecanismos que permitan controlar la actuación de los funcionarios. En relación a los elementos internos se basa principalmente en la relación a las herramientas que se utilizan, como es el caso de los recursos siendo de vital importancia para el desarrollo de cualquier actividad sin importancia de su índole o contenido.

Gestión de los elementos externos, para esto se requiere un trato y comunicación fluida con otras organizaciones, con los administrados y con la prensa. Esta gestión corresponde a la socialización de las acciones que se buscan desarrollar para que sean conocidas por las partes interesadas, señalando que una de ellas de forma constante es la sociedad (Juspedia, s.f.).

Gestión educativa

La gestión educativa data de los años sesenta en Estados Unidos, de los años setenta en el Reino Unido y de los años ochenta en América Latina. Es una disciplina de reciente desarrollo, que tiene aún bajos niveles de especificidad (Correa, Álvarez y Correa, 2015).

Delimitando lo concerniente a la gestión educativa en el continente americano se identifica que los aspectos económicos y sociales han estado presentes basándose en dos procedimientos importantes, el primero correspondiente a la planificación y el segundo a la administración. Frente a la planificación se

comprende la acción correspondiente a la fijación de objetivos, finalidades y estrategias que se pretenden desarrollar. Respecto a la administración se enfocó en la ejecución de lo que se planteó en el primer procedimiento.

Según Casassus (2000) expresa que "el Estado pasa de ser una entidad productora con una gran esfera de influencia en todos los sectores, a ser una entidad reguladora en la que se implementan políticas de descentralización y se redistribuye el poder central" (Correa, Álvarez y Correa, 2015).

Cuando se habla de la descentralización se debe tener en cuenta que esta figura se utiliza en la parte administrativa, buscando delegar las funciones en aras del cumplimiento de tres aspectos, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente siendo una de las acciones que genera consecuencias favorables en la administración en cualquier tipo de materia, en este caso en la educación.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Educación en Colombia y Venezuela

Colombia se caracteriza por ser un Estado social de derecho cuyas funciones principales recaen en el reconocimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos, en búsqueda del respeto frente a la dignidad humana, utilizando en su parte administrativa la descentralización como el mecanismo idóneo para la planificación en las diferentes temáticas, entre las cuales están la salud, educación, vivienda, entre otros.

El ordenamiento jurídico colombiano se identifica la Constitución Política de 1991 categorizada como la norma superior donde se establecen las diferentes directrices de la sociedad, en especial, lo correspondiente a la educación en su artículo 67 estableciendo lo siguiente:

> "La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura" (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

La Asamblea Constituyente identificó la importancia de este servicio público en la sociedad colombiana señalando de forma clara y sucinta las finalidades que busca este procedimiento en la sociedad. Así mismo señala que El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, significando la importancia y el rol que cumple cada uno de estas organizaciones para lograr el acceso a ellas sin ningún tipo de dificultad u obstáculo.

La República Bolivariana de Venezuela por su parte en sus normas de normas promulgada en el año 1999 en su artículo 102 señala lo siguiente frente a la educación: "La educación es un derecho humano y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria. El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades" (Organización de los Estados Americanos, 2007).

Para comprender con mayor facilidad lo estipulado por ambas normas superiores se presenta el cuadro 2 donde se esclarece cada uno de los aspectos que se han reconocido en relación a la educación.

Preceptos Constitucionales sobre la Educación	
Colombia	**Venezuela**
La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia.	La educación es un servicio público y está fundamentado en el respeto a todas las corrientes del pensamiento.
Será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.	El Estado, con la participación de las familias y la sociedad, promoverá el proceso de educación ciudadana de acuerdo con los principios contenidos de esta Constitución y en la ley.
La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.	La educación es obligatoria en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado.
Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad.	La educación estará a cargo de personas de reconocida moralidad y de comprobada idoneidad académica.

Cuadro 2
Preceptos constitucionales sobre la educación

Evidentemente se aprecia que cada uno de los Estados que están siendo objeto de estudios establecen en sus normas superiores los respectivos señalamientos sobre la educación y las formas en cómo se debe ofrecer al servicio. Tanto Venezuela como Colombia son poseedores de Ministerios, siendo estos los encargados de un conjunto de funciones según su creación. En Venezuela se identifica el Ministerio del Poder Popular para la Educación que establece como misión promover y garantizar al pueblo venezolano el desarrollo sociocultural mediante la formación integral de todos los ciudadanos y ciudadanas, acción que se desarrolla en concordancia a las políticas estatales.

Las políticas para el efectivo cumplimiento son:

- Educación Integral gratuita y de calidad para todos.
- Articulación del sistema educativo y del sistema de producción y servicios.
- Desarrollo de la planta física y la dotación educativa.
- Incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación en el proceso educativo.
- Mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores.
- Modernización y fortalecimiento institucional (Gobierno Bolivariano de Venezuela, s.f.).

En Colombia se evidencia igualmente el Ministerio de Educación, identificando una política con mayor extensión y además con finalidades y objetivos a largo plazo lo cual genera mayor confiabilidad en el cumplimiento de las acciones pertinentes para que este servicio sea caracterizado por ser eficiente y que pueda llegar a todos los lugares del país. La política descrita anteriormente corresponde al Marco Estratégico para el período 2015-2025 por medio del cual se establece la estructura que permitirá avanzar hacia lograr que Colombia sea el país más educado de América Latina.

Las funciones de este Ministerio se regulan por medio del Decreto 5012 del 28 de diciembre de 2009 creando ordenadamente los lineamientos que se deben cumplir en búsqueda del cumplimiento de los fines de la educación. Algunas de sus funciones son:

- Formular la política nacional de educación, regular y establecer los criterios y parámetros técnicos cualitativos que contribuyan al mejoramiento del acceso.

- Dictar las normas para la organización y los criterios pedagógicos y técnicos para la atención integral a la primera infancia y las diferentes modalidades de prestación del servicio educativo.

- Asesorar a los Departamentos, Municipios y Distritos en los aspectos relacionados con la educación, de conformidad con los principios de subsidiariedad, en los términos que defina la ley (Ministerio de Educación Nacional, 2013).

Gestión pública de la educación en Colombia

La educación en Colombia se determina por estar en el ordenamiento jurídico colombiano, en especial en la norma superior promulgada en el año 1991 señalando el aspecto garantista que debe ofrecer el Estado colombiano hacia sus ciudadanos para acceder a este servicio. El constituyente reconoce el derecho fundamental a la educación hacia los niños y adolescentes, siendo una apreciación de suma relevancia porque establece un alto rango sobre un procedimiento importante para el progreso de la sociedad.

Por medio de la regulación sobre la educación en este documento de vital importancia tanto para la sociedad como para el Estado se identifica la promulgación ejecutada por el aparato legislativo frente a la Ley General de la Educación definido que es un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes (Congreso de la República, 1994).

Respecto a la anterior definición se puede comprender la atención prestada a tres aspectos de la persona, el primero de ellos corresponde a la dignidad, siendo afectada de forma notable tanto por las personas como por las instituciones del Estado. Seguidamente se identifica el reconocimiento de los derechos como se establece en los tratados internacionales y por último los deberes que infortunadamente en algunas situaciones han sido olvidados por la sociedad en general.

Igualmente señala esta normativa establece diferentes finalidades entorno a la educación en la sociedad colombiana, algunas de ellas son:

En primer lugar, se determina la formación en el respeto a la vida y a los demás derechos humanos, a la paz, a los principios democráticos, de convivencia, pluralismo, justicia, solidaridad y equidad, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad. Seguidamente se busca facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.

Según la Ley 115, otro de los aspectos de la formación se basa en el respeto a la autoridad legítima y a la ley, a la cultura nacional, a la historia colombiana y a los símbolos patrios junto con la adquisición y generación de los conocimientos científicos y técnicos más avanzados, humanísticos, históricos, sociales, geográficos y estéticos, mediante la apropiación de hábitos intelectuales adecuados para el desarrollo del saber (Congreso de la República de Colombia, 1994).

Estas funciones junto a otras que se establecen en la norma deben ser tenidas en cuenta para la ejecución de los procesos de enseñanza por las cuales los docentes encaminan el cumplimiento de las acciones educativas para el beneficio de los estudiantes y de la sociedad a nivel general. Antes de entrar a identificar la clasificación existente por parte del ordenamiento jurídico colombiano se pretende analizar la gestión desarrollada frente a las comunidades especiales para la comprensión de la educación en cada uno de ellos.

Una de las acciones producidas por la gestión pública es la Educación para personas con limitaciones o capacidades excepcionales que infortunadamente

en tiempos anteriores no se tuvieron en cuenta en diferentes aspectos sociales, sin embargo, por medio de este pronunciamiento se añade esta población. El Estado colombiano indica que la educación para personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognoscitivas, emocionales o con capacidades intelectuales excepcionales, es parte integrante del servicio público educativo (Discapacidad Colombia, s.f.).

La inclusión de estas personas en los procesos educativos es realmente necesaria de acuerdo a la inclusión que en la actualidad se encuentran presente como lineamiento institucional. No obstante, los docentes deben seguir creando estrategias para que esta población reciba la educación de forma óptima y con el aspecto de calidad. Seguidamente se establece la educación para adultos, siendo aquella que se ofrece a las personas en edad relativamente mayor a la aceptada regularmente en la educación por niveles y grados del servicio público educativo, que deseen suplir y completar su formación, o validar sus estudios (Colombia Aprende, s.f.).

Es sustancial que el Estado colombiano incluya dentro de los lineamientos de la educación la población adulta estableciendo que los integrantes de esta delimitación en un alto nivel no han conocido la importancia de acudir hacia este tipo de procedimientos cuyas consecuencias se determinan desde cualquier punto de vista por ser beneficiosas para la sociedad en su progreso. Otra inclusión se basa en la educación para los grupos étnicos, se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos (Ministerio de Educación Nacional, s.f.).

En los procedimientos implementados hacia esta población se tiene en cuenta y presenta los aspectos culturales de ellos como es el caso de su lengua materna, características que han sido determinadas por el Estado colombiano patrimonio cultural. Siguiendo con el alcance de la gestión educativa se analiza la educación para la población campesina y rural, donde se promoverá un servicio de educación formal, no formal, e informal, con sujeción a los planes de desarrollo respectivos. Esta población en los últimos cincuenta años del país ha sido la más afectada a causa de la existencia del conflicto interno

armado que ha generado consecuencias desfavorables como es el caso de la vulneración de los derechos y libertades de las personas.

El último alcance se basa en la educación para la rehabilitación social, caracterizada por comprender los programas educativos que se ofrecen a personas y grupos cuyo comportamiento individual y social exige procesos educativos integrales que le permitan su reincorporación a la sociedad. Uno de los casos que se presentan en la rehabilitación corresponde a la educación ofrecida hacia las personas que se encuentran privadas de la libertad siendo necesario implementar este tipo de estrategias para que su forma de actuar sea transformada.

En Colombia la clasificación respecto a los niveles se desarrolla en la educación formal donde se establecen los siguientes:

a) El preescolar, que comprenderá mínimo un grado obligatorio.

b) La educación básica, con una duración de nueve grados que se desarrollará en dos ciclos: La educación básica primaria de cinco grados y la educación básica secundaria de cuatro grados.

c) La educación media con una duración de dos grados (Ministerio de Educación Nacional, 2010).

Para que estos niveles generen beneficios el Estado colombiano establece un conjunto de estrategias, la primera de ellas se enfoca en el aspecto de la calidad, orientado a que se le ofrezca a la población oportunidades educativas, situación que se ha presentado en la sociedad colombiana donde las personas por diferentes argumentaciones de índole social o económica no pueden acceder a este servicio. Igualmente, la calidad pretende el desarrollo de competencias básicas y ciudadanas; la consolidación de la descentralización y la autonomía institucional mediante el fortalecimiento de la gestión de los establecimientos educativos y de la administración de las secretarías de educación (Ministerio de Educación Nacional, 2007).

Otra estrategia desarrollada por las instituciones del Estado, en especial por el Ministerio de Educación se enfoca en la gestión escolar, donde se añaden diferentes procedimientos entre los cuales están el Proyecto Educativo Institucional (PEI), el currículo y el plan de estudios, y se concretan la planeación curricular, las actividades pedagógicas, las evaluaciones y autoevaluaciones y las relaciones con diferentes interlocutores de la comunidad educativa y otras entidades. Estas acciones son herramientas para orientar las acciones escolares hacia el logro de las metas que el equipo directivo definió, en compañía de los demás integrantes de la comunidad educativa (Ministerio de Educación Nacional, 2007).

La Ley estudiada anteriormente y que establece los lineamientos de la educación en el país señala que el Ministerio de Educación Nacional, en coordinación con las entidades territoriales, preparará por lo menos cada diez (10) años el Plan Nacional de Desarrollo Educativo que incluirá las acciones correspondientes para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y legales sobre la prestación del servicio educativo. Se establece de forma directa la responsabilidad en la creación de estrategias para que la educación se preste de forma efectiva hacia la sociedad.

Plan de desarrollo 2014-2018 en educación

Esta política colombiana se enfoca de acuerdo al periodo presidencial donde cada dirigente establece sus pautas frente a las estrategias que pretende desarrollar, en este caso en el ámbito educativo. En este plan se establecen diferentes estrategias, las cuales están clasificadas entre inicial, primaria, bachillerato y la superior.

A continuación, se establecen algunas estrategias en la educación inicial, primaria y bachillerato:

Jornada única escolar: permite asegurar que niños de preescolar, básica y media tengan más y mejores horas de estudio.

Educación inicial: la educación inicial es un derecho de los niños y las niñas menores de cinco (5) años de edad, es por esto que el Plan de Desarrollo

contempla que el Gobierno Nacional reglamentará su implementación

Programa de estímulo a la calidad educativa: establece la incorporación de los pactos por la excelencia educativa suscritos cada año durante el día de la excelencia educativa (Ministerio de Educación Nacional, 2015).

Seguidamente se pueden mencionar algunos proyectos que en la actualidad están siendo utilizados de forma constante en la sociedad colombiana, siendo el caso del programa denominado Ser Pilo Paga que ha beneficiado a bastantes estudiantes del país a causa de un eficiente nivel en el desarrollo de sus estudios.

Impulso a la educación terciaria: se creará el sistema Nacional de Educación Terciaria el cual permite que técnicos y tecnólogos puedan acceder a posgrados como especializaciones y maestrías.

Mayor cobertura en educación superior: se fomentará el acceso a la educación superior de los estudiantes con condiciones socioeconómicas menos favorables (SISBEN) y con buen desempeño académico a través del otorgamiento de becas ICETEX y del programa "Ser Pilo Paga" (Ministerio de Educación Nacional, 2015).

Gestión pública de la educación en Venezuela

Las anteriores comparaciones se han desarrollado respecto a las cartas políticas de cada país, no obstante, han existido diferentes momentos en cada uno de ellos que son importantes resaltar y caracterizar en búsqueda de comprender la gestión pública que se ha desarrollado en cada lapso de tiempo. En Venezuela se ha ejecutado tres Planes Nacionales correspondientes a la educación, el primero de ellos data desde el año 1993 al 1998, seguidamente desde el 2001 al 2007 y por último del 2007 al 2013.

Plan Nacional 1993 – 1998

En el desarrollo de estos tiempos la educación se regía por el ordenamiento constitucional de 1970 y de la Ley Orgánica de la educación

en 1980 caracterizados por ser preceptos jurídicos que no tenían en cuenta la problemática real de la educación, donde algunos menores desertaban de forma infortunada ante los diferentes procedimientos académicos de los cuales eran participes. Los años 1994, 1995 y 1997 experimentaron crecimiento negativo de 1,3; 0,1 y 0,9 por ciento respectivamente (cf. Bravo, Jáuregui, 2006, p. 62).

En esta época se presentaron muchos problemas para el acceso a la educación, entre los cuales se pueden señalar los económicos, sociales y políticos. Igualmente, la calidad de la educación era reprochable donde no se tenía en cuenta los aspectos adecuados que se deben ejecutar en los procesos de enseñanza – aprendizaje. Para comprender los factores que estuvieron incluidos en el procedimiento de este espacio educativo se debe tener presente el nivel de pobreza de la sociedad venezolana donde casi el 20% (Bravo, Jáuregui 2006), tuviera serias dificultades para responder a las exigencias mínimas de la escolarización.

No obstante, se puede determinar la generación de estrategias desde la administración central para la contraprestación de esta problemática a nivel nacional denominadas las "acciones del quinquenio" determinadas por las siguientes finalidades:

1. Atención de las necesidades educativas desde el punto de vista social.

2. Actuación de la educación básica para la percepción de nuevas fuentes de culturas.

3. Garantía del principio de equidad en los procedimientos de aprendizajes (Bello, 2003).

El Estado venezolano identifica que para el desarrollo de estas políticas necesita de una serie de adecuaciones, determinadas por ser aspectos de gran importancia que al ser utilizados generan beneficios a la sociedad en el aspecto educativo. Las acciones corresponden en primer lugar a la infraestructura física

suficiente, seguidamente el personal docente, siendo necesaria su capacitación para ser el titular de los procedimientos educativos, la alimentación, enfocada en la creación de programas que busquen ofrecer este servicio tan importante en la educación. Entre los últimos aspectos se establecen las bibliotecas escolares y el presupuesto aportado por el órgano coercitivo.

No obstante, como se ha mencionado a lo largo de la descripción de las políticas desarrolladas en este periodo se comprende que la ineficiencia frente a la creación de estrategias y proyectos para la educación universitaria, donde no se tuvieron en cuenta las problemáticas existentes en este ámbito, como es el caso de la cobertura hacia toda la población y las características relacionadas con la calidad y equidad del servicio prestado.

En síntesis, las políticas establecidas en esta época en Venezuela se enfocaron por los siguientes aspectos:

1. Transformación de la práctica pedagógica

En esta primera actividad se buscó de forma directa realizar modificaciones en los procedimientos desarrollados por los docentes, identificando falencias y la necesidad de crear estrategias para que las finalidades establecidas sean cumplidas, situaciones que genera directamente beneficios a la sociedad estudiantil.

2. Modernización y fortalecimiento del sector educativo

Las actuaciones desarrolladas en este espacio corresponden en primera medida a la participación del Estado venezolano, estableciendo la importancia de fortalecer la estructura existente en la sociedad en todos sus ámbitos donde infortunadamente se presentaron falencias reprochables desde cualquier punto de vista.

3. Corrección de los desequilibrios sociales

Por último, se puede indicar la que en esta época existía un desequilibrio social muy amplio donde las personas con escasos recursos se les presentaban dos situaciones, la primera de ellas enfocada a la imposibilidad de acceder al

sistema educativo y la segunda enfocada en que al acceder a la educación no se presenta la posibilidad de desertar conforme a las problemáticas económicas existentes.

Líneas generales del (X) Plan nacional del desarrollo económico y social 2001-2007

En esta actuación implementada por el Estado se siguen teniendo en cuenta los aspectos que durante el periodo pasaron se utilizaron, como es el caso de la equidad, la desigualdad social, la cobertura en el servicio prestado, entre otros. Para el cumplimiento de los objetivos en este espacio se plantearon cuatro características importantes:

Universalidad: esta primera característica se enfoca en que la educación es un servicio público en el que cualquier persona sin discriminación alguna pueda acceder a él, cuya finalidad radica en la innovación de procedimientos sociales para la generación de progresos y beneficios generales.

Equidad: este principio se caracteriza por estar presente en el reconocimiento de los derechos de las personas donde la educación no debe estar exenta comprendiendo que en el Estado venezolano durante muchos años los servicios y los derechos fueron prestados para cierta población creando una brecha más amplia entre las clases sociales.

Participación: con este valor se busca que toda la sociedad integre los procesos educativos, involucrando a la sociedad, los padres de familia, los adolescentes y niños del país.

Corresponsabilidad: este último aspecto se relación directamente con las tipificaciones desarrolladas en el ordenamiento jurídico venezolano, donde se establece de forma clara la responsabilidad de tres actores frente al sistema educativo, el primero de ellos es el Estado, seguidamente la sociedad y por último la sociedad.

Una de las acciones que se identifican desarrolladas por el Estado venezolano corresponde a las denominadas Escuelas Bolivarianas, cuyo

nombre se relaciona con las políticas que se implementaron en esta época y que en la actualidad sigue estando presente, es decir, surgieron diferentes cambios en las actuaciones del órgano coercitivo sobre sus actuaciones desarrolladas a nivel social enmarcadas en la denominación constante de actuaciones basadas en el aspecto Bolivariano (Ministerio de Educación y Deportes de Venezuela, 2004).

Estas instituciones establecen los siguientes objetivos:

a) Ampliar la cobertura en los niveles de Educación Inicial y Básica en las diferentes modalidades.

b) Mejorar la calidad de atención y condiciones físico ambientales de la educación a nivel nacional.

c) Incrementar el número de Escuelas de horario Integral en los diferentes niveles y modalidades.

d) Atender integralmente a niños y niñas, y adolescentes en edad escolar en los niveles de inicial y básica.

e) Contribuir a superar la inequidad social (Ministerio de Educación de Venezuela, 2005).

La generación de estas estrategias y finalidades se enfocan principalmente en la prestación de sus servicios en la población con más desigualdad, siendo uno de los pilares que busco el Estado venezolano para el beneficio de las personas a las que se les imposibilito durante mucho tiempo el acceso a la educación.

Para que el cumplimiento de los objetivos se establece seguidamente una serie de sub objetivos, entre los cuales se puede señalar:

El primer sub-objetivo planteaba garantizar el disfrute de los derechos sociales de forma universal y educación de calidad para todos. Los principales lineamientos de la política en materia de educación es materializar el acceso,

permanencia y prosecución. Claramente se puede comprender que por medio de esta acción se puede complementar el acceso a la educación por parte de las personas más desfavorecidas, agregando un aspecto con mayor relevancia como es la permanencia de los estudiantes en los centros educativos.

El segundo sub-objetivo se dirigía a garantizar el acceso y permanencia en el sistema educativo. Este espacio se complementa con lo establecido en el primer sub-objetivo estableciendo la responsabilidad tanto del Estado como el de la familia para que se puedan ejecutar este tipo de programas educativos caracterizados por generar beneficios a la sociedad, en especial a los niños, niñas y jóvenes (León, 2015).

El tercer sub-objetivo ataca directamente el problema de la cobertura. Por medio del cual se crean ciertas estrategias que buscan que la educación pueda ser ofrecida a toda la población venezolana.

1. Cobertura para todas las modalidades educativas, anteriormente solo se hacía énfasis en la Educación Básica.

2. Educación para toda la población, en especial, la rural, la ubicada en la zona fronteriza y por último la indígena.

3. Ampliación en la creación de proyectos para todas las edades en búsqueda de fortalecer el sistema educativo (Cardona, 2004).

Proyecto Nacional Simón Bolívar. Primer plan socialista de la nación. Desarrollo económico y social de la nación 2007-2013

En esta intervención desarrollada por el Estado se añade el aspecto socialista, buscando que la sociedad concibe una idea más igualitaria sobre los derechos de las personas y la garantía que debe ejercer el Estado frente a esta situación. El principal instrumento se basa en el uso de la Ley Orgánica promulgada en el año 2009 que establece como objetivo desarrollar los principios y valores rectores, derechos, garantías y deberes en educación, que asume el Estado como función indeclinable y de máximo interés, de acuerdo con los principios constitucionales y orientada por valores éticos humanistas

para la transformación social (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2009).

Sin embargo, se debe tener en cuenta que al incluir el aspecto socialista a la educación la universalidad establecida anteriormente como característica de los otros planes se disminuye totalmente, donde la ideología se basa en aspectos políticos y la pluralidad de los pensamientos no sigue estando abierta sino se cierra afectando otros derechos fundamentales tanto de las personas como de la sociedad. Así mismo, como política se puede señalar un lema utilizado por el órgano coercitivo "la suprema felicidad social" siendo utilizada en otros espacios como el de la economía, la salud, alimentación, vivienda, el ambiente, la identidad, el empleo (Harnecker y López, 2009). Aunque se plantee el socialismo en la intervención educativa, se sigue estableciendo la universalización para rebasar la atención de más del 95% de la población en edad escolar en todos los niveles y modalidades del sistema. Es posible que se logre la universalización de la educación en nivel, y en otros no. Eso significa que no se alcanzaría este objetivo en todo el sistema, argumentando que se siguen presentando desigualdades en el acceso a la educación en la sociedad venezolana (Suárez, 2013).

Finalizando lo establecido en este ámbito se identifican los objetivos esenciales desde el punto de vista socialista:

a. Extender la cobertura de la matrícula escolar a toda la población, con énfasis en la población excluida.

b. Garantizar la permanencia y prosecución en el sistema educativo.

c. Fortalecer la educación ambiental, la identidad cultural, promoción de la salud y la participación comunitaria.

d. Ampliar la infraestructura y la dotación escolar y deportiva.

e. Adecuar el sistema educativo al sistema productivo socialista.

f. Fortalecer e incentivar la investigación en el proceso educativo.

g. Desarrollar la educación intercultural bilingüe.

h. Garantizar el acceso al conocimiento para universalizar la educación superior con pertinencia (León, 2015).

La actualidad de la educación en Venezuela

Concluyendo los aspectos más relevantes en Venezuela sobre la educación se debe hacer énfasis en los docentes, en especial frente a las materias que se establecen para la educación inicial de este profesional que es de gran importancia en la sociedad desde el punto de vista educativo y cultural. Entre las categorías están:

a. Profesores que egresen de institutos pedagógicos

b. Licenciados egresados de universidades.

c. Técnicos superiores de colegios e institutos superiores (Organización de las Naciones Unidas, 2011).

Seguidamente se añade del perfeccionamiento de los docentes, realizado por medio de los programas de especialización, maestría y doctorado donde se enfoca principalmente en un área de conocimiento. Los salarios se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico; en síntesis, se establece la siguiente clasificación:

1. Sueldo base respecto a la categoría académica.

2. Primas basadas en la jerarquía administrativa.

3. Lugar de trabajo, zonas indígenas o fronteras.

4. Antigüedad.

5. Trabajo nocturno, vacaciones, transporte y alimentación (Organización de las Naciones Unidas, 2011).

Finalizando lo concerniente a la educación en Venezuela y la actualidad de ella se puede mencionar la clasificación desarrollado por el órgano coercitivo añadiendo que los lineamientos siguen siendo los mismos de acuerdo a lo establecido en el año 2013, donde el socialismo debe estar presente para el supuesto beneficio argumentando por las instituciones estatales hacia la población.

Educación Preescolar: constituye el primer nivel obligatorio del sistema educativo y la atención pedagógica durará un año escolar. Los niños ingresan a estos establecimientos educativos preferiblemente a los cinco años.

La Educación Básica: es el segundo nivel obligatorio del sistema educativo: comprende tres etapas con duración de tres años cada una y se cursa preferentemente a partir de los seis años de edad. La primera etapa es de primero a tercer grado, la segunda etapa de cuarto a sexto grado y la tercera etapa de séptimo a noveno grado.

La Educación Media Diversificada y Profesional es el tercer nivel del sistema educativo; constituye el nivel siguiente al de Educación Básica y previo al de Educación Superior, con los cuales está articulado curricular y administrativamente.

La Educación Superior tiene como base los niveles precedentes y comprende la formación profesional y de postgrado, y puede cursarse en las Universidades, los Institutos Universitarios Pedagógicos, Politécnicos, entre otros (Herrera, s.f.).

CONCLUSIÓN

Después de haber expuesto las características principales de la educación tanto en Colombia como en Venezuela es oportuno señalar un conjunto de conclusiones donde se expone de forma clara las percepciones

obtenidas al realizar la comparación. En primera medida en ambos países se establece la educación como un derecho fundamental, reconociendo un avance importante para que los encargados de prestar este servicio lo tengan presente con el ánimo de no presentarse ninguna vulneración hacia un derecho que se caracteriza por ser pertinente para la sociedad sin ningún tipo de distinción sobre el sexo, la edad, la descendencia o el estrato social.

La educación en Colombia empezó a tener relevancia cuando se tipifica la Ley General de la Educación, creando lineamentos que se han tenido en cuenta para la ejecución de las estrategias pedagógicas, sin embargo, en Venezuela la gestión educativa ha recibido transformaciones de acuerdo al sistema político del país comprendiendo la inclusión del socialismo como base fundamental en el desarrollo de este servicio. En el desarrollo de este servicio se han presentado inconsistencias, en especial con la característica de universalidad que debe poseer este procedimiento porque se establecen lineamientos políticos en un servicio que debe estar exento de estas influencias para que sea efectivo en la población a la que se dirige.

Una de las particularidades correspondientes a la gestión de la educación en Colombia corresponde a la inclusión de los adultos como población para la ejecución de este procedimiento, vinculación de trascendente porque se identifica la necesidad de la sociedad en acudir ante este procedimiento para el beneficio social. Otra de las poblaciones que se incluye corresponde a la rehabilitación social enfocada en aquellas personas que se encuentran privadas de la libertad para que la pena cumpla una función importante transformando las acciones delictivas por educación. Infortunadamente ante la situación que se presenta en la sociedad venezolana el sistema de calidad ha disminuido totalmente donde el gobierno es el encargado de ofrecer garantías sobre la prestación de este servicio sin establecer todas sus acciones al surgimiento de la sociedad sino a la creación de problemas políticos.

Cómo citar este capítulo

APA

Aguilar Barreto, A., Aguilar, C., Rojas Vargas, N., Hoyos Delgado, L., y Aguilar Bautista, Y. (2018). Política pública de gestión educativa binacional: Una revisión en Colombia y Venezuela. EN Aguilar Barreto, A., y Hernández Peña, Y. (Ed.), *La investigación jurídica: Reconociendo acciones normativas relevantes* (p. 42-70). Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álzate, J. (2009). Capital social, descentralización y modernización del estado. Recuperado de: http://www.eumed.net/libros-gratis/2009d/616/Gestion%20publica.htm

Bello, M. (2003). Reforma Educativa en Venezuela: 1994-1998. Análisis del discurso oficial. Sapiens. *Revista Universitaria de Investigación*, 4(2), 1-30. Recuperado de: http://www.redalyc.org/pdf/410/41040205.pdf

Cardona, A. (2004). La educación inclusiva: derechos, discapacidad y niñez. Recuperado de: http://www.ohchr.org/documents/issues/disability/studyeducation/ngos/colombia universidaddelosandesadd2.pdf

Casassus, J. (2000) "Poder, lenguaje y calidad de la educación" En Boletín del Proyecto Principal, N° 50. Abril 2000. *Unesco*, Santiago de Chile

Colombia Aprende. (s.f.). Educación para todos. Recuperado de: http://www.colombia aprende.edu.co/html/home/1592/article-228165.html

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente (1991, 20 de julio). Constitución Política de 1991. Gaceta Constitucional No. 116, del 21 de julio de 1991. Recuperado de: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125

Colombia. Congreso de la República. (1994). Ley 115. Por la cual se expide la ley general de educación. Recuperado de: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85906_ archivo_pdf.pdf

Correa, A., Álvarez, A., y Correa, S. (2015). La gestión educativa un nuevo paradigma. Recuperado de: http://virtual.funlam.edu.co/repositorio/sites/default/files/6lagestion educativaunnuevoparadigma.pdf

Departamento Nacional de Planeación. (s.f.). Gestión Pública Efectiva. Recuperado de: https://www.dnp.gov.co/DNP/gestion/buen-gobierno/Paginas/gestion-publica-efectiva.aspx

Discapacidad Colombia. (s.f.). La educación inclusiva para niños con discapacidad. Recuperado de: http://discapacidadcolombia.com/index.php/articulos-discapacidad/ educacion-inclusiva

Escuela Universitaria de Educación Virtual. (s.f.). El concepto de educación. Recuperado de: http://eudev2.uta.cl/rid=1LCCR7P5P-CPKRDK-KB/concepto-educar-clase.pdf

Gobierno Bolivariano de Venezuela. (s.f.). Objetivos estratégicos y políticas. Recuperado de: http://www.me.gob.ve/index.php/objetivos-estrategicos-y-politicas

Harnecker, M. y López, N. (2009). Planificación participativa en la comunidad. Recuperado de: http://www.rebelion.org/docs/97084.pdf

Herrera, M. (s/f.). El sistema educativo venezolano. Recuperado de: http://www.cice.org.ve/descargas/Sistema%20Educativo%20Venezolano.pdf

Juspedia. (s.f.). Concepto y evolución de la gestión pública. La nueva gestión pública. Recuperado de: http://derecho. isipedia.com/optativas/gestion-publica/01-concepto-y-evolucion-de-la-gestion-publica-la-nueva-gestion-publica

León, A. (2015). Políticas de crecimiento del sistema educativo venezolano en los planes de la nación: período 1993-2013. *EDUCERE - Investigación Arbitrada*, 19(62), 69-81. Recuperado de: http://www.redalyc.org/html/356/35641005006/

López, E. (2014). Investigación histórica - Hermenéutica. Recuperado de: https://edwardlopez.jimdo.com/investigaci%C3%B3n/primer-corte/5-investigaci%C3% B3n-hist%C3%B3rico-hermen%C3%A9utica/

Ministerio de Educación de Venezuela. (2005). La educación bolivariana. Escuelas bolivarianas. Revista Venezolana de Educación, 9(28). Recuperado de: http://www. scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-49102005000100007

Ministerio de Educación Nacional. (2007). La gestión educativa es la vía al mejoramiento de la educación. Recuperado de: http://www.mineducacion.gov.co/1621/article-137440.html

Ministerio de Educación Nacional. (2010). Niveles de la educación básica y media. Recuperado de: http://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-article-233834.html

Ministerio de Educación Nacional. (2010). Sistema educativo colombiano. Recuperado de: http://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-article-233839.html

Ministerio de Educación Nacional. (2013). Funciones. Recuperado de: http://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-article-85252.html

Ministerio de Educación Nacional. (2015). Abecé del Plan de Desarrollo 2014-2018 en materia educativa. Recuperado de: http://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/w3-article-351180.html

Ministerio de Educación Nacional. (s.f.). Educación para las poblaciones étnicas: una realidad en Colombia. Recuperado de: http://mineducacion.gov.co/cvn/1665/article-126836.html

Ministerio de Educación y Deportes de Venezuela. (2004). Escuelas bolivarianas avance cualitativo del proyecto. Recuperado de: www.oei.es/historico/quipu/venezuela/ Escuelas_Bolivarianas.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (2011). Principios y objetivos generales de la educación. Recuperado de: http://www.ibe.unesco.org/sites/default/files/Venezuela.pdf

Organización de los Estados Americanos. (2007). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ ven-int-const.html

Ruiz, D. y Cadenas, C. (2015). ¿Qué es una política pública? Recuperado de: http://www.unla.mx/iusunla18/reflexion/QUE%20ES%20UNA%20POLITICA%20PUBLICA%20web.htm

Suárez, M. (2013). Crisis en la educación venezolana. Recuperado de: http://www.eluniversal.com/opinion/130629/crisis-en-la-educacion-venezolana

UNESCO. (2007). Educación de Calidad para Todos: un asunto de Derechos Humanos Documento de discusión sobre políticas educativas en el marco del Proyecto Regional de Educación para América Latina y el Caribe (EPT/PRELAC)-2007. (UNESCO; Santiago)

UNESCO. (2016). Educación. Recuperado de: http://www.unesco.org/new/es/right2 education

Universia. (s.f.). La educación venezolana. Recuperado de: http://preuniversitarios.universia.edu.ve/sistema-educativo-universitario/

Universidad Veracruzana. (2011). Concepto de educación. Recuperado de: https://www.uv.mx/personal/rdegasperin/files/2011/07/Antologia.Comunicacion-Unidad1.pdf

Venezuela. Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (2009). Ley orgánica de Educación. Recuperado de: http://www.mp.gob.ve/c/document_library/get_file?uuid=ae472c54-9718-42da-be8e-953359d5da1b&groupId=10136

3 PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHOS DE AUTOR: SU PROTECCIÓN EN COLOMBIA[12]

Andrea Johana Aguilar Barreto[13], Mario Alberto Mendoza[14], Carlos Eduardo Villamizar Osorio[15] y Yonatan Alejandro Aguilar Bautista[16]

[12]Capítulo de libro producto del proyecto de investigación: Manejo de los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. Fecha de inicio: 1 de agosto de 2016, Fecha de finalización: 5 de Junio de 2017. Artículo Original. Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Colombia.

[13]Abogada, 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. E-mail: andreitajaguilar@hotmail.com

[14]Abogado en Formación. Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta. Correo electrónico: mariomendoza22@hotmail.com

[15]Abogado en Formación. Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta. Correo electrónico: ceos.ceos.05@hotmail.com

[16]Abogado en Formación, Universidad Libre. Pasante como asesor jurídico en Secretaria de Educación Municipal de Cúcuta. Correo electrónico: yonatanaguilarb@hotmail.com

Palabras clave:

Propiedad intelectual, derechos de autor, ordenamiento jurídico, sociedad del conocimiento.

Resumen

El presente artículo, producto de investigación científica y tecnológica, se instituye como un análisis documental al conjunto normativo sobre el cual ha venido evolucionando la legislación colombiana, como una revisión cualitativa de diseño hermenéutico. La propiedad intelectual concebida como el mecanismo legal implementado en algunas legislaciones para garantizar las creaciones, producto del talento o del ingenio humano, ya sean de naturaleza científica, literaria, artística, industrial o comercial; plantea así diferentes tipologías de conocimiento; y en consecuencia existen distintas formas en que las personas, las instituciones y el estado protegen el conocimiento construido.

Intellectual Property and Copyright: Its protection in Colombia

Keywords:
Intellectual Property, copyright, legal order, knowledge society.

Abstract
The present article, result of a scientific and technological research, is instituted as a documentary analysis of the normative set on which the Colombian legislation has evolved, as a qualitative revision, of hermeneutical design. The Intellectual Property understood as the denomination that gives of the legal protection on any creation of product of the talent of the human ingenuity, of the scientific, literary, artistic, industrial or commercial nature; It raises different typologies of knowledge; And consequently, existences ways in which people, institutions and the state protect the constructed knowledge.

INTRODUCCIÓN

"*El proceso de globalización actual puede, en algunos de sus aspectos, ser interpretado como la renovación de un vasto proceso de acumulación primitiva. Combina estrictamente los métodos tradicionales de la expropiación originaria y la tentativa de transformación en mercancías de la totalidad del mundo de la vida y del pensamiento*".

Boutang, Corsani y Lazzarato

La cita extraída del texto *capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva* de Boutang, Corsani y Lazzarato (2004) expone una de las temáticas de mayor interés y relevancia en las estructuras sociales que emergen de las nuevas dinámicas sociales, que impacta ámbitos académicos, políticos y sociales: la globalización. No sólo se concibe como el proceso económico, sobre el cual se gesta amplia teorización, sino que además, es un fenómeno en que convergen múltiples variables y categorías de análisis, convirtiéndolo en un complejo constructo de análisis, que a pesar de abordarse investigativamente, o permitido definir de manera clara impactos

socioeconómicos bajo esta concepción, se acumula no sólo bienes y recursos materiales, también se apilan pensamientos, saberes, percepciones, en fin todo el conocimiento y estos se convierten en mercancías susceptibles de ser apropiadas y comercializadas.

Con la gesta de movimientos de tendencia económica a finales del siglo XX, tales como la apertura económica y la globalización, a nivel global los mercados han sufrido cambios y problemáticas que en su naturaleza y finalidad, que refinen la sociedad no sólo en su ámbito económico (Fix y López, 1997). Tal como expone Lanni (1996) fenómenos económicos como la globalización corresponden responden múltiples denominaciones (aldea global, sociedad informática, fábrica global, nueva babel, entre muchas otras), y esto permite concluir que sus características son diversas, que hay multiplicidad de enfoques para su análisis e interpretación, y que le da vigencia investigativa, posibilitando que sea abordado desde múltiples aristas y múltiples disciplinas.

Conceptualmente la globalización es un concepto que goza de amplios significados, abordable multidimensionalmente, pero principalmente inconcluso en su conceptualización misma, desde la óptica de Kellner (1997) la globalización es un fenómeno complejo que agrupa diferentes conflictos y tensiones, exigiendo una ardua labor comprensiva que permita identificar los problemas y las dinámicas que dicho proceso implica. Como sostienen Flórez, Aguilar y otros (2017), en el recorrido por los mismos autores no existe duda sobre las múltiples transformaciones que se han gestado y que se presentan en razón de este fenómeno.

Retomando conceptos económicos, donde el mundo se concibe como una aldea global, epicentro de diversas situaciones que se interrelacionan, complejizando los ámbitos culturales, sociales, políticos y económicos de la vida de las personas. Múltiples elementos se encuentran relacionados con la globalización y uno de ellos corresponde a los adelantos en materia de comunicación, información, electrónica y tecnología.

No hay duda que los avances en estas materias han conducido a una reconfiguración de la población mundial en sus diferentes niveles.

Las dinámicas sociales, culturales, políticas y económicas, se han visto transformadas exigiendo la reconfiguración de conceptos para interpretar y adecuar a las exigencias generacionales de la ciudadanía, la identidad, el territorio, la nación, los derechos, etc. Como plantea Lanni (1996), se observa una homogeneización progresiva de las formas culturales de los pueblos, que se traducen en la adopción cultural de prácticas y creencias que han sido adquiridas y exteriorizadas, favorecidas por el desarrollo tecnológico que caracteriza la tecnología y la comunicación.

En consecuencia, se tiene que del proceso de globalización se desprende una de las particularidades más importantes de este fenómeno: el aumento significativo de la información y de los canales de movilización que le dan cada vez más inmediatez y amplitud. En efecto se presenta en la actualidad un proceso más vertiginoso donde se elabora y se transmite información entre comunidades y redes "[rompiendo] los esquemas del aquí y el ahora, para dar paso a una dinámica sin límites que permite la libre transferencia de la información" (Avendaño y Guacaneme, 2016). En ese orden la globalización no sólo está asociada con la economía, la expansión de los mercados, el aumento del comercio o el uso cada vez mayor de las tecnologías de la información y la comunicación. Además, se relaciona con la liberación de información de muy diversa índole que tiende a la recreación de nuevas formas culturales: la sociedad de la información y el conocimiento.

METODOLOGÍA

El presente documento se desarrolla en el marco de una investigación desarrollada desde el enfoque cualitativo. Se realiza desde la hermenéutica un análisis documental, revisando el marco regulatorio que frente a la propiedad intelectual ha emitido el ordenamiento jurídico colombiano. Se realiza un análisis documental que implicó la realización de matrices de análisis desde el discurso, que permitieron visualizar el cuerpo regulatorio.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Nuevas Interpretaciones del mundo y la propiedad intelectual

La sociedad globalizada es el resultado de un amplio y complejo proceso, el cual permite una nueva interpretación del mundo y los individuos que se organizan a partir de la comunicación como espacio de encuentro socio-cultural. Por ello Castell (2000) expresa que "todo lo que hacemos, la organización social y personal, es información y comunicación. Esta enorme transformación modifica absolutamente todo lo que hacemos, desde las maneras cómo producimos hasta los modos cómo consumimos, vivimos, morimos y hacemos el amor" (p. 42).

Amplia ha sido la actividad académica y científica con relación a la denominada sociedad del conocimiento, y su impacto en el ámbito social, económico, político, cultural y educativo, desde su nacimiento en la década de los 90, cuando se reemplazó con esta denominación la sociedad de la información (Druetta, 2002, p. 16). Una breve exploración sobre la literatura desarrollada y dispuesta en las diversas fuentes, demuestra que dicho constructo tiene una especial trascendencia en la actividad de los investigadores, quienes buscan ofrecer explicaciones a las actuales configuraciones y fenómenos sociales.

Tubella y Requena (2005, p. IX) exponen cómo la sociedad del conocimiento se concreta en una estructura de redes impactando la morfología social de las actuales sociedades, a su vez Mateo (2006, p. 145) destaca que la figura de la sociedad del conocimiento representa el uso del saber y el conocimiento como parámetros que estructuran y condicionan la sociedad, y Marcelo (2001, p. 534) afirma que este tipo de sociedad se origina en los cambios tecnológicos y económicos, en donde el conocimiento representa el principal factor de éxito laboral y organizacional. Cada uno de los aportes que se identifican en los diversos autores que han abordado el tema, permite reconocer las incidencias económicas, sociales y políticas que trae consigo la sociedad del conocimiento. Específicamente en torno a lo tecnológico como explica Aguilar (2017), conlleva al aumento de información y

ello conduce a la generación de mayor conocimiento, pues la información goza de mayor disponibilidad dado el desarrollo de las TIC. Estos corresponden a medios que fortalecen la socialización, reproducción y expansión de los conocimientos a fin de que sigan acumulando, y que exigen cada vez más una mayor protección frente al manejo apropiado tras su publicación.

Una de estas dimensiones donde ha tenido influencia la globalización es la relacionada con el ámbito del conocimiento de la cual se desprende la denominada propiedad intelectual. En esa medida, se debe interpretar la propiedad intelectual como un producto de la triada globalización, conocimiento/información y tecnologías, y por ello Lander (2001, p. 79) expresa que "en la geopolítica de la sociedad global del conocimiento juegan un papel medular los derechos de la propiedad intelectual".

En Colombia según expone Velásquez (2014), la propiedad intelectual se define como:

> […] aquella que se ejerce sobre las creaciones intelectuales, producto del talento humano y que constituyen en sí mismas bienes de carácter inmaterial, objeto de protección a través de diferentes normas jurídicas. Las creaciones intelectuales que son objeto de la propiedad intelectual versan sobre dos concepciones diferentes. Una de ellas, referida a la estética, específicamente las obras literarias y las obras artísticas, corresponde al derecho de autor; y las otras, referidas a la actividad industrial, como las marcas y las patentes, se ubican en la propiedad industrial. (p. 6)

Por su parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2013) explica que la propiedad intelectual "se relaciona con las creaciones de la mente [como] invenciones, obras literarias y artísticas, [también] símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio". Del mismo modo expresa que la propiedad intelectual se asemeja a cualquier otro derecho pues le brinda al creador o inventor de determinado bien u obra la posibilidad de gozar de los beneficios que se derivan de la misma.

Entonces la propiedad intelectual es el derecho que tiene toda persona para gozar, utilizar y disponer de sus creaciones intelectuales e invenciones, pues estas constituyen un bien susceptible de apropiación por parte de

los individuos. Dado el crecimiento de la información y la movilización de este tipo de creaciones gracias a las tecnologías de la información y la comunicación, se ha gestado un cúmulo importante de normas y reglas desde el campo jurídico con el objetivo de regular la materia y proteger los derechos de las personas sobre esta clase de bienes.

Desde los preceptos dados teórica y legalmente, la propiedad intelectual tiene dos componentes: la propiedad industrial y el derecho de autor. Sin embargo, Rodríguez (2012) expresa que la propiedad intelectual corresponde a un género con tres especies: propiedad industrial, derecho de autor y derecho de obtentores de variedades vegetales. Frente al derecho de autor lo define como este mismo autor como: "la propiedad que le corresponde a las personas que realizan obras intelectuales, tales como libros, revistas, composiciones musicales, filmes, pinturas, artículos periodísticos, programas de computadora y demás obras similares […]" (p. 149).

Ahora bien, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha hecho mención a las diferencias entre el derecho de autor y la propiedad industrial. Por ejemplo, en sentencia de 1986 el alto tribunal expone cuatro diferencias y particularidades para comprender las categorías derecho de autor y la propiedad industrial:

1. Para ambas hay exploración exclusiva para el autor o el inventor.

2. El derecho personal/moral y patrimonial aplica en el caso del derecho de autor, pero en la propiedad industrial aplican de manera exclusiva los derechos patrimoniales.

3. Con el derecho de autor no hay temporalidad respecto del derecho moral, aunque sí en materia patrimonial, y en la propiedad industrial hay circunstancias o situaciones que con el tiempo se extingue, y por ello se exige la renovación dentro del registro.

4. Se requiere en la propiedad industrial el registro para que pueda constituirse el derecho, mientras que el derecho de autor sólo

requiere de la creación en sí. (Corte Suprema de Justicia, 1986)

De acuerdo a Tavera (2005), la propiedad intelectual tiene una relación fundamental con el desarrollo económico, es decir, su origen se encuentra en el modelo neoliberal y su perfeccionamiento se ha venido dando de manera gradual a partir de las negociaciones bilaterales y multilaterales en el ámbito del comercio internacional. En efecto, "constituye el tema de la propiedad intelectual uno de los asuntos en los cuales se expresa más nítidamente la oposición de intereses entre grandes corporaciones trasnacionales […]" (Lander, 2001, p. 79). Se observa que la propiedad intelectual conforma en la actualidad un asunto de especial importancia en materia económica y social, y ello se debe a importancia que se le ha brindado al conocimiento y al desarrollo científico/industrial, especialmente, en occidente. En ese orden esta noción tiene su fuente en el saber científico, el avance tecnológico y la defensa de la propiedad privada, los cuales son objeto de apropiación y transformación.

Aboites (1999, p. 98) describe algunas de las razones histórico-sociales que dieron origen al tema de propiedad intelectual y su regulación. Por un lado, se encuentra la defensa del conocimiento y la innovación como recursos intangibles que son requeridos hoy más que nunca en la producción de bienes y servicios. Un amplio sector de la literatura converge en reconocer que estos constructos han venido posicionándose en las teorías de la administración y la gestión de recursos, y con ello se ha impulsado un mayor esfuerzo por la creación intelectual para mejorar el manejo de los costos y el aumento de las utilidades de las empresas. En consecuencia, los derechos de propiedad intelectual son "un mecanismo privilegiado, aunque no único para la apropiación de los beneficios derivados de la inversión intangible, esto es el Gasto I y D". De otra parte, desde una mirada histórica las acciones implementadas Estados Unidos en la década de los 80 en el marco de la Ronda de Uruguay del GATT, justifican la propiedad intelectual como constructo para que se aúnan esfuerzos que permitieran la protección de este tipo de derechos, pues se hacía evidente la debilidad de algunos estados en la materia con repercusiones negativas en el comercio internacional. De esta manera los derechos de propiedad intelectual empezaron a tener un particular interés a nivel político y económico, transformándose el escenario para que desde la

década de los 80 se incorporará en las agendas de negociaciones regionales e internacionales.

Pero también deberá considerarse las voces aisladas de los detractores de la propiedad intelectual para quienes dicho fenómeno comprende una estrategia de privatización y exclusión de lo más mínimo con el objetivo de obtener utilidades y que afecta el desarrollo humano. Por ejemplo, Boutang, Corsani y Lazzarato (2004) describen que:

> […] nada podría ser más erróneo que el pensar que en esta partida, que ha tomado muchas veces el nombre de propiedad intelectual, los dados han sido lanzados y el resultado es definitivo. La violencia con la que hoy se aplican las políticas restrictivas en relación a la copia y a las creaciones derivadas, la producción de ese nuevo espacio criminal que se ha dado en llamar «piratería intelectual», la formación de nuevos monopolios en el dominio de la salud y de la alimentación y la modificación de la norma jurídica en materia de patentes y derechos de autor, son simplemente las marcas de superficie de que algo va mal con respecto a este específico campo del *business*. (p. 15)

Entonces, no es extraño que desde el ámbito político-jurídico se legisle sobre normas que tiendan a articular las políticas económicas de orden neoliberal en escenarios locales, algunas de estas con la finalidad de regular el tema de la propiedad intelectual bajo la perspectiva de prosperidad general de los pueblos, sustentada en el desarrollo con producto del intercambio comercial y crecimiento económico. De acuerdo a Boutang, Corsani y Lazzarato (2004), la propiedad intelectual viene acompañada de modificaciones restrictivas de las leyes para la regulación de los "derechos de exclusividad sobre la producción y distribución de los bienes inmateriales" (p. 17). Se tiene por tanto, que la propiedad intelectual como tema de especial interés para el campo jurídico y académico no puede ser revisado desde una postura epistemológica neutra, sino que debe ser enmarcada en una perspectiva de interpretación socio-crítica pues no se puede desconocer las intencionalidades que trae consigo el modelo neoliberal.

Bajo los argumentos expuestos, se observa que se ha dado una mayor importancia a la propiedad industrial, aspecto que se deriva de la propiedad

intelectual, y ello se debe a la incidencia que tiene dentro del mundo económico y comercial las denominadas patentes y marcas. Pero también se ha venido generando un mayor control y protección dentro de los nombrados derechos de autor la otra tipología de la propiedad intelectual. Los derechos de autor versan sobre obras literarias y creaciones artísticas, y su ejercicio se desprende de la concepción del derecho moral y patrimonial, que entre otras cosas implica que la persona tiene la facultad para divulgar su obra, el derecho a su reconocimiento, a retirarla de circulación, y obviamente a obtener beneficios producto de la explotación de la misma.

Dentro de las normas que regulan la protección de los derechos de autor en Colombia se encuentran algunas de orden internacional y otras de naturaleza interna. Inicialmente, como lo expresa Rodríguez (2012), debe destacarse el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, donde se establece por primera vez "la necesidad de garantizar a las personas el derecho a beneficiarse tanto de los intereses morales como de los materiales sobre las creaciones del intelecto" (p. 141).

Sin embargo, atendiendo al carácter y naturaleza de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, a pesar de éste un instrumento internacional anterior al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en su artículo 27 que toda persona puede beneficiarse con la protección de sus derechos morales o personales y materiales, los cuales surgen con la creación de alguna producción u obra de cualquier naturaleza (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2013).

Más aún el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, documento previo a los dos mencionados anteriormente, pero que desde entonces hacía mención a las invenciones industriales. En el artículo 2° del mismo se expresa que los Estados se comprometen a la protección de la propiedad industrial y esto se traduce en que "las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen" y

por ende se hacen objeto de reconocimiento para garantía de sus creadores. También de los mismos orígenes el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (OMPI 1986), relaciona con la otra especie de la propiedad intelectual. En este se expresa los tipos de creaciones que comprenden el campo literario, científico y artístico, y que son adoptados tanto en la legislación colombiana como jurisprudencialmente:

> […] comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

También se tiene en concreto la Decisión Andina 351 (Comunidad Andina de Naciones CAN, 1993), que su primer artículo se plantea como objetivo "reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino". Así, se busca proteger los derechos que se desprenden de la creación de obras literarias, artísticas o científicas, derechos de naturaleza moral y patrimonial descrita con anterioridad.

En el ámbito de los derechos morales el artículo 11 establece como tales: 1. Conservar la obra y divulgarla, 2. Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento, 3. Oponerse a todo cambio, malformación o transformación que dañe el decoro de la obra o la reputación del autor, y 4. Ejercer los derechos morales de la obra por parte de los herederos del autor con posterioridad a su muerte. En el campo de los derechos patrimoniales, el artículo 13 de la Decisión Andina dispone: 1. La reproducción de la obra por cuantía forma y medio se establezca, 2. La comunicación y distribución pública

de la obra a través de venta, arrendamiento o alquiler, 3. La importación al territorio de las copias dentro de los Estados miembros, 4. La traducción o adaptación de la obra. Estos derechos perduran durante el tiempo de vida del autor y no podrán ser inferiores a 50 años con posterioridad (art. 18).

Ahora bien, las normas de naturaleza interna que regulan la propiedad intelectual y los derechos de autor en Colombia se desprenden de la misma Constitución Política (Asamblea nacional Constituyente, 1991), que en su artículo 61 plantea como deber del Estado "protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley". Además, cabe aclarar que constitucionalmente se acogen los dos tipos de propiedad intelectual: la propiedad industrial y los derechos de autor, para los cuales se dispone normas diversas de protección.

El Código Civil Colombiano del Congreso de la República (1887) también incluye un artículo relacionado con la propiedad intelectual, el cual reza: "las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales" (art. 671). Para Rodríguez (2012) esta norma civil dio origen en Colombia a una categoría jurídica compleja "objeto de protecciones constitucionales, civiles, penales y hasta laborales, sin ser menos importante la vigencia y obligatoriedad en Colombia de instrumentos internacionales y disposiciones supranacionales que regulan el tema" (p. 147). Y en efecto como el Código Civil lo señala el derecho a la propiedad intelectual se debe regir por leyes especiales como se verá más adelante.

Igualmente, desde los ámbitos civil y penal se ha construido un marco jurídico tendiente a su protección. En primer lugar, se destaca la Ley 23 de 1982 (Congreso de la República, 1982) la cual en su artículo 1º dispone que gozan de protección los autores de obras literarias, científicas y artísticas, así como los intérpretes, ejecutantes, productores de programas y organismos de radiodifusión. Se trata de una norma que tiene un amplio alcance pues los derechos otorgados recaen sobre las más diversas producciones con origen en la inventiva humana (art. 2) y que como ya se observó se encuentran contenidas dentro del Convenio de Berna (OMPI, 1886):

1. Libros, folletos y escritos.

2. Conferencias, alocuciones, sermones, y demás de la misma naturaleza.

3. Obras dramáticas o musicales.

4. Coreográficas, pantomimas y similares.

5. Obras cinematográficas.

6. Dibujos, pinturas, obras arquitectónicas, grabados y litografía.

7. Obras fotográficas, planos, mapas, croquis y demás.

Dentro de los derechos que se disponen conforme al artículo 3º de esta Ley se encuentran:

1. Disponer de la obra a título gratuito u oneroso.

2. Aprovechar con fines de lucro o sin él, la reproducción de las mismas.

3. Defender el derecho moral que se desprende de la autoría de las obras.

Así mismo, otros derechos de naturaleza patrimonial se expresan en los artículos 12 y siguientes de la Ley 23 de 1982:

1. Reproducir la obra.

2. Efectuar traducciones, adaptaciones o transformaciones.

3. Comunicar públicamente la obra.

4. El traductor de la obra debidamente autorizado por el autor tiene derechos sobre la traducción realizada, así como sus causahabientes, pero debe otorgar publicidad y mención de la obra original. Tampoco puede oponerse a otras traducciones.

5. Iguales derechos tiene el que con permiso del autor, adapte, transporte, modifique, etcétera, una obra original. Lo mismo sucede con las obras de dominio público.

6. Iguales derechos se desprenden del trabajo de los compiladores.

7. Los derechos de autor son percibidos por el tiempo de vida del autor y hasta por 80 años con posterioridad a su fallecimiento. En el caso de que las obras sean producto de persona jurídica o entidad pública, el plazo de protección es de 30 años.

De otra parte, para la protección de derechos de naturaleza moral el artículo 30 de la Ley 23 (Congreso de la República, 1982) donde se consagran:

1. Reivindicar la paternidad de la obra.

2. Oponerse a la deformación, modificación o mutilación de la obra, y el derecho a ser reparado en estos casos.

3. Conservar la obra inédita o anónima hasta el fallecimiento o según disposición testamentaria.

4. Retirar de la circulación la obra o suspender su utilización.

5. Modificarla antes y después de su publicación.

6. Esta misma norma establece que los derechos morales señalados, no pueden ser renunciados ni cedidos, por lo que sólo puede transferirse el goce y la disposición, más no la autoría.

La Corte Constitucional (1996) mediante sentencia C-276 y tomando como punto de partida los derechos de autor desde la concepción de la Ley 23 de 1982, y conforme a las interpretaciones del Tribunal Constitucional, el derecho de autor tiene como propósito la defensa de la expresión personal de inteligencia, la cual resulta individual, particular y original. Para ello se debe cumplir con los siguientes presupuestos: la protección recae sobre las creaciones formales más no las ideas, se requiere de originalidad como condición *sine quanon*, no depende de su valor, mérito o destino, aunque se encuentra el registro de las mismas ante la institución competente: Registro Nacional de Derechos de Autor.

Algunos aspectos que se deben destacar de este pronunciamiento son los siguientes:

1. Los derechos de autor conforman un concepto complejo y bien elaborado, es decir, claramente definido en cuanto sus alcances.

2. Los derechos de autor se dividen en dos dimensiones esenciales y específicas: el derecho personal o moral y el derecho patrimonial.

3. El derecho moral se desprende con la creación de la obra misma y no depende de reconocimiento de autoridad administrativa, y en esa medida, son "extrapatrimoniales inalienables, irrenunciables y en principio de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor".

4. Del derecho moral se desprende la oportunidad para el autor de hacerla pública o mantenerla dentro de la esfera de su intimidad, reivindicar su paternidad, exigir el respeto sobre la integridad de la misma, o retractarse de su contenido.

5. Los derechos patrimoniales recaen sobre la capacidad de disposición de la creación, y esto permite que pueda ser transferido con el objetivo de explotación económica.

6. Los derechos patrimoniales de autor se refieren a las formas posibles de utilización.

También dentro del ámbito interno se encuentra la Ley 44 de 1993 (Congreso de la República, 1993) la cual modifica y adiciona a la Ley 23 de 1982. En esta normatividad se dispone que todo acto de enajenación de los derechos de autor debe ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor a fin de que se ha público dicho acto y pueda brindarse oportunidad de oponerse a terceros. Así mismo, en la legislación penal se condena con pena de prisión de dos (2) años y multa de cinco a veinte SMMMLV, a la persona que sin previa autorización publique una obra inédita, se haga pasar por autor o busque reconocimiento patrimonial a partir de la misma.

CONCLUSIONES

Se puede señalar que en Colombia hay una estructura normativa que tiende hacia la protección de la propiedad intelectual y el derecho de autor, aunque dichos logros aún son insuficientes a la luz de otros países como Estados Unidos donde aún se encuentran con calificaciones insuficientes (Revista Semana, 2016, 18 de febrero). Esto resulta lógico y razonable ante las exigencias del mundo globalizado y el auge cada vez mayor del conocimiento y la innovación como presupuesto de desarrollo y crecimiento. En consecuencia, cada Estado deberá propender por la defensa del conocimiento producido por sus ciudadanos con el objetivo de fomentar una cierta diferencia, que aumente las posibilidades de comercialización libre y favorable de bienes y servicios, sin dependencia.

Para Rengifo (2013) el derecho de autor en el contexto colombiano ha venido sufriendo un conjunto de reformas profundas, y que han surgido principalmente, en el marco de los compromisos comerciales de los TLC adquiridos por el Estado colombiano: "Estas reformas surgieron del reconocimiento, por parte del gobierno colombiano de la necesidad de actualizar, optimizar y racionalizar nuestro régimen sobre la materia, en busca de una protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual involucrados".

Mutter (2006) explica que en el orden mundial imperante, "el conocimiento es esencial y los países poseedores del conocimiento son, por obvias razones, los baluartes en la lucha por su protección" (p. 86) a través de la propiedad intelectual, y en ese escenario se pregunta si la misma es conveniente para Colombia, pues dentro de las perspectivas elaboradas hay una que considera los derechos de propiedad intelectual como una nueva estrategia de colonialismo, aunque otros observan la misma como una oportunidad de desarrollo. El análisis de los planteamientos y argumentos llevan al autor citado a considerar la propiedad intelectual como una herramienta valiosa para Colombia al permitir la promoción de conocimiento y la transferencia tecnológica, sin embargo advierte que sólo es benéfica si el sistema de protección funciona para ambos países, y en consecuencia, "Colombia debe convertirse en un productor de conocimiento y de bienes intangibles de PI, cuya protección será exigible en el nivel mundial, gracias precisamente a los acuerdos de protección en propiedad intelectual" (p. 99). Frente a lo anterior deberá atenderse a la baja capacidad de Colombia en términos de innovación y generación de conocimiento, lo que hace crecer su dependencia frente a otros países. Esto es observable en los acuerdos de comercio internacional y la afectación negativa sobre determinados sectores de la economía nacional como el arrocero o el lácteo.

Resulta esencial y perentorio la revisión no sólo de la normatividad tendiente a la protección de la propiedad intelectual, sino como la misma puede llegar convertirse en un factor de desventaja para la población económicamente hablando. Por ello se habla como parte de los requerimientos para Colombia la urgente transformación de las políticas de apoyo a la generación del conocimiento y la innovación, pues el marco legislativo emitido no es garantía suficiente, al carecer de un sistema de le impulse y de cumplimiento. Ahora bien, tratándose de obras literarias o artísticas donde se aplica el Derecho de Autor, se observan múltiples obstáculos que permitan una mayor dinámica de producción al respeto.

Por ejemplo, en Colombia desde el 2004 se iniciaron actividades con la finalidad de establecer una política pública para el fomento y la protección de la propiedad industrial, pero no se refleja esfuerzo igual para el tema del

Derecho de Autor, la otra cara de la propiedad intelectual. A partir de esta exigencia legislativa y dando coherencia a la política económica y social del país nace el Documento Conpes 3533 (Departamento Nacional de Planeación, 2008) sobre "Bases de un Plan de Acción para la Adecuación del Sistema de Propiedad Intelectual a la Competitividad y Productividad Nacional, como un plan de trabajo a corto plazo (2008-2010)" (Superintendencia de Industria y Comercio, 2013).

Sin embargo, algunos autores reconocen la necesidad de mejorar el panorama en términos de la propiedad intelectual, y en el escenario de la academia y la universidad se discute los pocos esfuerzos realizados en materia de formar estudiantes con los conocimientos y los saberes necesarios para no incurrir en prácticas poco éticas y desleales. Al parecer aún no hay una política efectiva que permita superar situaciones o eventos de plagio o fraude, pues como lo estima Sanabria (2014), en el país se han hecho algunos intentos para la revisión y el control del fraude académico, pero sobre el asunto hay pocas publicaciones, y pese a las reglamentaciones y directrices definidas por las universidades, hay un riesgo elevado de cometer plagio especialmente por desconocimiento de las normas y las técnicas implementadas. Así mismo este autor expone algunas recomendaciones que son fundamentales en la mejora de este tipo de problemas en los contextos académicos, científicos y universitarios:

1. El control del plagio debe tener su origen en una política institucional que parta de un diagnóstico serio, situado y particular que facilite la difusión de las normas que en materia de protección de la propiedad intelectual se han regulado, en lo que respecta a los derechos de autor.

2. Las instituciones educativas y en especial las universidades, deben no sólo divulgar la necesidad de proteger y respetar las creaciones ajenas, sino que debe ser parte del marco axiológico de la conducta moral a fin que impere en el actuar humano, gestando una nueva cultura de legalidad intelectual.

Cómo citar este capítulo

APA

Aguilar Barreto, A., Mendoza, M., Villamizar Osorio, C., y Aguilar Bautista, A. (2018).Propiedad intelectual y derechos de autor: su protección en Colombia. EN Aguilar Barreto, A., y Hernández Peña, Y. (Ed.), *La investigación jurídica: Reconociendo acciones normativas relevantes* (p. 71-91). Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar, A. (2017). Comunicación y Tecnología: la incidencia de su desarrollo en la Generación De Conocimiento. En: Historia, implementación, Evaluación y metodología de las TIC en entornos sociales y educativos. Capítulo 21. Maracaibo, Venezuela. Ediciones Universidad del Zulia. ISBN 978-980-402-239-5.

Aboites, J. (1999). *Innovación, propiedad intelectual y estrategias tecnológicas*. Madrid: Editorial Miguel Ángel Porrúa.

Avendaño, W. y Guacaneme, R. (2016). Educación y globalización. Una visión crítica. *Civilizar*, 16(30), 191-206.

Boutang, Corsani y Lazzarato. (2004). *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*. Madrid: Traficantes de Sueños.

Castell, M. (2000). Globalización, sociedad y política en la era de la información. *Bitácora*, (4), 42-53.

Colombia. Congreso de la República. (1982, 28 de enero). Ley 23 del 28 de enero de 1982.

Colombia Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). Constitución Política de 1991. Gaceta Constitucional No. 116, del 21 de julio de 1991.Recuperado de: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125

Colombia. Congreso de la República. (1993, 5 de febrero). Ley 44. Diario Oficial No. 40.740, del 5 de febrero de 1993.

Colombia. Departamento Nacional de Planeación: Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia. (2008). Conpes 3533 Bases de un plan de acción para la adecuación del sistema de propiedad intelectual a la competitividad y productividad nacional 2008-2010

Colombia. Corte Constitucional. (1996, 20 de junio). Sentencia C-276. MP. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (1986). Gaceta Judicial, jurisprudencia segundo semestre, TOMO CJLXXXVH, Número 2426 Año 1986

Comunidad Andina de Naciones. (1993, 17 de diciembre). *Decisión 351: Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos.* Lima, Perú.

Druetta, D. (2002). Sociedad de la información y el conocimiento. Entre el optimismo y la desesperanza. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 45 (185), 13-33.

Fix, H. y López, S. (1997). El impacto de la globalización en la reforma del estado y el derecho en América Latina. *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*.

Flórez, M; Aguilar, A; Hernández, Y; Salazar, J; Pinillos, A y Fuentes, C. (2017). Sociedad del conocimiento, las TIC y su influencia en la educación. Revista Espacios. ISSN: 0798-1015 p.1 – 20, Volumen 38. En: 2017

Ianni, O. (1996). *Teorías de la globalización*. México: Siglo XXI.

Kellner, D. (1997). *Globalization and the Postmodern turn*. En: Axtmann, R. (1998). *Globalization and Europe* (pp. 23-42). Londres: A&C Black.

Lander, E. (2001). Los derechos de propiedad intelectual: en la geopolítica del saber de la sociedad global del conocimiento. *Comentario Internacional*, 79-88.

Marcelo, C. (2001). Aprender a enseñar para la sociedad del conocimiento. *Revista Complutense de Educación*, 12 (2), 531-593.

Mateo, J. L. (2006). Sociedad del conocimiento. *Arbor*, 182 (718), 145-151.

Mutter, K. (2006). Propiedad intelectual y desarrollo en Colombia. *Estudios Socio Jurídicos*, 8(2), 85-101.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1986, Septiembre 9). Convenio de Berna: sobre la protección de los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas. Berna, Suiza

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2013). ¿Qué es la propiedad intelectual? Recuperado de:http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf [20/04/2017]

Rengifo, E. (2013). Recientes reformas normativas del Derecho de Autor en Colombia. *Documento inédito*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Revista Semana. (2016, 18 de febrero). Colombia, un nuevo paria de la propiedad intelectual. *Artículo de prensa*. Recuperado de: http://www.elespectador.com/opinion/opinion/colombia-un-nuevo-paria-de-la-propiedad-intelectual-columna-617133 [17/04/2017]

Rodríguez, R. (2012). El derecho de autor en Colombia desde una perspectiva humanista. *Prolegómenos*, 15(30), 141-159.

Sanabria, L. (2014). Conceptualización jurídica del plagio en Colombia. *Revista Colombiana de Cirugía*, 29, 88-97.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2013). *Propiedad Industrial 2020*. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio.

Tavera, J. (2005). *Intellectual property and development: lessons from recent economic research*. En: Fink, C. & Maskus, K. *Intellectual property and development: lessons from recent economic research* (1-15). Washington: Banco Mundial.

Velásquez, D. (2014). *Reflexiones sobre la etiología de la propiedad intelectual. Revista CES Derecho*, *5* (1), 29-39.

Tubella, I. y Requena, J. (2005). *Sociedad del conocimiento*. Barcelona: Editorial UOC

4 LA CUOTA ALIMENTARIA Y SU FUNCIONALIDAD FRENTE AL DERECHO DE LOS NIÑOS[17]

Andrea Johana Aguilar Barreto[18], German Alberto Rodríguez Manasse[19], Yonatan Alejandro Aguilar Bautista[20], Clara Paola Aguilar Barreto[21] y Wilmer Guevara[22]

[17]Capítulo de los avances de resultado del macroproyecto de investigación "Cuotas alimentarias de la solución legal a la realidad". Fecha de inicio: enero de 206. Fecha de finalización: diciembre de 2017. Tipología (original, reflexión, revisión), grupo de investigación. Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Colombia.

[18]Abogada, 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. E-mail: andreitajaguilar@hotmail.com

[19]Abogado, Universidad Industrial de Santander; Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomas de Aquino; Magister en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: germanasse@hotmail.com

[20]Abogado en Formación, Universidad Libre. Pasante como asesor jurídico en Secretaria de Educación Municipal de Cúcuta. Correo electrónico: yonatanaguilarb@hotmail.com

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

[22]Ingeniero Mecatrónico: Universidad de Pamplona; magister en Mantenimiento Industrial, Universidad Nacional Experimental del Táchira. Líder Senova (Sistema de Investigación, Desarrollo Tecnológico e Innovación)

Palabras clave

Cuota alimentaria, alimentos, obligaciones, familia, niños.

Resumen

Dentro del marco constitucional bajo el Estado Social de derecho en la sociedad colombiana, prevalece la protección de los derechos de los miembros del núcleo familiar, priorizando el cumplimiento de los derechos de los menores de edad como lo menciona la ley de infancia y adolescencia, en la cual se estipula el principio de corresponsabilidad, en donde el Estado, la sociedad y la familia misma deben ser garantes del desarrollo integral de los niños colombianos. Sin embargo, en la actualidad se evidencia el incremento de familias disfuncionales, donde las diferencias entre los padres afectan notoriamente el desarrollo de físico, psicológico y social de los menores de edad. Por consiguiente, esta investigación abordó como objeto de estudio el concepto, manejo y desarrollo de la cuota alimentaria como institución del derecho de familia en el sistema jurídico colombiano a partir de la ley 1098 de 2006, para determinar su funcionalidad como figura garante de los derechos de los niños, en el marco de la asistencia alimentaria.

Retroactivity in the Food Quota in the Colombian Legal System

Key Words:
Food share, food, obligations, family, children.

Abstract

Within the constitutional framework under the social rule of law in the Colombian society, the protection of the rights of the family members prevails, prioritizing the fulfillment of the rights of minors under the law of childhood and adolescence, which stipulates the principle of co-responsibility, in which the State, society and the family itself must be guarantors of the integral development of Colombian children. However, the increase of in dysfunctional families is now evident, where differences between parents significantly affect the physical, psychological and social development of minors. Therefore, this research addressed the concept, management and development of the food quota as an institution of family law in the Colombian legal system based on law 1098 of 2006, to determine its functionality as a guarantor of the rights of children, within the framework of food assistance.

INTRODUCCIÓN

Constitucionalmente en Colombia se reconoce desde el mismo preámbulo como uno de los fines del Estado "fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana" (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Así mismo los tratados internacionales suscritos por el mismo Estado y la jurisprudencia de las altas cortes determinan la prevalencia de los niños, niñas y adolescentes sobre cualquier otra norma.

En coherencia, el Código de Infancia y Adolescencia (Congreso de la República, 2006), ofrece visiones amplias del tema y el trámite del derecho de los alimentos y las obligaciones de la Familia, asuntos estos que, relacionados con la inasistencia alimentaria en Colombia, artículo 24

sobre derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.

Actualmente la cuota de alimento viene tomando forma entre la misma sociedad colombiana, desde la Ley 83 (Congreso de la República, 1946), época en que salió de la normatividad civil para tipificada la insistencia alimentaria como delito y con fijación de respectiva sanción judicial para quien omita las obligaciones que surjan entre los familiares.

Actualmente dicha conducta es considerada delictiva, y está descrita en el artículo 233 de la ley 599 (Congreso de la República, 2000), actual Código Penal Colombiano, que prevé que incurrirá en dicha conducta quien se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptantes, adoptivos, cónyuge o compañero o compañera permanente, y fija prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente se encuentra protegida por la Constitución Nacional en los artículos 44, 45 y ss.

De esta manera los alimentos se consolidan como un derecho esencial garantizado por el ordenamiento jurídico de un Estado. Este ordenamiento contempla el tratamiento jurídico y social dado al fenómeno, las consecuencias de su incumplimiento, sus posibles causas y las soluciones alternativas propuestas por el Estado y la Sociedad. La falta de compromiso ha causado irregularidades sociales y familiares irreparables, que han sido tratados siempre con la normatividad penal, mostrando al Derecho Penal de hoy como última ratio.

De otra parte, el código de infancia y adolescencia se promulgó con

el propósito de "garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión" ley 1098 (Congreso de la República, 2006).

Según la ley de infancia de adolescencia, establece que el derecho a percibir alimentos, abarca el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación y en general todo lo que sea necesario para el desarrollo integral de los niños. La finalidad del presente trabajo de investigación es analizar la funcionalidad de cuota alimentaria, como herramienta jurídica garante de la asistencia alimentaria de los niños en Colombia, en este orden de ideas se presentó la necesidad de analizar el concepto, manejo y desarrollo según la ley, la jurisprudencia y fuentes documentales de los cuales se evidenciaron los diferentes parámetros al momento de la fijación de la cuota alimentaria, así mismo las variables para su modificación y/o extinción de la obligación.

METODOLOGÍA

El presente trabajo se desarrolló bajo el enfoque de la investigación cualitativa, pues se orienta a principalmente en realizar un análisis del tema planteado para con ello llegar al conocimiento y comprensión del mismo. Como explica Martínez (2008), por medio de ella se valora la importancia de la realidad, como es vivida y percibida por el hombre; sus ideas, sentimientos y motivaciones; trata de identificar la naturaleza profunda de las realidades, su estructura dinámica, aquella que da razón plena de su comportamiento y manifestaciones. De aquí que lo cualitativo (que es el todo integrado) no se opone a lo cuantitativo (que es solo un aspecto), sino que lo implica e integra, especialmente donde sea importante; en relación a la naturaleza fenomenológica del presente estudio, se seguirán las explicaciones de León (2009) para la caracterización por cuanto "no hay razones para dudar de la bondad y veracidad de la información y el investigador no ha vivido ni le es nada fácil formarse ideas y conceptos adecuados sobre el fenómeno que estudia por estar muy alejado de su propia vida, como, por ejemplo, el mundo axiológico de los drogadictos o de los homosexuales, las vivencias de las

personas en situaciones de vida extremas, la ruptura de una relación amorosa cuando no se ha vivido, una experiencia cumbre".

Se recurre al método deductivo, ya que se parte de teorías y conceptos generales para llegar a un punto específico que será útil para dar solución al problema planteado; en primer lugar, la identificación de las condiciones Procesales de la fijación de cuotas alimentaria para menores en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, al mismo tiempo se quiere reconocer el manejo dado a la fijación de la cuota alimentaria para menores, en procura de garantizar su efectividad

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Asistencia alimentaria y cuota alimentaria

El ordenamiento jurídico colombiano *bajo la primacía de* la Constitu*ción Política de 1991*, *donde se* da una condición especial a la familia. Se *establece que* familia en términos generales es la base de la sociedad, es el escenario de la protección y del desarrollo de la especie humana. Por ello se consagró en la Constitución Política de Colombia la plena libertad para constituir una familia, con fundamento en los artículos 2° (fines esenciales del Estado) y 5° (el amparo de la familia);y se desarrolla en los artículos 42 (igualdad de derechos de los hijos), 43 (igualdad de derechos y oportunidades del hombre y la mujer), 44 (derechos fundamentales de los niños), 45 (derechos del adolescente), 46 (obligación del Estado la sociedad y la familia para con la tercera edad) y 95.2 (deberes). *(Asamblea nacional Constituyente, 1991).*

Igualmente, al señalar en el artículo 42, a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, y establecer que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja, la Carta Constitucional indica que la pareja que decide conformar una familia tiene los mismos derechos y obligaciones para con sus descendientes en el sostenimiento, el auxilio, la protección, el amparo, la alimentación equilibrada, la salud, la seguridad social, la educación, la cultura y la recreación entre otros aspectos, con el fin de garantizar el desarrollo armónico e integral de los menores y los adolescentes.

El derecho de alimentos desde lo postulados por la Corte Constitucional (2001 y 2003) en las sentencias C-919 de 2001 y C-156 de 2003 se concibe como la garantía que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios.

La obligación alimentaria está entonces en cabeza de la persona que, por mandato legal, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos. (Corte Constitucional, 2003 y Corte Constitucional, 2001). Garantía que conforme lo expresa el Congreso de la República (1887) en la Ley 57 es la asignación forzosa mediante la cual se garantiza la asistencia de alimentos, entendiéndose por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes, obligación que surge desde el momento de concebirse y no posterior al embarazo, dándole garantías aquel menor desde su etapa de formación, y generando esa obligación al padre, teniendo presente su capacidad económica al momento de generar su responsabilidad como alimentante.

Así mismo desde la sentencia C-1064 la obligación alimentaria no es solamente debe concebirse como una prestación de carácter económico sino especialmente una manifestación del deber constitucional de solidaridad y de responsabilidad fundados, de una parte, en la necesidad del alimentario y en la capacidad del alimentante y de otra en la libre determinación de constituir una familia y de elegir el número de hijos que se desea procrear. No obstante, la carencia de recursos económicos no impide la exigibilidad civil de la obligación, sino también y como consecuencia de lo anterior, la deducción de la responsabilidad judicial, por cuanto si el agente se sustrae al cumplimiento de una obligación, su conducta se considera punible, máximo si con ella coloca en grave riesgo a un menor (Corte Constitucional, 2000).

El "derecho a los alimentos" de acuerdo a Patiño (2015) tiene unas características específicas:

1.- Es un derecho personalísimo: el derecho a pedir alimentos es inherente a la persona, por tanto, solo el alimentario tiene derecho a disfrutarlos. Por ello no puede transmitirse ni por acto entre vivos, ni por causa de muerte; se dice entonces que es inalienable, esto es que no puede ser vendido, ni cedido de modo alguno. Este carácter hace que el derecho alimentario esté fuera del comercio.

2.- Es de orden público: quiere decir lo anterior que el derecho a pedir alimentos hace parte de ese conjunto de principios fundamentales en que se cimienta la organización social.

3.- Es irrenunciable: por ser de orden público se prohíbe la renuncia al derecho alimentario. El artículo 424 del (Congreso de la República, 2006) afirma que no puede renunciarse al derecho a los alimentos futuros; en cambio sí es posible esta eventualidad frente a las pensiones alimentarias atrasadas. Este derecho a pedir alimentos se haya tutelado, aún contra la voluntad del titular.

4.- No es cesible: los alimentos futuros tampoco pueden cederse, lo que es consecuencia de ser un derecho inherente a la persona.

5.- Es incompensable: dispone el artículo 425 del (Congreso de la República, 2006) "*el que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba al él*", toda vez que los alimentos están llamados a satisfacer necesidades actuales; esta prohibición no cobija a las pensiones atrasadas tal como lo dispone el artículo 426 del C.C.

6.- Es inembargable: aunque el Código Civil no consagra disposición expresa al respecto, debe concluirse que tal derecho no hace parte de la prenda general de acreedores del alimentado por ser personalísima. Según el numeral 14 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, no podrá embargarse derechos personales e intransferibles. (Congreso de la República, 2006).

7.- Es imprescriptible: el derecho a reclamar alimentos es imprescriptible en razón de que la obligación alimentaria se renueva día a día

en la medida en que nacen diariamente las necesidades del alimentario.

8.- Es transable: la transacción es un acuerdo en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual, está operará en los términos establecidos en el artículo 2474 (Congreso de la República, 2006), esto es cuando recaen sobre alimentos futuros, previa autorización judicial. Ahora bien, el juez se abstendrá de otorgar su venia al respecto si se trata de una transacción aparente o si conlleva a la renuncia de los mismos o a su compensación.

9.- Es conciliable: tal como lo define el artículo 64 de la Ley 446 del Congreso de la República (1998), "*la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, llamado conciliador*".

En coherencia, la Corte Constitucional (2002) mediante la sentencia C-1064 también ha señalado la responsabilidad en términos generales de los padres en cuidar aquellos que necesitan de cuidado, como son los niños (as) y adolescentes puesto que se encuentra en estado de indefensión y son amparados integralmente por la Ley. Y en consecuencia tienen el deber especial de velar por la su subsistencia con el fin de garantizar esa obligación alimentaria se ha hecho necesario.

La obligación alimentaria tiene carácter de reciprocidad y busca proteger a quien se encuentre en estado de indefensión, bien sea que se encuentre en estado de incapacidad física o mental, o que es menor de edad, o que pertenezca a la tercera edad, o por cualquier tipo de debilidad manifiesta. Por eso la Ley 1542 (Congreso de la República, 2012), eliminó el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria.

La fijación de cuota alimentaria: revisión desde lo procesal

Atendiendo a la necesidad de regulación de la figura de la cuota alimentaria como materialización de las asistencia alimentaria la Sentencia C-388 (Corte Constitucional, 2000) señala que las disposiciones constitucionales y legales

que establecen la responsabilidad de los padres respecto de los hijos, el deber de solidaridad familiar, y los derechos fundamentales de los menores, permiten que la sociedad albergue, con justicia, la expectativa de que quienes han decidido optar por la maternidad o la paternidad, están dispuestos a hacer lo que esté a su alcance para aumentar su nivel de ingresos de forma tal que puedan satisfacer las obligaciones que tienen para con sus hijos.

En tales circunstancias como afirma Torres (2011) la regulación de la inasistencia alimentaria como delito resulta ser un fenómeno reciente en la legislación colombiana, y su inclusión dentro de esquemas de tal naturaleza ya ajusta bastantes siglos, como que se detecta su presencia en ordenamientos de tradición babilónica y persa. En Colombia data del año de 1968 con la expedición de la Ley 75, haciéndose notorio que abarca apenas la prestación de carácter económico dejando por fuera la moral.

Como se puede apreciar el problema de la cuota alimentaria es un factor que viene desde hace casi cincuenta años, aunque ahora se le ha dado mayor rigor con el fin de hacer prevalecer los derechos de los niños por encima de los padres irresponsables con su cuidado y necesidades que se deben cubrir de manera permanente y no esporádica. El Código Civil Colombiano (Congreso de la República, 1887), por ejemplo va más allá al listar las personas a las que se debe alimentos siendo estas: el cónyuge; los descendientes; los ascendientes; a cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa; a los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales; a los ascendientes naturales; a los hijos adoptivos; a los padres adoptantes; a los hermanos; al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

Bajo este entendido con el fin de garantizar la protección física y alimentaria de los menores y el cumplimiento de sus derechos fundamentales nace la obligación de dar alimentos a quien le corresponda, entendiendo que una persona determinada debe brindar los medios de subsistencia a una persona que no puede proporcionarlos por sí mismo, el cual encontramos en el decreto 2737 de la Presidencia de la república (1989) Código del Menor derogado por la ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, la

cual mantuvo vigentes la normatividad existente en el proceso de alimentos. Como accionante del mecanismo la norma da las opciones de acudir a conciliación o por vía administrativa ante la defensoría y comisaria de familia o inspección de policía en donde residan los hijos, en donde se fijará la cuantía de la cuota alimentaria y las condiciones para su cumplimiento, además del agotamiento de los requisitos de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de familia.

CONCLUSIÓN

De la funcionalidad de la Cuota alimentaria como solución legal, al estado de los derechos de los niños en la realidad

Como lo menciona la constitución, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, de ahí surge la gran importancia de fortalecer los derechos y deberes que tienen los miembros que la conforman, por consiguiente, cuando se hace mención a los derechos de los niños , en primer lugar quienes tienen la responsabilidad de garantizar y velar por el desarrollo armónico e integral de los niños son los padres, quienes a su vez cuando se presentan conflictos en los cuales se ven inmersos los menores se deberá tomar medidas que favorezcan sobre todo al niño, teniendo en cuenta que por mandato constitucional establece dicha obligación a los padres.

Según lo antes mencionado, es de considerar que en el momento de presentarse una separación del núcleo familiar, los niños serían los más afectados, pues en muchas casos encontrándose el abandono por uno de sus padres, y llegando al punto de no cumplir con las obligaciones que les corresponde, por tal motivo es clara la norma cuando obliga en primer lugar a los padres y pone en funcionamiento todos los mecanismos que tiene a su alcance para lograr el objetivo que en todo caso será el goce efectivo de los derechos de los niños.

Desde los ámbitos internacional, nacional, los alimentos y en el derecho de familia, *se* han consagrado como una obligación civil el deber moral que asiste a una persona de suministrar a los niños (as) y adolescentes cercanos los medios necesarios para su manutención y desarrollo, cuando este último

los precise. “De esta forma es posible coaccionar jurídicamente a un sujeto de derechos a que realice un aporte, generalmente en dinero, o en especie, a favor de otra persona que podrá reclamarlo cuando no pueda generar ingresos o carezca de bienes” (Escudero, 2008).

Sin embargo la funcionalidad de la figura de la cuota alimentaria, como garante de los derechos de los niños queda entre dicho frente las evidencias incumplimiento, que desde lo expresado Pabón (2003) desde varias décadas se registra una tasa de incumplimiento de la inasistencia alimentaria en Colombia, la dinámica legislativa en términos generales ha buscado contrarrestar la problemática existente creando soluciones parciales, para poder contrarrestar el dilema de inasistencia, recurriendo a una norma judicial.

El incumplimiento de la obligación alimentaria trae no sólo consecuencias económicas para la persona encargada del menor, sino además, con esta violación de la norma, se genera un alto nivel de violencia intrafamiliar, la cual origina más vulneración de los derechos del niño, a vivir en un ambiente armonioso y pacífico, afectando directamente uno de los fines del Estado, consagrados en la constitución política de Colombia, en donde se busca asegurar a sus integrantes la vida digna, la convivencia y la igualdad.

Cómo citar este capítulo

APA

Aguilar Barreto, A., Rodríguez Manasse, G., Aguilar Bautista, Y., Aguilar Barreto, C., y Guevara, W. (2018). La cuota alimentaria y su funcionalidad frente al derecho de los niños. EN Aguilar Barreto, A., y Hernández Peña, Y. (Ed.), *La investigación jurídica: Reconociendo acciones normativas relevantes* (p. 92-104). Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Colombia. (Congreso de la República, 2000). Ley 599, *Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá, Colombia, 24 de Julio. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). Constitución Política de 1991. Gaceta Constitucional No. 116, del 21 de julio de 1991.Recuperado de: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125

Colombia. Congreso de la República. (1946). Ley 83, Orgánica de la defensa

del niño Bogotá, Colombia, diario Oficial No. 26.363, de 24 de febrero de 1947.

Colombia. Congreso de la República. (1998, Julio 7). Ley 446 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.

Colombia. Congreso de la República. (2006). Ley 1098. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Bogotá, Colombia, 8 Noviembre. Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006.

Colombia. Congreso de la República. (2012). Ley 1542 de 2012. Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial 48482 del 5 de julio de 2012.

Colombia. Congreso de la República. (1887). Ley 57 de 1887 Código Civil Colombiano, por la cual se realiza la adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional. 15 de abril de 1887, Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-388 de Abril 5, expediente D-2588. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-919, expediente D-3424. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería.

Colombia. Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-1064 de 16-07-00, expediente D-2793. Magistrado ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia. Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-156 de 2003, expediente D-4198. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia. Presidencia de la República. (1989). Decreto 2737 de 1989. Por el cual se expide el Código del Menor.

Escudero, M.C. (2008). *Procedimiento de familia y del menor: Aspectos sustantivos, procedimentales y prácticos*. (15a Ed.). Bogotá: Leyer.

León, E. (2009). *El giro hermenéutico de la fenomenológica en Martín Heidegger*. Instituto Tecnológico Internacional ITHI, Quito, Ecuador.

Martínez, M. (2008). Metodología de la investigación. *Editorial Mac Graw* ”

Hill. Bogotá. D.C.

Pabón, P. (2003). Delitos Contra la Familia. Bogotá: Doctrina y Ley Parra, J. (2008). Derecho de familia. Bogotá: Temis.

Patiño, N. (2015). El delito de inasistencia alimentaria en el ámbito legal colombiano. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Bogotá D.C.

Torres, (2011). Violencia intrafamiliar inasistencia alimentaria e incumplimiento de cuotas de alimentos aplicación de la Ley 311 de 1996 en empresas e instituciones de Medellín. Sistema de información para la seguridad y convivencia semillero en derecho de familia. Medellín, Colombia.

5 PROTECCIÓN A DERECHOS DE AUTOR DESDE EL DERECHO COMPARADO[23]

Leonardo Yotuhel Díaz Guecha[24], Andrea Johana Aguilar Barreto[25] y Juan Alexander Bonilla Ayala[26]

[23]Capítulo del libro producto del proyecto de investigación. Análisis a la protección de los Derechos de autor desde el derecho comparado, fecha de inicio 15 de agosto de 2016, fecha de finalización junio 22 de 2017, con tipología original de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta.

[24]Abogado Universidad Libre Cúcuta, Especialista en Gerencia de la Informática Universidad Remington Cúcuta, Magister en Educación Universidad Simón Bolívar, Estudiante de Doctorado en Ciencias de la Educación UPEL, Profesor del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Email: l.diaz01@unisimonbolivar.edu.co, yofaza@gmail.com.

[25]Abogada, 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. E-mail: andreitajaguilar@hotmail.com

[26]Estudiante de Derecho, Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta, j_bonilla2@unisimon.edu.co, juanalexanderbonilla@gmail.com

Palabras clave
Plagio, derecho de autor, protección, idea, citación.

Resumen
El presente artículo tiene como fin identificar las causas del plagio, y de qué manera desde el ámbito jurídico, se pueden proteger los derechos de autor, y como crear conciencia sobre su implementación, obligando a las personas a ver otras posibilidades de creación, incentivando a reinventar y no a copiar, más bien a generar conocimientos científicos. Es por esto que se fijó como objetivo general, la forma de cómo indagar sobre la protección de los derechos de autor desde el derecho comparado, a nivel académico en la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta, en la que se tuvo en cuenta la legislación colombiana y la legislación española, y para esto se hizo un análisis tomando en cuenta el paradigma interpretativo, ya que este va dirigido a las acciones humanas y a la práctica social, y a su vez ayuda al descubrimiento y comprensión de los fenómenos, todo desde el enfoque cualitativo para entender la realidad social, en este caso, para realizar un análisis de los diferentes conceptos para lo que se usó como fuentes de investigación, para las primarias el ordenamiento jurídico colombiano, y de manera internacional lo que se enmarca en el ordenamiento jurídico de España, siendo este uno de los primeros países en promulgar una ley para la protección de los derechos de autor. Y secundarias los convenios, acuerdos y tratados en los cuales Colombia hace parte. Adicional a estas, se tomó en cuenta los conceptos de algunos informantes clave, como docentes y estudiantes monitores de décimo semestre de derecho de la universidad Simón Bolívar sede Cúcuta.

Copyright Protection from Comparative Law

Keywords:
Plagiarism, copyright, protection, idea, citation.

Abstract
This article aims to identify the causes of plagiarism, and how from the legal point of view copyright can be protected, and how to raise awareness about its implementation, forcing people to see other possibilities for creation, encouraging to reinvent and not to copy, rather to generate scientific knowledge. This is why the general objective was to investigate the protection of copyright in comparative law at the Universidad Simón Bolívar-Cúcuta, which took into account Colombian legislation and Spanish Legislation, and for this an analysis was made taking into account the interpretative paradigm, since this is directed to human actions and social practice, and in turn helps the discovery and understanding of the phenomena, everything from the qualitative approach to understand the social reality, in this case to perform an analysis of the different concepts for what was used as sources of research, for the primary Colombian legal system, and internationally what is framed in the legal system of Spain , Being one of the first countries to enact a law for the protection of the copyright. And secondarily the agreements, agreements and deals where Colombia is a part. In addition to these we took into account the concepts of some key informants, such as teachers and students monitors of the tenth semester of law of the Universidad Simón Bolívar- Cúcuta.

INTRODUCCIÓN

La complejidad del mundo de hoy y el constante cambio en el que se encuentra, la evolución de la tecnología, el acceso cada vez más fácil a ella, ha contribuido a que se cambie la manera en la que se realiza investigación, conllevando a cometer plagio, debido a la facilidad con la que se puede encontrar cualquier tipo de información en la internet y hacerla pasar como propia, además que desde la segunda mitad del siglo XX y en especial a partir de la década de los 80, se viene hablando en forma creciente de una "ética de la investigación científica" (Miranda, 2013).

La presente investigación se realizó con el fin de indagar y analizar cuáles son las causas reales que inducen a cometer plagio, a la hora de realizar trabajos

escritos, partiendo de este contexto se hizo necesario definir qué es plagio, y la Real Academia de la Lengua Española (RAE) lo define como la acción de robar (RAE, s.f.).Y para los romanos el "plagiar" era "*Si liberum hominem emptor sciens emerit*, *capitale crimen adversus eum ex lege Fabia de plagio nascitur*, *quo venditor quoquefi t obnoxius*, *si sciens liberum esse vendiderit*." (Comprar a un hombre libre sabiendo que lo era y retenerlo en servidumbre, o en utilizar un esclavo ajeno como si fuera propio (Digesto,48). Ahora bien, para el desarrollo de la investigación se estableció como objetivo principal, analizar de manera jurídica, como se puede contribuir a la concientización de la gravedad del plagio a nivel académico en la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta, especialmente por la disponibilidad de trabajos científicos en el internet (Park, 2003) para lo que fue necesario realizar un recorrido por distintas teorías y conceptos de diferentes autores.

Marco Antonio Morales Montes, en su artículo: El plagio académico desde la perspectiva del Derecho de Autor dice: "…el material plagiado se constituye en un texto sin rigor científico y sin aportación a la ciencia, genera incertidumbre en la veracidad de lo que se desprenda de su contenido y la desconfianza por quien lo dice, causa el engaño y oculta información, funciona como un instrumento para la falsificación de certificaciones y usurpación de profesiones…"Morales (s/f), la afirmación que plasma el autor, hace referencia de manera abierta sobre las consecuencias que acarrea el plagio, que puede llegar a colocar en tela de juicio el profesionalismo de una persona y autonomía de sus trabajos.

Según Moyano (2012) el plagio puede tener varias connotaciones, que pueden partir desde lo legal hasta lo meramente intelectual. Es por ello que se propone realizar una comparación entre la normativa de Colombia y la de España, indagar por medio de diferentes instrumentos, tales como matriz de análisis legal y de la entrevista, con esta última se obtuvieron conocimientos y opiniones sobre el tema del plagio, para la aplicación de estos instrumentos se tomó en cuenta el paradigma interpretativo, ya que este va dirigido a las acciones humanas y a la práctica social, desde el enfoque cualitativo, porque posee un fundamento humanista para entender la realidad social.

Para realizar un análisis de los diferentes conceptos y puntos de vista sobre el plagio, se tomará como diseño, la hermenéutica, con el fin de interpretar textos,

y se hará uso del método de la Teoría Fundamentada de d, que consiste en una serie de pasos para analizar y categorizar la información, de esta manera que posibilitó un análisis e interpretación de la información y así proporcionar posibles soluciones ayudar a mitigar la problemática.

METODOLOGÍA

Esta investigación tiene como objeto analizar jurídicamente la protección de los derechos de autor desde el derecho comparado y para esto se tomó en cuenta el paradigma interpretativo, ya que este va dirigido a las acciones humanas y a la práctica social, y a su vez ayuda al descubrimiento y comprensión de los fenómenos, y como su nombre lo dice, permite interpretar las acciones que conllevan a cometer plagio. (León, 2008).

Es por esto que el paradigma interpretativo se puede adaptar al tema tratado dentro de la investigación "el plagio", y puede ayudar a detectar las condiciones en las que este se da, comprendiendo por qué ocurre, concibiendo que el plagio hace parte de la conducta social, y que este debe ser de manera individual, sin generalizar, aunque se perciben las similitudes al momento de ser observados.

Para aplicar este paradigma a la investigación, se tomará desde el enfoque cualitativo, ya que posee un fundamento humanista para entender la realidad social de la posición idealista que resalta una concepción evolutiva y negociada del orden social, percibe la vida social como la creatividad compartida de los individuos, y una de las características que se considera importante para esta investigación, es que intenta comprender la realidad dentro del contexto del tema investigado y puede describir el hecho en el que se desarrolla dicho acontecimiento, basándose en la descripción contextual de la situación mediante la recogida de datos que posibiliten un análisis e interpretación de la problemática (Martínez Miguélez, 2008).

En este caso para realizar un análisis de los diferentes conceptos y puntos de vista sobre el plagio, se tomará como diseño la hermenéutica, con el fin de interpretar textos, y se hará uso del método de la Teoría Fundamentada de Corbin y Strauss, que consiste en una serie de pasos para analizar y categorizar la información. (Corbin & Strauss, 2002).

Fuentes de la investigación

Documental. Como fuentes de investigación se tomaron para las primarias el ordenamiento jurídico colombiano, y de manera internacional lo que se enmarca en el ordenamiento jurídico de España, siendo este uno de los primeros países en promulgar una ley para la protección de los derechos de autor. Y secundarias los convenios, acuerdos y tratados en los cuales Colombia hace parte. Adicional a estas se tomó en cuenta los conceptos de algunos informantes claves, como docentes y estudiantes monitores de décimo semestre de derecho de la universidad Simón Bolívar sede Cúcuta.

Teniendo en cuenta estas fuentes, se presenta el cuadro 1 con las normas y leyes de protección de derechos de autor:

Cuadro 1
Normas y leyes de protección de derechos de autor.

FUENTES DE LA INVESTIGIÓN		
PRIMARIAS		SECUNDARIAS
ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	ORDENAMIENTO JURÍDICO, TRATADOS Y CONVENIOS DE ESPAÑA	CONVENIOS, ACUERDOS Y TRATADOS DE COLOMBIA
- Constitución Política de Colombia. - Decisión Andina 351 de 1991, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. - Ley 23 de 1982, Sobre derechos de autor. - Ley 44 de 1993, Por la cual se modifica y adiciona la ley 23 de 1982 y se modifica la ley 29 de 1944. - Ley 232 de 1995, Por medio de la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales. - Ley 599 de 2000 (Código Penal), artículos 270, 271 y 272. - Decreto 460 de 1995, Por el cual se reglamenta el Registro Nacional del Derecho de Autor y se regula el Depósito Legal. - Decreto 1070 de 2008, Por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 98 de 1993. - Decreto 1879 de 2008, Por el cual se reglamentan la Ley 232 de 1995, el artículo 27 de la Ley 962 de 2005, los artículos 46, 47 y 48 del Decreto Ley 2150 de 1995 y se dictan otras disposiciones.	- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. (Boletín Oficial del Estado, 2014). - Convenio de Berna. - Tratado de Budapest sobre Depósito de Microorganismos. - Acuerdo Organización Mundial del Comercio (GATT). - Tratado de Cooperación en materia de Patentes. - Convenio de Munich sobre la Concesión de Patentes Europeas. - Convenio de París para la Propiedad Industrial.	- El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Ley 33 de 1987). - La Convención de Roma, sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Ley 48 de 1975). - El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (Ley 170 de 1994). - El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor (WCT) (Ley 565 de 2000). - El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT) (Ley 545 de 1999).

Según Taylor y Bogdan (1986) entienden la entrevista como un conjunto de reiterados encuentros cara a cara entre el entrevistador y sus informantes, dirigidos hacia la comprensión de las perspectivas que los informantes tienen respecto a sus vidas, experiencias o situaciones.

Partiendo de los conceptos anteriores, la entrevista se realizó de manera dirigida, ya que permite guiar al entrevistado hacia el tema tratado, en este caso, hablar sobre el ordenamiento jurídico colombiano de los derechos de autor y el de España, así cumplir con los objetivos propuestos, se eligió una entrevista de tipo semiestructurada, en la que se tendrán en cuenta los conceptos de docentes y estudiantes monitores de décimo semestre de derecho de la universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Concepción jurídica de los derechos de autor en el ordenamiento jurídico colombiano

A partir de diferentes puntos de vista y teorías de algunos autores se pudo establecer un concepto claro con respecto al plagio, acto tipificado como delito, tanto en el código penal como en el código civil ya que puede vulnerar los derechos patrimoniales y los derechos morales de quien haya creado algo, es por esto que el ordenamiento jurídico colombiano tiene constituidas las normas de protección de los derechos de autor y de propiedad intelectual, por lo que se puede proferir que el plagio conlleva a consecuencias jurídicas y judiciales para quien infringe la norma y comete este hecho.

Colombia cuenta con un completo ordenamiento jurídico consagrado a la protección de la propiedad intelectual, que ha ido evolucionando y está en constante cambio, conforme la sociedad avanza, se puede decir que esto ha contribuido al desarrollo y ampliación del tema del plagio y es por esto que se ha acondicionado su normativa y actualizado conforme a las nuevas formas de plagio y/o violaciones a los derechos de autor; se puede comenzar por la constitución política emitida por la Asamblea Nacional Constituyente (1991), en el Artículo 61 se consagró la que la protección de la propiedad intelectual se debe dar conforme lo estipulan las leyes predispuestas para

este fin, entre las que se encuentran: la Ley 23 del Congreso de la república (1982), sobre derechos de autor que reconoce las obras y sobre las cuales protege los derechos de autor, teniendo en cuenta que solo pueden gozar de estos beneficios las que no se haya publicado o expresado en una forma similar que no sea una copia.

La Ley 44 del Congreso de la República (1993), indica la penalización a la que se expone una persona al momento de incurrir en el plagio, en la reproducción o copias no autorizadas de una obra o creación y la Ley 599 del 2000; Por la cual se expide el código penal en su artículo 270, violación a los derechos morales de autor incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veinte seis punto sesenta y seis a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, para los que violen los derechos morales de un autor, total o parcialmente, sin importar el medio o realice una inscripción si ser el autor o con otro nombre. (Congreso de la República, 2000).

El decreto 460 de la Presidencia de la República (1995), reglamenta el Registro Nacional del Derecho de Autor y se regula el Depósito Legal, este es una guía a seguir por los autores para realizar el respectivo depósito y registro de sus creaciones. En el ordenamiento jurídico también se regulan las instituciones educativas, según el Decreto 1070, por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 98 del Congreso de la República (1993), genera un estricto control con respecto a la reproducción de documentos impresos, parcial o completo, con el fin de evitar que en los establecimientos que ofertan educación formal, superior o capacitaciones, violen los derechos de autor.

Por otra parte, además de la normativa interna, Colombia está adscrita y tiene una amplia participación en diferentes convenios internacionales, que en conjunto ayudan a proteger los derechos de autor tales como: la Ley 33 del Congreso de la república (1987), en donde los países de la Unión, animados por el mutuo deseo de proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas, aprueba la suscripción al Convenio de Berna (OMPI, 1886). La Ley 48 del Congreso de la república (1975), aprueba la suscripción de Colombia a los instrumentos

internacionales: Convención Universal sobre Derecho de Autor, Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión. La Ley 565 del 2000, realiza un arreglo particular en el sentido del Artículo 20 del Convenio de Berna para la protección de los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas que se concede al autor, al que se han adherido 168 estados, como se puede ver Colombia está muy bien en materia de normas y leyes nacionales e internacionales.

Ahora bien surge la duda sobre el conocimiento que tienen los abogados en ejercicio y los abogados en formación, con respecto al tema del plagio, se pudo constatar por de una entrevista estructurada, realizada a once (11) personas entre los que se incluyeron docentes y estudiante de derecho de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, en donde se evidenció que los informantes coinciden en que el concepto de derechos de autor va encaminado hacia la protección de las creaciones de una persona, bien sean literarias, artísticas, científicas u otros, y están respaldadas por una serie de normas legales con el fin de que seas protegidos, otro punto es la importancia que se le debe dar al tema, y el desconocimiento y la falta de concientización, son factores que ocasionan e incurren para cometer plagio. Colombia es un país joven en esta materia, y por ende aún le falta camino por recorrer, pero se puede decir que ya hay avances y ha evolucionado para poder contrarrestar de forma legal el plagio, aplicando la normativa existente para su penalización.

Con respecto al conocimiento de la normativa colombiana y cuáles son los derechos que están contemplados para la protección de los derechos de autor se puede evidenciar que no todos los informantes saben o conocen con certeza qué derechos de autor están contemplados en el marco jurídico, pero aun así hay un conocimiento básico sobre lo que se protege como lo son los derechos patrimoniales y los derechos morales.

Protección de derechos de autor entre el ordenamiento jurídico colombiano y la legislación española: revisión comparada

La legislación española en el Real Decreto Legislativo 1, Reglamenta y unifica la ley de Propiedad Intelectual en España, en donde estipula tanto los derechos de los autores como también la penalización a la que se exponen las

personas en caso de incurrir a violación de la norma, España ha sido uno de los países que está a la vanguardia con todo lo que encierra el tema del plagio, y no son tan benevolentes a la hora de aplicar todo el peso de la ley sobre quien incida a cometer el delito.

Al igual que Colombia, España hace parte de los 168 estados adscritos al Convenio de Berna con el fin de proteger los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas que se concede al autor (OMPI, 1886). El Convenio de Berna, está diseñado para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, y fue aprobado por la Ley 33 de 1987. España también hace parte del Tratado de Budapest, que brinda seguridad a los científicos a la hora realizar el registro de una patente, recientemente Colombia entregó el instrumento de adhesión del Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes, esto se llevó a cabo en Ginebra-Suiza en mayo de 2016, se realizó con el fin de confirmar el interés de fortalecer el marco normativo colombiano.

España está adherida al Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), consiste en proteger una patente en varios países al mismo tiempo mediante la presentación de una solicitud internacional de patente, pueden presentar dicha solicitud los nacionales o residentes de los Estados Contratantes del PCT. Adicional hace parte del Convenio de Munich sobre la Concesión de Patentes Europeas, en donde se establece un procedimiento de concesión de patentes entre los países miembros, una persona puede solicitar una patente que tenga validez en los países que designe el convenio y por último el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, que protege inventos, marcas, diseños industriales, modelos de uso práctico, nombres comerciales, denominaciones geográficas y la represión de la competencia desleal, corresponde a tres categorías principales: trato nacional, derecho de prioridad y reglas comunes.

Otro instrumento utilizado, para comparar la normativa española con la colombiana, fue la entrevista en donde se le preguntó a los informantes, desde su experiencia o conocimientos ¿Cómo compararía la normativa colombiana con la internacional, con respecto a los derechos de autor?, no se especificó en la pregunta la comparación entre Colombia y España, pero partiendo de

las respuestas dadas por cada informante, se ve que no se tiene un amplio conocimiento sobre las normativas internacionales con respecto a la colombiana en materia de la protección de los derechos de autor, pero se constata que a pesar de esto se entiende que Colombia está vinculada con la normativa internacional y con algunas de las organizaciones que velan por los derechos de autor, y algunos sugieren que la norma colombiana articule un poco más sobre la protección de los derechos de autor y se adapte al modelo español o brasileño y coinciden en que es posible que los derechos de autor sean protegidos de manera internacionalmente, a través de los convenios y tratados a los cuales Colombia se ha adscrito.

Los convenios, tratados, normas y leyes sobre derecho de autor y derechos conexos de cada país y los que se han hecho en conjunto que abarcan internacionalmente a los adheridos, han evolucionado a lo largo de los años, replicando sobre los avances económicos, sociales, culturales, tecnológicos y políticos de la sociedad, ajustándose al continuo cambio en el que se encuentra el mundo entero.

Manejo procesal a las situaciones que vulnera los derechos de autor en el contexto académico de los alumnos de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta

En la entrevista se le preguntó a los informantes, ¿Qué acciones legales pueden emprender los autores de proyectos de grado, cuando sus derechos se han visto vulnerados? A lo que contestaron y coinciden en que hay que demandar he interponer acciones penales y acciones civiles, con el fin de llevar hasta la última instancia, también se concluye que se debe realizar la acusación primero en la institución educativa en la cual se hizo entrega del proyecto y que se sigan los lineamientos internos para tal situación y se emitan los correctivos y sanciones pertinentes. Cabe traer al contexto la respuesta en específico de uno de los informantes, ya que se considera que maneja un poco mejor sobre el trato que le da la universidad en caso de que incurrir en el hecho: "Tienen que tener claridad, una cosa es el plagio y otra cosa es el fraude. Cuando se toma información de un proyecto de grado sin importar si es de pregrado o posgrado, esa información se tomó y se presentó ante un profesor o una institución, eso pasa a ser plagio si ese proyecto de grado ya está publicado como tal; es decir que fue culminado, pasa hacer de una u otra manera fraude también y tiene una penalización.

Primero el fraude se da cuando se toma la información y se utiliza para un fin; y plagio se da cuando está publicado, entonces en el caso de esos proyectos los autores pueden primero que todo, si está publicado en una institución pública o privada, los autores deben ir a las dependencias en el cual está registrado el producto. Si en la institución no existió un filtro como tal, entonces de una u otra manera la institución primero que todo es la responsable y posteriormente las personas que tomaron la información ¿Por qué la institución primero? Porque si la Institución no tiene los filtros o los controles sobre la información que se sustenta en los proyectos de grado, entonces de una u otra manera la institución tiene responsabilidad, pero el estudiante que presenta la información a beneficio propio también tiene una responsabilidad. Si no existen esos filtros pasa a ser responsabilidad de la institución." Se puede evidenciar la importancia de definir y diferenciar el fraude del plagio, y con respecto a las respuestas generalizadas de los informantes, refleja la poca información que se tiene sobre cómo actuar ante tal situación.

En la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta, establece el reglamento estudiantil vigente desde el 2003 en donde se puede constatar que en el artículo 76. Faltas disciplinarias inciso f, que realizar fraude de cualquier naturaleza en los trabajos escritos solicitados por el docente o en las evaluaciones de las asignaturas que cursa. Y el artículo 112 de las faltas disciplinarias numeral 3) Realizar fraude de cualquier naturaleza en los trabajos escritos e informes de práctica o en las evaluaciones académicas que se le hagan, en caso de que los alumnos incurran en alguna de estas faltas podrán acarrear sanciones, las cuales no son muy claras, pero bien y partiendo de la jurisprudencia colombiana, se puede interponer demandas legales con el fin de proteger los derechos que como autor de una obra se tiene derecho. (Universidad Simón Bolívar, 2013).

CONCLUSIÓN

Protección de los derechos de autor desde el derecho comparado, a nivel académico, en la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta

Uno de los propósitos de la investigación fue analizar las causas del plagio, y cómo de manera jurídica se podría contribuir a la disminución y al

mismo tiempo la concientización de los estudiantes de que plagio, es un delito y como tal puede tener diferentes implicaciones penales, así como se declara en la ley 1032 en su artículo 271 (Secretaría del Senado, 2006). Partiendo de los resultados obtenidos en esta investigación se pudo evidenciar que el plagio es un tema nuevo y complejo, ya que no se ha tomado en serio por parte de los estudiantes y no todos los docentes realizan las respectivas exigencias, si es verdad que en el aula de clase se menciona que es importante hacer citaciones, pero en qué momento se le enseña al alumno y se le motiva a crear, a realizar de forma adecuada investigación, ahora bien el robo de ideas o mejor, el copy-paste, se ha convertido en una práctica común y en una continua solución al momento de realizar trabajos escritos, que por pereza y de pronto por falta de interés el alumno lo toma o se va por el facilismo.

En la investigación Propiedad Intelectual y Plagio en Trabajos Académicos y Profesionales, de Fernando M. Toller, dice: "Las exigencias y responsabilidades propias de la tarea académica incluyen, como pautas elementales e importantes, el respeto a la autoría de las ideas ajenas, obrando de acuerdo con las obligaciones de lealtad, buena fe, cuidado y previsión que son requeridos en todo buen hacer científico o universitario" (Toller, 2011), tomando en cuenta la anterior afirmación se puede decir que va de la mano con los conceptos encontrados sobre plagio y la ética que cada profesional bien en formación o en ejercicio debe tener presente.

La problemática del plagio data de épocas antiguas, en donde no existían leyes que defendieron los derechos de autor, en consecuencia si su obra era robada no había forma de comprobarlo, de ahí la necesidad de proteger lo creado, cada país ha ido evolucionando conforme la sociedad cambia, y cada vez más crece su complejidad, actualmente la era digital está en continuo cambio y las personas van a la par con ella, la Internet es un factor importante, ya que con el sólo hecho de realizar una búsqueda esta arroja cualquier cantidad de información relacionada con el tema, retomando a Temiño (1999) "El tratamiento digital y la indexación de obras textuales de todo tipo de naturaleza, así como el avance constante en las aplicaciones y sistemas de procesamiento de textos, unido a la masiva cantidad de materiales que Internet y otras redes han puesto a nuestro alcance…", ahora bien, partiendo de estas palabras, es posible decir que la Internet es el medio por el cual se hace fácil para los estudiantes, tomar ideas de otros y hacerlas pasar

como propias, haciendo que terminan por olvidar las bases de una investigación y la importancia que esta tiene a la hora de elaborar trabajos escritos, haciendo de copiar un sinónimo de investigación, una investigación facilista y sin fundamentos.

Es preocupante ver cómo ocurre esto, y que los futuros profesionales sigan con estas prácticas, antiéticas en su campo laboral, ocasionando un problema para el espacio académico y científico, en España el plagio, de comprobarse es castigado por medio de acciones legales, según está estipulado en el Artículo 270 del Código Penal de España expedido por la jefatura de estado (1995), que conlleva a estar en prisión y pagar una multa, según sea el caso, en Colombia este se castiga por medio por medio artículo 270 del código penal, coincidencialmente, y por el artículo 14 de la Ley 890 del Congreso de la República (2004), si se realiza una comparación entre las normas colombianas y españolas, las dos castiga el plagio o la violación a los derechos de autor, ambas se puede llegar a encarcelar o pagar multas, a quien cometa este tipo de hechos. La norma ha sido creada para proteger y velar por la integridad de una obra, resguardando los derechos morales y patrimoniales a los que el autor tiene desde el momento mismo que comienza realizarla.

Otra preocupación que surge en el transcurrir de la investigación es la poca documentación que tienen los abogados en ejercicio y en formación, sobre el tema del plagio y los derechos de autor, esto se evidenció en los hallazgos encontrados por medio del instrumento de la entrevista, adicional a esto saben que existe una norma que los protege pero no la conocen a profundidad y no podrían realizar una amplia interpretación de ella, es más no todos tienen muy claro que hacer o cómo proceder, en caso de ser plagiados o en donde realizar, en primera instancia una reclamación en caso de que exista.

Esta investigación ha contribuido a la identificación de los factores que influyen en la práctica del plagio, y las consecuencias que conlleva el hecho, pero también contribuyó a precisar, y en concordancia con varios autores, que la Internet es un gran facilitador de esto, pero también cabe resaltar que apoya para su detección por medio de herramientas especializadas.

Por otra parte, esta experiencia hizo que se llegara a la conclusión de que aún hace falta mucho por profundizar en el aula de clase de los futuros

abogados, la conceptualización sobre el tema del plagio, partiendo que se da de manera superficial y no conocen la norma y por ende no saben darle el enfoque o aplicabilidad que requiere y podrían deformar la norma; se hace importante obtener una formación académica y conocimientos sólidos, ya que el plagio no solo se da en proyectos de investigación sino que también en otras disciplinas y campos.

Es aquí donde se resalta la importancia, de la continua actualización de los docentes, y vayan siempre de la mano con el alumno, con el fin de avanzar a la par con la sociedad que se encuentra en constante cambio.

Ahora bien, cabe notar el crecimiento que tiene Colombia con respecto a las normas y leyes que protegen los derechos de autor, partiendo de la comparación con España, ya que este último es uno de los países que ha hecho esfuerzos en combatir el plagio y que es más severo a la hora de castigar estos hechos, claro está que Colombia no se queda atrás y ha empezado un duro camino para combatirlo.

Cómo citar este capítulo

APA

Díaz Guecha, Y., Aguilar Barreto, A., y Bonilla Ayala, J. (2018). Protección a derechos de autor desde el derecho comparado. EN Aguilar Barreto, A., y Hernández Peña, Y. (Ed.), *La investigación jurídica: Reconociendo acciones normativas relevantes* (p. 105-120). Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletín oficial del estado. (Noviembre, 2014). Real decreto legislativo. Gobierno de España. [En línea]. Recuperado de: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930&p=20141105&tn=1.

Temiño, I. (1999). Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

Colombia Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). Constitución Política de 1991. Gaceta Constitucional No. 116, del 21 de julio de 1991. Recuperado de: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125

Colombia. Congreso de Colombia. (2000, Julio). Ley 599. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial 44097. [En línea]. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr010.

html#270.

Colombia. Congreso de la República. (1975, diciembre 12). Ley 48, Por medio de la cual se autoriza la adhesión de Colombia a los siguientes Instrumentos Internacionales: "Convención Universal sobre Derecho de Autor", sus Protocolos I y II, revisa en Paris el 24 de julio de 1971 y se aprueba la "Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión", hecha en Roma el 26 de octubre de 1961.

Colombia. Congreso de la República (1982, 28 de enero). Ley 23 del 28 de enero de 1982.

Colombia. Congreso de la República.(1987, octubre 26). Ley 33 DE 1987 "por medio de la cual se aprueba el 'Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas', del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y en París el 24 de julio de 1971"

Colombia. Congreso de la República. (1993, 5 de febrero). Ley 44. Diario Oficial No. 40.740, del 5 de febrero de 1993.

Colombia. Congreso de la República. (1993, Diciembre 23). Ley 98, Por medio de la cual se dictan normas sobre democratización y fomento del libro colombiano. Diario Oficial 41151, del 23 de diciembre de 1993.

Colombia. Congreso de la República. (2004, Julio) Ley 890 Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. Diario Oficial 45602, de julio de 2004.

Colombia. Congreso de la República, (2000). Ley 599, *Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá, Colombia, 24 de Julio. Diario Oficial No. 44.097, de 24 de julio del 2000.

Colombia. Congreso de la República. (2016, Octubre). Secretaría del Senado. Ley 1032. Código Penal. Colombia. [En línea]. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1032_2006.html.

Colombia. Presidencia de la República. (1995, Marzo 21). Decreto 460, por el cual se reglamenta el Registro Nacional del Derecho de Autor y se regula el Depósito Legal. Diario Oficial 41768

Corbin, J. y Strauss, A. (2002, Diciembre). *Bases de la investigación cualitativa: técnicas*

y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada (p. 341). Medellín: Universidad de Antioquia.

Decisión Andina 351 de 1991, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

España. Jefatura del Estado. (1995, Noviembre).Código Penal Español. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del [En línea]. Recuperado de: https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf.

León, A. (2008, Abril). El giro hermenéutico de la fenomenológica en Martín Heidegger. Polis. [En línea]. Recuperado de: https://polis.revues.org/2690.

Martínez, M. (2008). *Epistemología y metodología cualitativa en las ciencias sociales.* México, D.F.: Trillas.

Miranda Montecins, A. (2013). plagio y ética de la investigación científica. *Revista Chilena de derecho*, vol. 40 Nº 2, pp. 711 – 726.

Morales, M. (s/f). Derecho de autor. (s.f.). [En línea]. Recuperado de: https://goo.gl/jd5fvJ

Moyano, A. (febrero, 2012). El plagio en la investigación de la tesis. [En línea]. Recuperado de: http://www.comunidadtesis.com/2012/02/27/el-plagio-en-la-investigacion-de-la-tesis/.

PARK, C. (2003). In other (people's) words: Plagiarism by university students – literature and lessons learned. *Assessment & Evaluation in Higher Education*, 28, 471-488.

Real Academia Española. (s.f.). [En línea]. Recuperado de: http://dle.rae.es/?id=TIf06In.

Taylor, S.J. y Bogdan, R. (1986). "*Introducción: ir hacia la gente*", *en Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. México, Paidos

Toller, F. (Noviembre, 2011). Propiedad intelectual y plagio en trabajos académicos y profesionales. *Universidad Externado de Colombia*. Revista Nº 15 [En línea]. Recuperado de: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3000/2644.

Universidad Simón Bolívar. (Enero, 2013). Reglamento Estudiantil. [En línea]. Recuperado de: http://www.unisimoncucuta.edu.co/documentos/Anexo%208_%20Reglamento_Estudiantil

6

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: CASO COLOMBIANO FRENTE A LA GARANTÍA DE EJECUTABILIDAD DE ÓRDENES EMITIDAS POR EL TRIBUNAL INTERAMERICANO[27]

Sergio Hernando Castillo Galvis[28] y Carlos Arturo Gómez Trujillo[29]

[27]Artículo de resultado de investigación es derivado del Proyecto de investigación que lleva por título, El Ejercicio del Control de Convencionalidad por los Jueces Administrativos de Cúcuta en procesos de reparación directa. Fecha de inicio: 01/03/2016. Tipo de artículo: Original producto de investigación. Grupo de investigación: Tendencias Jurídicas Contemporáneas.

[28]Abogado. Candidato a Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta. Profesional Especializado Jurídico de la Cámara de Comercio de Cúcuta. Correo institucional: s_castillo@unisimon.edu.co; correo personal: sergiohcastillogalvis@gmail.com

[29]PhD (c) Filosofía y ciencias Políticas Universidad Autónoma Nuevo León Monterrey Abogado, Universidad Libre; Magister en Derecho Administrativo, Universidad Libre. Contador Público, Universidad Francisco de Paula Santander, Docente Programa de Derecho, Universidad Simón Bolívar, Coordinador de La maestría en Derecho Administrativo de la universidad Simón Bolívar. Correo institucional: c.gomez@unisimonbolivar.edu.co; y personal: arturogotru@gmail.com

Palabras clave:

Control de convencionalidad, reparación integral, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ius commune* interamericano.

Resumen

El presente artículo de resultados de investigación es producto de un trabajo investigativo, que tiene por objeto analizar el ejercicio del control de convencionalidad por los jueces administrativos en Cúcuta. No obstante, bajo las sendas providencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en que declara internacionalmente responsable a Colombia por violación a múltiples prerrogativas reconocidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, razón por la cual es importante determinar los mecanismos existentes a nivel interamericano y nacional frente al cumplimiento de las órdenes emitidas por el Tribunal. Para tal fin, se adoptó como técnica el análisis de contenido e instrumento la matriz de análisis documental, propendiendo un interés práctico de investigación de tipo cualitativo, alcanzando la postura en que un "oportuno" y "adecuado" control de convencionalidad se constituye como instrumento para la correcta ejecutabilidad de las órdenes emitidas contra Colombia.

The control of conventionality as an instrument to guarantee the enforceability of orders issued by the Inter-American Court against Colombia: a case study

Keywords:
Control of conventionality, integral reparation, Inter-American Court of Human Rights, *ius commune* interamericano.

Abstract
The present article of research results is the product of a research work, which aims to analyze the exercise of conventionality control by administrative judges in Cúcuta. However, under the respective orders issued by the Inter-American Court of Human Rights in which it declares Colombia internationally responsible for the violation of multiple prerogatives recognized in the American Convention on Human Rights, which is why it is important to determine the existing mechanisms at the Inter-American national against the fulfillment of the orders issued by the Court. To this end, the analysis of content and instrument was adopted as the technique of the documentary analysis matrix, favoring a practical research interest of a qualitative nature, reaching the position in which an "appropriate" and "adequate" control of conventionality is constituted as an instrument for the correct enforceability of the orders issued against Colombia.

INTRODUCCIÓN

Con la Carta de Bogotá de 1948 se constituye la Organización de Estados Americanos (OEA) la cual tuvo por finalidad - entre otros- el lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Colombia fue uno de los 21 estados que suscribió el instrumento internacional en su fecha de acuerdo, y el cual entraría en vigencia en 1951 - para el caso Ecuatoriano sería en 1950 cuando entrará en vigencia esta misma Carta-, creando entre sus órganos (Artículo 106) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que tiene por función principal "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la organización en esta materia"; y su estructura, competencia

y procedimiento sería definida a través del instrumento que años posteriores se denominaría como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la cual cumpliría con la finalidad para la cual fue creada en su artículo 34 y subsiguientes.

No obstante, teniendo en cuenta el carácter consultivo otorgado a la CIDH, se encontró la necesidad de crear un órgano jurisdiccional que se encargará de configurar la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las disposiciones previstas en el instrumento interamericano, y que se traducen "en una sentencia declarativa y condenatoria que en su caso corresponda" (García, 2011,pp. 125), por lo anterior, la CADH creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante Corte IDH) confiriendo funciones jurisdiccionales, consultivas, preventivas y reparadoras, propias de la garantía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (a partir de criterios determinantes de competencia de *ratione temporae*, *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione loci*), siendo que en ejercicio de su función se constituye la de ser el intérprete natural de la CADH y para algunos autores - como Fajardo (2015) el órgano de cierre en materia convencional, asumiendo de esta forma la función de determinación del sentido, alcance y contenido propio de los derechos y garantías consagradas en el instrumento interamericano.

Derivado de estas funciones, la Corte en ejercicio de su función interpretativa estableció el paradigma denominado como "derecho vivo" que mencionara en el Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú (Corte IDH. 2004) al señalar - refiriéndose a las medidas de protección que debía adoptar el Estado frente a los derechos de los niños- que:

> Sobre el particular, esta Corte ha entendido que tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte […] como la Corte Europea [...], ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. (par. 165).

El Tribunal Interamericano ratificaría este criterio en la Sentencia del Caso Duque vs Colombia (Corte IDH. 2016) al aducir que "la interpretación

evolutiva de la Convención es entender sus disposiciones en la perspectiva de determinar cómo jurídicamente ellas prescriben que se deben abordar estos novedosos asuntos o problemas." Bajo el criterio de estos autores, producto de esta interpretación evolutiva, surge el control de convencionalidad como respuesta al "déficit que es posible constatar en los múltiples casos que llegan al Sistema de Protección de los Derechos Humanos" (Nash C. 2013. pp. 491), siendo "el punto de convergencia que permite el diálogo jurisdiccional a la luz de las experiencias nacionales e influye en generar una articulación y estándares en materia de protección a los derechos humanos" (Bazán, 2011, citado por Fajardo 2015. pp. 24).

Para efectos pedagógicos, se pretende desarrollar los siguientes ejes temáticos: a) Fundamentos del control de convencionalidad: elementos sustantivos y adjetivos del mecanismo; b) Mecanismos internacionales para asegurar el cumplimiento de las órdenes emitidas por la Corte en contra de Colombia; c) Mecanismos internos para la efectividad de las órdenes emitidas por la Corte IDH en contra de Colombia y; d) El control de convencionalidad como instrumento para garantizar la correcta ejecutabilidad de las órdenes emitidas por el Tribunal Interamericano en contra de Colombia.

METODOLOGÍA

El presente artículo tiene por finalidad analizar los elementos que podrían constituir al control de convencionalidad como un mecanismo -producto de la interpretación evolutiva de la CADH en respuesta al déficit en el cumplimiento de las disposiciones mínimas convencionales- para hacer efectivas las órdenes emitidas por la Corte IDH en contra de Colombia, a partir de un estudio de caso sobre dos providencias en particular: Masacre de Santo Domingo y Masacre de 19 Comerciantes, señalando que esta es resultado de un proyecto de investigación desarrollado al interior de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta y que lleva por título: "el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los jueces administrativos del circuito judicial de Cúcuta en los procesos de responsabilidad estatal en contra del Estado".

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Fundamentos del control de convencionalidad: elementos sustantivos y adjetivos del mecanismo

La ratificación de un instrumento internacional como la CADH, (1994) conlleva asumir una serie de obligaciones para el Estado respecto a la garantía en la efectividad de los derechos y libertades allí consagradas en el artículo 1, así como la obligación de adoptar las medidas de toda índole para compatibilizar las normas de carácter interno frente a las disposiciones del nuevo cuerpo normativo (artículo 2). Es de esta manera como la Corte IDH afirma que emitir normas de cualquier materia o jerarquía que desconozca los postulados previstos en la CADH, conllevan una violación per se[30] de la misma, y por tanto las disposiciones que de ella se derivan no produce efecto jurídico alguno, como lo señala en la Opinión Consultiva No.14 (Corte IDH. 1994) al manifestar que:

> La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.

Agrega que, así como existe una violación *per se* de la Convención por la sanción de una ley - en su más amplio sentido- incurre en responsabilidad internacional el Estado cuyas autoridades de cualquier orden, apliquen una ley manifiestamente contraria al objeto y fin de la CADH.

Como evolución de ello y constituyéndose como un tema ampliamente discutido y aún novedoso a partir de las complejidades que ha traído consigo su efectivización, es el control de convencionalidad, teniendo en cuenta que se le han otorgado múltiples definiciones, características, tipologías, efectos y finalidades, y transcurridos más de catorce años desde su primera mención como categoría y once desde su acepción como control difuso, todavía resulta

30 Este apartado sería desarrollado por Quinche, F. (2014) en su texto: "Control de convencionalidad" de Editorial Temis.

compleja su aplicación al interior de los sistemas jurídicos internos de los estados parte del SIDH, dado que su constante evolución ha traído consigo -en algunos casos - incertidumbre en su aplicación, impidiendo su efectiva implementación. A continuación, se propone un breve esbozo de la evolución del mecanismo:

Para el año 2003, mediante voto razonado del juez Sergio García Ramírez en el Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala (Corte IDH. 2003) otorgó la denominación de "control de convencionalidad" al ejercicio de configuración de responsabilidad del Estado por desconocimiento u omisión de las disposiciones de la CADH, concibiendo su ejercicio de carácter concentrado (Ferrer,2011, p. 558), internacional (Nash, 2013, p. 491) o propio, original - externo (García, 2011, p. 126), en cabeza exclusivamente de la Corte; criterio este ratificado en el cuerpo de la Sentencia para el Caso Tibi vs Ecuador (Corte IDH.2004).

No obstante, lo anterior en el año 2006 evoluciona y el Tribunal Interamericano denomina ahora como "especie de control de convencionalidad" (Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs Chile) mostrando un avance en lo inicialmente concebido, para ello reconoce que los jueces de un Estado Parte de la CADH se encuentran sujetos al imperio de la ley (artículo 230), pero desde el momento en que se ratifica y/o aprueba un instrumento internacional de esta característica, igualmente se encuentran sometidos a velar por garantizar su efecto útil para lo cual ejercerán esa especie de control entre las normas internas y las disposiciones de aquélla, teniendo como presupuesto las interpretaciones que de esta realice la Corte IDH, para el caso Ecuatoriano sería el artículo 172[31] constitucional.

Este es el momento hito en materia del control difuso de convencionalidad (Ferrer, 2011) en palabras de García (2011) "control judicial interno de convencionalidad" - porque inicia su construcción con elementos mínimos como:

31 Ecuador. Constitución Nacional. Artículo 172: "Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley".

- Establece como **destinatarios** a todos Los jueces, es decir, reservando el ejercicio en el poder judicial, razón por la cual autores como Don Sergio García Ramírez le conciben como "control judicial de convencionalidad (García, 2011).

- Inicialmente su **ámbito de aplicación** corresponde: a) *ratione personae*, de acuerdo la respectiva jurisdicción del Estado signatario; b) *ratione materiae*, la CADH y su interpretación por la Corte IDH; c) *ratione temporae*, por regla general posterior a la ratificación del instrumento por el Estado y; d) *ratione loci* por encontrarse en territorio de un Estado parte de la CADH.

- **Finalidad:** Garantizar el efecto útil de la CADH. No obstante presentará innovaciones en sus elementos sustantivos y adjetivos, teniendo en cuenta que los preceptos determinados por la Corte IDH en múltiples pronunciamientos permiten efectuar el siguiente catálogo:

- **Destinatario:** Toda autoridad pública (Caso Gelman vs Uruguay, 2011) y como lo reafirma en la resolución de cumplimiento del mismo caso en el año 2013 (Corte IDH, 1992, Paf. 239), entendiendo por autoridad y que ésta "es pública cuando el poder del que dispone proviene del Estado, de conformidad con las instituciones que lo rigen. Subjetivamente hablando, la expresión **autoridad** sirve para designar a quien encarna y ejerce esa potestad. Para el acceso a mecanismos judiciales concebidos para la defensa de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho de amparo o recurso extraordinario en otros sistemas, o de la acción de tutela entre nosotros, por "autoridades públicas" deben entenderse todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen y afecten a los particulares" (Corte Constitucional, 1992).

- **Ámbito de aplicación:** a) *ratione personae*, encontrándose como sujeto de protección en la respectiva jurisdicción del Estado signatario; b) *ratione materiae*, corpus iure interamericano, determinado por los estándares

fijados por instrumentos y providencias emitidas por la Corte IDH y que reconocen su función jurisdiccional; c) *ratione temporae*, por regla general posterior a la ratificación del instrumento por el Estado y; d) *ratione loci* por encontrarse en territorio de un Estado parte de la CADH.

Nótese cómo el principal avance lo presentó en lo que Sagües. (2010) denomina material controlante y material controlado, siendo que el primero relaciona la CADH y todo instrumento internacional que reconozca la competencia contenciosa de la Corte IDH, así como las propias providencias emitidas por la Corte IDH, como: a) Sentencias (Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas; Resoluciones de cumplimiento (artículo 31 Reglamento de la Corte); Opiniones Consultivas (Bazán, 2015); Instrumentos internacionales referentes al denominado soft law, como la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano.

- Tipología:

- Difuso y concentrado (Ferrer, 2010).
- Abstracto y concreto. (Leon, 2015).
- Ex-oficio o a petición de parte (Corte IDH. Caso Aguado Alfaro vs. Perú).
- Preventivo y correctivo (Sagües, 2010).
- Control complementario de convencionalidad (Caso Masacre Santo domingo vs. Colombia. 2012) derivado del principio de complementariedad en que se fundamenta el SIDH.
- Control nacional o internacional (Nash, 2013).

-Efectos del control:

Desde otra perspectiva, y constituyéndose en el fundamento de la teoría de "las intensidades del control de convencionalidad" (Ferrer, 2010) al comprender que dependiendo de los efectos de la fiscalización resulta de mayor o menor intensidad, a partir de los efectos que pueda tener su ejercicio por parte del juez, otorgando mayor a aquel que pueda derogar su validez.

Conocimiento por parte de las autoridades públicas acerca de las disposiciones propias del corpus iure interamericano, así como las providencias emitidas por la Corte IDH en que determina: i) órdenes de reparación por la configuración de un daño o; ii) criterios relevantes de interpretación cuando el Estado no es parte.

- Finalidades u objetivos del control:

- Garantizar el efecto útil de la CADH (Caso Almonacid Arellano vs. Chile).

- Conformar un corpus iure interamericano (García. 2011).

- Prevenir la configuración de un hecho ilícito internacional por el Estado que lo ejerce (Bazán. 2015).

- Protección más garantista de los derechos fundamentales constitucionales.

- Asumir rol protagónico al interior del Sistema Regional de Protección, y ser insumo para el correcto cumplimiento[32] de las Sentencias emitidas por la Corte IDH.

32 Corte IDH. (2013). Resolución de Cumplimiento del Caso Gelman Vs Uruguay. Señala la Corte que: "este control también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.

b) Mecanismos en el SIDH para asegurar el cumplimiento de las órdenes emitidas por la Corte en contra de Colombia.

Al interior del SIDH y específicamente en funciones propias de la Corte IDH se han propuesto mecanismos para el cumplimiento de las órdenes emitidas en sentencias declarativas de responsabilidad internacional por un hecho ilícito internacional, las cuales serán enunciadas a continuación. Sin embargo, es necesario recordar previamente que la obligatoriedad en su cumplimiento se deriva -entre otros - del artículo 26 de la Convención de Viena sobre Tratados, el principio de *Pacta sunt servanda* y el artículo 68[33] de la CADH, siendo objeto de estudio en este artículo el control de convencionalidad se convierte igualmente en un mecanismo dual en los ámbitos nacional e internacional para asegurar el cumplimiento de las órdenes.

Del propio reglamento de la Corte Interamericana se deriva por excelencia un mecanismo, en su ejercicio funcional, para garantizar que las órdenes en materia judicial y reparatoria - restauradora se cumplan en las condiciones allí previstas y son las resoluciones de cumplimiento, las cuales según el artículo 69 son el resultado de la siguiente línea metodológica:

i) Presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. **Nota.** La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes;

ii) La corte podrá requerir a otras fuentes de información o datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos;

33 De esta disposición se originan dos elementos: El numeral primero establece la obligación del Estado responsabile a cumplir con la parte resolutiva de la sentencia. SIn embargo, por vía jurisprudencial se ha reconocido que la parte motiva efectúa - en mayoría--. "un sólido análisis de fondo de cada caso lo que conlleva la determinación de estándares internacionales" (Fajardo Z. 2014. pp. 30) que se convierten en criterios de relevante interpretación para los Estados signatarios.

iii) Eventualmente la Corte IDH podrá convocar a la realización de audiencias para verificar el cumplimiento y finalmente;

iv) Emite la respectiva resolución de cumplimiento, siendo este el acto mediante el cual el SIDH - teniendo en cuenta la participación que tiene la CIDH sin perjuicio de lo previsto en el numeral quinto del mismo artículo- verifica el cumplimiento de las órdenes impartidas por el órgano jurisdiccional con ocasión a la configuración de un daño frente a un hecho ilícito internacional.

En la más reciente resolución emitida por el Tribunal en caso contra Colombia, específicamente en el Caso 19 Comerciantes (Corte IDH. 2004), la Corte IDH reafirma que la obligación de los Estados Parte de la Convención en garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos (Corte IDH. 2016). Agrega que "Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos", traducido en la efectividad de las órdenes emitidas en la parte resolutiva de la sentencia en todos sus componentes de reparación.

c) Mecanismos internos para la efectividad de las órdenes emitidas por la Corte IDH en contra de Colombia

La Corte IDH se ha pronunciado en múltiples ocasiones en contra de graves violaciones a los derechos humanos que son atribuibles al Estado colombiano, existiendo en su línea jurisprudencial algunos elementos comunes en la configuración del hecho ilícito internacional que dió lugar - en virtud de los artículos 1.1, 2.1 y 63 de la CADH- a las medidas reparadoras previstas en la respectiva parte resolutiva de la misma. Sin embargo, en ocasiones los mecanismos internacionales no resultan eficaces en la observancia al cumplimiento de las órdenes en los plazos y condiciones fijadas, lo que conlleva a internamente adoptar las medidas necesarias para su garantía, consagrando las herramientas jurídicas/judiciales para tal fin.

Para el caso colombiano, tiene elementos legislativos y jurisprudenciales que proveen a las víctimas de herramientas materializando el principio de accesibilidad, para el cumplimiento de las órdenes emitidas por el Tribunal Interamericano. Bajo el método investigativo estudio de caso se tuvo como objeto de estudio dos sentencias importantes que se analizaron según la técnica de análisis de discurso[34]: a) Sentencia T-564 (Corte Constitucional. 2016) y; b) Sentencia T-653 (Corte Constitucional. 2012), ambos teniendo como presupuestos casos fallados por la Corte IDH contra Colombia en la "Masacre de Santo Domingo" y "19 Comerciantes" respectivamente.

a) Sentencia T-564 del 2016.

Tomando como sentencia arquimédica la Corte Constitucional Colombiana en el año 2016 conoció, en sede revisión, acción de tutela interpuesta por familiares de las víctimas de la Masacre ocurrida en la vereda de Santo Domingo, cuyos supuestos fácticos se fundamentan en el incumplimiento de realizar un acto público de responsabilidad internacional por los hechos ocurridos; evento que cuatro años después (Corte IDH. 2012) de proferida la Sentencia no se encuentra satisfecho vulnerando de esta forma los derechos fundamentales a la reparación. A continuación, se proponen dos momentos para un correcto análisis de la providencia: a) problema jurídico y; b) Consideraciones al problema jurídico.

i) Problema jurídico.

De acuerdo a la parte motiva de la providencia, la Corte Constitucional encuentra el problema jurídico enmarcado en la presunta vulneración del derecho fundamental de la reparación por parte del Gobierno Nacional al incumplir una medida de satisfacción impuesta por el Tribunal Internacional, teniendo como argumento la necesidad de un acuerdo previo con las víctimas.

ii) Consideraciones al problema jurídico planteado.

34 Sentencia T-367 de 2010; Sentencia T-653 de 2012; Sentencia T-655 de 2015; Sentencia T-564 de 2016.

Para alcanzar una respuesta al problema jurídico, la Corte propone el análisis de dos aspectos relevantes y que se desarrollarán de forma sucinta en este apartado:

1. Jurisprudencia sobre el derecho a la reparación de las víctimas en su componente de medidas de satisfacción y reconocimiento de responsabilidad del Estado.

En respuesta a este apartado, y luego de analizar por completo los requisitos de procedibilidad y admisibilidad de la acción constitucional, el Tribunal hace referencia a la concreción de los derechos de las víctimas de verdad, justicia y reparación, haciendo especial énfasis en los componentes propios de ésta como son: a) Restitución; b) Indemnización; c) medidas de rehabilitación; d) medidas de satisfacción y; e) garantías de no repetición, concluyendo que (Sentencia T-653.2012):

No solamente comporta las medidas resarcitorias de daños materiales e inmateriales. También implica una serie de medidas que buscan redignificar a la víctima del hecho violento. Eso es lo que se denomina restitución integral, la cual aplica para estas eventualidades. En ese sentido no bastan medidas incompletas pues ellas deben abarcar una serie de obligaciones presentes en cada caso, como por ejemplo, el reconocimiento público de responsabilidad.

2. La obligación del Estado colombiano de cumplir con las órdenes emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose con especial atención a la sentencia T-655 de 2015 sobre caso Santo Domingo.

Respecto al tema de cumplimiento de las órdenes emitidas por la Corte IDH, la Corte Constitucional es clara al señalar el carácter vinculante que poseen estas en el Ordenamiento Jurídico Colombiano aduciendo que derivado del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH conlleva a que sus "sus sentencias sean de obligatorio cumplimiento por el Estado, con fundamento en disposiciones del mismo Tratado y la jurisprudencia del Tribunal Interamericano y que incluso, los criterios interpretativos

proporcionados por la Corte IDH, cuando examina el significado y alcance de derechos contenidos en Instrumentos Internacionales y de los derechos constitucionales fundamentales, tienen una relevancia especial en nuestro ordenamiento".

b) Sentencia T-653 del 2012.

Tomando como sentencia importante mencionada en la Sentencia T-564, la Corte Constitucional conoce una acción de tutela interpuesta por familiares de las víctimas del Caso 19; Comerciantes por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la reparación, tutela judicial efectiva y dignidad humana por el incumplimiento en la orden de erigir un monumento en memoria de las víctimas y, mediante una ceremonia pública y en presencia de los familiares de las víctimas, debe poner una placa con los nombres de los 19 comerciantes (Corte IDH. 2004). Para su análisis se proponen elementos similares a la providencia anterior.

a)Problema jurídico.

En este caso la Corte busca determinar la amenaza o vulneración a los derechos fundamentales a la reparación, tutela judicial efectiva y dignidad humana por el incumplimiento a la orden de erigir un monumento en memoria de las víctimas y la respectiva placa con los nombres de los 19 comerciantes.

b)Consideraciones referentes al problema jurídico.

Para alcanzar una respuesta al problema jurídico, la Corte propone el análisis de dos aspectos relevantes y que se desarrollarán de forma sucinta en este apartado:

1. Sentencia correspondiente al "Caso 19 Comerciantes vs. Colombia", de 5 de julio de 2004, y las resoluciones del 2 de febrero de 2006, 26 de noviembre de 2008, 8 de julio de 2009 y 26 de junio de 2012, dictadas para evaluar su cumplimiento.

Luego de hacer una reseña del trámite desarrollado ante el SIDH (sede Comisión y sede Corte IDH- en sentencia y resoluciones de cumplimiento) la

Corte concluye que el Estado Colombiano fue condenado por la configuración de un hecho ilícito internacional y que esto derivó la imposición de algunas medidas con carácter reparador, especialmente con el derecho a la memoria que se materializa en erigir un monumento con las características señaladas.

2. Alcance de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento colombiano.

En este punto el Tribunal Constitucional concluye, luego de efectuar una ruta por su precedente jurisprudencial, que las autoridades al interior del Estado se encuentran obligadas a acatar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cumpliendo con disposiciones nacionales (Constitucionales especialmente) e internacionales (CADH, art. 27 de la Convención de Viena sobre Tratados, entre otros)

3. Consideraciones sobre el derecho a la memoria**;**

Acudiendo a la jurisprudencia de la Corte IDH, el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de dos dimensiones del derecho a la memoria: una individual y otra colectiva, las cuales deberán quedar plenamente satisfechas propendiendo la no repetición de los hechos que originaron las graves violaciones a los derechos humanos.

4. Procedencia de la acción de tutela para demandar el cumplimiento de una medida de reparación simbólica ordenada por la Corte IDH.

Respecto a este punto se acudirá al siguiente apartado que desarrollará los mecanismos ordinarios y excepcionales para garantizar la efectividad de las órdenes emitidas por el Tribunal Interamericano.

Mecanismos internos para su efectivización

En desarrollo de las dos providencias estudiadas, la Corte Constitucional analiza la procedibilidad de la acción de tutela frente al cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte IDH en sentencias contra el Estado

Colombiano, para ello clasifica en dos tipos de obligaciones:

A) Obligaciones de dar.

Señala la Corte que en al interior de la Jurisdicción Ordinaria y de lo Contencioso Administrativo existen los medios judiciales para su ejecución, tal es el caso del artículo 306[35] del Código General del Proceso (Congreso de la República. Ley 1564. 2012) y el artículo 196[36] del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Congreso de la República. Ley 1437. 2011) siendo que consagra los medios ordinarios para ejecutar las obligaciones a cargo del Estado derivados de una sentencia judicial.

B) Obligaciones de hacer.

Es posible inferir que las obligaciones de dar cumplen con los fines indemnizatorios o compensatorios como componente de la reparación integral. No obstante las medidas no pecuniarias con sentido reparador, son en su mayoría obligaciones de hacer que traen consigo mayor complejidad en su materialización, por ello ha encontrado la Corte Constitucional en la acción Constitucional de tutela - dado su carácter sumario y excepcional- la herramienta para garantizar el cumplimiento de las órdenes siempre que no sea de ejecución simple y supere un "plazo razonable", este último dependiente del mismo plazo o condición que señale la providencia interamericana.

d) El control de convencionalidad como instrumento para garantizar la correcta ejecutabilidad de las órdenes emitidas por el Tribunal Interamericano en contra de Colombia.

35 Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. Formulada la solicitud el juez librará mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutiva de la sentencia y, de ser el caso, por las costas aprobadas, sin que sea necesario, para iniciar la ejecución, esperar a que se surta el trámite anterior.

36 Las providencias se notificarán a las partes y demás interesados con las formalidades prescritas en este Código y en lo no previsto, de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, y luego del recorrido que permitiera el desarrollo correcto de este inciso, se propone la postura acerca que el control de convencionalidad es el instrumento dual que permite el cabal cumplimiento de las órdenes impartidas, a partir de constituirse en el límite de la revictimización y cumpliendo de esta forma con los deberes de respetar y garantizar los derechos humanos, enfocados en este punto en la obligación de reparar, bien afirma Fajardo. (2015. pp. 46) que "el control de convencionalidad debe ser realizado por las autoridades de los Estados, en el marco de la reparación integral de violaciones a derechos humanos que ya se han consumado, como una garantía de no repetición de tales violaciones".

Por lo anterior, se traerán a colación dos resoluciones de cumplimiento emitidas por la Corte IDH.

a) Caso Gelman vs. Uruguay.

De acuerdo a la resolución del caso Gelman vs. Uruguay (Corte IDH. 2011) el Tribunal Interamericano reconoce la importancia que tiene el control de convencionalidad en el cumplimiento de las órdenes impartidas, señalando la obligatoriedad propia de las sentencias en las cuales el Estado parte es interviniente por su presunta violación a los derechos humanos. Aduce la Corte que:

> Precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente.

b) Caso Gómez Lund vs. Brasil.

Ocurre algo similar en este caso, y es que la Corte IDH acude al precedente fijado en Gelman para el caso Gómez Lund (Corte IDH. 2011) señalando la función relevante que cumplen los jueces en el cumplimiento de las sentencias del órgano jurisdiccional interamericano, manifestando que:

> La Corte insiste en la obligación de los jueces y tribunales internos de efectuar un control de convencionalidad, máxime cuando existe cosa juzgada internacional, ya que los jueces y tribunales tienen un importante rol en el cumplimiento o implementación de la Sentencia de la Corte Interamericana. El órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.

De esta forma el control de convencionalidad trasciende de la esfera preventiva (en la emisión de normas contrarias al sentido y fin de la CADH) y correctiva (en la derogación o aplicación de aquellas que se consideren contrarias y no sean susceptibles de armonización) consolidando una ejecutiva, directamente relacionada con su función de cumplir de manera adecuada las órdenes emitidas por la Corte IDH en sus sentencias, especialmente cuando el Estado es interviniente en el proceso y hallado responsable internacionalmente.

Por ejemplo, las medidas de satisfacción enfocadas en la obligación del Estado de prevenir, investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos, cada actuación legislativa, política, gubernamental o judicial (especialmente ésta última) debe tener en cuenta la obligación que le asiste de llevar a cabo un control de convencionalidad sobre el acto o norma que pretende ejecutar en aras de proteger el sentido y fin del corpus iure interamericano, así como garantizar el efecto útil de la CADH.

El control de convencionalidad en el cumplimiento de las sentencias, bajo esta perspectiva, puede tener dos vertientes: a) El cumplimiento en providencias en las cuales el Estado Parte fue interviniente y hallado responsable, y que como en el caso colombiano se reconoce el carácter obligatorio en acatar las medidas de reparación allí consagradas como respuesta al reconocimiento de la competencia contenciosa del Tribunal Interamericano y; b) El cumplimiento en providencias donde el Estado Parte no es interviniente se traduce en criterio interpretativo relevante dadas las subreglas en materia de protección y garantía de derechos que dada su naturaleza abstracta requiere de la interpretación que realice la Corte IDH para efectuar su concreción y así efectivizar sus garantías, ello permite entre otros aspectos: a) La conformación de un corpus iure interamericano; b) garantizar

el efecto útil del corpus iure interamericano; c) el control de convencionalidad constituido en instrumento para el cumplimiento de los deberes de garantía y protección de los derechos consagrados en la CADH; d) Evitar la configuración de una responsabilidad internacional estatal por un hecho ilícito internacional, siendo este previsible ejerciendo correctamente el control de convencionalidad.

CONCLUSIÓN

Existen antecedentes jurisprudenciales importantes al interior de la Corte IDH, en casos contra Colombia, que resultan de vital relevancia frente al cumplimiento de las órdenes emitidas por el Tribunal y que propenden por la reparación integral como desarrollo jurisprudencial del artículo 63 de la CADH, es decir: rehabilitación, restitución, indemnización, satisfacción y garantías de no repetición.

Desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha establecido una distinción frente al tipo de obligaciones que establecen las Sentencias de la Corte Interamericana: Obligaciones de dar y obligaciones de hacer. En el primer caso, se aduce la existencia de mecanismos ordinarios para asegurar su cumplimiento y; en el segundo, se justifica la acción de tutela como el instrumento de mayor idoneidad para efectivizar el cumplimiento de las órdenes declaradas por el Tribunal Interamericano.

El control de convencionalidad, además de ser un estudio de compatibilidad, posee diversos sentidos y aplicaciones que encuentran como fundamento la mayor garantía de los derechos y libertades establecidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre los cuales se encuentra la de ser un instrumento para garantizar la ejecutabilidad de órdenes emitidas por el Tribunal Interamericano contra Colombia.

Cómo citar este capítulo

APA

Castillo Galvis, S., y Gómez Trujillo, C. (2018). El control de convencionalidad: caso colombiano frente a la garantía de ejecutabilidad de órdenes emitidas por el tribunal interamericano. EN Aguilar Barreto, A., y Hernández Peña, Y. (Ed.), *La investigación jurídica: Reconociendo acciones normativas relevantes* (p. 121-140). Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bazán, V. (2015). El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, (19), 25-70.

Congreso de la República de Colombia. (12 de Julio de 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. [Ley 1564]. DO: 48.489.

Congreso de la República de Colombia. (18 de Enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437]. DO: 47.956.

Corte Constitucional Colombiana. Sala de revisión. (14 de Octubre de 2015). Sentencia T-655. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional Colombiana. Sala de Revisión. (18 de Octubre de 2016). Sentencia T-564 [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional Colombiana. Sala de revisión. (23 de Agosto de 2012). Sentencia T-653. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (05 de julio de 2004). Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (07 de septiembre de 2004). Caso Tibi vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de febrero de 2011) Caso Gelman vs. Uruguay (fondo y reparaciones).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de noviembre de 2011). Caso Gomes Lund y otros ("guerrilha do araguaia") vs. Brasil.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2003). Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de febrero de 2016). Caso Duque vs. Colombia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de septiembre de 2006). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de noviembre de 2012). Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (excepciones preliminares, fondo y reparaciones).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (9 de diciembre de 1994). Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención (arts. 1 y 2 convención americana sobre derechos humanos) Opinión consultiva oc-14/94.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (08 de Julio de 2004) Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas)

Fajardo, Z. A. (2015). *Control de Convencionalidad. Fundamentos y alcances*. Especial referencia a Mexico. México, D.F: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, 9 (2), 531 – 622.

García S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 28, 123 - 159.

León, A. Q. (2015). El régimen del recurso de agravio constitucional, los precedentes vinculantes y las sentencias interlocutorias. *AVANCES*, 10(11), 133.

Nash, C. (2013). Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Control de Convencionalidad. Precisiones Conceptuales y Desafíos a la Luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 489 - 509. Recuperado de https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/4049/3553

Sagüés, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad" En: *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 8 Nº1, Santiago.

7 EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO[37]

Marcela Viviana León García[38], Eduardo Antonio Palencia Ramos[39], Arturo Acosta Amador[40] y Melissa Ochoa Pertuz[41]

[37]Capítulo resultado del avance teórico del proyecto de investigación titulado, Eficacia del precedente judicial a nivel de los jueces administrativos del Distrito de Barranquilla en los años 2010- 2017

[38]Abogada de la Universidad Simón Bolívar, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar, docente e investigadora, vinculada al grupo de investigación Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Socio jurídicas Contemporáneas de la Universidad Simón Bolívar, Coordinadora Administrativa del Departamento de Formación para la Investigación DEFI de la Universidad Simón Bolívar, correo electrónico: mvleon@unisimonbolivar.edu.co, ORCID orcid.org/ 0000- 0001- 9553-5080.

[39]Abogado, Universidad Simón Bolívar Barranquilla, Candidato a doctor en mecanismos alternativos para resolución de conflictos "Universidad de Nuevo León México, Magister en Ciencia Política y Derecho Público Universidad de Zulia Venezuela, Docente investigador del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar Barranquilla adscrito al grupo de investigación: Derechos Humanos,
Tendencias jurídicas y Socio jurídicas Contemporáneas, línea Perspectivas y Retos del Derecho Constitucional y Administrativo, epalencia@unisimonbolivar.edu.co. ORCID orcid.org/0000- 0003-2535-1854

[40]Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Programa de Derecho IV semestre de la Universidad Simón Bolívar, vinculado al Programa Institucional Semillero y al Grupo de investigación Tendencias Jurídicas Contemporáneas. Correo electrónico: aacosta33@unisimon.edu.co

[41]Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Programa de Derecho VI semestre de la Universidad Simón Bolívar, vinculada al Programa Institucional Semillero y al Grupo de investigación Tendencias Jurídicas Contemporáneas. Correo electrónico: mochoa12@unisimon.edu.co

Palabras clave:
Estado Constitucional de Derecho, omnipresencia constitucional, precedente judicial, sistema jurídico, antiformalismo jurídico.

Resumen

Este trabajo resultado de investigación tiene como objetivo fundamental contribuir a la reflexión frente al tema del papel que desempeña el Juez en el nuevo Estado Constitucional de Derecho que hoy día causa tanto debate, ocasionando confusión y desentendimiento entre la población Nacional. Se parte principalmente de la evolución del Estado Constitucional de Derecho a través de la historia del país, ahondando en el concepto pleno y concreto de dicho Estado y como con este llegan las atribuciones que hoy día desempeña el Juez en el Sistema Jurídico, ya no como un simple aplicador de la ley formal exegeta, sino como un interpretador y creador de la ley material. Los conceptos que de este artículo se profieran pretenden ser incluidos dentro del debate sobre el tema, con el fin de dar una nueva perspectiva a dicha discusión jurídica.

The judge´s role in the Constitutional State of Law

Keywords

State Constitutional Law, omnipresence constitutional, judicial precedent, legal system, legal anti-formalism.

Abstract

This reflective article has as main objective contribute to the theme of the judge´s role in the new constitutional rule of law that cause so much debate today, causing confusion and misunderstanding among the national population. It starts mainly from the evolution of the constitutional rule of law throughout the country's history, delved into the full and concrete that State concept and with this come the powers that today plays the judge in the legal system, not as a simple applicator of formal law exegete but as an interpreter and creator of material law. The concepts in this article are imparted intended to be included in the debate on the issue, in order to give a new perspective to the legal discussion.

INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano a través de la historia ha sufrido una serie en cambios importantes en lo que respecta a sus Sistemas Jurídicos, han sido tantos estos que se evolucionó de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, terminando en el actual Estado Constitucional de Derecho, y aun así se sigue ignorando el sorprendente contenido jurídico que esto ha traído consigo, suscitando en la comunidad jurídica y en la nacional una serie de debates que muchas veces se tergiversan debido a la falta de conocimiento en materia de historia y actualidad jurídica.

Por lo expresado anteriormente, es menester ahondar en la historia evolutiva del sistema jurídico colombiano para así determinar y conocer cómo llegó a la realidad actual el Estado Constitucional de Derecho y como a través de este, hoy día el Juez tiene atribuciones que anteriormente no se manejaban y que son necesarias conocerlas.

Se comienza entonces hablando del Estado de Derecho, un Estado donde la primacía de la ley era casi que inminente y prevalecía la norma escrita; los

impartidores de justicia solo eran unos aplicadores de la ley escrita o como bien era dicho jueces garganta de la ley, De acuerdo con Bernal (2003) "la ley era la única que tenía fuerza vinculante y por ende el juez debía su decisión únicamente a ella, esto era propio del Estado de Derecho o sistema de Derecho Continental" (p.48).

Con el paso de los años en el mundo se comenzaron a escuchar los Derechos Sociales, lo cual ocasionó asombro entre la población, creando así en las personas un imaginario, expectativas y ansias para que a ellos se les garantizarán no sólo los derechos fundamentales, sino también los derechos sociales, en Colombia alrededor de los años 1989 -1990 se dejan ver los primeros visos de *protes civiles* en busca de una constituyente para la creación de una nueva Constitución Nacional, con mucha más protección a los derechos de los ciudadanos y garantías en lo que respecta a dignidad humana, en 1991 se firma la Constitución Política de Colombia, reformando la de 1886 y se pasa de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho; donde ya la primacía no era para la ley sino para los ciudadanos y su dignidad humana, salvaguardando los derechos de primera, segunda y tercera generación; destacándose la creación de entidades como La Corte Constitucional que como refiere Palencia (2014) fue dejando el formalismo de la ley e inmiscuyéndose en un antiformalismo jurídico.

El Antiformalismo en el sistema jurídico colombiano a partir del ascenso de la Corte Constitucional de 1991

En Colombia actualmente, es muy fácil evidenciar como se ha tergiversado el concepto formalista a causa de la implementación del antiformalismo, esto se puede ejemplificar en las atribuciones de la corte constitucional y el actuar de esta misma, cambiando toda concepción tradicional, clásica, y rompiendo toda clase de estructuras e ideas propios de un pensamiento formalista y conservador.

El antiformalismo en Colombia, muestra sus primeros matices hacia 1936-1939, con la denominada Corte de Oro, pero es hasta 1991 con el constituyente que el antiformalismo alcanza su esplendor, un ejemplo palpable es la creación de la corte constitucional como ente de vigilancia y guarda de la Constitución Política tal y como lo expresa la Constitución Política colombiana "A la Corte Constitucional

se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones…" (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art. 241).

En Colombia la idea del derecho formalista, pierde rigor al notar que la manera literal y exegética de la interpretación de la ley, está siendo reemplazada por la interpretación y la aplicabilidad de principios propias del antiformalismo, el cual pareciera llenar todo los vacíos y lagunas jurídicas dejadas con el formalismo.

Según García (2010) son 5 las premisas propias del antiformalismo:

> **Primera premisa:** La atribución al derecho de altos niveles de indeterminación semántica y moral. El derecho formalista, está indeterminado y lleno de lagunas y vacíos, las cuales solo pueden ser reemplazados a través de la asignación de altos niveles de indeterminación basada en la moral; en esta premisa se evidencia la crítica al pensamiento del derecho formalista en creer que es completo y suficiente; **segunda premisa:** El rechazo a la tesis positivista de negar la existencia de un contenido moral y político en el derecho, traducido en una preocupación implícita por el contenido de justicia de las normas jurídicas. Aquí lo que se busca es dar a entender que la moral no puede ir desligada del derecho como se plasma en el pensamiento kelseniano, debido a que las normas jurídicas, posen más que un contenido político y orgánico, un contenido moral el cual es sujeto de interpretación; **tercera premisa:** La teorización del derecho desde el influjo de los valores políticos; **cuarta premisa:** El reconocimiento de la importancia del razonamiento y la argumentación jurídica en el marco de la interpretación jurídica. La tercera y cuarta premisa van dirigidas hacia la importancia y necesidad de la interpretación jurídica de las normas debido al contenido sustancial de valores políticos que estas traen consigo, por lo cual se pasaría de la metodología literal y exegética; a una metodología interpretativa, que profundice en la parte axiológica de las normas para así no seguir violentando derechos a las personas, a causa propia del formalismo y la **quinta premisa:** El énfasis en el papel de las normas constitucionales en la práctica jurídica, lo que frecuentemente se denomina la constitucionalización del derecho. Esta entra a constituirse en directriz de este escrito, por el nexo que guarda con el contexto colombiano a la omnipresencia de la constitución y con ello implícito el organismo que es vigilante de esta y las facultades que se le otorgan a dicho organismo (P.25-26).

La corte puede plasmar precedentes, que sirven como guía y apoyo en la resolución de casos, así las cosas, los precedentes y la jurisprudencia contemplados en el artículo 230 Constitucional como criterios auxiliares, pasarán a ser de carácter obligatorio para la resolución de casos. Es por ello que los jueces en el antiformalismo pasarán de ser simples aplicadores de ley, para interpretar estas y ponderar todas las implicaciones que se plasmen. Según en la sentencia C-335 de la sala penal (Corte Suprema de Justicia, 2008), los jueces pueden hacerse a un lado de los precedentes constitucionales, con una justa argumentación, porque si esta no se presenta caerán en el delito de prevaricato y el peso de la ley actuara sobre él.

METODOLOGÍA

Este capítulo es el resultado del avance teórico del proyecto de investigación titulado, Eficacia del precedente judicial a nivel de los jueces administrativos del Distrito de Barranquilla en los años 2010- 2017; corresponde a un trabajo cualitativo de tipo explicativo, donde se busca observar la coexistencia de dos tendencias antitéticas que han dejado ver la necesidad de estudiar la eficacia del precedente judicial; bajo el enfoque del paradigma histórico-hermenéutico, con el propósito de realizar una contextualización histórica que permita interpretar y comprender cada una de las sentencias que analizaran e integraran la población documental objeto de estudio de este enigma planteado.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El Estado Constitucional de Derecho en Colombia

El Estado Constitucional De Derecho, hace referencia a ese Estado en el cual va a primar la omnipresencia de la Constitución y todos los principios Constitucionales. En Colombia a partir de ese ascenso de la Corte Constitucional en 1991 se refleja este concepto porque cada vez es más aguda la protección a lo codificado en la carta magna. Padilla (2014) refiere que el papel que hoy día se le da a la Corte Constitucional es heredado al legado de crear jurisprudencia de la Corte de oro.

El papel de los jueces en este Estado precisamente se direcciona a la protección de esas disposiciones constitucionales, pero este mismo Estado les garantiza unas atribuciones en cuanto a la aplicación hermenéutica de las normas, la ponderación de los derechos y la capacidad de alejarse de la norma en caso alguno de vacío jurídico; estas son premisas propias de los jueces en este Estado y así lo deja ver evidenciar la creación de precedentes judiciales, donde juez no es garganta ya de la ley, sino un creador, interpretador y aplicador de ella, pero obedeciendo a principios y disposiciones Constitucionales como lo manifestó (Agudelo, 2006). Gény (1898) respalda esta posición, puesto que el juez debe tener en cuenta la realidad al momento de fallar, de esa forma dicho juez, no estaría sujeto a la norma escrita. La ejecución de una ley significa tomarla y compararla con la realidad fáctica para luego tomar decisiones teniendo en cuenta lo axiológico de cada caso en concreto que debe tener el encargado de administrar justicia. Una vez un pensador italiano expresó: "Aplicar una ley quiere decir confrontarla con una situación de hecho a fin de saber qué es lo que se puede y lo que no se puede hacer" (Carnelutti, 2013, p.4).

El juez está capacitado para ser parte activa dentro del proceso del derecho, no un simple aplicador de normas, porque al ejercer su labor judicial no sólo se limita a un empleo mecánico del texto legal, sino a su ponderación e interpretación de acuerdo con los principios y fines señalados por la constitución, el concepto de Estado constitucional de Derecho y las características del caso concreto al cual está solicitado.

En el Estado Constitucional de Derecho prevalecen principios y valores constitucionales como instrumentos de interpretación y aplicación de la ley por parte del Juez Constitucional, esto con el propósito único de vivificar el contenido orgánico de la Constitución. Así las cosas, es notable el cambio que sufrió la concepción que se tenía de la figura del juez, quien en el Estado constitucional de Derecho ha adquirido un nuevo rol, donde se convierte en el director del proceso jurisdiccional o como lo expone Rodríguez (2008):

> Estamos en presencia de un nuevo juez que renuncia categóricamente a su condición de juez pasivo y espectador, por la de un juez tropos o director del proceso jurisdiccional. Un juez que ordena, impulsa, inmedia y sanea. Lo

> que es muy importante, como máximo valedor y protector de los derechos fundamentales y libertades públicas del ciudadano (p.38). El juez está llamado no sólo a ostentar la posición de garante de la constitución sino ante todo, de la sociedad, valores y principios fijados por el constituyente primario para encauzar el norte de la acción social, la democracia, del ordenamiento jurídico y la justicia misma, haciendo uso de los textos normativos, los estatal y ciudadana.

En un primer momento se consideró que el juez solo estaba sometido al imperio de la ley desde una concepción formalista, pero en el año de 1993 la Corte Constitucional por primera vez introdujo la interpretación actual del artículo 230, y habló del imperio de la ley como todo el orden jurídico, incluyendo las normas constitucionales y legales, (Corte Constitucional, sala plena, C-486, 1993). Teniendo en cuenta lo anterior vemos como la jurisprudencia, los principios generales del derecho y figuras como las del precedente son derroteros para el papel que cumple el juez en un Estado constitucional de Derecho, donde por medio de la utilización o aplicación de estas se garantiza derechos como el de la igualdad y el debido proceso. De acuerdo a lo planteado por (Bernal 2003):

> La interpretación del artículo 230 de la Constitución se ha vinculado sistemáticamente con el respeto del principio de igualdad. Si los jueces no observan los precedentes, vulneran este principio, pues otorga injustificadamente un trato diverso a dos individuos o situaciones jurídicas idénticas o análogas. Este hecho constituye una discriminación, prohibida por el artículo 13 de la Constitución (p.88).

En Colombia a partir de 1991, y más exactamente desde febrero de 1992, cuando desplegó actividades la nueva corte constitucional, el juez pasa a ser ante todo un protector de derechos fundamentales. Como uno de los avances más significativos a nivel jurídico se puede destacar su arduo trabajo, su labor no ha sido simplemente de protección constitucional, ella con la fuerza de sus sentencias ha llegado a tratar temas realmente complicados propios de la dinámica de la sociedad, lo que quiere decir que muchas veces ha sustituido al poder legislativo emanando fallos con calidad normativa que se encuentran en el mismo nivel jerárquico que una ley propugnada por la rama legislativa. Todo esto ha sido el resultado de una amplia transformación del sistema jurídico colombiano.

De ahí que se pudiere aseverar que Colombia ha pasado por un Estado asistencial decimonónico y jupiterino (Ost, 2007), en donde el juez simplemente se dedicaba a subsanar los problemas a través de las providencias llenando una pirámide invertida o dossier, siendo lo expedido obligatorio solamente para las partes procesales y no se tenía en cuenta la sociedad en la que repercutió porque ella no se obligaba ante esto y mucho menos los operadores jurisdiccionales. Así mismo, en las funciones del juez escaseaba la discrecionalidad judicial pudiendo este apartarse libremente de la jurisprudencia en el momento de fallar, desde luego se carecía de una vinculación obligante obstaculizadora a los jueces de la República.

Con la entrada en vigor de la existente Carta Política, ésta comenzó a ser la médula espinal de toda la actividad estatal; una Constitución con plena obligatoriedad y efectividad jurídica, desemejante a la de 1886 que estaba desprovista de carga imperativa y con escaso protagonismo en la vida de los ciudadanos. Es este el paso de un "Estado de derecho" a uno social, democrático, pluralista y constitucional de derecho, se dará senda a la aceptación de la coherencia como criterio de corrección de las normas y/o reglas expedidas por el cuerpo legislativo, pues el desprecio de estas lesionaba todos los días un principio fundamental de la organización política, el principio de igualdad de trato (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Art. 13).

La Corte Constitucional (2000) en sala plena, mediante sentencia C-366, ha señalado que:

> "Una de las funciones del juez dentro del Estado social de Derecho, consiste en interpretar, dentro del marco de los principios que rige éste, los actos y conducta de los individuos a efecto de cumplir en forma cabal su función y dar prevalencia al principio de justicia, que no puede quedar desplazado por el culto a las formas desconociendo los derechos y garantías reconocidas a las personas. El deber del juez, no puede ser entonces de simple confrontación. Su función ha de ser entendida hoy de forma diferente a como lo fue en vigencia del Estado Clásico de Derecho, pues es un juez que está obligado a interpretar, a deducir, con el objetivo de cumplir en forma adecuada y cabal su tarea, que no es otra que la realización de los derechos de los individuos"

Basado en lo anterior, y haciendo referencia a esa capacidad del Juez con la ley, muchas personas se hacen imaginarios sobre si esa potestad no se extralimitó, si esos jueces no crearán a su antojo, si la aplicación de la ley no será arbitraria; pues para todas esas ideas se hace necesario recordar que en Colombia toda la actividad judicial de administración de justicia está sujeta a Control Constitucional para evitar, corregir y mejorar la aplicación de la justicia, sin dejar de lado que cualquier actividad de los jueces debe ir previamente justificada con el fin de evitar abusos y como sanción efectiva, se cuenta con el prevaricato por acción u omisión para castigar a los jueces en caso de ser arbitrarios con las facultades que el nuevo Estado Constitucional de Derecho les imparte. Esto permite que se reestructure toda la imagen que se tenía de los jueces, dando cabida a nuevas perspectivas desde la cotidianeidad y la academia. En palabras de (Palencia, 2014): "se replantearon las estructuras normativas del Estado y con ello los contenidos programáticos y académicos de las universidades en Colombia…" (p.152).

La idea de pensar que el poder del juez debe tener un límite o debe estar regulado, precisamente para que no incurra en la arbitrariedad o utilitarismo a sabiendas del gran poder que goza está sobre la base de la garantía constitucional al debido proceso, es el medio legítimo que le pone un límite a esa arbitrariedad o figura dictatorial que puede llegar a presentar un juez.

Para la (Corte Constitucional, sala plena, C-007, 1993)

> "Ninguna autoridad dentro del Estado está en capacidad de imponer sanciones o castigos ni de adoptar decisiones de carácter particular encaminadas a afectar en concreto a una o varias personas en su libertad o en sus actividades, si previamente no ha sido adelantado un proceso en cuyo desarrollo se haya brindado a los sujetos pasivos de la determinación, la plenitud de las garantías que al artículo 29 de la Carta de 1991 señala".

Con esto la corte busca reafirmar que el debido proceso condensa la garantía que todos los demás derechos reconocidos en la carta serán rigurosamente respetados por el juez al resolver asuntos sometidos a su competencia, como única forma de asegurar la materialización de la justicia, meta última y razón de ser del ordenamiento jurídico.

El papel del Juez en el Estado Constitucional de Derecho

A partir de la reflexión realizada al papel del juez en el Estado Constitucional de Derecho, se pudo evidenciar que en Colombia la figura del juez tuvo una evolución conforme se fueron replanteando conceptos que traían consigo una interpretación literal o exegética de la norma jurídica, propios de la corriente formalista que predominó en este país antes de la Constitución de 1991 y que, aunque sigue vigente ese formalismo, la preponderancia y esplendor la tiene la corriente antiformalista.

Gracias a esa corriente antiformalista, el papel del juez tomó gran importancia en los procesos jurisdiccionales, dejó simplemente de ser un aplicador mecánico y se convirtió en un sujeto dinámico, director, creador de derecho y garante de derechos fundamentales, mediante la interpretación de principios y valores constitucionales, respondiendo así de manera activa a la solución de los problemas jurídicos, proyectándose de esta forma el fin para el cual fue creada la figura del juez, ser la autoridad que salvaguarde los derechos de las partes en un proceso jurisdiccional, de acuerdo con los principios y fines señalados por la constitución, el concepto de Estado constitucional de Derecho y las características del caso concreto al cual está solicitado.

En el caso de Barranquilla, los juzgados administrativos están utilizando el precedente al momento de emitir fallos. El administrador de justicia, cumpliendo con su función activa, interpretativa y dinámica, entiende la interpretación de la norma, en un sentido material, es decir, que el ordenamiento jurídico no solo es la ley, sino que también está compuesto por principios, jurisprudencia, doctrina, precedentes y valores, fuentes propias del juez en un Estado constitucional de Derecho. Sumado a ello la función creadora del juez se aprecia toda vez que el precedente judicial responde de manera activa a la solución de problemas aplicándose por los jueces en un 100% de los casos. Esto se logró evidenciar posterior del análisis de 15 sentencias de diferentes juzgados administrativos de esta ciudad que se muestran en la tabla 1.

Tabla 1.
Relación de las sentencias analizadas.

No.	Medio de control	Órgano que emite el precedente	Juzgado administrativo de Barranquilla	Peticiones a favor del	Radicado	Fecha
1	Nulidad y restablecimiento del derecho	Consejo de Estado	Juzgado quince	Demandante	258-2010	Dic. 13 de 2016
2	Reparación directa	Consejo de Estado	Juzgado quinto	Demandado	202-2013	Jul. 31 de 2015
3	Nulidad y restablecimiento del derecho	Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia Sala C. laboral	Juzgado quince	Demandado	003-2014	Dic. 7 de 2016
4	Nulidad y restablecimiento del derecho	Corte Suprema de Justicia Sala C. laboral	Juzgado quinto	Demandado	106-2013	Ago. 28 de 2015
5	Nulidad y restablecimiento del derecho	Corte Constitucional	Juzgado quince	Demandado	184-2010	Dic. 13 de 2016
6	Nulidad y restablecimiento del derecho	Consejo de Estado	Juzgado quinto	Demandante	203-2014	Abr. 16 de 2015
7	Reparación directa	Consejo de Estado	Juzgado tercero oral	Demandante	371-2014	Ago. 18 de 2017
8	Nulidad y restablecimiento del derecho	Consejo de Estado	Juzgado tercero Oral	Demandante	338-2015	Ago. 18 de 2017
9	Nulidad y restablecimiento del derecho	Consejo de Estado	Juzgado tercero Oral	Demandante	035-2015	Feb. 27 de 2017
10	Reparación directa	Consejo de Estado	Juzgado tercero de descongestión	Demandante	268-2007	Abr. 12 de 2013
11	Reparación directa	Tribunal Administrativo del Atlántico, Corte Suprema de Justicia Sala C. Civil y Consejo dbe Estado	Juzgado segundo de descongestión	Demandante	055-2011	Sept. 25 de 2013
12	Nulidad y restablecimiento del derecho	Consejo de Estado	Juzgado sexto mixto	Demandante	511-2015	Nov. 18 de 2016
13	Reparación directa	Consejo de Estado	Juzgado sexto oral	Demandante	548-2015	Mayo 10 de 2017
14	Reparación directa	Consejo de Estado	Juzgado catorce	Demandante	369-2006	Ene. 29 de 2016
15	Nulidad y restablecimiento del derecho	Corte Constitucional	Juzgado catorce	Demandante	053-2010	Oct. 14 de 2016

Fuente de consulta: elaboración propia.

Tal reflexión evidencia que el juez adquirió un carácter fundamental, por ser el principal veedor de los derechos dentro de un proceso y por ser quien de primera mano conoce la realidad de los supuestos fácticos, características que sin lugar a dudas marcaron el papel que el juez desempeña en el Estado Constitucional de Derecho.

CONCLUSIONES

En Colombia se han evidenciado una serie de cambios a nivel jurídico que han permitido que figuras como la del juez en un Estado Constitucional de Derecho adquieran un nuevo rol dentro del proceso jurisdiccional, una participación activa la cual le permitirá ser garante de derechos fundamentales, protector de la norma de normas, basado en los principios constitucionales, la jurisprudencia y los precedentes. Gracias a la interpretación que hace la corte constitucional del artículo 230 de la constitución política donde "imperio de la ley" debe ser entendido en sentido material, es decir como todo el ordenamiento jurídico y no en sentido formal, leyes expedidas únicamente por el órgano legislativo.

Así las cosas, el juez del Estado constitucional de Derecho está llamado a ser un juez director, proactivo, que intervenga en todas las esferas de la sociedad procurando dirigir, producir, mediar y proteger a los sujetos dentro del proceso jurisdiccional.

Es menester destacar que el nuevo rol del que goza el juez ha generado un cambio en los procesos jurisdiccionales, pero apelando a su condición de ser humano y a esa seducción que siempre ha tenido el hombre por el poder, era necesario poner un límite o estar en constante acompañamiento para la regulación de esa potestad que se le ha otorgado al juez, apoyado siempre en garantías como las del debido proceso y el prevaricato por acción u omisión. Es importante recordar que en el Estado de Derecho el juez era una figura pasiva o inanimada que por ende solo era espectadora del proceso y la ley era el centro de todo el ordenamiento jurídico. Mientras que en el Estado constitucional de derecho por naturaleza garantista, el centro del ordenamiento ya no va a ser la ley, si no el ser humano por eso se hizo necesaria la figura de un juez

director del derecho que protegiera y garantizara la dignidad humana, un juez que pusiera en relación la constitución, la ley y los hechos, que hiciera uso de las diferentes escuelas de interpretación y sobre todo que no tuviera un apego literal al texto normativo.

Cómo citar este capítulo

APA

León García, M., Palencia Ramos, E., Amador, A., y Ochoa Pertuz, M. (2018). El papel del juez en el Estado constitucional de Derecho. EN Aguilar Barreto, A., y Hernández Peña, Y. (Ed.), *La investigación jurídica: Reconociendo acciones normativas relevantes* (p. 142-155). Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agudelo, C. (2006). *La Discrecionalidad Motivada de los Jueces: Una Justificación Moral del Derecho*. Biblioteca- Universidad de Caldas.

Bernal, C. (2003). La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia en el Orden Jurídico Colombiano. *Revista Precedente*, 13-43. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Carnelutti, F. (2013). *Cómo nace el Derecho*. Bogotá: Monografías jurídicas.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente (1991, 20 de julio). Constitución Política de 1991. Gaceta Constitucional No. 116, del 21 de julio de 1991.Recuperado de: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125

Colombia. Corte Constitucional. "*Sentencia C-007 del18 noviembre de 1993*". M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Colombia. Recuperado de:http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-007-93.htm

Colombia. Corte constitucional. "*sentencia C-486 de 1993*". M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-486-93.htm

Colombia. Corte Constitucional. '*Sentencia C-366 del 29 de marzo de 2000*". M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, (2008) Sentencia C-335 de la sala penal. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

García, J.A. (2010). "Interpretar, argumentar, decidir", El Derecho y sus circunstancias. *Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Gény, F. (1898). *Métodos de interpretación y fuentes de Derecho Privado positivo*.

Ost. F. (2007). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. En *Revista sobre enseñanza del Derecho* 4(8) .Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf

Padilla, J., Rueda, N., & Zafra, M. (2014). Labor Creadora de la Jurisprudencia de la Corte de Oro-Los Ejemplos de la Causa del Contrato, el Error de Derecho y la Responsabilidad por Actividades Peligrosas. *Rev. Derecho Privado*, *26*, 105.

Palencia, E. (2014). Perspectivas y retos del sistema jurídico en Colombia. Una mirada al precedente constitucional como tendencia anti-formal y obligatoria. *Justicia*, (25), 151-161.

Rodríguez, F. (2008). El juez tropos: el estado social de derecho y la garantía al debido proceso. *Revista justicia*, 10. Recuperado de: https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-5-no-10/art-5.pdf

8 LA REPARACIÓN INTEGRAL EN EL CONTEXTO DE POSCONFLICTO COLOMBIANO: ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS[42]

Sergio Hernando Castillo Galvis[43], Michelle Picón Carvajal[44], Yury Tenorio Melenje[45] y Joaquín Manuel León Gómez[46]

[42]Capítulo de libro producto del proyecto de investigación denominado: Mecanismos para garantizar el carácter integral en la reparación a víctimas del conflicto armado en Colombia, Vinculado al semillero de investigación Holístico. Fecha de inicio: Febrero de 2017; Fecha de culminación: Noviembre de 2018. Artículo Original producto de investigación. Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta , Colombia.

[43]Abogado. Candidato a Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta. Profesional Especializado Jurídico de la Cámara de Comercio de Cúcuta. Correo institucional: s_castillo@unisimon.edu.co; correo personal: sergiohcastillogalvis@gmail.com

[44]Abogada en formación. Miembro de Semillero de Investigación Holístico de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta. Correo electrónico: mpiconcarvajal@gmail.com

[45]Abogado en formación. Miembro del Semillero de Investigación Holístico de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta. Correo electrónico: yurytm17@gamil.com

[46]Abogada en formación. Miembro del Semillero de Investigación Holístico de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta. Correo electrónico: joaquinleon26@gmail.com

Palabras clave:

Reparación integral, responsabilidad internacional, posconflicto, víctimas.

Resumen

En Colombia gran parte de su historia ha estado marcada por la existencia de un conflicto armado interno que ha traído consigo millones de víctimas, generando consecuentemente el deber estatal de reparar partiendo de la responsabilidad internacional del Estado por vulneraciones al Derecho Internacional de los derechos humanos, lo que ha constituido un punto de partida para el posconflicto colombiano a partir de políticas públicas que conlleven a la realización de la paz. El presente artículo es el resultado de un proyecto de investigación que tiene por objeto de estudio analizar los mecanismos que garantizan el carácter integral en la reparación a víctimas del conflicto armado interno en Colombia, proponiendo como primer objetivo específico la identificación de los fundamentos en el ordenamiento jurídico colombiano respecto a la reparación integral, y acudiendo a antecedentes jurisprudenciales frente a casos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Colombia y que denotan la dificultad en el cumplimiento integral y oportuno de las medidas no pecuniarias. Se utilizó como marco metodológico un enfoque cualitativo, de interés práctico y acudiendo al análisis de contenido sobre algunos documentos de carácter normativo y doctrinal, llegando a la conclusión que al interior del acuerdo final para la terminación del conflicto y el alcance de una paz estable y duradera no existe un mecanismo que garantice el carácter integral de la reparación, aun cuando existen estándares internacionales que denotan la relevancia en efectuar respecto a las víctimas del conflicto armado.

Comprehensive reparation in the Colombian post-conflict context: background and fundamentals

Keywords:
Integral repair, international responsibility, post-conflict, victims.

Abstract
In Colombia for more than six decades there has been an internal armed conflict that has brought with it millions of victims, consequently generating the State's duty to make reparation based on the international responsibility of the State for violations of international human rights law. Constituted a starting point for post-conflict Colombia based on public policies that lead to the realization of peace. This article is the result of a research project whose purpose is to analyze the mechanisms that guarantee the integral nature of reparation to victims of the internal armed conflict in Colombia, proposing as the first specific objective the identification of the fundamentals in the Colombian legal system regarding integral reparation, and referring to jurisprudential antecedents in cases of failure of the Inter-American Court of Human Rights against Colombia and denoting the difficulty in the integral and timely fulfillment of non-pecuniary measures. A qualitative approach was used as a methodological framework, of practical interest and by analyzing content on some normative and doctrinal documents, reaching the conclusion that within the final agreement for the termination of the conflict and the reach of a stable and there is no mechanism to guarantee the integral nature of reparation, even though there are international standards that denote the relevance of reparation to victims of armed conflict.

INTRODUCCIÓN

Desde la década de los sesenta – para algunos de forma previa, Colombia ha padecido un conflicto armado interno que ha significado el sufrimiento de miles de personas sin distinción alguna, abarcando un desconocimiento extenso de normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, por lo que el presente artículo es resultado del primer objetivo específico de un proyecto desarrollado al interior del Semillero de investigación Holístico, adscrito a la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, denominado como mecanismos para garantizar el carácter integral en la reparación a víctimas del conflicto armado interno en Colombia.

Bajo la pretensión de alcanzar una solución, el Gobierno llevó a cabo una serie de conversaciones con el grupo insurgente FARC en La Habana Cuba, que concluyó con un documento denominado "*Acuerdo Final Para la terminación del conflicto y el alcance a una paz estable y duradera*" creando así el "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR)" el cual plantea mecanismos judiciales para la investigación y sanción contra las graves violaciones a los derechos humanos (Art. 1, 2 Convención ADH) y mecanismos extrajudiciales que contribuyen a la reparación del daño causado a las personas víctimas del conflicto armado, teniendo en cuenta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que " *el alcance derivado de la obligación de reparación es que se debe tener en cuenta todos sus componentes, de conformidad con las obligaciones internacionales del estado*" (Comisión IDH. 2015. parf. 146). Por tanto, se propone saber el funcionamiento y determinante de los mecanismos que garantizan que la reparación no se realice de manera aislada (p. 130) o si en su defecto no sea garantizada, proponer una ruta o incluso un mecanismo incidental que responda al carácter integral de la reparación.

Para el alcance de los resultados se utilizó una metodología con un paradigma histórico hermenéutico marcada por un enfoque cualitativo, teniendo en cuenta que se analizan normas así como providencias proferidas por las altas cortes, identificando que dentro del acuerdo final de paz se establece como única vía de reparación, la administrativa, sin existir específicamente un mecanismo que asegure el carácter integral de la misma, siendo posible concluir la inminente necesidad dentro del sistema jurídico Colombiano de establecer un instrumento o mecanismo jurídico - procesal con el cual cuente la víctima, sus representantes, el Ministerio Público o el mismo juez para garantizar el carácter integral de la reparación, esto como materialización del principio procesal de la existencia de un recurso rápido y efectivo como lo señala la Resolución de la ONU (Asamblea General de la ONU. 2005) y la Convención Américana sobre Derechos Humanos en relación con la categoría que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha denominado como *debido proceso legal*, cuyo fundamento es la concepción unitaria y compleja de los artículos 8 y 25 de la CADH.

Por lo anterior y con un fin pedagógico se propone la siguiente ruta de desarrollo del presente artículo: i) Fundamentos convencionales, constitucionales, legales y reglamentarios de la reparación integral en Colombia; ii) Antecedentes en materia de reparación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contra Colombia; iii) Herramientas frente a la garantía de reparación integral en el contexto de posconflicto y; iv) Conclusiones.

METODOLOGÍA

Para efectos del presente proyecto se utilizó una metodología inclinada hacia un paradigma histórico hermenéutico marcada por un enfoque de tipo cualitativo (Hernández y Fernández, 2010), utilizando como técnica el análisis del discurso, teniendo como fundamento la técnica de construcción de línea jurisprudencial propuesto por López, (2002). Así mismo se usó como instrumento la matriz de análisis documental, lo anterior aplicado a sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Constitucional, Consejo de Estado y el Acuerdo Final para la Paz.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

i) Fundamentos convencionales, constitucionales, legales y reglamentarios de la reparación integral en Colombia

Con ocasión a la configuración de una vulneración de derechos que conlleve un daño se ha consagrado a nivel interno e internacional, la obligación del Estado de reparar visto desde la cláusula de responsabilidad extracontractual del Estado prevista en el artículo 90 superior y que obedece a la inexistencia de la obligación por parte de la persona de soportar el daño ocasionado. Desde el contexto de un conflicto armado interno como el acontecido en Colombia, surge la necesidad de llevar a cabo una reparación integral desde una perspectiva complementaria con cada uno de los siguientes componentes que la caracterizan: satisfacción, indemnización, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición (Comisión IDH. 2015. p. 146); esto con el fin de resarcir el daño ocasionado a la víctima (CADH. Art. 63.1)

y garantizar la integralidad en la reparación; al respecto la Corte IDH en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Corte IDH. 1989. p. 9) ha indicado la función que cumple la reparación derivada de la violación de una obligación internacional, señalando que:

> La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral (p.9).

Al respecto Uprimny (2009) haciendo la distinción entre la restitución como medio de reparación frente a la categoría de *reparación transformadora*, señala la importancia de la integridad de los componentes de la reparación, aduciendo que éstos deben "combinarse entre sí para garantizar una reparación integral de las víctimas, ya que cada uno tiene potencialidades y propósitos reparadores distintos y que por esa razón, generalmente la ausencia de uno no puede ser compensada con la presencia de otro" (p. 40).

Como lo enuncia Rousset (2011) la Corte IDH ha desarrollado evolutivamente la concepción de la reparación integral efectuando una transición entre el principio restitutio in integrum definida en el caso Velásquez a adoptar medidas de carácter no indemnizatoria teniendo en cuenta que como bien lo afirma Guzmán (2012) al señalar, para el caso de la violencia sexual, la reparación implica un intento por efectuar el deber Estatal sobre aquello que se considera irreparable; tal es el caso de la Corte IDH que señaló en el Caso Gelman (Corte IDH. 2011) - como en muchos otros- los siguientes elementos de la reparación:

> (…) Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición "recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado".
>
> Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así

> como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho (p.73)

Siendo de fácil observancia en las más recientes sentencias como en las resoluciones de cumplimiento a sus sentencias, la Corte IDH ha entendido que no basta con reparar a la víctima a través de la indemnización materializada en una compensación pecuniaria, sino que ésta debe repararse teniendo en cuenta sus componentes, con el fin de devolver a la víctima a la situación particular en la que se encontraba antes del daño ocasionado.

Como respuesta a lo anterior Colombia caracterizada por ser un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (Constitución política. 1991. Art.1) ha adoptado disposiciones internacionales necesarias con el fin de desarrollar un marco normativo y jurisprudencial que respalde el reconocimiento de la necesidad que las personas víctimas del conflicto armado interno sean reparadas efectivamente con el fin que se les pueda garantizar una vida digna (CADH. p.11.1) atribuyéndole a la reparación integral el carácter de derecho señalando que ésta debe hacerse de forma "adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva" como lo estipula la ley 1448 de 2011, y así mismo reafirma la necesidad que se realice con cada uno de sus componentes, aduciendo, en su artículo 25 que:

> La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante.

La ley 1448 (Congreso de la República. 2011) otorga el carácter de derecho a la reparación integral (artículo 25), criterio que es confirmado por la Corte Constitucional en Sentencia C-579 (2013), brindando mayor soporte constitucional, y además de esto estableciendo los alcances que comprende la reparación integral particular (como tipología de destinatario de la reparación) con:

> la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de

> no repetición", junto con el alcance en su dimensión colectiva (segunda tipología de destinatario en la reparación), que involucra "medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas.

Soportado en las obligaciones esenciales del Estado Social de Derecho como principal garante de la dignidad humana (Constitución Política. art. 1), y así mismo en las disposiciones de los tratados internacionales que hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad (en su sentido estricto y amplio)[47], existe el deber en cabeza del Estado de reparar el daño ocasionado a las víctimas del conflicto armado interno, siendo posible traer a colación nuevamente la Sentencia C-579 del 2013 que fija cinco factores de la reparación, encontrando fundamento en la tesis que se busca proponer: la garantía del carácter integral requiere de la existencia de un recurso rápido y efectivo que permita a la persona acudir ante jueces y tribunales y cuyo fin no sea otro que ésta no se haga de forma aislada, agregando la íntima relación entre la dignidad humana[48] y la reparación:

> (...)
>
> i) del concepto mismo de dignidad humana que busca restablecer a las víctimas las condiciones anteriores al hecho ilícito (art. 1º superior), ii) del deber de las autoridades públicas de proteger la vida, honra y bienes de los residentes y de garantizar la plena efectividad de sus derechos (art. 2º superior), iii) del principio de participación e intervención en las decisiones que los afectan (art. 2º de la Constitución), iv) de la consagración expresa del deber estatal de protección, asistencia, reparación integral y restablecimiento de los derechos de las víctimas (art. 250, numerales 6º y 7º, idem) y, v) del derecho de acceso a los tribunales para hacer valer los derechos, mediante los recursos ágiles y efectivos. (art. 229 de la Constitución, 18 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre, 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 25 CADH.

Adicionalmente la Corte Constitucional ratifica la insuficiencia del componente compensatorio frente a la reparación integral, bajo el entendido

47 Véase Sentencia C-225 de 1995, Corte Constitucional Colombiana.
48 Como principio de la reparación integral, artículo 1° de la Ley 1448 de 2011.

que existen medidas no indemnizatorias que cumplen una función relevante en el restablecimiento del principio fundamental a la dignidad humana, tal es el caso de las denominadas: i) medidas de satisfacción; medidas de rehabilitación y; garantías de no repetición frente al hecho victimizante. Para ello el Máximo Tribunal Constitucional adujo que la Ley 1448:

> En su artículo 25 consagra expresamente que las víctimas "tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido, es decir que, en todo caso la reparación debe ser integral. (...) Por último, se advierte que la reparación no se agota con el componente económico fijado por la indemnización, sino que requiere de (a) la rehabilitación por el daño causado; (b) programas simbólicos destinados a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas; así como, (c) medidas de no repetición para garantizar que las organizaciones que perpetraron los crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión removidas, a fin de evitar que las vulneraciones continuas, masivas y sistemáticas de derechos se repitan (Sentencia T-197, 2015)

Para concluir este primer capítulo es importante resaltar que el objeto de estudio del proyecto de investigación desarrollado comprende dos principios de especial relevancia y que se constituyen como elementos axiales dentro de la reparación integral, tal es el caso i) del principio de la existencia de un recurso judicial efectivo para; ii) Garantizar la materialización del principio de integralidad que ostenta la reparación y que se traduce en la interdependencia existente entre sus componentes, a saber:

> La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación. (...). Los principios adoptados por la comunidad internacional propenden por el respeto hacia los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, que se reconocen a las víctimas de los delitos graves según el derecho internacional. En este sentido, la verdad, la justicia y la reparación se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia, de manera tal que: No es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia. (Sentencia C-454, 2006).

Permitiendo concluir que la materialización de la integralidad de la reparación depende de las medidas que se adopten para garantizar la interdependencia entre los elementos y componentes de la reparación, proponiendo para ellos planes de reparación y lo que es materia de este escrito, un instrumento judicial que permita hacer exigible la integralidad de la reparación con ocasión al eventual fraccionamiento o cumplimiento aislado de sus medidas.

Adicionalmente se han presentado teorías recientes frente a la importancia de involucrar en su propia reparación a las víctimas partiendo del autoreconocimiento de los hechos victimizantes estableciendo proyectos de emprendimiento y/o cofinanciación que permita modificar de forma seria las condiciones que conllevaron a la violación de derechos y garantías que legitima el deber de reparar en cabeza del Estado.

ii) Antecedentes en materia de reparación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contra Colombia

La Corte IDH además de declarar la responsabilidad internacional del Estado por vulneración a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consecuentemente ordena la cesación de la práctica estatal que está ocasionando dicha vulneración -en caso que ésta subsista- con ello, las medidas de reparación a que haya lugar en cumplimiento de las disposiciones del artículo 63 convencional, que en un primer momento concibió sólo el componente indemnizatorio o compensatorio de la reparación, que luego en desarrollo de su línea jurisprudencial, desde el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Corte IDH. 1988) hasta la fecha, concibió las medidas de reparación no indemnizatorias que responden a los componentes de satisfacción, rehabilitación, restitución y garantías de no repetición, razón por la cual desde el reglamento de la Corte IDH se establece el procedimiento para asegurar el cumplimiento de sus providencias y medidas bajo la denominación de "resoluciones de cumplimiento" previstas en su artículo 69 (2009).

Colombia producto del precedente vinculante obligatorio fijado por la Corte Constitucional, ha reconocido la importancia en el cumplimiento de las

sentencias proferidas por los Tribunales Internacionales, especialmente por la Corte IDH, como lo estableció en la Sentencia T-653 (Corte Constitucional. 2012) en sede de revisión de la acción de tutela interpuesta por los familiares de las víctimas del Caso 19 Comerciantes por incumplimiento en las medidas ordenadas, para ello manifestó que:

> Los fallos proferidos por los tribunales internacionales de derechos humanos, en ejercicio de la función jurisdiccional que le reconocen los estados, no deben encontrar obstáculos en su cumplimiento y no deben tener oposición por parte de las autoridades encargadas de cumplirlos. Los argumentos de derecho interno –sean estos de la índole que sean- no deben servir de pretexto para la mora en su acatamiento; el genio local no puede fungir como un falso espíritu protector para el Estado condenado internacionalmente, detrás del cual este pueda esconderse para no honrar sus compromisos internacionales.

Concluye categóricamente la Corte Constitucional, la obligación existente para el Estado de cumplir efectivamente las sentencias de la Corte IDH consagrando para ellos los siguientes elementos:

> Debe reiterarse para concluir que el Estado colombiano y, dentro de él sus autoridades e instituciones, en el ámbito de sus competencias legales y reglamentarias –lo que incluye, cómo no, a esta Corte Constitucional- se encuentran obligadas a acatar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al actuar en este sentido, (i) se desarrollan los principios y valores contenidos en los artículos 1, 2 y 5 de la Carta, así como (ii) el 22 constitucional, en la medida en la que el acatamiento de fallos internacionales es una herramienta para la paz. Igualmente, (iii) la exigencia en el cumplimento viene dada por la incorporación de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nuestro ordenamiento por vía del *bloque de constitucionalidad*, previsto en el artículo 93 de la Constitución. También (iv) por la aplicación de aquel principio de derecho internacional que indica que todos los compromisos internacionales que adquiere un Estado –dentro de los que están comprendidos los que reconocen la jurisdicción de la Corte IDH y la obediencia a lo que esta decida - deben ser cumplidos de buena fe. (Sentencia T-653, 2012)

Teniendo en cuenta lo anterior se procederá a abordar los aspectos más relevantes, en materia de reparación integral, señalados en los casos propuestos iniciando con el Caso 19 Comerciantes cuyo incumplimiento

originó la vulneración a los derechos fundamentales de la cual conoció la Corte en la Sentencia reseñada.

a) Caso 19 Comerciantes vs. Colombia

La Corte IDH mediante providencia emitida el 05 de julio del 2004 declaró la responsabilidad internacional del Estado Colombiano por los hechos ocurridos el 07 de octubre de 1987, cuando 17 comerciantes fueron detenidos por grupos paramilitares con colaboración de miembros de la fuerza pública y posteriormente les dieron muerte. Dos semanas después cuando familiares recorrían la zona en su búsqueda, dos de ellos fueron igualmente detenidos y desaparecidos, ello motivó que el Tribunal Interamericano emitiera sentencia declaratoria de condena y trece medidas de reparación con las cuales realiza la respectiva supervisión de cumplimiento. El 23 de junio del 2016 la Corte IDH emitió[49] la quinta resolución de cumplimiento para la observancia de las medidas ordenadas, lo que permite inferir que, a la fecha, luego de cuatro resoluciones y cerca de 12 años desde proferida la Sentencia, las resoluciones no han resultado eficaces frente al caso colombiano. A continuación, serán señalados aspectos importantes de dicha providencia:

Objeto de la resolución: a) Erigir un monumento en memoria de las víctimas; b) Una placa con los nombres de los 19 comerciantes y; c) La placa deberá ser instalada mediante ceremonia pública y en presencia de familiares de las víctimas. **Término otorgado para su cumplimiento en la Sentencia:** Un (01) año. ***Consideración:*** La Corte IDH reconoce la labor realizada por la Corte Constitucional Colombiana con ocasión de la Sentencia T - 653 (Corte Constitucional. 2012), que en palabras de la Corte: "*El Tribunal valora positivamente la referida decisión judicial interna, en tanto constituyó un importante aporte para asegurar el adecuado cumplimiento de esta reparación*" *(parf. 10).* **Decisión:** Declara cumplidas las medidas objeto de la resolución, e igualmente mantiene abierto el procedimiento de supervisión para las demás.

Desde este punto se enmarca la problemática para lo cual se efectuará

49 Téngase en cuenta las emitidas el 2 de febrero de 2006, 10 de julio de 2007, 8 de julio de 2009 y 26 de junio de 2012.

la propuesta en el punto final de esta ponencia caracterizada porque *NO EXISTE CARÎCTER INTEGRAL DE LA REPARACIÛN*, fundamentado en que el Estado no tiene un Plan de Reparación claro y ocurre que luego de doce años las víctimas aún no han sido reparadas *integralmente*.

b) Caso Escué Zapata vs. Colombia

Mediante Sentencia de fondo, reparaciones y costas emitida el 04 de julio del 2007 que finalizó con la responsabilidad internacional del Estado Colombiano, responsabilidad que fue parcialmente aceptada por éste, con ocasión a los hechos ocurridos con la privación arbitraria de libertad, lesiones y privación de la vida del líder indígena Germán Escué Zapata por parte de miembros de las fuerzas militares. El 22 de noviembre del 2016 la Corte IDH emitió[50] la tercera resolución de cumplimiento para este caso, lo que permite ratificar que a la fecha, luego de dos resoluciones y cerca de 10 años desde proferida la Sentencia, las resoluciones no han resultado eficaces frente al caso colombiano.

Se realiza el siguiente análisis:

Objeto de la resolución: a) Conducir eficazmente los procesos penales que se encuentren en trámite y los que se llegaren a abrir y; b) Tratamiento especializado de carácter médico, psiquiátrico y psicológico adecuada a familiares del señor Escué Zapata. ***Consideración:*** La Corte IDH aduce que sólo será materia de dicha resolución lo correspondiente a la obligación de investigar, juzgar y sancionar, dejando un lado la referente al tratamiento especializado, en los siguientes términos:

> La Corte está realizando una supervisión conjunta de esta medida en varios casos colombianos, por lo que en una posterior resolución valorará las acciones que ha realizado el Estado y las observaciones efectuadas por los representantes de las víctimas y la Comisión (p.3).

Decisión: Declara cumplida la medida referente a conducir eficazmente los procesos penales que se encuentran en trámite y los que se llegaren a

50 Téngase en cuenta las emitidas el 18 de mayo de 2010 y 21 de febrero de 2011.

abrir; mantener abierto el procedimiento de supervisión respecto a la medida de reparación referente al tratamiento especializado de carácter médico, psiquiátrico y psicológico.

Desde este punto se confirma la problemática para la cual, se efectuará la propuesta en el punto final de esta ponencia fundamentada en que *no existe carácter integral de la reparación*, dado que el Estado no ha reparado integralmente a las víctimas.

c) Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia)

Uno de los casos más representativos para Colombia por lo acontecido, fue el referente a los desaparecidos del Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, que consistió en la toma guerrillera a las instalaciones de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado que conlleva la "retoma" por parte de las fuerzas militares, desapareciendo forzosamente a siete empleados de la cafetería, dos visitantes y un guerrillero del M-19, y la ejecución extrajudicial de un magistrado auxiliar, razón por la cual el Estado aceptó parcialmente la responsabilidad por los hechos ocurridos y la Corte IDH encontró su responsabilidad internacional por omisión a los deberes consagrados en la CADH. El 10 de febrero del 2017 se emitió la primera resolución de supervisión al cumplimiento de la sentencia proferida, siendo posible realizar el siguiente análisis:

Objeto de la resolución: a) Nueve medidas de reparación ordenadas en la Sentencia del año 2014; sin embargo, la Corte recibió múltiples consultas en relación a los montos ordenados por concepto de indemnización.

Consideración: La Corte IDH concentró su atención a las medidas indemnizatorias de acuerdo a las controversias suscitadas, y señaló:

Estima conveniente orientar el cumplimiento al respecto, de manera previa a pronunciarse en una siguiente Resolución sobre el grado de cumplimiento por el Estado de las reparaciones. En concreto, la Corte se referirá a los siguientes puntos: a) los montos por daño inmaterial ordenados en el párrafo 603 de la Sentencia a favor de las once víctimas de desaparición forzada y sus familiares, y

b) la distribución de las indemnizaciones de las víctimas de desaparición forzada, víctimas de violación del derecho a la vida y de los beneficiarios que fallecieron previo a recibir el pago (p.3).

Decisión: Ordena la realización y cumplimiento de las medidas indemnizatorias de acuerdo a lo allí ordenado.

No obstante, se observa que la resolución de supervisión de cumplimiento no tuvo en cuenta ninguna medida no indemnizatoria de reparación, lo que fundamenta la inexistencia del carácter integral de la reparación, siendo que se omite los puntos 20 y subsiguientes de la parte resolutiva de la Sentencia, desconociendo la importancia en que la reparación no se realice de manera aislada sino que esta sea integral.

iii) Herramientas frente a la garantía de reparación integral en el contexto de posconflicto.

Habiendo abordado a título enunciativo los principales fundamentos convencionales, constitucionales, legales y reglamentarios, teniendo en cuenta algunos antecedentes importantes en materia de mandamientos encaminados a la reparación integral frente a hechos constitutivos de graves violaciones a derechos humanos en casos contra Colombia, a título de propuesta a continuación se mencionarán dos herramientas que de manera más formal que material puedan asegurar dicha garantía, a saber:

a) Resoluciones de seguimiento.

Como ha podido evidenciarse las resoluciones de supervisión de cumplimiento emitidas por la Corte IDH son el mecanismo creado por el Sistema Interamericano para asegurar el debido cumplimiento de las disposiciones de reparación a que hace referencia la parte resolutiva de las Sentencias de declaratoria de responsabilidad por la ocurrencia de un hecho ilícito internacional, no obstante, como se ha hecho mención, su efectividad es desde el punto de vista formal más allá de los efectos nocivos para el Estado signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en general sobre alguno de los estamentos del *corpus iuris interamericano*.

b) Control de convencionalidad.

Más allá de las discusiones doctrinales y jurisdiccionales que se han presentado en los últimos años acerca del ejercicio del control de convencionalidad, este instrumento puede ser concebido como el mecanismo de mayor idoneidad para asegurar la reparación integral en casos que por principio de subsidiariedad y complementariedad del sistema no llegan al conocimiento de sus órganos o en caso que resultare una sentencia declaratoria de responsabilidad internacional por un hecho ilícito se asegure su cumplimiento en el contexto interno, tal es el caso colombiano que dado el escenario de posconflicto sobre el cual transita tiene elementos de carácter convencional de obligatoria observancia y cumplimiento en dos vertientes:

i) Desde el concepto y aplicación de justicia transicional: a) Caso Barrios Altos vs. Perú (Corte IDH, 2002); b) Caso Masacre El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (Corte IDH, 2012); c) Caso Gelman vs. Uruguay (Corte IDH, 2011);

ii) Desde el ámbito de la reparación que se ha materializado en una evolución importante al interior de las providencias emitidas por la Corte IDH, desde el Caso Velásquez Rodríguez (Corte IDH, 1988) hasta Sentencias más recientes que denotan la importancia de interpretación de las normas convencionales, tales como el artículo 63 de la CADH cuya concepción inicial es completamente diferente a los elementos y ámbitos de la reparación a la que hace referencia la Corte IDH.

No obstante de acuerdo suscrito entre Estado Colombiano-FARC EP (2016) a estos elementos de obligatoria observancia y aplicación por Colombia dada su condición de Estado Signatario de la CADH, debe tener plena claridad del Control de Convencionalidad como instrumento de garantía en los derechos de las víctimas a una reparación integral, fundamentado en que se viene acudiendo a este término desde el año 2002 en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (Corte IDH, 2002) con un sentido concentrado, pasando por "una especie de control de convencionalidad" en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile (Corte IDH, 2006) concluyendo en providencias como

el Caso Tenorio Roca vs. Perú (Corte IDH, 2016) en que su concepción se centra en la garantía de efectividad de los derechos y garantías del corpus iuris interamericano en favor de sus destinatarios, pero adicionalmente acuñando que su ejercicio idóneo y oportuno previene la configuración de un hecho ilícito internacional y todas las consecuencias que ello trae.

Como aspectos detractores para su correcto ejercicio en el ámbito colombiano son las posiciones divergentes de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado como máximos tribunales en su jurisdicción respectiva, sin desconocer – de forma infortunada para efectos del control de convencionalidad - *la cosa juzgada constitucional*, entrando en discusiones adicionales frente al *principio pro hommine*, soportado en que el Tribunal Constitucional ha manifestado la inexistencia del control de convencionalidad en Colombia con salvamento de voto de Maria Victoria Calle y Luis Ernesto Vargas Silva. Caso contrario ocurre al interior del Consejo de Estado que reconoce al juez administrativo como juez convencional estableciendo su obligación de observancia a los parámetros convencionales en la configuración de la responsabilidad estatal y el eventual deber de reparar, como se ha venido presentado desde el año 2013 con providencias con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa. No obstante, se tiene una clara insuficiencia de forma material frente al cumplimiento de disposiciones en reparación integral se pretende proponer, como resultado real del proyecto de investigación, la existencia de mecanismos de mayor garantía que respondan al deber de los servidores públicos en el ejercicio del control de convencionalidad, verbigracia en materia de reparación de la mujer como sujeto de especial protección constitucional que señalan Galvis S. & Carvajal M. (2017):[51]

> "(…) Lo anterior se traduce en que todos los estamentos y funcionarios del Estado están llamados a ejercer este instrumento teniendo como presupuesto la CADH en sí misma y, para el caso de la protección especial a la mujer, la Convención Belém Do Pará dado el reconocimiento al carácter jurisdiccional del Tribunal Interamericano Interamericano, fijando como precedente jurisprudencial con la interpretación estos instrumentos

51 http://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/35309/19336

> en múltiples vertientes: a) Desde el ámbito de la reparación; b) Desde la protección especial con la cual debe gozar la mujer; c) Deber de investigar, juzgar y sancionar del Estado; entre otras" (p. 84).

Por lo anterior, a partir de las disposiciones del acuerdo final (Estado Colombiano-FARC EP, 2016) para terminación del conflicto y el alcance de una paz estable y duradera, el enfoque diferencial y territorial que propone, se tiene la necesidad en el fortalecimiento de la concepción de la reparación integral como elemento infranqueable del escenario transicional sobre el cual se encuentra Colombia, por lo que ratifica el deber en el ejercicio del control de convencionalidad por los servidores públicos en sus diversos estamentos.

CONCLUSIONES

La reparación Integral abarca una serie de elementos y componentes que se adaptan entre sí para que ésta sea realizada de forma efectiva, por ende, no se puede entender como reparación la indemnización o compensación económica, siendo necesario garantizar la satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición y así mismo, velando porque cada una no se haga de manera aislada, sino que por el contrario, éstas sean complementarias entre sí reconociendo el único objetivo de brindar garantías de especial protección a quienes por efectos externos denotan tal calidad.

De acuerdo a los tres casos estudiados, para el caso colombiano se evidencia la insuficiencia en las resoluciones de supervisión al cumplimiento de las órdenes emitidas por la Corte IDH en sus sentencias, dado que no han resultado eficaces frente al deber de asegurar el cumplimiento y garantía del carácter integral de la reparación por violación a los derechos humanos.

El control de convencionalidad es un instrumento de aplicación directa en los servidores públicos en Colombia, por lo que reparar de forma integral obliga la observancia plena de disposiciones convencionales (entiéndase CADH y Corte IDH) propendiendo por garantizar el efecto útil de la Convención, así como la conformación de un *ius commune interamericano*, denotando todo lo anterior la necesidad de establecer un mecanismo directo de garantía frente a la integralidad de la reparación.

Cómo citar este capítulo

APA

Castillo Galvis, S., Carvajal, M., Tenorio Melenje, Y., y León Gómez, J. (2018). La reparación integral en el contexto de posconflicto colombiano: antecedentes y fundamentos. EN Aguilar Barreto, A., y Hernández Peña, Y. (Ed.), *La investigación jurídica: Reconociendo acciones normativas relevantes* (p. 156-174). Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

REFERENCIAS

Estado Colombiano-FARC EP. (2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T - 653. (2012).

Comisión IDH. (2015). "Seguimiento a recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes temáticos". Disponible en la página: http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/informeanual2015-cap5-colombia-es.pdf

Congreso de la República. Ley 1448. Diario oficial N° 48.096 de 10 de junio del 2011.

Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-454 Expediente: D-5978. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2013). Sentencia C - 579. Magistrado Ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente D- 9499.

Corte Constitucional. (2015). Sentencia T-197. Magistrado Ponente. Martha Victoria Sáchica Méndez. Expediente. T-4.601.550.

Corte IDH. (1988). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.

Corte IDH. Caso Escué Zapata vs. Colombia. (Fondo, Reparaciones y Costas). (04 de julio del 2007).

Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia vs. Colombia). (14 de noviembre del 2014).

Corte IDH. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de noviembre del 2009).

Corte IDH. Resolución de supervisión al cumplimiento de la Sentencia Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. (23 de junio del 2016).

Corte IDH. Resolución de supervisión al cumplimiento de la Sentencia Caso Escué Zapata vs. Colombia. (22 de noviembre del 2016).

Corte IDH. Resolución de supervisión al cumplimiento de la Sentencia Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia vs. Colombia). (10 de febrero del 2017).

Corte IDH: Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. (Fondo, Reparaciones y Costas). (05 de julio del 2004).

Díaz, C., Sánchez, M., & Uprimny, R. (2009). Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia). Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión, 31 - 70. Recuperado de www.angelduran.com/docs/Cursos/CCDC2013/mod04/04-012_LC5-U-Rodrigo-Reparaciones-Transf-just-dist.pdf

Galvis, S. H. C., & Carvajal, M. P. (2017). La mujer como sujeto partícipe de reparación en el contexto del posconflicto en Colombia. Revista Gênero & Direito, 6(3).

Guzmán, D. E. (2012). *¿Reparar lo irreparable? violencia sexual en el conflicto armado colombiano: propuestas con perspectiva de género*. Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres–ONU MUJERES.

Hernández, R., Fernández, C. & Baptista, P. (2010). Metodología de la Investigación. 5ta ed., México, *Interamericana Editores S.A*.

López Medina, D. (2002). El derecho de los jueces, 3a. reimp., Bogotá, Legis-Uniandes, Facultad de Derecho, 2002, 220 pp.

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969, p.159).

Rousset, A. (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista internacional de derechos humanos*, (1).

UNIVERSIDAD
SIMÓN BOLÍVAR
BARRANQUILLA Y CÚCUTA - COLOMBIA

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

La investigación jurídica: reconociendo acciones normativas relevantes

La investigación más allá de la acertada generación de conocimiento, surge como medio idóneo para transformar la mentalidad y en consecuencia la sociedad. Partiendo de reconocer la investigación jurídica como la actividad intelectual que permite conocer, analizar y comprender el corpus iuris, su fundamento, desarrollo y evolución, para descubrir soluciones jurídicas pertinentes a las situaciones que mediante las normas se pretenden intervenir y reglar. Ello implica la necesidad de análisis profundos que permitan adecuar el ordenamiento jurídico a las dinámicas sociales.El presente documento presenta estudios que en este sentido analizan desde los ámbitos Filosóficos, históricos y dogmáticos jurídicos situaciones problémicas jurídicamente. En este sentido desde la constitución del Estado Social de Derecho, la sociedad colombiana ha exigido su materialización de fuentes jurídicas en este sentido. Problemáticas doctrinales de la administración de justicia, de la estructuración jurídica de la familia y el afrontamiento del conflicto social, son entre otros.

EDICIONES UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

RECONOCIDO POR COLCIENCIAS 2014 - 2017

9 789585 430785