

Altos Estudios de Frontera (ALEF).
Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia.



Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica

Compiladores:

Modesto Eloi Graterol Rivas

María Inés Mendoza Bernal

Rosemily Graterol Silva

Julio César Contreras Velásquez

Jhon Franklin Espinosa Castro

Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica

Compiladores:

MODESTO ELOI GRATEROL RIVAS, MARÍA INÉS MENDOZA BERNAL
ROSEMILY GRATEROL SILVA, JULIO CÉSAR CONTRERAS VELÁSQUEZ,
JHON FRANKLIN ESPINOSA CASTRO

Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica



Abad Ernesto Parada Trujillo, Alexander Durán Martínez,
Anderson Moncada Grass, Andrea Johana Aguilar Barreto,
Andrés Fabián Maldonado Acuña, Brenda Neliet Jaimes Sánchez,
Carlos Alfredo Pérez Fuentes, Carolina Ramírez Martínez,
Ciro Alfonso Pérez, Clara Paola Aguilar Barreto,
Deissy Vanessa Camargo Cárdenas, Dennis Mauricio Losada López,
Diego Armando Castro Castro, Dora Gómez Rodríguez,
Erika Jazmín Contreras Silva, Franklin Buitrago Vivas,
Geraldine Villamizar Herrera, Gladys Shirley Ramírez Villamizar,
Hender Leonardo Andrade Walteros, Juan Carlos Ureña Rolon,
Juan Gregorio Ascanio Bayona, Julio César Contreras Velásquez,
Karime Griselda Lizcano Gómez, Kristhell Karen García Vargas,
Leyda Torrado Cárdenas, Linda Katherine Calderón Vera,
Lizeth Cardozo Rodríguez, Luis Francisco Rodríguez Botello, Manuel Iván
Vargas Mogollón, María Antonia Cuberos de Quintero,
Marisela Vivas García, Mary Lizbeth Vargas Soto,
Máximo Vicuña De La Rosa, Mayte Alexandra Pinto Guzmán,
Mercedes Leonor Illera Lobo, Misael Isaac Rangel Prada,
Myriam Teresa Carreño Paredes, Nancy Teresa Capacho Miranda,
Nidia Gabriela González Misse, Nidia Johanna Bonilla Cruz,
Nubia Socorro Combariza Gallo, Paola Yalitza Jaimes Ibáñez,
Rigoberto Fernando Pinto Sandoval, Rina Mazuera Arias,
Sandra Milena Cáceres Serrano, Sandra Patricia Díaz García,
Xiomara Estévez Grateron, Yuly Paola Machuca Martínez,
Yurley Karime Hernández Peña

Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica

Grupo de investigación: Altos Estudios de Frontera (ALEF). Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia.

Libro producto del proyecto de investigación titulado: Investigación en gestión pública y privada en ciudades de frontera en Colombia y Venezuela.

Fecha de inicio: julio de 2014. Fecha de finalización: agosto de 2016.

ISBN 978-980-402-234-0

Depósito legal ZU2017000112

Marzo de 2017 ~ Maracaibo, República Bolivariana de Venezuela

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en medios electrónicos, mecánicos, fotocopias, grabaciones u otros, sin la previa autorización por escrito de la Universidad del Zulia. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva del/os autor/es. Esta obra cumple con el requisito de evaluación por dos pares de expertos y depósito legal.

Diagramación e impresión:

Ediciones Astro Data, S.A. (edicionesastrodata@gmail.com)

Maracaibo, República Bolivariana de Venezuela

Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica. / Parada Trujillo, A. E.; Duran Martínez, A.; Moncada Grass, A.; Aguilar Barreto, A. J.; Maldonado Acuña, A. F.; Jaimes Sánchez, B. N.; Pérez Fuentes, C.A.; Ramírez Martínez, C.; Alfonso Pérez, C.; Aguilar Barreto, C. P.; Camargo Cárdenas, D. V.; Losada López, D. M.; Castro Castro, D.A.; Gómez Rodríguez, D.; Contreras Silva, E.J.; Buitrago Vivas, F.; Villamizar Herrera, G.; Ramírez Villamizar, G. S.; Andrade; Walteros, H. L.; Ureña Rolon, J. C.; Ascanio Bayona, J. G.; Contreras Velásquez, J. C.; Lizcano Gómez, K.G.; García Vargas, K. K.; Torrado Cárdenas, L.; Calderón Vera, L.K.; Cardozo Rodríguez, L.; Rodríguez Botello, L.F.; Vargas Mogollón, M. I.; Cuberos de Quintero, M. A.; Vivas García, M.; Vargas Soto, M.L.; Vícuña De La Rosa, M.; Pinto Guzmán, M. A.; Illera Lobo, M.L.; Rangel Prada, M. I.; Carreño Paredes, M.T.; Capacho Miranda, N. T.; González Misse, N.G.; Bonilla Cruz, N. J.; Combariza Gallo, N.S.; Jaimes Ibáñez, P. Y.; Pinto Sandoval R. F.; Mazuera Arias, R.; Cáceres Serrano, S. M.; Díaz García, S. P.; Estévez Grateron, X.; Machuca Martínez, Y.P.; Hernández Peña, Y. K. Universidad del Zulia. Maracaibo, Estado Zulia, República Bolivariana de Venezuela. 2017. 704 p. 15,5 x 22,5 cm.

ISBN 978-980-402-234-0 / Depósito legal ZU2017000112

Palabras clave: Derechos humanos, ordenamiento jurídico colombiano, bienestar general, socio-jurídica.

Clasificación DEWEY: 300. 2017. 1a ed.

Universidad del Zulia - Sistema de Bibliotecas.

Publicaciones Científicas Universidad del Zulia:

www.luz.edu.ve ~ www.fc.es.luz.edu.ve/cee/mfucchi@dri.luz.edu.ve

<http://www.fc.es.luz.edu.ve/cee/index.php/principios-del-cee/1-estructura-organizativa>

Yorberth Yannedy Montes de Oca Rojas (montesdeoca_yorberth@fc.es.luz.edu) +582614127639

Centro de Estudios de la Empresa, Edif. de Investigaciones Económicas "Gastón Parra Luzardo".

Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Núcleo Humanístico. Ciudad Universitaria. Av. 16 (Guajira).

Apartado de Correo 1540. Maracaibo. Estado Zulia. República Bolivariana de Venezuela.



Universidad del Zulia

Rector

PhD. Jorge Palencia Piña

Vicerrectora Académica

PhD. Judith Aular de Durán

Vicerrector Administrativo

PhD. Jesús Salón Crespo

Secretaria

PhD. Marlene Primera Galué

Coordinador-Secretario

*del Consejo de Desarrollo Científico,
Humanístico y Tecnológico (CONDES)*

PhD. Gilberto Vizcaíno

Comité Académico y Científico

PhD. Andrés Valdez Zepeda
(Universidad de Nuevo México, USA)

PhD. María Luisa Montánchez Torres
(Universidad Nacional de Educación UNAE, Ecuador)

PhD. Cecilia Socorro
(Universidad del Zulia, Venezuela)

PhD. Johann Enrique Pirela Morillo
(Universidad de la Salle, Colombia)

PhD. Manuel Velasco Pernía
(Universidad Central, Venezuela)

PhD. Yasmile Navarro
(Universidad del Zulia, Venezuela)

PhD. Isaac Uribe Alvarado
(Universidad de Colima, México)

PhD. Adreana Morón Vásquez
(Universidad del Zulia, Venezuela)

PhD. Francisco Mustieles
(Universidad de las Américas, UDLAP, México)

PhD. Armando J. Urdaneta Montiel
(Universidad Nacional Experimental
Rafael María Baralt, Venezuela)

PhD. Nancy Rivas de Prado
(Universidad de los Andes, Venezuela)

Contenido

Resumen	11
Prólogo	13
Capítulo 1	
Amenazas: interpretación judicial desde el Código Penal Colombiano.....	15
Capítulo 2	
Afrontamiento evitativo, género y conflicto armado en la ciudad de Cúcuta	37
Capítulo 3	
Afrontamiento orientado a la emoción y género en víctimas en conflicto armado de la ciudad de Cúcuta.....	57
Capítulo 4	
Aplicabilidad del marco jurídico ambiental: caso barrio San Rafael de Cúcuta.....	85
Capítulo 5	
Rol masculino en la sexualidad y paternidad: pactos educativos para un cambio generacional	103
Capítulo 6	
Resultados del Programa de asistencia legal a población en situación de desplazamiento (ALPOSD).....	126

Capítulo 7

Análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a la política pública de vivienda para población desplazada atendida por el Programa ALPOSD de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.	144

Capítulo 8

Análisis al alcance de la reparación administrativa de la población discapacitada en ocasión al conflicto armado atendida por ALPOSD	192

Capítulo 9

Contrato de maternidad subrogada: su validez en el ordenamiento jurídico colombiano.	226

Capítulo 10

Delitos de lesa humanidad: posturas de la Corte Penal Internacional.	247

Capítulo 11

Enfoque de equidad de género: una mirada desde su desarrollo histórico	266

Capítulo 12

Implementación del Estatuto de Roma: una mirada desde el derecho comparado	292

Capítulo 13

Explotación laboral. Vista de los programas institucionales de prevención.	334

Capítulo 14

Verdad judicial: aproximación filosófica a su concepto en los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional Colombiana	356

Capítulo 15

Incidencia del antiformalismo en el plan de estudios y litigación
del egresado del Programa de Derecho de la Universidad

Simón Bolívar Sede Cúcuta 379

Capítulo 16

Enfoque de equidad de género: aplicación desde el marco

jurídico colombiano 400

Capítulo 17

Justicia especial para la paz: control de convencionalidad
en la calificación de la conducta punible asociada al conflicto

armado colombiano..... 428

Capítulo 18

La oralidad: herramienta jurídica del juez en la administración

de justicia 459

Capítulo 19

La política pública educativa: desarrollo en el contexto

Colombiano 475

Capítulo 20

La teoría de “inconstitucionalidad por sustitución” a la luz

de jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana 493

Capítulo 21

Ley antibullying: pertinencia y aplicabilidad en la realidad

educativa colombiana 509

Capítulo 22

Método de Sara Cobb en la conciliación: alcances, beneficios

y limitaciones frente a la solución de conflictos 530

Capítulo 23

Movilidad y accidentalidad vial: justificación y logros
de las medidas de restricción de motocicletas en Cúcuta 551

Capítulo 24

Prueba testimonial: valoración desde el aporte del testigo
común en materia penal 573

Capítulo 25

Configuración del cohecho en conductas de corrupción:
responsabilidad del personal de la Policía Nacional 605

Capítulo 26

Afrontamiento orientado al problema en víctimas en conflicto
armado, Cúcuta: Análisis desde la perspectiva de género 624

Capítulo 27

La educación en Colombia: históricamente elemento jurídico
político para el desarrollo social 650

Capítulo 28

Desarrollo de la propiedad privada. Protección constitucional
y civil en Colombia 681

DERECHOS HUMANOS DESDE UNA PERSPECTIVA SOCIO-JURÍDICA

*Abad Ernesto Parada Trujillo, Alexander Durán Martínez,
Anderson Moncada Grass, Andrea Johana Aguilar Barreto,
Andrés Fabián Maldonado Acuña, Brenda Neliet Jaimes Sánchez,
Carlos Alfredo Pérez Fuentes, Carolina Ramírez Martínez,
Ciro Alfonso Pérez, Clara Paola Aguilar Barreto,
Deissy Vanessa Camargo Cárdenas, Dennis Mauricio Losada López,
Diego Armando Castro Castro, Dora Gómez Rodríguez,
Erika Jazmín Contreras Silva, Franklin Buitrago Vivas,
Geraldine Villamizar Herrera, Gladys Shirley Ramírez Villamizar,
Hender Leonardo Andrade Walteros, Juan Carlos Ureña Rolon,
Juan Gregorio Ascanio Bayona, Julio César Contreras Velásquez,
Karime Griselda Lizcano Gómez, Kristhell Karen García Vargas,
Leyda Torrado Cárdenas, Linda Katherine Calderón Vera,
Lizeth Cardozo Rodríguez, Luis Francisco Rodríguez Botello,
Manuel Iván Vargas Mogollón, María Antonia Cuberos de Quintero,
Marisela Vivas García, Mary Lizbeth Vargas Soto, Máximo Vicuña De La Rosa,
Mayte Alexandra Pinto Guzmán, Mercedes Leonor Illera Lobo,
Misael Isaac Rangel Prada, Myriam Teresa Carreño Paredes,
Nancy Teresa Capacho Miranda, Nidia Gabriela González Misse,
Nidia Johanna Bonilla Cruz, Nubia Socorro Combariza Gallo,
Paola Yalitza Jaimes Ibáñez, Rigoberto Fernando Pinto Sandoval,
Rina Mazuera Arias, Sandra Milena Cáceres Serrano,
Sandra Patricia Díaz García, Xiomara Estévez Grateron,
Yuly Paola Machuca Martínez, Yurley Karime Hernández Peña*

Resumen

A partir de la concepción oficial que el estado colombiano hace de los derechos humanos, donde los concibe como propuesta de interpretación permanente del ser humano, el ideal político y social que construye una imagen de cada uno, un “ideal común” basado en la autonomía, la felicidad y el bienestar general, y en la democracia, que se relaciona con la libertad,

el respeto y la justicia, nacen las investigaciones sociojurídicas que buscan ser base de la transformación social. La presente publicación ofrece una orientación y análisis jurídico exhaustivo de los derechos humanos, desde las múltiples aristas que permean la vida del hombre, en ella se compilan resultados de investigaciones que involucran autoridades estatales, actores humanitarios y derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. A partir del contexto dinámico de la sociedad colombiana se examinan, situaciones en particular, la aplicación complementaria de estos dos corpus normativos desde los ámbitos: penal, ambiental, familia, civil, laboral, entre otros. En procura de aportar a la comprensión de los fenómenos sociales que requieren una mirada especial desde el ámbito legislativo colombiano. El propósito central es proporcionar una visión general de las situaciones sociales y jurídicas colombianas, desde la revisión contextual hasta el análisis jurídico de las nociones pertinentes, a fin de ofrecer una visión general de derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica

Palabras clave: Derechos humanos, ordenamiento jurídico colombiano, bienestar general, sociojurídica.

Prólogo

El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario comparten el objetivo común de respetar la dignidad y humanidad de todos. En el mismo sentido, el estado Colombiano constitucionalmente se define como Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, entre otras características. Atendiendo a estos elementos y dado el sentido comprensivo social que tiene la investigación socio jurídica nacen múltiples ejercicios investigativos, donde se realiza una aproximación a la realidad social colombiana y sobre ella se llevan a cabo revisiones jurídicas que permiten comprender el estado de los derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica.

La sociedad colombiana dinámica y cambiante, determinada por varias décadas por el conflicto armado y la cual inicia una fase de postconflicto presenta condiciones sociales características que merecen especial atención. En esta compilación, se hace una revisión de estas condiciones sociales desde distintas ramas del derecho: civil, penal, familia, internacional humanitario, entre otros.

El conflicto armado tuvo especial incidencia en los contextos físicos donde se asientan por décadas estos grupos, generando unas condiciones ambientales que hoy tienen la atención legislativa, y que orientan las políticas públicas ambientales, de las cuales vale la pena hacer revisión constante de su aplicabilidad, pertinencia y efectividad.

De otra parte, la familia concebida como derecho constitucional y a su vez como núcleo fundamental de la sociedad, ha sufrido tal evolución que merecen la exploración de esta institución desde sus vínculos,

las formas de protección especial creadas para garantizar su integridad, su atención en casos de conflicto. De igual manera la manera, la mujer, los niños y todo grupo minoritarios que desde la perspectiva internacional empiezan a posicionarse desde el enfoque de equidad de género, para el caso colombiano, desde el mismo conflicto armado han tenido peculiar participación.

Asimismo, atendiendo a los procesos de atención a la ciudadanía reportada víctima dentro del conflicto armado surge un proceso especial de reparación, que aunque se da aun en la persistencia del conflicto y resulta medida de alivio para aquellos ciudadanos que requerían apoyo del estado, se hace una aproximación a estos y a su pertinencia para cumplir los proposición de justicia y reparación que buscaba el Estado colombiano con ellos. También, es preciso reconocer que en materia de derechos humanos la justicia transicional y toda su teorización requieren especial atención desde el ordenamiento jurídico colombiano, para reconocer la atención de éstos en su proceso de implementación.

Conscientes de la necesidad de reconstruir la sociedad en las bases fundamentales de la democracia y el respeto a los derechos humanos en todos y todo, la investigación de la información, de los escenarios sociales y elementos jurídicos se convierte en compromiso especial desde el ámbito universitario. En consecuencia este libro ofrece desde múltiples aristas jurídicas una posibilidad de concebir la situación de los derechos humanos en la sociedad colombina y de zona de frontera especialmente.

Andrea Johana Aguilar Barreto

Capítulo 1

Amenazas: interpretación judicial desde el Código Penal Colombiano¹

*Andrea Johana Aguilar Barreto²,
Mayte Alexandra Pinto Guzmán³,
Rigoberto Fernando Pinto Sandoval⁴,
Kristhell Karem García Vargas⁵*

Resumen

El presente documento tiene como objeto presentar las exigencias del sistema penal para la efectiva calificación y persecución punitiva del tipo penal de amenazas al tenor literal del artículo 347 del Código Penal Colombiano, derivándose de una investigación fundamentada en una metodología mixta, diseño que integra los enfoques cualitativo como cuantitativo, utilizando como instrumentos: la encuesta y la entrevista semiestructurada; tomando como principal fuente de información a los accionantes de

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Análisis del tipo penal de amenazas contemplado en el artículo 347 del código penal. Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.
 - 3 Abogada, Universidad Simón Bolívar.
 - 4 Abogado, Universidad Simón Bolívar.
 - 5 Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Libre. Maestrante en Derecho, Universidad Santo Tomás.

denuncias activas por delitos de amenazas interpuestas desde el año 2008 hasta el 2016 (1.163), lo que equivaldría a 15 personas, e igual número se tuvo en cuenta para encuestar a servidores públicos de la Fiscalía Seccional Cúcuta y Los Patios. Además existen ocho (8) Fiscales Seccionales y Locales en Cúcuta y Los Patios, Norte de Santander, que conocen de este tipo de denuncias, de los cuales el 50% de ellos fueron entrevistados; adicionalmente, y lógico dentro de una investigación socio jurídica se tuvo en cuenta la revisión documental, con el fin de identificar los ingredientes normativos que intervienen en la adecuación típica del tipo penal de amenazas, analizar los cánones interpretativos pertinentes para cada uno de los ingredientes normativos del tipo penal en relación con el objeto de la ley y de ese modo proponer lineamientos socio-jurídicos orientadores para la categorización de las características comunes entre el delito de amenazas y el marco contravencional colombiano.

Palabras clave: Delito de amenazas, contravención, seguridad pública, libertad personal.

Threaten: Judicial Interpretation from the Penal Colombian Code

Abstract

The purpose of the document is to present the requirements of the criminal system for the effective classification and punitive persecution of the criminal type of threats to the verdict of article 347 of the Colombian Criminal Code, deriving from an investigation based on the mixed method, since this paradigm integrates the Methods both qualitative and quantitative, using as instruments: the representative survey with closed questions and the semi-structured interview; Where the sample size was 12% of the average (129) of the active complaints for threats of threats filed from 2008 to 2016 (1163), which would be equivalent to 15 people, and an equal number was taken into account for To survey civil servants of the

Cucuta and Los Patios Sectional Prosecutor's Office. In addition, there are eight (8) Sectional and Local Prosecutors in Cucuta and Los Patios, Norte de Santander, who can hear about this type of complaints, of which 50% were interviewed; The documentary review was also taken into account in order to identify the normative ingredients that intervene in the typical adaptation of the criminal type of threats, to analyze the interpretative canons pertinent to each of the normative ingredients of the criminal type in relation to the object Of the law and thus propose socio-legal guidelines guiding the categorization of common characteristics between the crime of threats and the Colombian contravention framework.

Keywords: Crime of threats, contravention, public security, personal freedom.

Introducción

En el Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), dentro del Libro Segundo en el Título XII, Delitos contra la seguridad pública, en su Capítulo Primero: Del concierto, el terrorismo, las amenazas y la instigación, se encuentra el artículo 347 que enuncia lo siguiente:

El que por cualquier medio atemorice o amenace a una persona, familia, comunidad o institución, con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella, incurrirá, por esta sola conducta, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la amenaza o intimidación recayere sobre un miembro de una organización sindical, un defensor de Derechos Humanos, periodista, o en un servidor público perteneciente a la Rama Judicial o al Ministerio Público o sus familiares, en razón o con ocasión al cargo o función que desempeñe, la pena se aumentará en una tercera parte. (Código Penal Colombiano, 2000)

Cabe resaltar que la interpretación otorgada por parte del legislador y de las altas cortes al delito de amenazas se refiere a la agresión verbal o no verbal, que afecta psicológicamente a una persona

o más, y que logra causar un efecto negativo o perturbador en el desarrollo psicosocial o psicoafectivo no solo en el individuo sino en la población o un sector de ella. Esta no es la interpretación que tienen las personas de la comunidad en general, pues, la mayoría de colombianos presume que el delito de amenazas se tipifica por el solo hecho de que alguien exprese palabras amenazantes a otra persona, sin embargo la realidad es distinta, ya que este delito no protege la seguridad personal, sino que protege el bien jurídico de la seguridad pública, situación que no permite tipificar penalmente aquellas conductas que afectan la seguridad de una persona o de unas pocas personas, pues así lo estableció el legislador mediante la ley 599 del 2000 y lo ha confirmado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal mediante (Sentencia T 26882, 2006).

También, resulta necesario mencionar que como mero criterio conmensurante, desprovisto de importancia acerca de la esencia o la medida del delito se debe puntualizar en la necesidad de distinción entre amenaza verbal y amenaza real; por lo que a tal objeto resulta de especial relevancia tomar la siguiente definición según (Carrara, 1956, pág. 351 y ss):

Amenaza es el acto por el cual un individuo, sin motivo legítimo y sin pasar por los medios o por el fin a otro delito, afirma deliberadamente que quiere causarle a otra persona algún mal futuro. Se dice cualquier acto, porque la fuerza física subjetiva de este delito no exige especiales condiciones materiales, y es indirectamente la naturaleza del acto, con tal que sea idóneo para infundir temor o expresar la idea de peligro.

De acuerdo a lo anterior, se ha de desprender que amenazas verbales, son aquellas en que el concepto amenazante se expresa con palabras orales o escritas; y las amenazas reales, son aquellas en el que el concepto adverso se manifiesta mediante actitudes o signos que representen la idea.

Consecuentemente, aunque las amenazas puedan ser verbales o reales (Carrara, 1956), señala que el delito de amenazas tiene una serie de elementos que lo caracterizan, como lo son: “sin motivo le-

gítimo, sin pasar por los medios o por el fin a otro delito, afirma que quiere causar daño, y algún mal”, es decir, todos estos elementos son necesarios para que exista un delito de amenazas y por ende resulta pertinente describir una pequeña reseña interpretativa de las características de los ingredientes normativos del tipo penal que explica (Carrara, 1956):

Al exponer “sin motivo legítimo”, se refiere a que muchas amenazas son inmunes de persecución penal, en virtud de la causa o del fin que las inspiran; Se dice “sin pasar por los medios o por el fin a otro delito”, a consecuencia de la ley ya conocida teoría de la prevalencia. La amenaza puede excederse mediante los medios, cuando va acompañada de daños a la persona o a sus bienes, por lo que se entra a perseguir principalmente el daño; y en los casos donde puede excederse por el fin.

Así mismo, este autor aclara otros ingredientes normativos del tipo:

En cuanto a la expresión: “afirma que quiere causar”, es necesario que el mal con el que se amenaza este para provenir el acto injusto del que amenaza y no del orden natural de las cosas, ni de la intervención de terceros ajenos. También se alude a la expresión “algún mal”, con fórmula indefinida, porque no puede establecerse un límite absoluto para la entidad del mal con que se amenaza.

Por último, se habla de “un mal futuro”, pues de la amenaza de un mal presente no puede resultar ninguna lesión de la libertad individual, ya que todo temor cesa cuando la amenaza no es realizada en el acto (Carrara, 1956).

La situación anterior que ha propinado un conflicto social e incluso jurídico al limitar de ese modo la tipificación del mencionado delito, teniendo en cuenta que aunque en numerosas ocasiones las denuncias interpuestas por presunto delito de amenazas no suelen tener connotación de gravedad, al ser en su mayoría producto de la ausencia de tolerancia que padece nuestra sociedad, existen algu-

nos casos, especialmente cuando las víctimas ostentan alguna de las calidades descritas en el inciso segundo del artículo 347 del Código Penal, las amenazas suelen ser muy serias, tanto que llegan no solo a impedir la realización eficiente de sus actividades o funciones, sino que incluso ponen en riesgo su vida y la de sus familiares.

Por esta razón mediante este artículo se pretenden concretar las exigencias del sistema penal para la efectiva calificación y persecución punitiva del tipo penal de amenazas al tenor literal del artículo 347 del Código Penal Colombiano, y a su vez proponer lineamientos socio-jurídicos orientadores para la categorización de las características comunes entre el delito de amenazas y el marco contravencional colombiano, teniendo en cuenta la importante realidad social que atraviesan las víctimas del delito en cuestión.

Metodología

Este documento es producto de una investigación adelantada bajo un método mixto, respecto al cual expresa (Sampieri, 2010) que la meta de la investigación mixta no es reemplazar a la investigación cuantitativa ni a la investigación cualitativa, sino utilizar las fortalezas de ambos tipos de indagación combinándolas y tratando de minimizar sus debilidades potenciales.

Las etapas en las que suelen integrarse los enfoques cuantitativo y cualitativo, y que fueron desarrolladas durante este trabajo, son fundamentalmente: el planteamiento del problema, el diseño de investigación, el muestreo, la recolección de los datos, los procedimientos de análisis de los datos y/o la interpretación de los datos (resultados); es por ello que el presente estudio se fundamenta en el diseño de triangulación concurrente (DITRIAC), puesto que:

Este modelo es probablemente el más popular y se utiliza cuando el investigador pretende confirmar o corroborar resultados y efectuar validación cruzada entre datos cuantitativos y cualitativos, así como aprovechar las ventajas de cada método y minimizar sus debilidades. Puede ocurrir que no se presente la con-

firmación o corroboración. De manera simultánea (concurrente) se recolectan y analizan datos cuantitativos y cualitativos sobre el problema de investigación aproximadamente en el mismo tiempo (Sampieri, Collado y Lucio, 2010).

En coherencia las técnicas e instrumentos que se utilizaron fueron en primer lugar una revisión documental, donde se incluyen entre otros “El archivo de la investigación por atipicidad objetiva” (Alvarado, 2012), “Derecho Penal, Parte General, Tomo I” (Roxin, 2008), que datan sobre la sanción como criterio formal de definición del derecho penal y la doble vía del sistema de sanciones, resaltando las medidas disciplinarias, multas y sanciones administrativas como sanciones no penales que sirven de fundamento para la propuesta que más adelante se planteará.

La encuesta con preguntas cerradas dicotómicas y la entrevista semiestructurada, y en relación al tamaño de la muestra, se tuvo en cuenta el 12% del promedio (129 denuncias) de las denuncias activas por delitos de amenazas interpuestas desde el año 2008 hasta la fecha (1.163 denuncias), lo que equivaldría a 15 personas e igual número se tuvo en cuenta para encuestar a servidores públicos de la Fiscalía Seccional Cúcuta y Los Patios.

Además, resulta necesario mencionar que existen ocho (8) Fiscales Seccionales y Locales en Cúcuta y Los Patios, Norte de Santander, que pueden conocer de este tipo de denuncias, de los cuales el 50% de ellos fueron entrevistados; también es inevitable destacar como técnica e instrumento el análisis documental, esto con el fin responder eficientemente al objeto de la presente investigación.

Cánones interpretativos de los ingredientes normativos del tipo penal de amenazas en relación con el objeto de la ley, desde la óptica procesal

Específicamente en el ordenamiento jurídico Colombiano, si bien es cierto que el artículo 347 del código Penal Colombiano en sus inicios refiere “El que por cualquier medio atemorice o amenace a una persona...” también es cierto, que al continuar con la lectura del

mencionado artículo, enuncia: “con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella..”, podría deducirse desde un punto de vista objetivo, que aunque la norma menciona como amenaza, aquella o aquellas que se perpetúan contra una persona, en la realidad, este simple hecho no es suficiente para tipificar una conducta como delito de amenazas, pues es de resaltar, que dicho artículo se encuentra dentro del Libro Segundo, Título XII, *Delitos contra la seguridad pública*, y por tanto el bien jurídico protegido en estos delitos es la “seguridad colectiva” entendida esta no al riesgo para individuos concretos, sino para la colectividad, y ello con independencia de que la comisión del delito concreto puede o no crear peligro efectivo sólo para algunos (Enciclopedia Jurídica, 2014).

En otras palabras la interpretación que se le ha dado a la norma en cuestión por parte del Legislador y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, tal y como se evidencia en su pronunciamiento mediante la Sentencia Radicado 29.127 del 29 de Julio del 2008, en el cual expreso que el delito de amenazas corresponde a aquella conducta que afecta no a un individuo sino a una comunidad o un sector de ella, y que por lo tanto para que exista tipificación penal, la conducta debe recaer sobre la colectividad, es decir, transender la esfera individual.

A nivel procesal en la actualidad numerosos ciudadanos presentan numerosas denuncias ante la Fiscalía General de la Nación, por la comisión del presunto delito de amenazas, sin embargo, al desarrollar el procedimiento establecido por la Ley Penal, y según estadísticas de la Fiscalía a 2016, en respuesta recibida al derecho de petición de consulta elevado ante la Fiscalía Veinte Seccional de Cúcuta, en Mayo del 2014 (Blanco, 2014), informan que desde el primero (1) de Enero del 2008 al treinta (30) de Mayo del 2014, ese despacho recibió un total de dos mil ciento diez (2.110) noticias criminales, de las cuales correspondieron al delito de amenazas un total de quinientas noventa y cinco (595), y de esas solo existían treinta y uno (31) activas en etapa de indagación, y el resto se encontraban archivadas, o sea que estadísticamente las denuncias interpuestas por el presunto

delito de amenazas en ese despacho correspondían al 28% y del total de esas solo el 5,2% se encontraban activas, por lo que más del 94% se encuentran archivadas.

Así mismo, al indagar sobre las causales para archivar dichos procesos por parte de la fiscalía, y de conformidad con el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal, 2004), están la *atipicidad de la conducta*, *imposibilidad de establecer el sujeto activo*, *imposibilidad de establecer el sujeto pasivo*, *antijuridicidad de la conducta* o *inexistencia del hecho*; y teniendo en cuenta los ingredientes normativos del tipo penal de amenazas en conjunto con la información obtenida a través del mencionado derecho de petición del año 2014, las denuncias en las que una sola persona siente alarma, zozobra o terror, por ocasión de que otra persona le haya expresado palabras amenazantes, si esa conducta no tienen el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o un sector de ella, no encuadra dentro del tipo penal de amenazas descrito en el artículo 347 del Código Penal, ya que este artículo aunque se refiere en su primera parte a las amenazas causadas solo a una persona, el legislador en esencia lo que ha buscado proteger con este tipo penal es el bien jurídico tutelado de la seguridad pública, por cuanto la esencia de este delito es proteger a la comunidad o un sector de ella, además como se mencionó anteriormente la misma Corte Suprema de Justicia en Sentencia Radicado 29.127 del 29 de Julio del 2008, expreso:

Ésta se entiende como el conjunto de habitantes de una comunidad específica y, que además de incidir en el sujeto que de manera directa recibe la intimidación, ésta se orienta a quebrantar la tranquilidad y el sosiego de un conglomerado social específico, resultando atípica cuando no trasciende la esfera individual (Sentencia 29127, 2008).

De lo anterior, es alto el número de denuncias que intentan interponerse por amenazas, con el fin de obtener una positiva resolución a sus conflictos; sin embargo, al realizar el procedimiento legal pertinente, como ya se explicó, casi todos éstos casos terminan archivándose por “atipicidad de la conducta”. Este acontecimiento

como es evidente representa un desgaste innecesario del aparato judicial, pues como se desprende de la información otorgada por la Fiscalía Veinte Seccional, de las quinientas noventa y nueve (599) denuncias interpuestas desde el año 2008 hasta el 2014, solo treinta y uno (31) se encontraban activas en etapa de indagación y todos los demás ya se encontraban archivados, por lo que resulta evidente que se produce un desgaste innecesario para el ente investigador, invertir recursos humanos y pecuniarios, para desarrollar el proceso penal interpuesto por la ley, y al final de cuentas la mayoría de estos casos se archivan; y siendo este el suceso, es importante mencionar que tampoco se está beneficiando notoriamente a la comunidad, pues al interponer una denuncia por amenazas, los denunciantes esperan una resolución positiva, pero en realidad no es así, porque frecuentemente son ellos mismos quienes desisten, retiran los cargos o terminan solucionando con los indiciados en forma personal y no por la intervención del Estado.

De otra parte, esta situación también ocasiona una insatisfacción en la mayoría de personas que interponen las denuncias, pues, no se les logra dar una resolución positiva al problema que plantearon inicialmente y este acontecimiento se convierte en un factor que, aunque pequeño, resulta relevante en cuanto a la percepción de la justicia en Colombia y da mayores hincapiés para que la comunidad en general le dé menos credibilidad a su actuar.

Percepciones y alcance en el contexto de los accionantes

Desde la percepción general de la ciudadanía, la imprudencia y el accionar por impulso puede ser causante de múltiples expresiones, en personas con quien obviamente se tiene alguna diferencia, y causar temor en quien las recibe, llegando a afectar y desestabilizar el contexto social del amenazado. El 40% de las personas manifiesta haber sido víctima de amenazas en algún momento de su vida, muchas de ellas de particulares y otro número significativo de servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación. A pesar de lo expuesto, en Colombia existe seguridad jurídica y las personas consideran

que el aparato judicial, aun es solución a sus problemas y garante de sus derechos, el 100%, de los particulares expresa que pondría en conocimiento a las autoridades estatales sobre dicha situación; curiosamente en la población de servidores públicos indagados solo un 6,66% manifestó que no lo haría.

Al indagar las reacciones de la ciudadanía frente a la forma de reaccionar ante amenazas, es evidente como el tipo penal, deja lugar a consideraciones de inseguridad jurídica, haciendo preferible la conciliación, trazar para evitar desgaste, pérdida de tiempo y exposiciones a la materialización de las amenazas. El 73,34% de los servidores públicos respondieron que prefieren pactar nuevos tratos, en nuevos terminaos, aun resultando desfavorables, e intentarían solucionar el problema sin la intervención de las autoridades estatales y comparando los resultados con la población en general solo el 53,34% de ellos haría lo mismo, por lo que resulta tan diferente el cambio en la percepción de las personas encuestadas, y acontece lo mismo con las otras dos opciones de respuesta, pues el 20% de los servidores públicos expresaron que acudirían a la inspección de policía para que les brinden protección, mientras que los particulares solo el 6,66% estuvo de acuerdo con esto, es decir, se disminuye en un tercio el porcentaje; algo parecido sucede con la otra opción de respuesta, ya que solo el 6,66% de los servidores públicos manifestaron acudir a la Fiscalía General de la Nación para instaurar una denuncia por el delito de amenazas, empero los particulares contestaron en un 40% acudir a la Fiscalía.

De lo anterior puede evidenciarse que una de las principales causas por las que los particulares interponen denuncias por el presunto delito de amenazas, se debe al modo cultural de la sociedad colombiana de solucionar los problemas, ya que es claro que aunque un poco más de la mitad de los encuestados prefieren solucionar el conflicto sin la intervención de las autoridades estatales, un porcentaje significativo del 40% de los particulares prefieren acudir ante la Fiscalía para solucionar la problemática planteada, e incluso podría deducirse que la comunidad en general opta en primera instancia en

acudir a la fiscalía antes que dirigirse a una inspección de policía, por lo que es ineludible mencionar que la situación propuesta en la encuesta podría y de hecho debería solucionar en primera medida sin la intervención de autoridades estatales, y en segundo lugar el “deber ser” nos indica que las personas ya sean particulares o servidores públicos deben dirigirse ante la inspección de policía y en última instancia a la Fiscalía General de la Nación y de acuerdo a lo anterior se puede concluir que no solo la comunidad en general sino también los servidores públicos prefieren recibir ayuda del estado colombiano para solucionar los problemas que se les presentan en su diario vivir, problemas que con un grado más elevado de tolerancia y cambio cultural podríamos solucionar sin la intervención estatal.

Respecto a lo anterior, las particularidades de ingredientes normativos de la amenaza, desmotivan el acceso a la jurisdicción y obligan a pensar en mecanismos alternativos para enfrentar la amenaza; el 100% los servidores de la fiscalía expresaron que el dialogo es un medio relevante para resolver los conflictos originados por las amenazas, sin embargo un 33,4% de la población en general no estuvo de acuerdo con esto, es importante resaltar como cambia la perspectiva respecto a esta pregunta de aquellos que forman parte de la fiscalía a aquellos que son externos a ella.

Así mismo, el 80% de las personas indagadas expresan la expectativa de la población común que contempla a la Fiscalía General de la Nación como la única opción que tienen los ciudadanos por parte del Estado colombiano para obtener protección cuando son víctimas de amenazas. He allí una gran diferencia con los servidores de la Fiscalía, pues ellos en un 93,34% no estuvieron de acuerdo con este postulado; en este caso podríamos definir que la desigualdad de respuestas se debe en gran medida al nivel cultural de la sociedad, puesto que la comunidad en general suele desconocer significativamente las leyes que rigen el ordenamiento colombiano e incluso los derechos y deberes que nos corresponden como ciudadanos colombianos, así que podría inferirse que lo anterior es otra causa de que en numerosas ocasiones acudamos antes las autoridades estatales

para solucionar conflictos que a veces no pasan de ser triviales y que por ende podría solucionarse entre los actores mismos, si se desarrolla un mayor grado de tolerancia y practicáramos las reglas generales de convivencia ciudadana y por qué no la comúnmente llamada “regla de oro: no hagas a otros, lo que no quieres que te hagan a ti”, y por supuesto los mecanismos alternativos de solución de conflictos, teniendo en cuenta principios tan básicos como los anteriores, en definitiva podríamos solucionar un sin número de problemáticas que se nos presenta en nuestro diario vivir, sin necesidad de acudir ante las autoridades estatales.

En cuanto a la recurrencia y “normalidad con que el fenómeno de las amenazas se repite en la sociedad, el 80% de los particulares manifiestan haber presenciado actos en los cuales se dan términos amenazantes a otros congéneres, solo porque se sentían furiosas y que con el transcurso del tiempo dichas amenazas no se hicieron realidad, y de igual modo los servidores públicos respondieron en un 86,60% que también han sido testigo de dichos actos. De este modo se puede continuar argumentando que otra de las principales causas del por qué los particulares han interpuesto numerosas denuncias por el delito de amenazas, es la ausencia de tolerancia y la cultura que se tiene al fundamentar tales denuncias en hechos que no permiten tipificar dicha conducta y sobre todo, que no debieran y que en realidad en numerosas ocasiones no necesitan la atención estatal y que como se ha expuesto antes, en estos casos, se podrían solucionar los conflictos de manera directa.

No obstante, teniendo en cuenta la peligrosidad de las conductas y el modo cultural de solucionar problemas en la sociedad colombiana, cuando están encuadrados dentro de las contravenciones estipuladas en el Código Nacional de Policía y de Convivencia Ciudadana, están podrían ser atendidas en las Inspecciones de dicha entidad para que allí realicen una conciliación y en los casos excepcionales apliquen las sanciones y cauciones correspondientes, antes de dirigirse a la Fiscalía General de la Nación.

A nivel institucional, los servidores públicos de la Fiscalía consideran que no se ha aplicado efectivamente el artículo 347 del Código Penal, pues el 80% así lo percibe, sin embargo, un 20% considera que la aplicación del tipo penal de amenazas ha sido efectiva. Ratificando las dificultades jurídicas del tipo penal en consideración, que no es suficiente para la realidad que entorno al término se da en la realidad.

De igual manera, desde la misma fiscalía, como entidad encargada de adelantar los procesos de investigación, el 93,34% de los servidores públicos encuestados tienen la percepción que iniciar investigaciones por el presunto delito de amenazas, es un desgaste innecesario para el aparato judicial, en vista de que la mayoría de estos casos son archivados sin antes haber culminado su proceso completo de investigación penal, por consiguiente esta es una de las razones por las que proponemos que debe contemplarse la conducta punible de amenazas no solo como un delito que tutele el bien jurídico a la seguridad pública, sino que también proteja a la seguridad y libertad individual.

Cuando analizados los casos específicos se amerite acudir ante la instancia penal, sin olvidar que el Código Nacional de Policía y Convivencia Ciudadana establece como contravención, todas aquellas conductas que no trascienden de la mera ausencia de tolerancia y que no implican serios peligros para la comunidad o las personas, esto con el fin de que dichos casos sean conocidos por las inspecciones de policía antes que por la fiscalía, evitando así un desgaste innecesario en el aparato judicial, ya que al invertirse tiempo, y recursos humanos y económicos en la investigación de estos procesos, sin llegar a un próspero fin, todos estos recursos serían de mayor utilidad si se emplearan para solucionar casos más apremiantes de otros tipos de delitos que se presentan en nuestra sociedad actual. Considerando viable que este delito debería encontrarse dentro del Título III, Delitos contra la libertad individual y otras garantías y no en el Título XII Delitos contra la seguridad pública, por lo que resulta necesario mencionar que aunque muchas conductas que dan origen a las denuncias por delitos de amenazas, no trasciende a un grado

alto y real de peligrosidad para la población o un sector de ella, tal y como lo exige la norma penal, y que por la interpretación que le dan las personas de la comunidad en general, interponen estas denuncias porque se sienten amenazadas de alguna u otra forma, como producto, insistimos de conflictos cotidianos que al final de cuentas suelen ser triviales, también es cierto que existen particulares, que son víctimas de amenazas potenciales, reales y que representan un alto grado de peligro para ellos mismos o sus familias, sin necesidad de que se afecte a la población o un sector de ella, especialmente cuando las victimas ostentan las calidades de ser miembros de una organización sindical, un defensor de derechos humanos, periodista o en un servidor público perteneciente a la rama judicial o al Ministerio Público o sus familiares, y son amenazados en razón o con ocasión al cargo o función que desempeñe.

Es por este tipo de casos, que se requiere proponer una modificación en la actuada norma, donde no solo se tipifiquen las conductas por delitos de amenazas donde se causa alarma, zozobra o terror en la población o un sector de ella, sino que existan otros ingredientes normativos que permitan tipificar como delitos de amenazas, aquellos comportamientos en los que se afectan a una persona o a sus familiares, claro está, teniendo en cuenta las características de los sujetos pasivos y activos involucrados, como por ejemplo sus antecedentes y demás elementos que permitan inferir de forma razonable y sin duda la seriedad de las amenazas propuestas, pues recordemos que en algunos eventos, y sobre todo en un país con impactantes precedentes de violencia, las amenazas pueden ser el actuar preliminar de otros delitos como lesiones personales, extorsión, e incluso homicidio. Una modificación del artículo 347 del Código Penal para establecer las diferencias entre las conductas que constituyan delito de amenazas y aquellas que solo sean contravenciones, esto con el fin de que las personas de la comunidad en general, puedan resolver esos conflictos cotidianos en primera instancia ante la Inspección de Policía y así se les restrinjan su acceso directo a la Fiscalía General de la Nación, claro, siempre y cuando, estas conductas así lo ameriten.

Percepción institucional de los alcances del tipo amenazas

Teniendo en cuenta que a nivel institucional se acude a personal pertenecientes de la Unidad especial para las amenazas contra defensores de derechos humanos, cabe resaltar que de los demás fiscales, pertenecen a la unidad de reacción inmediata (URI) (Palacios-Fiscal, 2016), a la unidad de alertas tempranas (Alarcón-Fiscal, 2016), unidad especial para las amenazas contra defensores de derechos humanos (Uscátegui-Fiscal, 2016) y a la Fiscalía Cuarta Seccional (Correa-Fiscal, 2016).

Frente al procedimiento penal que se sigue ante las denuncias por presuntos delitos de amenazas interpuestas por particulares, se encuentran respuestas que evidencian una percepción unánime, ya que todos los fiscales coincidieron que en primera instancia, se realiza un filtro previo para establecer la tipicidad de las conductas dentro del artículo 347 Código Penal, ya sean están denuncias instauradas por medio escrito o verbal y así las que correspondan a conductas que no representen un real y efectivo peligro para las personas, se deben remitir a la inspección de policía y en caso de que los hechos permitan inferir que es necesaria la investigación penal, estas se asignan a la unidad de seguridad pública. Cabe resaltar que los fiscales pertenecientes a dicha unidad, no tienen la capacidad de hacer el mencionado filtro, sino que estos deben iniciar de una vez con la investigación penal.

El siguiente paso a seguir es expedir una orden para brindar medida de protección a las víctimas a cargo de la Policía Nacional y de igual modo se realiza el plan metodológico, en el cual se establece la hipótesis delictiva y se imparten las ordenes a Policía Judicial, con el fin de confirmar o desvirtuar la hipótesis, dentro de esta etapa los investigadores del cuerpo técnico de investigación (CTI), desarrollan las entrevistas a las víctimas y en caso de conocerse el sujeto activo, este se identifica e individualiza plenamente, por lo que según la experiencia de los funcionarios, en numerosas veces y dependiendo de los casos, se exhorta a las partes para que lleguen a un acuerdo, o en

otras ocasiones, los denunciantes manifiestan su pleno desinterés y así en ultimas se archivan las denuncias.

Además, resulta imprescindible mencionar, que todos los Fiscales expresaron, no conocer de casos por denuncias de amenazas que se han llevado a etapa de juicio y que incluso, son raros los casos en que se llega a la etapa de imputación de cargos.

Desde las posturas de los fiscales se hallan tendencias unánimes, puesto que manifestaron que en los ingredientes normativos se tienen en cuenta al sujeto activo quien es indeterminado, y es por ende: “el que por cualquier medio atemorice o amenace a una persona, familia, comunidad o institución...”, en conexión encontramos los siguientes verbos rectores: *atemorizar* o *amenazar* y respecto a los ingredientes subjetivos encontramos el siguiente: “con el propósito de causar... en la población o un sector de ella”. De igual forma se hallan respuestas unánimes que la atipicidad es la principal causa por la cual se archivan las denuncias por presunto delito de amenazas, sean las víctimas particulares o gocen de alguna calidad especial como ser servidores públicos, defensores de derechos humanos, periodistas o miembros de un grupo sindical; empero uno de los Fiscales manifestó que también existe la imposibilidad de establecer el sujeto activo, aunque en un menor porcentaje que la causal anteriormente dicha.

Frente a las percepción de la efectiva la aplicación del artículo 347 del Código Penal, argumentando que este tipo penal solo protege a la seguridad pública y en la actualidad existen un significativo número de conductas que no pueden tipificarse al tenor de este artículo, pero que aun así, algunos de estos casos representan un inminente peligro para los denunciantes y en la mayoría de veces también para sus familias, por lo que los Fiscales expresaron que debería existir también la protección al bien jurídico de la libertad individual y otras garantías, respecto a este tipo de conductas para los casos que lo ameriten.

No obstante, uno de los cuatro entrevistados manifestó que, si y no era efectivo, en la medida que se han adelantado investigacio-

nes penales por presuntos delitos de amenazas, que han generado resultados positivos, es decir, se ha brindado no solo protección a las víctimas, sino que se les han librado de ese agobiante sentimiento de temor; pero que no era efectivo porque existen conductas que representan amenazas serias que no encuadran dentro de la norma penal.

A partir de lo expuesto puede concluirse que el delito de amenazas debería encontrarse dentro del Título III Delitos contra la libertad individual y otras garantías para poder tipificar aquellas amenazas serias que afectan solo a una persona o su familia y no trascienden a la población o un sector de ella, y así se pueda contar con mayor riqueza de elementos normativos para proteger no solo la seguridad pública, sino también el mencionado bien jurídico, esto teniendo en cuenta que en numerosos casos, los fiscales a pesar de poseer herramientas técnicas y especializadas como la Policía Judicial, los Investigadores, la unidad de protección a testigos y otros, no cuenta con ingredientes normativos suficientes que les permitan hacer uso efectivo de estos, en vista de lo estipulado por el legislador en el artículo 347 del Código Penal. Cabe señalar que uno de los funcionarios considera que no es necesario que el delito de amenazas se encuentre dentro del Libro Segundo, Título III Delitos contra la libertad individual y otras garantías porque este es un delito pluriofensivo y aunque se ubique en el Título III, de igual modo se estará afectando el bien jurídico de la seguridad pública.

Cabe destacar que cuando miembros de una organización sindical, periodistas, defensores de derechos humanos o un servidor público o sus familiares en razón o con ocasión al cargo o función que desempeñen instauran una denuncia por presunto delito de amenazas, el procedimiento penal que se sigue al respecto es realizar el plan metodológico para establecer la hipótesis delictiva e impartir las correspondientes órdenes a policía judicial con el fin de recibir entrevistas de la víctimas e identificar e individualizar plenamente al indiciado, así mismo se brinda medida de protección a las víctimas a cargo de la Policía Nacional; seguidamente se adelantan las labores

investigativas para ratificar las calidades especiales de las víctimas y comunicar a la unidad nacional de protección sobre la denuncia penal; y de este modo confirmar o desvirtuar la hipótesis delictiva y en los casos que amerite archivar las denuncias.

Conclusiones

Los ingredientes normativos que intervienen en la adecuación típica del tipo penal de amenazas son los siguientes: el sujeto activo quien es indeterminado, y es por ende: “el que por cualquier medio atemorice o amenace a una persona, familia, comunidad o institución...”, en conexión encontramos los verbos rectores atemorizar o amenazar y respecto a los ingredientes subjetivos encontramos el siguiente: “con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o un sector de ella”. Además existe otro ingrediente normativo en el inciso segundo del artículo 347 del Código Penal: “si la amenaza o intimidación recayere sobre miembros de una organización sindical, periodistas, defensores de derechos humanos o un servidor público o sus familiares...”.

En cuanto a los cánones interpretativos pertinentes para los ingredientes normativos del tipo penal en relación con el objeto de la ley 599 del 2000, se tiene en cuenta que el sujeto activo es indeterminado, con tal de que realice acciones de atemorizar o amenazar; y que el sujeto pasivo, a pesar de que puede también ser indeterminado, tiene una connotación especial, cuando este ostenta las calidades de *ser miembro de una organización sindical, un defensor de Derechos Humanos, periodista o en un servidor público perteneciente a la Rama Judicial o al Ministerio Público o sus familiares*, y es amenazado él o su familia, en razón o con ocasión al cargo o función que desempeñe, y aun así, la calidad especial de las víctimas reseñadas en el inciso segundo del artículo 347 del Código Penal, no es suficiente para tipificar las conductas e iniciar imputación de cargos y mucho menos condenar en juicio en la mayoría de casos, ya que así lo estipuló al legislador al proteger la seguridad pública y no la libertad individual mediante este tipo penal, tal y como también lo ha confirmado

la Corte Suprema de Justicia, mediante (Sentencia T 26882, 2006); sin embargo la mayoría de colombianos presumen que dicho delito protege la libertad individual y no solamente la seguridad pública.

El Código Nacional de Policía y Convivencia, Ley 1801 de 2016, que entra en vigencia el 29 de enero del 2017, estipula en su artículo 27, *Comportamientos que ponen en riesgo la vida e integridad, numeral 4: Amenazar con causar un daño físico a personas con cualquier medio* (Código Nacional de Policía y de convivencia, 2016), y así mismo el mencionado Código establece como medida correctiva participar en programas comunitarios o actividades pedagógicas de convivencia, que serán organizadas por la administración municipal o distrital, y también estipula como medida la multa tipo II, que equivale a ocho (8) salarios mínimos legales mensuales vigentes (S.M.L.M.V); por tal razón lo que se propone es que exista una real y efectiva aplicación de las medidas correctivas propuestas en el Código Nacional de Policía donde incluso las juntas administradoras locales (JAL) o las juntas de acción comunal (JAC) de cada barrio o urbanización sean las encargadas de ofrecer los programas o actividades pedagógicas, esto con el fin de que sea la misma comunidad, la que contribuya con la solución del problema, de igual modo se propone la implementación de una etapa conciliatoria o mediadora ante las Inspecciones de Policía o Jueces de Paz, con el objeto de agotar en primera instancia este mecanismo antes de recurrir a los programas pedagógicos y mucho menos a las multas; sin embargo cuando el caso lo amerite, es decir, aquellas situaciones donde existen amenazas serias, que merecen y necesita la intervención del Estado, se deberían agregar dos palabras y modificar el artículo 347 del Código Penal y quedar así: “con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en alguna persona o la población o un sector de ella”, lo anterior con el fin de que se proteja el bien jurídico de la seguridad personal de forma implícita al de seguridad pública, en aquellos casos extremos que así lo justifiquen, especialmente cuando las víctimas o sus familiares cumplan a cabalidad con lo descrito en el inciso segundo del artículo en cuestión y de

este modo, los fiscales puedan tener un nuevo ingrediente normativo, que les permita tipificar las conductas que así lo apremien.

Referencias

- Alarcón-Fiscal, D. A. (30 de Septiembre de 2016). Entrevista Unidad de Alertas Tempranas. (M. Pinto, Entrevistador).
- Alvarado, Y. R. (2012). El archivo de la investigación por atipicidad objetiva. *Derecho Penal Contemporáneo - Revista Internacional - Legis*, 5 a la 36.
- Blanco, D. A. (06 de Junio de 2014). Respuesta a Derecho de Petición, Fiscalía 20 Seccional. Cúcuta, Norte de Santander, Colombia.
- Bolaños González, M. (2005). Imputación objetiva y dogmática penal. Mérida, Venezuela.
- Carrara, F. (1956). En F. Carrara, Programa de Derecho Criminal, Volumen II (pág.351 y ss). Bogotá D.C.: Temis.
- Carrasco Andriño, M. (2010). Coacciones y amenazas. En M. Carrasco Andriño, Derecho penal, parte especial.
- Código Nacional de Policía y de Convivencia. (29 de Julio de 2016). LEY 1801 DE 2016. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Gaceta Oficial.
- Código Penal Colombiano. (2000). LEY 599 DEL 2000. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Gaceta Oficial.
- Correa-Fiscal, D. S. (29 de Septiembre de 2016). Entrevista Fiscalía Cuarta Seccional (M. Pinto, Entrevistador).
- Enciclopedia Jurídica. (2014). Enciclopedia Jurídica. Recuperado el 08 de Marzo de 2016, de Enciclopedia Jurídica: <http://www.encyclopediajuridica.biz14.com/d/delitos-contrala-seguridad-colectiva/delitos-contrala-seguridad-colectiva.htm>
- Gonzalez Guerra, C. (2014). ¿Amenaza, coacción o libertad? *Revista argentina de derecho penal y procesal penal* No. 12.
- Laurenzo Copello, P. (2005). Violación de género en ley integral, valoración político-criminal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*.
- Mir Puig, S. (2005). Límites del normativismo en el derecho penal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*.

- Ortiz Gómez, C. E. (Octubre de 2007). Similitud o diferencia de la amenaza como delito y amenaza como falta. Guatemala.
- Palacios-Fiscal, D. R. (12 de Octubre de 2016). Entrevista URI Unidad de Reacción Inmediata. (R. Pinto, Entrevistador).
- Roxin, C. (2008). Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Madrid, España: Civitas Thomson.
- Sampieri, R. H. (2010). Metodología de la Investigación. México: Mc Graw Hill.
- Sampieri, R. H., Collado, C. F., & Lucio, P. B. (2010). Metodología de la Investigación - Quinta Edición. México: Mc Graw Hill.
- Sentencia T 26882, T 26882 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 22 de Agosto de 2006).
- Uscátegui-Fiscal, D. (12 de Octubre de 2016). Entrevista Unidad para las amenazas contra Defensores de DDHH. (R. Pinto, Entrevistador).

Capítulo 2

Afrontamiento evitativo, género y conflicto armado en la ciudad de Cúcuta^{1*}

*Anderson Moncada Grass², Lizeth Cardozo Rodríguez³,
Nidia Bonilla Cruz⁴, Julio César Contreras Velásquez⁵,
Linda Katherine Calderón Vera⁶*

*

Resumen

La violencia sociopolítica ha sido uno de los determinantes del conflicto armado en Colombia, surgiendo a partir de las aprehensiones subjetivas de la realidad, que han constituido la aparición de una de las violencias que hoy cobran vidas de personas inocentes, como reacción a las diferencias ideológicas y políticas, cuyo objetivo es la disputa de poder entre la extrema izquierda y la extrema derecha, prolongados por más de sesenta años (Arévalo 2010), manifestando sus efectos devastadores en la vida de personas y comunidades, más adelante denominadas víctimas, que al entrar en un proceso de reparación se consideran como personas en condición de vulnerabilidad. El presente artículo analiza la fiabilidad y la frecuencia del estilo de afrontamiento evitativo desde la perspectiva de género en Cúcuta, Norte de Santander, Colombia. El paradigma es positivista deductivo-lógico y descriptivo. Los datos se originan de una muestra de 40 personas pertenecientes a una asociación de víctimas del conflicto armado, de los cuales se distribuyeron 20 hombres y 20 mujeres por utilizando un muestreo no probabilístico. El instrumento de evaluación utilizado sobre estrategias de afrontamiento está conformado por 12 ítems, con calidad de respuesta tipo likert. El instrumento aplicado otorga una alta fiabilidad al obtener un coeficiente de alfa de Cronbach entre 0.767 y 0.826 para el

* Ver página siguiente.

- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: “Apoyo social percibido y afrontamiento desde la perspectiva de género en víctimas del conflicto armado. Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
- 2 Psicólogo. Joven investigador. Adscrito al grupo de investigación Altos Estudios de Frontera (ALEF) de la Universidad Simón Bolívar. Correo electrónico: moncaderson@hotmail.com.
- 3 Psicóloga. Joven investigadora. Adscrita al grupo de investigación Neurociencias del Caribe de la Universidad Simón Bolívar. Correo electrónico: lizstefy@hotmail.com.
- 4 Psicóloga. Magíster en Orientación de la Conducta cognitiva conductual. Adscrita al grupo de investigación Procesos Sociales y Desarrollo Humano de la Universidad Simón Bolívar. Correo electrónico: n.bonilla01@unisimonbolivar.edu.co.
- 5 Ingeniero Industrial. Doctorando en Administración. Magíster en Administración de Empresas. Adscrito al grupo de investigación en Gestión de Innovación y Emprendimiento de la Universidad Simón Bolívar.
- 6 Psicóloga. Magister (c) en salud mental de la niñez y la adolescencia. Joven Investigadora Colciencias. Adscrita al grupo de investigación Neurociencias del Caribe y Altos Estudios de la Frontera.

afrontamiento evitativo. El contraste de hipótesis se deduce de cada una de las estrategias del afrontamiento evitativo mediante la prueba de U Mann-Whitney con nivel de significancia de 0.724 para negación, 0.957 para desenganche conductual, y 0.978 desenganche mental. Finalmente se concluye que no existen diferencias de género en el afrontamiento evitativo, utilizando como estrategias más representativas el desenganche mental y conductual.

Palabras clave: Afrontamiento evitativo, perspectiva de género, víctimas.

Evitative Coping in Victims of Armed Conflict and Gender in the City of Cúcuta

Abstract

Sociopolitical violence has been one of the determinants of the armed conflict in Colombia, arising from the subjective apprehensions of reality, which have constituted the emergence of one of the violence that now takes the lives of innocent people as a reaction to ideological differences. And policies, whose objective is the power struggle between the extreme left and the extreme right, prolonged for more than sixty years (Arévalo 2010). Manifesting its devastating effects on the lives of people and communities, later called victims, who, when entering into a reparation process, are considered as vulnerable. This article analyzes the reliability and frequency of the avoidant coping style from a gender perspective in Cúcuta, Norte de Santander, Colombia. The paradigm is positivistic deductive-logical and descriptive. The data originate from a sample of 40 people belonging to an association of victims of the armed conflict, of which 20 men and 20 women were distributed by using non-probabilistic sampling. The evaluation instrument used on coping strategies is composed of 12 items, with likert type response quality. The applied instrument gives high reliability by obtaining a Cronbach alpha coefficient between 0.767 and 0.826 for avoidant coping. The hypothesis contrast is deduced from each of the avoidant

coping strategies by the U Mann-Whitney level test Of significance of 0.724 for negation, 0.957 for behavioral disengagement, and 0.978 mental disengagement. Finally, it is concluded that there are no gender differences in avoidant coping, using mental and behavioral disengagement as the most representative strategies.

Keywords: Evitative coping, gender perspective, victims.

Introducción

Los conflictos armados producen experiencias traumáticas y consecuencias en los niveles individual, comunitario y social. Generalmente las respuestas que se han privilegiado para enfrentar el impacto de los conflictos armados en las poblaciones, se han centrado exclusivamente en la reconstrucción material y satisfacción de necesidades básicas, dejando de lado los aspectos psicológicos producidos en las víctimas tras el suceso traumático, esta falta de reconocimiento perpetúa el sufrimiento de los individuos y las comunidades (Rebolledo y Rondón, 2010).

El conflicto armado en Colombia es rural y de allí radican las diferencias entre estas personas y las personas que viven en las ciudades, en este sentido los autores identifican que el contexto cultural, social y político que reúne las prioridades de las personas que han sido afectadas por este tipo de violencia, moldea las prioridades, significados y expectativas ante las cuales deben generarse los programas de intervención. (Rebolledo y Rondón, 2010).

Rebolledo y Rondón (2010), hacen énfasis en las capacidades que se mantienen en las personas y comunidades que han sido víctimas de la violencia sociopolítica en Colombia, resaltando, que a pesar de las experiencias dolorosas del conflicto y las respuestas emocionales al daño, surgen variables psicológicas tales como los estilos de afrontamiento, entre estas la estrategia de afrontamiento orientado al problema reconociéndose de forma más funcional ante situaciones que se puedan acceder a modificaciones (Gómez, Luengo, Romero, Villar, y Sobral, 2006). Debido a los hechos victimizantes dentro del

conflicto armado se afecta la salud mental de las víctimas y por ende sus áreas de funcionalidad (Amaya y Carrillo, 2015). El CNMH (2011) identifica que los impactos del conflicto armado son complejos, de diverso orden, magnitud y naturaleza.

Estos impactos pueden estar influenciados por algunos factores los niveles de afrontamiento definidos por Lazarus y Folkman (1984), como aquellos esfuerzos cognitivos y conductuales constantemente fluctuantes que se originan con el fin de manejar las demandas específicas externas o internas que son percibidas como excedentes o desbordantes de los recursos con los que cuenta el individuo. Dentro de las estrategias de afrontamiento más utilizadas autores como Ramírez et al. (2016) señalan que más de la mitad del grupo poblacional utiliza estrategias de afrontamiento como esperar que las cosas se arreglen solas, y por otro lado el uso de la religión, evidencia cierta pasividad en su proceso de afrontamiento, según los resultados de la escala de estrategias de afrontamiento.

De acuerdo a lo anterior se tiene en cuenta la gran cantidad de personas que son consideradas víctimas en el marco del conflicto armado, entre ellos hombres y mujeres que vivencian de maneras distintas los efectos del conflicto, tal como lo plantea Truñó (2007) debido a ciertas diferencias que existen entre hombres y mujeres de acuerdo al contexto social y cultural, haciendo acotación a diferencias de percepción, pensamiento, y costumbres de acuerdo a los roles que desempeñan en la sociedad. Haciendo la invitación a la implementación de estudios donde se resalte la identidad de género como una nueva perspectiva de investigación que genere miradas hacia la construcción de paz, ofreciendo una diferenciación de géneros.

La problemática actual radica en la baja producción científica en relación a la perspectiva de género, sobre las estrategias de afrontamiento que se utilizan en el afrontamiento evitativo y su distinción entre hombres y mujeres, entendiendo ejercen roles singulares dentro de la sociedad que afectan directamente la manera de afrontar el hecho victimizante (Gómez, 2015; Beristain, 1999).

Es así como el presente artículo analiza los recursos psicológicos que se manifiestan luego del hecho victimizante, como el afrontamiento desde la perspectiva de género, ampliando la mirada a diversas posibilidades de impacto y respuestas tanto de hombres como de mujeres en relación con el conflicto armado (Cifuentes, 2009). La hipótesis se plantean tomando como base los estudios de Cabañach, et al. (2013), donde se evidencia diferencias significativas en el afrontamiento entre hombres y mujeres en población universitaria, en relación a el manejo de situaciones estresantes; y del resultado obtenido en la investigación de Di-collredo et al. (2007), donde se evidencia diferencias significativas entre hombre y mujeres, en relación al afrontamiento evitativo..

Afrontamiento evitativo

Billings y Moos (1981) caracterizan los estilos de afrontamiento como intentos que el individuo usa como un tipo de recurso interno y externo (personal y social) cuya función es ayudar a manejar reacciones de estrés y emprender acciones encaminadas a transformar esa situación problemática que se le ha presentado. Por otra parte Girdano y Everly (1986) acuñan un aspecto interesante a la hora de estudiar los estilos de afrontamiento, pues especifican que existe una tendencia a utilizar determinado estilo de afrontamiento dependiendo de su dominio o del tipo de aprendizaje que ha adquirido en una situación que lo amerite, así mismo acuñan tipos de afrontamiento adaptativos y desadaptativos, las primeras se caracterizan por reducir el impacto o la respuesta estresante teniendo un vínculo con la salud en el transcurso de la vida, y las segundas que pueden ser adaptativas a la reducción del estrés pero que en un futuro pueden representar una situación crítica a la salud del individuo. Finalmente Carver (1989) concibe los estilos de afrontamiento como un conjunto de respuestas que aparecen ante un evento externo que origina o desencadena en reacciones estresantes o depresivas, a la que el individuo le hace frente, haciendo un proceso de elaboración de forma abierta o encubierta, es este autor quien añade las tres estrategias del estilo de afrontamiento evitativo expuestas a continuación:

1. Negación, se describe como una constante oposición a creer que lo que el agente estresor ha generado en la persona, trata de actuar que lo que sucedió en realidad es irreal o que nunca ocurrió.
2. Desenganche conductual, se evidencia una disminución de esfuerzos ante el agente estresor, en pocas palabras la persona se da por vencida, no concibe el poder emprender una acción, no se traza metas para solucionar el problema porque este interfiere en su vida.
3. Desenganche mental, es en el momento en que la persona permita que otros factores externos distraigan la evaluación de la magnitud del problema.

Metodología

La investigación está orientada desde un paradigma positivista deductivo-lógico de alcance descriptivo, con tipo de muestreo no probabilístico intencionado, se definieron los siguientes criterios de inclusión: (a) que sea mayor de edad (más de 18 años), (b) ser víctima del conflicto armado por cualquier de los hechos victimizantes y (c) que actualmente esté incluido en el Registro Único de Víctimas (RUV), los criterios de exclusión son (a) presentar algún trastorno neurológico, de aprendizaje o que impida la ejecución de los instrumentos a aplicar y (b) no saber leer. Se utilizó el Inventario de estimación de afrontamiento (COPE)(Carver, Scheier & Weintraub, 1989), que consta de 52 reactivos en afirmaciones, que se evalúa de 1 a 4, en el que 1 es casi nunca lo hace y 4 hago esto con frecuencia, que relucen 13 tipos de afrontamiento descritos dentro de 3 grandes dimensiones que son el afrontamiento orientado al problema, afrontamiento orientado a la emoción y por último el afrontamiento evitativo, para la investigación se retoman las estrategias descritas dentro del afrontamiento evitativo, su coeficiente de confiabilidad varía de los 0.76 y 0.82 según el alfa de Cronbach.

Resultados

Los coeficientes de confiabilidad para los ítems de estilo afrontamiento evitativo, varían entre .767 y .826 (Tabla 1), las correlaciones entre los ítems y el puntaje total son superiores a 0,052, lo que evidencia correlaciones significativas (>0.3), entre los 19 ítems. Se destaca la correlación negativa del ítem “Duermo más de lo usual” con -0,035.

Seguidamente se exponen las distribuciones de frecuencias de las estrategias del afrontamiento evitativo, en estas mismas se describen la frecuencia y los porcentajes tanto para hombres como para mujeres, analizándose desde cada uno de los ítems que componen a cada una de las estrategias.

A partir de los resultados obtenidos de la estrategia negación (Tabla 2) se encuentra que en el ítem 11. Me rehúso a creer que eso ha sucedido el 35% de mujeres a veces lo hacen y un 15% usualmente lo hacen, el 40% de los hombres usualmente lo hacen y un 10% lo hacen con frecuencia, en el ítem 24. Me hago la idea de que nada ha ocurrido el 40% de las mujeres a veces lo hacen y un 15% lo hacen con frecuencia y 35% de los hombres usualmente lo hacen y un 15% casi nunca lo hacen, en el ítem 37. Actuó como si no hubiese ocurrido, el 55% de las mujeres a veces lo hacen y un 10% lo hacen con frecuencia mientras que los hombres un 30% a veces lo hacen y un 20% casi nunca lo hace, por último en el ítem 50. Me digo a mí mismo(a) esto no es real, el 30% a veces lo hacen y un 20% usualmente lo hacen, 40% de hombres a veces lo hacen y un 10% lo hacen con frecuencia.

Del desenganche conductual (Tabla 3) se encuentra que en el ítem 12. Dejo de realizar intentos para conseguir lo que quiero el 35% de mujeres casi nunca lo hacen y un 15% usualmente lo hacen, 35% de hombres casi nunca lo hacen y un 20% en iguales cantidades usualmente lo hacen y a veces lo hacen, en el ítem 25. Dejo de intentar alcanzar mi meta, el 40% de mujeres a veces lo hacen y 30% de hombres casi nunca lo hacen, en el ítem 38. Admito que no puedo lidiar con el problema y dejo de intentar resolverlo, en iguales medidas de 30% y 20% de las mujeres respondieron que a veces lo hacen usualmente lo hacen, casi

Tabla 1. Análisis de fiabilidad: Estilo afrontamiento orientado en el evitativo

	Correlación total de elementos corregida	Correlación múltiple al cuadrado	Alfa de Cronbach si el elemento se ha suprimido
11. Me rehúso a creer que eso ha sucedido	,398	,422	,792
24. Me hago la idea de que nada ha ocurrido	,665	,670	,767
37. Actúo como si no hubiese ocurrido	,504	,511	,782
50. Me digo a mí mismo (a) “esto no es real”	,608	,554	,772
12. Dejo de realizar intentos para conseguir lo que quiero	,533	,549	,779
25. Dejo de intentar alcanzar mi meta	,654	,673	,767
38. Admito que no puedo lidiar con el problema, y dejo de intentar resolverlo	,652	,660	,767
51. Reduzco la cantidad de esfuerzo que pongo en solucionar un problema	,555	,493	,779
13. Me dedico al trabajo o a otras actividades para no pensar en la situación estresante	,318	,347	,799
26. Me voy al cine o veo televisión para pensar menos en eso	,218	,258	,806
39. Sueño despierto (a) con cosas distintas al problema	,290	,559	,803
52. Duermo más de lo usual	-,035	,185	,826

Fuente: Autores.

Tabla 2. Distribución de frecuencias: Negación

		Género						
		Femenino		Masculino		Total		
		Frec	%	Frec	%	Frec	%	
Negación	11. Me rehusó a creer que eso ha sucedido	Casi nunca lo hago	4	20,0%	5	25,0%	9	22,5%
		A Veces hago esto	7	35,0%	5	25,0%	12	30,0%
		Usualmente hago esto	3	15,0%	8	40,0%	11	27,5%
		Hago esto con frecuencia	6	30,0%	2	10,0%	8	20,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	24. Me hago la idea de que nada ha ocurrido	Casi nunca lo hago	4	20,0%	3	15,0%	7	17,5%
		A Veces hago esto	8	40,0%	6	30,0%	14	35,0%
		Usualmente hago esto	3	15,0%	7	35,0%	10	25,0%
		Hago esto con frecuencia	5	25,0%	4	20,0%	9	22,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	37. Actúo como si no hubiese ocurrido	Casi nunca lo hago	5	25,0%	4	20,0%	9	22,5%
		A Veces hago esto	11	55,0%	6	30,0%	17	42,5%
		Usualmente hago esto	2	10,0%	5	25,0%	7	17,5%
		Hago esto con frecuencia	2	10,0%	5	25,0%	7	17,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Tabla 2 (Continuación)

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			Frec	%	Frec	%	Frec	%
Negación	50. Me digo a mi mismo (a) “esto no es real”	Casi nunca lo hago	5	25,0%	5	25,0%	10	25,0%
		A Veces hago esto	6	30,0%	8	40,0%	14	35,0%
		Usualmente hago esto	5	25,0%	5	25,0%	10	25,0%
		Hago esto con frecuencia	4	20,0%	2	10,0%	6	15,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Fuente: Autores.

Tabla 3. Distribución de frecuencias: Desenganche conductual

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			F	%	F	%	F	%
Desenganche conductual	12. Dejo de realizar intentos para conseguir lo que quiero	Casi nunca lo hago	7	35,0%	7	35,0%	14	35,0%
		A Veces hago esto	6	30,0%	4	20,0%	10	25,0%
		Usualmente hago esto	3	15,0%	4	20,0%	7	17,5%
		Hago esto con frecuencia	4	20,0%	5	25,0%	9	22,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	25. Dejo de intentar alcanzar mi meta	Casi nunca lo hago	4	20,0%	6	30,0%	10	25,0%
		A Veces hago esto	8	40,0%	5	25,0%	13	32,5%
		Usualmente hago esto	4	20,0%	5	25,0%	9	22,5%
		Hago esto con frecuencia	4	20,0%	4	20,0%	8	20,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	38. Admito que no puedo lidiar con el problema, y dejo de intentar resolverlo	Casi nunca lo hago	4	20,0%	4	20,0%	8	20,0%
		A Veces hago esto	6	30,0%	6	30,0%	12	30,0%
		Usualmente hago esto	6	30,0%	3	15,0%	9	22,5%
		Hago esto con frecuencia	4	20,0%	7	35,0%	11	27,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Tabla 3 (Continuación)

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			F	%	F	%	F	%
Desenganche conductual	51. Reduzco la cantidad de esfuerzo que pongo en solucionar un problema	Casi nunca lo hago	5	25,0%	5	25,0%	10	25,0%
		A Veces hago esto	9	45,0%	9	45,0%	18	45,0%
		Usualmente hago esto	4	20,0%	4	20,0%	8	20,0%
		Hago esto con frecuencia	2	10,0%	2	10,0%	4	10,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Fuente: Autores.

nunca lo hacen y lo hacen con frecuencia respectivamente, el 35% de hombres lo hacen con frecuencia, en el ítem 51. Reduzco la cantidad de esfuerzo que pongo en solucionar un problema, 45% de las mujeres a veces lo hacen mientras que un 10% lo hacen con frecuencia, situación que en la muestra masculina se presenta de igual manera.

En el desenganche mental (Tabla 4) se observa que el en ítem 13. Me dedico al trabajo o a otras actividades para no pensar en la situación estresante, el 45% de las mujeres manifiestan hacerlo con frecuencia y un 15% a veces y casi nunca lo hacen, y 40% de los hombres usualmente lo hacen, en el ítem 26. Me voy al cine o veo televisión para pensar menos en eso, 40% casi nunca lo hace y un 5% lo hacen con frecuencia en las mujeres y en los hombres un 40% casi nunca lo hace y un 0% lo hace con frecuencia, en el ítem 39. Sueño despierto con cosas distintas al problemas un 35% casi nunca lo hace y un 15% con frecuencia en mujeres, y en los hombres 40% casi nunca lo hace y un 15% lo hace con frecuencia, finalmente en el ítem 52. Duermo más de lo usual el 55% de las mujeres casi nunca lo hace y un 5% con frecuencia, y el 50% de hombres casi nunca lo hace y un 5% con frecuencia lo hace.

En la Tabla 5 se exponen la media y las desviaciones típicas de cada una de las estrategias de afrontamiento evitativo en función del género.

A partir de las medias de las estrategias de afrontamiento del estilo evitativo, se halla que tanto para la negación, el desenganche conductual y el desenganche mental, en la muestra masculina y femenina, las utilizan en nivel moderado.

Para realizar el análisis desde el género de estas estrategias de afrontamiento se trazan La siguientes hipótesis hipótesis nula: existen diferencias significativas de las estrategias de afrontamiento evitativo, entre las medias de la muestra masculina y femenina y la hipótesis alterna: No existen diferencias significativas entre las medias de la muestra femenina y masculina de cada una de las estrategias del afrontamiento evitativo, para esto se recurre a la prueba estadística, prueba de U Mann-Whitney para muestras independientes (Tabla 6).

Tabla 4. Distribución de frecuencias: Desenganche mental

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			F	%	F	%	F	%
Desenganche mental	13. Me dedico al trabajo o a otras actividades para no pensar en la situación estresante	Casi nunca lo hago	3	15,0%	1	5,0%	4	10,0%
		A Veces hago esto	3	15,0%	4	20,0%	7	17,5%
		Usualmente hago esto	5	25,0%	8	40,0%	13	32,5%
		Hago esto con frecuencia	9	45,0%	7	35,0%	16	40,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	26. Me voy al cine o veo televisión para pensar menos en eso	Casi nunca lo hago	8	40,0%	8	40,0%	16	40,0%
		A Veces hago esto	6	30,0%	6	30,0%	12	30,0%
		Usualmente hago esto	5	25,0%	6	30,0%	11	27,5%
		Hago esto con frecuencia	1	5,0%	0	0,0%	1	2,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	39. Sueño despierto (a) con cosas distintas al problema	Casi nunca lo hago	7	35,0%	8	40,0%	15	37,5%
		A Veces hago esto	6	30,0%	5	25,0%	11	27,5%
		Usualmente hago esto	4	20,0%	4	20,0%	8	20,0%
		Hago esto con frecuencia	3	15,0%	3	15,0%	6	15,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Tabla 4 (Continuación)

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			F	%	F	%	F	%
Desenganche mental	52. Duermo más de lo usual	Casi nunca lo hago	11	55,0%	10	50,0%	21	52,5%
		A Veces hago esto	4	20,0%	6	30,0%	10	25,0%
		Usualmente hago esto	4	20,0%	3	15,0%	7	17,5%
		Hago esto con frecuencia	1	5,0%	1	5,0%	2	5,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Fuente: Autores.

**Tabla 5. Media y desviación típica.
Estrategias de estilo de afrontamiento evitativo por género**

	Género					
	Femenino		Masculino		Total	
	Media	Desviación típica	Media	Desviación típica	Media	Desviación típica
Negación	2,36	,75	2,43	,75	2,39	,74
Desenganche conductual	2,31	,81	2,38	,84	2,34	,82
Desenganche mental	2,21	,51	2,20	,49	2,21	,50

Fuente: Autores.

**Tabla 6. Estrategias de afrontamiento evitativo.
Estadísticos de contraste**

	Negación	Desenganche conductual	Desenganche mental
U de Mann-Whitney	187,00	198,00	199,00
W de Wilcoxon	397,00	408,00	409,00
Z	-,354	-,054	-,028
Sig. asintót. (bilateral)	,724	,957	,978
Sig. exacta [2*(Sig. unilateral)]	,738b	,968b	,989b

a. Variable de agrupación: Género. b. No corregidos para los empates.

Fuente: Autores.

Los resultados de la prueba U de Mann-Whitney demuestran que los niveles son más altos que los establecidos para una relación significativa entre las medias muestrales, pudiendo afirmar que no existen diferencias significativas entre la muestra masculina y femenina en las estrategias que componen al afrontamiento evitativo, validando la hipótesis alterna “No existen diferencias significativas entre las medias de la muestra femenina y masculina de cada una de las estrategias del afrontamiento evitativo”.

Discusión y conclusión

Al contrastar los resultados estadísticos del afrontamiento evitativo, en el que las personas suelen vivir la situación estresora sin llegar a enfrentar la misma, (Carver, 1989), principalmente se obtiene que la estrategia más utilizada y representativa es la negación, la cual es una constante oposición a creer que lo que el agente estresor ha generado en la persona, contrastado con lo expuesto por Freire, y cols. (2013) en donde los dos géneros tienden a utilizar medidas evitativas; Romero, y cols. (2016) relacionan esta tendencia de la evitación al consumo de bebidas embriagantes, en las que destacan que el 34% de la población víctima estudiada utiliza esta modalidad como manera de afrontar sus vivencias traumáticas, guardando semejanza con lo expuesto por Vasconsellos (2005).

Por lo tanto se estima que no existe relación estadísticamente significativa en el afrontamiento evitativo entre hombres y mujeres, contrario a lo propuesto por Aparicio y Di-Colloredo (2006) donde afirman que si existen diferencias significativas en el afrontamiento evitativo entre hombres y mujeres, afirmando que las mujeres tienen a utilizar el afrontamiento evitativo de una forma más activa, que los hombres que utilizan formas pasivas en cuanto al afrontamiento evitativo.

Referencias

- Arechabala, M., y Miranda, C. (2002). Validación de una escala de apoyo social percibido en un grupo de adultos adscritos a un programa de hipertensión de la Región Metropolitana. *Cienc. Enferm*, 8(1), 49-55.
- Arévalo. L (2010) Atención y Reparación Psicosocial en Contextos de Violencia Sociopolítica: Una Mirada Reflexiva
- Ascencio, P. (2015). Resiliencia y estilos de afrontamiento en mujeres con cáncer de mama de un hospital estatal de Chiclayo 2013.
- Billings, A. y Moos, R. (1981). The role of coping responses and social resources in attenuating the stress of life events. *Journal of Behavioral Medicine*.

- Carver, C. (1989). How should multifaceted personality constructs be tested? Issues illustrated by self-monitoring, attributional style, and hardness. *Journal of personality and social psychology*, 56(4), 577.
- Carver, C., Scheier, M. y Weintraub, J. (1989). Assessing coping strategies: a theoretically based approach. *Journal of personality and social psychology*, 56(2), 267.
- Carver, Ch. (1989). Evaluación de estilos de afrontamiento: un enfoque teórico. *Revista de Personalidad y Psicología social*.
- Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) (2011) Impactos y daños Emocionales causados a las Víctimas del Conflicto Armado.
- Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) (2015) Concepto de víctima.
- Cifuentes, M. R. (2009). La investigación sobre género y conflicto armado. *Revista Eleuthera*, 3, 127-164.
- Di-Colloredo, C., Cruz, D., y Moreno, J. (2007). Descripción de los estilos de afrontamiento en hombres y mujeres ante la situación de desplazamiento. *Psychología. Avances de la disciplina*, 1(2), 125-156.
- Fernández, L., Carlos, R., Orozco, G., Suárez, R., Ramos, R., González, M., Borrero, A., González, A., Rosero, L., Ramírez S., Montero, P., Giovannetti, C., Manotas, J., Molinares, I., Pignatelli y Meca. (2013). *Doce miradas del conflicto colombiano*. Madrid, España: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria.
- Folkman, S. y Lazarus, R. (1986). Appraisal, coping, health status and psychological symptoms. *Journal of Personality and social psychology*.
- Freire, C.; Cabanach, R.; Del Mar Ferradás, M.; González, P.; y Fariña, F.; (2013). Diferencias en el afrontamiento del estrés en estudiantes universitarios hombres y mujeres. *European Journal of Education and Psychology*, Junio, 19-32.
- Girdano, D. y Everly, S. (1986). *Controlling stress and tension*. 2ª Edition. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
- Gómez, J. (2015). Horizontalidad, expresión y saberes compartidos enfoque psicosocial en procesos de acompañamiento a víctimas de violencia política en Colombia. *El Ágora USB*, 13(1), 289-327.

- Lazarus, R., y Folkman, S. (1984). Stress, appraisal, and coping. Springer publishing company.
- Lazarus, R. y Laumier, T. (1978). Estrés y procesos cognitivos. Barcelona: Martínez Roca.
- Marín, L., Gómez, J., y Caro, K. (2015). Niveles de depresión y estrategias de afrontamiento en familiares de víctimas de desaparición forzada en la ciudad de Medellín. *International Journal of Psychological Research*, 1(1), 27-33.
- Martínez, M. (2011). La Investigación Cualitativa. *Revista de investigación en psicología*. Lima, Perú.
- Matud, P., Carballeira, M., López, M., Marrero, R., y Ibáñez, I. (2002). Apoyo social y salud: un análisis de género. *Salud mental*, 25(2), 32-37.
- Moreno, J.; Di-Colloredo, C.; y Aparicio, D. (2007). Descripción de los estilos de afrontamiento en hombres y mujeres ante la situación de desplazamiento. *Psychologia. Avances de la disciplina*, Julio-Diciembre, 125-156.
- Moreno, Y. (2014). Los derechos de la mujer víctima de abuso sexual en el conflicto armado vs la justicia transicional. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá.
- Rebolledo, O, y Rondón, L. (2010). Reflexiones y aproximaciones al trabajo psicosocial con víctimas individuales y colectivas en el marco del proceso de reparación. *Revista de Estudios Sociales*. Bogotá.
- Red Nacional de Información. (2015). Registro Único de Víctimas (RUV). 19/10/2015, de Unidad de atención a víctimas Sitio web: <http://rni.unidadvictimas.gov.co/?q=node/107>
- Romero, Y.; Vargas, M.; Parada, A.; Hewitt, N.; Guerrero, J.; Juárez, F. y Salgado A. (2016). Afectaciones Psicológicas, Estrategias de Afrontamiento y Niveles de Resiliencia de Adultos Expuestos al Conflicto Armado en Colombia. *Revista Colombiana de Psicología*, Enero-Junio, 125-140.
- Truño. M. (2007). No solo víctimas: mujeres en lugar social de víctima y relaciones de género. Universidad Autónoma de Barcelona. España.

Capítulo 3

Afrontamiento orientado a la emoción y género en víctimas en conflicto armado de la ciudad de Cúcuta^{1*}

*Anderson Moncada Grass², Lizeth Cardozo Rodríguez³,
Nidia Bonilla Cruz⁴, Julio César Contreras Velásquez⁵,
Linda Katherine Calderón Vera⁶*

*

Resumen

La disputa de poder en Colombia entre grupos al margen de la ley, ha provocado la extensión de un conflicto armado interno por más de 60 años, causando un índice de enfrentamientos que han ocasionado afectaciones de carácter físico y psicológico en la población civil, más adelante denominadas por la ley como víctimas del conflicto armado interno en Colombia. El presente artículo analiza la fiabilidad y la frecuencia del estilo de afrontamiento orientado a la emoción desde la perspectiva de género en Cúcuta, Norte de Santander, Colombia. El paradigma es positivista deductivo-lógico y descriptivo. Los datos se originan de una muestra de 40 personas pertenecientes a una asociación de víctimas del conflicto armado, de los cuales se distribuyeron 20 hombres y 20 mujeres por tipo de muestreo no probabilístico. El instrumento de evaluación utilizado sobre estrategias de afrontamiento está conformado por 20 ítems, con calidad de respuesta tipo Likert. El instrumento aplicado otorga una alta fiabilidad al obtener un coeficiente de alfa de Cronbach entre 0.825 y 0.850 para el afrontamiento orientado a la emoción. El contraste de hipótesis se deduce de cada una de las estrategias del afrontamiento orientado a la emoción mediante la prueba de U Mann-Whitney con nivel de significancia de 0.398 para la búsqueda

* Ver página siguiente.

- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: “Apoyo social percibido y afrontamiento desde la perspectiva de género en víctimas del conflicto armado. Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
- 2 Psicólogo. Joven investigador. Adscrito al grupo de investigación Altos Estudios de Frontera (ALEF) de la Universidad Simón Bolívar. Correo electrónico: moncaderson@hotmail.com.
- 3 Psicóloga. Joven investigadora. Adscrita al grupo de investigación Neurociencias del Caribe de la Universidad Simón Bolívar. Correo electrónico: lizstefy@hotmail.com.
- 4 Psicóloga. Magíster en Orientación de la Conducta cognitiva conductual. Adscrita al grupo de investigación Procesos Sociales y Desarrollo Humano de la Universidad Simón Bolívar. Correo electrónico: n.bonilla01@unisimonbolivar.edu.co.
- 5 Ingeniero Industrial. Doctorando en Administración. Magíster en Administración de Empresas. Adscrito al grupo de investigación en Gestión de Innovación y Emprendimiento de la Universidad Simón Bolívar.
- 6 Psicóloga. Magister (c) en salud mental de la niñez y la adolescencia. Joven Investigadora Colciencias. Adscrita al grupo de investigación Neurociencias del Caribe y Altos Estudios de la Frontera.

de soporte social emocional, 0.643 para aceptación, 0.495 reinterpretación positiva y crecimiento, 0.496 focalización en las emociones y 0.109 acudir a la religión. Finalmente se concluye que no existen diferencias de género en el afrontamiento orientado a la emoción, utilizando como estrategias más representativas la aceptación, y la focalización de las emociones.

Palabras clave: Afrontamiento orientado a la emoción, perspectiva de género, víctimas.

Emotion-Oriented Coping and Gender in Victims in Armed Conflict in the City of Cúcuta

Abstract

The power struggle in Colombia between groups outside the law has led to an internal armed conflict for more than 60 years, causing an index of clashes that have caused physical and psychological damage to the civilian population, more Forward Denominated by the law as victims of the internal armed conflict in Colombia. This article analyzes the reliability and frequency of the style of coping with emotion from a gender perspective in Cúcuta, Norte de Santander, Colombia. The paradigm is positivistic deductive-logical and descriptive. The data are original from a sample of 40 people belonging to an association of victims of armed conflict, of which 20 men and 20 women were distributed by non-probabilistic type of sampling. The evaluation instrument used on coping strategies consists of 20 items, with likert type response quality. The applied instrument gives high reliability to obtain a Cronbach alpha coefficient between 0.825 and 0.850 for emotion-oriented coping. The contrast of hypotheses is derived from each of the emotion-oriented coping strategies by means of the U Mann-Whitney test with the significance level of 0.398 for the search for social emotional support, 0.643 for acceptance, 0.495 positive reinterpretation,

and Growth, 0.496 focus on emotions and 0.109 go to religion. Finally, we conclude that there are no gender differences in emotion-oriented coping, using as the most representative strategies the acceptance, and the targeting of emotions.

Keywords: Emotion oriented coping, gender perspective, victims.

Introducción

El conflicto armado inicia en la década de 1950 con la participación de unos actores principales como son: el Estado colombiano, y una serie de grupos armados al margen de la ley, las guerrillas de extrema izquierda y los paramilitares de extrema derecha cuyos enfrentamientos recrudecieron entre los años 1988 y 2003 con una serie de hechos victimizantes que atentaron contra la libertad y la integridad de la población colombiana (CNMH, 2011) unos de los hechos victimizantes son reconocidos como desplazamiento forzado, homicidios, masacres, minas antipersonales, secuestro, amenazas, torturas y demás sucesos victimizantes que afectaron directa o indirectamente a millones de personas denominadas víctimas del conflicto armado, según la Ley 1448 del 2011, artículo 3°, las define como personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños por hechos ocurridos a partir del 1° enero de 1985, como consecuencia a infracciones del derecho internacional humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

Rebollero y Rondón (2010), hacen énfasis en las capacidades que se mantienen en las personas y comunidades que han sido víctimas de la violencia sociopolítica en Colombia, resaltando, que a pesar de las experiencias dolorosas del conflicto y las respuestas emocionales al daño, surgen variables psicológicas tales como los estilos de afrontamiento, entre estas la estrategia de afrontamiento orientado al problema reconociéndose de forma más funcional ante situaciones que se puedan acceder a modificaciones (Gómez, Luengo, Romero, Villar, y Sobral, 2006). Debido a los hechos victimizantes dentro del conflicto armado se afecta la salud mental de las víctimas y por ende

sus áreas de funcionalidad (Amaya y Carrillo, 2015). El CNMH (2011) identifica que los impactos del conflicto armado son complejos, de diverso orden, magnitud y naturaleza.

Estos impactos pueden estar influenciados por algunos factores los niveles de afrontamiento definidos por Lazarus y Folkman (1984), como aquellos esfuerzos cognitivos y conductuales constantemente fluctuantes que se originan con el fin de manejar las demandas específicas externas o internas que son percibidas como excedentes o desbordantes de los recursos con los que cuenta el individuo. Dentro de las estrategias de afrontamiento más utilizadas autores como Ramírez et al. (2016) señalan que más de la mitad del grupo poblacional utiliza estrategias de afrontamiento como esperar que las cosas se arreglen solas, y por otro lado el uso de la religión, evidencia cierta pasividad en su proceso de afrontamiento, según los resultados de la escala de estrategias de afrontamiento.

De acuerdo a lo anterior se tiene en cuenta la gran cantidad de personas que son consideradas víctimas en el marco del conflicto armado, entre ellos hombres y mujeres que vivencian de maneras distintas los efectos del conflicto, tal como lo plantea Truñó (2007) debido a ciertas diferencias que existen entre hombres y mujeres de acuerdo al contexto social y cultural, haciendo acotación a diferencias de percepción, pensamiento, y costumbres de acuerdo a los roles que desempeñan en la sociedad. Haciendo la invitación a la implementación de estudios donde se resalte la identidad de género como una nueva perspectiva de investigación que genere miradas hacia la construcción de paz, ofreciendo una diferenciación de géneros.

La problemática actual radica en la baja producción científica en relación a la perspectiva de género, sobre las estrategias de afrontamiento que se utilizan en el afrontamiento centrado en la emoción y su distinción entre hombres y mujeres, entendiendo ejercen roles singulares dentro de la sociedad que afectan directamente la manera de afrontar el hecho victimizante (Gómez, 2015; Beristain, 1999).

Es así como el presente artículo analiza los recursos psicológicos que se manifiestan luego del hecho victimizante, como el afronta-

miento desde la perspectiva de género, ampliando la mirada a diversas posibilidades de impacto y respuestas tanto de hombres como de mujeres en relación con el conflicto armado (Cifuentes, 2009). La hipótesis se plantean tomando como base los estudios de Cabañach, et al. (2013), donde se evidencia diferencias significativas en el afrontamiento entre hombres y mujeres en población universitaria, en relación a el manejo de situaciones estresantes; y del resultado obtenido en la investigación de Di-collaredo et al. (2007), donde se evidencia diferencias significativas entre hombre y mujeres, en relación al afrontamiento centrado en la emoción.

Afrontamiento orientado a la emoción

El afrontamiento tiene como objetivo generar un esfuerzo en el individuo para poder manejar, dominar, tolerar reducir y minimizar las demandas externas en los que los recursos del individuo se quedan cortos o son escasos (Lazarus y Laumier, 1978). Lazarus y Folkman (1986) destacan que los esfuerzos pueden ser de orden cognitivo y conductuales, que pueden variar y que precisamente aparecen a partir de un factor estresor o demanda externa en los que se evalúa como desbordante a la hora de hacer frente a esta situación.

En esta categoría de afrontamiento según Carver (1989) todo se encuentra dirigido a la expresión emocional que se originan a partir de la aparición del factor estresor, identificándose esfuerzos dirigidos al malestar que se desenlaza posterior de la vivencia y cómo las emociones entran en juego en dicha situación, es entonces como se plantea el afrontamiento orientado a la emoción utilizando estrategias que permitan disminuir complicaciones a nivel emocional. En esta categoría las personas realizan una evaluación de lo que han vivido, y posterior a esto asemejan que no se puede cambiar, permitiendo que los esfuerzos estén enfocados netamente en poder mitigar el impacto emocional. Se encuentran entonces estrategias como la búsqueda de soporte social emocional, aceptación, reinterpretación positiva y crecimiento, negación y focalización en las emociones.

1. Búsqueda de soporte social emocional, es esa búsqueda que emprenden las personas con la sociedad en búsqueda de un apoyo a nivel moral, en el que pretenden encontrar un ambiente de entendimiento, empatía y comprensión, para poder reducir las manifestaciones emocionales desfavorables.
2. Aceptación, encierra un aspecto de evaluación inicial o primaria y una evaluación secundaria, la primera se caracteriza por aceptar que la situación que ha experimentado es real y no es un acto de la imaginación, y la segunda es aceptar la realidad con el fin de aprender a convivir con el suceso y que por más que se desee no se puede cambiar.
3. Reinterpretación positiva y crecimiento, en este estilo se realiza una evaluación positiva de la situación que se ha experimentado, entra en juego la connotación favorable a lo que se vivió y se asume como algo positivo al punto de dejar un aprendizaje que será útil para un futuro.
4. Focalización en las emociones, como lo señala su nombre, se focaliza en las secuelas a nivel emocional desfavorable que se percibe, y que se puede evocar explícitamente.
5. Acudir a la religión, se refiere a la tendencia que existe a buscar a la religión para poder desahogar toda la carga emocional que produce tensión y malestar ocasionadas por la situación estresante

Metodología

La investigación está orientada desde un paradigma positivista deductivo-lógico de alcance descriptivo, con tipo de muestreo no probabilístico por conveniencia, se definieron los siguientes criterios de inclusión: (a) que sea mayor de edad (más de 18 años), (b) ser víctima del conflicto armado por cualquier de los hechos victimizantes y (c) que actualmente esté incluido en el registro único de víctimas (RUV), los criterios de exclusión es (a) que no presente ningún tipo de trastorno neurológico, de aprendizaje o que impida la eje-

cución de los instrumentos a aplicar y (b) no saber leer. Se utilizó el Inventario de estimación de afrontamiento (COPE) (Carver, Scheier & Weintraub, 1989), que consta de 52 reactivos en afirmaciones, que se evalúa de 1 a 4, en el que 1 es casi nunca lo hace y 4 hago esto con frecuencia, que relucen 13 tipos de afrontamiento descritos dentro de 3 grandes dimensiones que son el afrontamiento orientado al problema, afrontamiento orientado a la emoción y por último el afrontamiento evitativo, para la investigación se retoman las estrategias descritas dentro del afrontamiento centrado en la emoción, su coeficiente de confiabilidad varía de los 0.82 y 0.85 según el alfa de Cronbach.

Resultados

Los coeficientes de confiabilidad para los ítems de Estilo de afrontamiento orientado a la emoción, varían entre.822 y.847 (Tabla 1), las correlaciones entre los ítems y el puntaje total son superiores a 0,031, lo que evidencia correlaciones significativas (>0.3), entre los 20 ítems que componen este estilo de afrontamiento.

Tabla 1. Análisis de fiabilidad: Estilo afrontamiento orientado en el emoción

	Correlación total de elementos corregida	Correlación múltiple al cuadrado	Alfa de Cronbach si el elemento se ha suprimido
6. Hablo de mis sentimientos con alguien	,142	,404	,847
19. Trato de conseguir apoyo de amigos o parientes	,539	,761	,828
32. Hablo con alguien sobre cómo me siento	,459	,669	,832
45. Busco la simpatía y la comprensión de alguien	,518	,781	,829
8. Aprendo a vivir con el problema	,429	,551	,833

Tabla 1 (Continuación)

	Correlación total de elementos corregida	Correlación múltiple al cuadrado	Alfa de Cronbach si el elemento se ha suprimido
21. Acepto que el hecho ha ocurrido y que no puede ser cambiado	,367	,665	,836
34. Me acostumbro a la idea de que el hecho sucedió	,528	,631	,829
47. Acepto la realidad de lo sucedido	,549	,767	,828
7. Busco el lado bueno en lo que está sucediendo	,700	,724	,822
20. Intento ver el problema desde un punto de vista diferente, para hacerlo parecer más positivo	,460	,764	,832
33. Aprendo algo de la experiencia	,470	,495	,831
46. Trato que mi experiencia me haga, o me lleve a madurar	,465	,704	,832
10. Me molesto y doy rienda suelta a mis emociones	,427	,549	,833
23. Dejo salir mis sentimientos	,455	,569	,832
36. Siento que me altero mucho y expreso demasiado todo lo que siento	,613	,716	,825
49. Me molesto y soy consciente de ello	,488	,762	,831
9. Busco la ayuda de Dios	,031	,567	,850
22. Pongo mi confianza en Dios	,189	,517	,842
35. Intento encontrar consuelo en mi religión	,442	,703	,832
48. Rezo más que de costumbre	,240	,587	,843

Fuente: Autores.

Seguidamente se exponen las distribuciones de frecuencia de cada uno de los ítems, haciendo la diferenciación desde el género, que evalúan la estrategia de afrontamiento búsqueda de soporte social emocional (Tabla 2).

Se puede encontrar que para el ítem 6, hablo de mis sentimientos con alguien, el 45% de la población femenina refiere hacerlo a veces y un 10% lo hacen con frecuencia, por otra parte los hombres el 50% lo hacen con frecuencia y en 15% lo hacen a veces y usualmente, en el ítem 19. Trato de conseguir apoyo de amigos o parientes, el 45% de las mujeres usualmente lo hacen y 10% con frecuencia, mientras que los hombres un 30% lo hacen con frecuencia y otro 30% casi nunca lo hace, en el ítem 32. Hablo con alguien sobre cómo me siento, 45% de las mujeres a veces lo hacen y un 10% con frecuencia mientras que los hombres un 35% lo hacen con frecuencia y tan solo un 15% a veces lo hacen, finalmente en el ítem 45. Busco la simpatía y la comprensión de alguien, 30% de las mujeres a veces lo hacen y un 20% lo hacen con frecuencia y 30% de los hombres lo hacen usualmente y un 20% casi nunca lo hace.

Se reflejan los datos de distribución de frecuencia de la estrategia de afrontamiento aceptación, analizando cada uno de los ítems tanto para hombres como para mujeres, que evalúan la estrategia de afrontamiento mencionada (Tabla 3).

Se puede encontrar que en el ítem 8, aprendo a vivir con el problema, en la población femenina se presenta en igual frecuencia hacerlo a veces y con frecuencia en un 35%, mientras que los hombres lo hacen con frecuencia en un 40%, en el ítem 21. Acepto que el hecho ha ocurrido y que no puede ser cambiado el 35% de mujeres lo hacen con frecuencia y un 15% a veces lo hacen, por otro lado los hombres usualmente lo hacen en un 40% y otro 15% a veces lo hacen, en el ítem 34. Me acostumbro a la idea de que el hecho sucedió en iguales frecuencias las mujeres lo hacen a veces, usualmente y con frecuencia en un 30%, mientras que los hombres un 45% usualmente lo hacen y un 5% casi nunca lo hace, en el ítem 47. Acepto la realidad de lo suce-

Tabla 2. Distribución de Frecuencias: Búsqueda de soporte social instrumental

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			Frec	%	Frec	%	Frec	%
Búsqueda de soporte social emocional	6. Hablo de mis sentimientos con alguien	Casi nunca lo hago	4	20,0%	6	30,0%	10	25,0%
		A Veces hago esto	9	45,0%	3	15,0%	12	30,0%
		Usualmente hago esto	5	25,0%	3	15,0%	8	20,0%
		Hago esto con frecuencia	2	10,0%	8	40,0%	10	25,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	19. Trato de conseguir apoyo de amigos o parientes	Casi nunca lo hago	4	20,0%	6	30,0%	10	25,0%
		A Veces hago esto	5	25,0%	3	15,0%	8	20,0%
		Usualmente hago esto	9	45,0%	5	25,0%	14	35,0%
		Hago esto con frecuencia	2	10,0%	6	30,0%	8	20,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	32. Hablo con alguien sobre cómo me siento	Casi nunca lo hago	2	10,0%	4	20,0%	6	15,0%
		A Veces hago esto	9	45,0%	3	15,0%	12	30,0%
		Usualmente hago esto	7	35,0%	6	30,0%	13	32,5%
		Hago esto con frecuencia	2	10,0%	7	35,0%	9	22,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Tabla 2 (Continuación)

		Género					
		Femenino		Masculino		Total	
		Frec	%	Frec	%	Frec	%
Búsqueda de soporte social emocional	Casi nunca lo hago	5	25,0%	4	20,0%	9	22,5%
	A Veces hago esto	6	30,0%	5	25,0%	11	27,5%
	Usualmente hago esto	5	25,0%	6	30,0%	11	27,5%
	Hago esto con frecuencia	4	20,0%	5	25,0%	9	22,5%
	Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Fuente: Autores.

Tabla 3. Distribución de frecuencias: Aceptación

		Género						
		Femenino		Masculino		Total		
		F	%	F	%	F	%	
Aceptación	8. Aprendo a vivir con el problema	Casi nunca lo hago	5	25,0%	5	25,0%	10	25,0%
		A Veces hago esto	7	35,0%	2	10,0%	9	22,5%
		Usualmente hago esto	1	5,0%	5	25,0%	6	15,0%
		Hago esto con frecuencia	7	35,0%	8	40,0%	15	37,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	21. Acepto que el hecho ha ocurrido y que no puede ser cambiado	Casi nunca lo hago	5	25,0%	3	15,0%	8	20,0%
		A Veces hago esto	3	15,0%	6	30,0%	9	22,5%
		Usualmente hago esto	5	25,0%	8	40,0%	13	32,5%
		Hago esto con frecuencia	7	35,0%	3	15,0%	10	25,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	34. Me acostumbro a la idea de que el hecho sucedió	Casi nunca lo hago	2	10,0%	1	5,0%	3	7,5%
		A Veces hago esto	6	30,0%	5	25,0%	11	27,5%
		Usualmente hago esto	6	30,0%	9	45,0%	15	37,5%
		Hago esto con frecuencia	6	30,0%	5	25,0%	11	27,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Tabla 3 (Continuación)

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			F	%	F	%	F	%
Aceptación	47. Acepto la realidad de lo sucedido	Casi nunca lo hago	2	10,0%	2	10,0%	4	10,0%
		A Veces hago esto	8	40,0%	7	35,0%	15	37,5%
		Usualmente hago esto	6	30,0%	6	30,0%	12	30,0%
		Hago esto con frecuencia	4	20,0%	5	25,0%	9	22,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Fuente: Autores.

dido un 40% de las mujeres a veces lo hacen y un 10% casi nunca, y los hombres un 35% lo hacen a veces y un 10% casi nunca lo hacen.

Seguidamente se ilustran los datos de distribución de frecuencia de la estrategia de afrontamiento reinterpretación positiva y crecimiento, analizando cada uno de los ítems para hombres y mujeres, que evalúan dicha estrategia de afrontamiento (Tabla 4).

Se encuentra que en el ítem 7, busco el lado bueno de lo que está sucediendo, el 45% de las mujeres lo hacen con frecuencia mientras un 5% casi nunca algo hace, y los hombres un 35% usualmente lo hace y un 5% casi nunca lo hace, en el ítem 20. Intento ver el problema desde un punto de vista diferente el 40% de las mujeres usualmente lo hacen y un 50% de hombres expresan la misma respuesta que las mujeres. En el ítem 33, aprendo algo de la experiencia en las mujeres un 30% casi siempre lo hacen y un 45% usualmente lo hace, mientras que los hombres un 60% lo hacen con frecuencia. Por último, el ítem 46, trato que mi experiencia me haga o me lleve a madurar, un 45% de mujeres lo hacen con frecuencia y tan solo un 5% casi nunca, y los hombres un 40% a veces lo hacen y un 5% casi nunca lo hacen.

En el mismo sentido se muestra la tabla de distribución de frecuencias para la estrategia de afrontamiento denominada focalización de las emociones, realizada ítem por ítem para las muestras masculina y femenina (Tabla 5).

En cuanto al afrontamiento focalización de las emociones se evidencia que en el ítem 10, me molesto y doy rienda suelta a mis emociones, el 35% de las mujeres a veces lo hacen y de igual manera lo hacen con frecuencia, y los hombres un 40% casi nunca lo hacen, en el ítem 23, dejo salir mis sentimientos, un 35% hacen esto con frecuencia y en iguales proporciones de 20% lo hacen a veces y usualmente, mientras que los hombres un 40% usualmente lo hacen. En el ítem 36, siento que me altero mucho y expreso demasiado todo lo que siento, un 40% de mujeres lo hacen a veces, un 5% casi nunca, y los hombres un 35% a veces lo hacen. Por último, el ítem 49, me molesto y soy consciente de ello, un 60% de mujeres a veces hacen esto y un 45% de hombres a veces lo hacen.

Tabla 4. Distribución de frecuencias: Reinterpretación positiva y crecimiento

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			F	%	F	%	F	%
Reinterpretación positiva y crecimiento	7. Busco el lado bueno en lo que está sucediendo	Casi nunca lo hago	1	5,0%	1	5,0%	2	5,0%
		A Veces hago esto	6	30,0%	6	30,0%	12	30,0%
		Usualmente hago esto	4	20,0%	7	35,0%	11	27,5%
		Hago esto con frecuencia	9	45,0%	6	30,0%	15	37,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	20. Intento ver el problema desde un punto de vista diferente, para hacerlo parecer más positivo	Casi nunca lo hago	4	20,0%	1	5,0%	5	12,5%
		A Veces hago esto	6	30,0%	4	20,0%	10	25,0%
		Usualmente hago esto	8	40,0%	10	50,0%	18	45,0%
		Hago esto con frecuencia	2	10,0%	5	25,0%	7	17,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	33. Aprendo algo de la experiencia	Casi nunca lo hago	1	5,0%	1	5,0%	2	5,0%
		A Veces hago esto	4	20,0%	4	20,0%	8	20,0%
		Usualmente hago esto	9	45,0%	3	15,0%	12	30,0%
		Hago esto con frecuencia	6	30,0%	12	60,0%	18	45,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Tabla 4 (Continuación)

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			F	%	F	%	F	%
Reinterpretación positiva y crecimiento	46. Trato que mi experiencia me haga, o me lleve a madurar	Casi nunca lo hago	1	5,0%	1	5,0%	2	5,0%
		A Veces hago esto	4	20,0%	8	40,0%	12	30,0%
		Usualmente hago esto	6	30,0%	5	25,0%	11	27,5%
		Hago esto con frecuencia	9	45,0%	6	30,0%	15	37,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Fuente: Autores.

Tabla 5. Distribución de frecuencias: Focalización de emociones

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			F	%	F	%	F	%
Focalización en las emociones	10. Me molesto y doy rienda suelta a mis emociones	Casi nunca lo hago	4	20,0%	8	40,0%	12	30,0%
		A Veces hago esto	7	35,0%	7	35,0%	14	35,0%
		Usualmente hago esto	2	10,0%	1	5,0%	3	7,5%
		Hago esto con frecuencia	7	35,0%	4	20,0%	11	27,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	23. Dejo salir mis sentimientos	Casi nunca lo hago	4	20,0%	2	10,0%	6	15,0%
		A Veces hago esto	4	20,0%	4	20,0%	8	20,0%
		Usualmente hago esto	5	25,0%	8	40,0%	13	32,5%
		Hago esto con frecuencia	7	35,0%	6	30,0%	13	32,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	36. Siento que me altero mucho y expreso demasiado todo lo que siento	Casi nunca lo hago	1	5,0%	4	20,0%	5	12,5%
		A Veces hago esto	8	40,0%	7	35,0%	15	37,5%
		Usualmente hago esto	6	30,0%	4	20,0%	10	25,0%
		Hago esto con frecuencia	5	25,0%	5	25,0%	10	25,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Tabla 5 (Continuación)

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			F	%	F	%	F	%
Focalización en las emociones	49. Me molesto y soy consciente de ello	Casi nunca lo hago	0	0,0%	3	15,0%	3	7,5%
		A Veces hago esto	12	60,0%	9	45,0%	21	52,5%
		Usualmente hago esto	6	30,0%	5	25,0%	11	27,5%
		Hago esto con frecuencia	2	10,0%	3	15,0%	5	12,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Fuente: Autores.

Finalmente se expone la tabla de distribución de frecuencias de la última estrategia de afrontamiento del estilo orientado a la emoción, acudir a la religión, que de igual manera se diferencia entre masculino y femenino cada una de las respuestas otorgadas a los ítem que la componen (Tabla 6).

Con respecto a la estrategia acudir a la religión se encuentra que en el ítem 9, busco la ayuda de Dios, un 90% de las mujeres lo hacen con frecuencia y 5% a veces lo hace y un 65% de hombres lo hace con frecuencia y un 5% usualmente lo hace. En el ítem 22, pongo mi confianza en Dios, un 80% de la población femenina lo hace con frecuencia de igual manera en los hombres. En el ítem 35, intento encontrar consuelo en mi religión, un 55% de mujeres lo hace con frecuencia mientras que un 0% nunca lo hace, y 40% de hombres lo hacen con frecuencia y un 15% casi nunca lo hace. Por último, en el ítem 48, rezo más que de costumbre, un 55% de mujeres lo hacen con frecuencia y un 10% usualmente lo hacen, y en los hombres en 35% lo hace con frecuencia y a veces lo hacen mientras que en proporciones de 15% casi nunca lo hacen y usualmente lo hacen.

En cuanto al estilo de afrontamiento orientado en la emoción, la estrategia sobresaliente es la de acudir a la religión con media de 3,27 y una desviación típica de 0,73. En cuanto a la menos representativa, búsqueda de soporte social emocional, la media es de 2,52 con una desviación típica de 0,78 (Tabla 7).

Se encuentra entonces que la estrategia búsqueda de soporte social emocional se encuentra en grado moderado al igual que la aceptación, reinterpretación positiva y la focalización de emociones, tanto en hombres como en mujeres, y que en la estrategia acudir a la relación se encuentra en un nivel alto tanto para hombres como para mujeres.

Luego de haber descrito los resultados de cada una de las estrategias del afrontamiento orientado a la emoción, se plantea el análisis comparativo en función del género, para esto se recurre a la hipótesis nula: existen diferencias significativas de las estrategias de afrontamiento orientadas a la emoción utilizadas entre las medias

Tabla 6. Distribución de frecuencias: Acudir a la religión

		Género						
		Femenino		Masculino		Total		
		F	%	F	%	F	%	
Acudir a la religión	9. Busco la ayuda de Dios	Casi nunca lo hago	0	0,0%	4	20,0%	4	10,0%
		A Veces hago esto	1	5,0%	2	10,0%	3	7,5%
		Usualmente hago esto	1	5,0%	1	5,0%	2	5,0%
		Hago esto con frecuencia	18	90,0%	13	65,0%	31	77,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	22. Pongo mi confianza en Dios	Casi nunca lo hago	0	0,0%	2	10,0%	2	5,0%
		A Veces hago esto	3	15,0%	1	5,0%	4	10,0%
		Usualmente hago esto	1	5,0%	1	5,0%	2	5,0%
		Hago esto con frecuencia	16	80,0%	16	80,0%	32	80,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	35. Intento encontrar consuelo en mi religión	Casi nunca lo hago	0	0,0%	3	15,0%	3	7,5%
		A Veces hago esto	4	20,0%	4	20,0%	8	20,0%
		Usualmente hago esto	5	25,0%	5	25,0%	10	25,0%
		Hago esto con frecuencia	11	55,0%	8	40,0%	19	47,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Tabla 6 (Continuación)

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			F	%	F	%	F	%
Acudir a la religión	48. Rezo más que de costumbre	Casi nunca lo hago	4	20,0%	3	15,0%	7	17,5%
		A Veces hago esto	3	15,0%	7	35,0%	10	25,0%
		Usualmente hago esto	2	10,0%	3	15,0%	5	12,5%
		Hago esto con frecuencia	11	55,0%	7	35,0%	18	45,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Fuente: Autores.

Tabla 7. Media y desviación típica. Estrategias de estilo de afrontamiento orientado a la emoción por género

	Género					
	Femenino		Masculino		Total	
	Media	Desviación típica	Media	Desviación típica	Media	Desviación típica
Búsqueda de soporte social emocional	2,39	,68	2,65	,88	2,52	,78
Aceptación	2,65	,74	2,74	,69	2,69	,70
Reinterpretación positiva y crecimiento	2,90	,59	2,99	,74	2,94	,66
Focalización en las emociones	2,65	,77	2,46	,76	2,56	,76
Acudir a la religión	3,46	,58	3,08	,82	3,27	,73

Fuente: Autores.

de la muestra masculina y femenina y la hipótesis alterna: No existen diferencias significativas entre las medias de la muestra femenina y masculina de cada una de las estrategias del afrontamiento orientado a la emoción, se contrasta la hipótesis planteada mediante la prueba de U Mann-Whitney para muestras independientes, la prueba mencionada permite determinar las diferencias estadísticamente significativas entre las muestras masculina y femenina en comparación a las estrategias de afrontamiento p (Tabla 8).

A partir de la tabla se encuentra que los resultados de la prueba U de Mann-Whitney son superiores al nivel establecido para una posible relación significativa entre las medianas muestrales, concluyendo así que no existen diferencias significativas entre la muestra masculina y femenina en las estrategias que componen al afrontamiento orientado a la emoción, validando la hipótesis alterna “No existen diferencias significativas entre las medias de de la muestra femenina y masculina de cada una de las estrategias del afrontamiento orientado a la emoción”.

Discusión y conclusión

Al contrastar los resultados estadísticos del afrontamiento centrado en la emoción, en el que las personas suelen realizar esfuerzos dirigidos a la reducción del malestar ocasionado por la vivencia (Carver, 1989), principalmente se obtiene que la estrategia más utilizada es acudir a la religión, resultado que se presenta en investigaciones en las que se analizan las estrategias de afrontamiento a partir del género en población víctima, demostrando que en general las personas buscan ayuda en la religión, especialmente las mujeres (Moreno, Dicolloredo y Aparicio, 2007) de igual manera Vasconcelles (2005), afirma que las mujeres buscan reducir los niveles de estrés con el afrontamiento religioso, de igual modo Romero, Vargas, Parada, Hewitt, Guerrero, Juárez y Salgado (2016) identifican la religión como una de las estrategias más utilizadas en la población víctima del estudio, demostrando en sus conclusiones, la pasividad que estas presentan a la hora de solucionar los problemas, respaldándose en autores como

**Tabla 8. Estrategias de afrontamiento orientado a la emoción.
Estadísticos de contraste**

	Búsqueda de soporte social emocional	Aceptación	Reinterpretación positiva y crecimiento	Focalización en las emociones	Acudir a la religión
U de Mann- Whitney	169,00	183,00	175,00	175,00	141,50
W de Wilcoxon	379,00	393,00	385,00	385,00	351,50
Z	-,846	-,464	-,682	-,680	-1,604
Sig. asintót. (bilateral)	,398	,643	,495	,496	,109
Sig. exacta [2*(Sig. unilateral)]	,414b	,659b	,512b	,512b	,114b

a. Variable de agrupación: Género.

Fuente: Autores.

Di-Colloredo, Aparicio & Moreno (2007); Londoño et al. (2008); Vascancelles (2005), añadiendo que en el presente estudio la muestra masculina y femenina no presentan diferencias estadísticamente significativas, lo que indica que los hombres también acuden con mayor frecuencia a la religión como estrategia de afrontamiento.

Referencias

- Carver, C. (1989). How should multifaceted personality constructs be tested? Issues illustrated by self-monitoring, attributional style, and hardness. *Journal of personality and social psychology*, 56(4), 577.
- Carver, C., Scheier, M. y Weintraub, J. (1989). Assessing coping strategies: a theoretically based approach. *Journal of personality and social psychology*, 56(2), 267.
- Carver, Ch. (1989). Evaluación de estilos de afrontamiento: un enfoque teórico. *Revista de Personalidad y Psicología social*.
- Casullo, M. M., & Fernández Liporace, M. (2001). Estrategias de afrontamiento en estudiantes adolescentes. *Revista del Instituto de Investigaciones*, 6(1), 25-49.
- Cifuentes, M. R. (2009). La investigación sobre género y conflicto armado. *Revista Eleuthera*, 3, 127-164.
- Di-Colloredo, C., Cruz, D., y Moreno, J. (2007). Descripción de los estilos de afrontamiento en hombres y mujeres ante la situación de desplazamiento. *Psychologia. Avances de la disciplina*, 1(2), 125-156.
- Folkman, S. y Lazarus, R. (1986). Appraisal, coping, health status and psychological symptoms. *Journal of Personality and social psychology*.
- Gómez, J. (2015). Horizontalidad, expresión y saberes compartidos enfoque psicosocial en procesos de acompañamiento a víctimas de violencia política en Colombia. *El Ágora USB*, 13(1), 289-327.
- Gutiérrez. C, Coronel. E y Pérez. C. (2009) Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. Universidad Cooperativa de Colombia. Colombia.
- Lazarus, R., y Folkman, S. (1984). Stress, appraisal, and coping. Springer publishing company.

- Lazarus, R. y Laumier, T. (1978). *Estrés y procesos cognitivos*. Barcelona: Martínez Roca.
- Martínez, M. (2011). *La Investigación Cualitativa*. Revista de investigación en psicología. Lima, Perú.
- Matud, P., Carballeira, M., López, M., Marrero, R., y Ibáñez, I. (2002). Apoyo social y salud: un análisis de género. *Salud mental*, 25(2), 32-37.
- Moreno, J.; Di-Colloredo, C.; y Aparicio, D. (2007). Descripción de los estilos de afrontamiento en hombres y mujeres ante la situación de desplazamiento. *Psychologia. Avances de la disciplina*, Julio-Diciembre, 125-156.
- Moreno, Y. (2014). *Los derechos de la mujer víctima de abuso sexual en el conflicto armado vs la justicia transicional*. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá.
- Naranjo, L, Monzón., Cerrato, L, Rodríguez, C, y Borrero, Y (2011) *Protocolo de Abordaje Psicosocial para la Adopción de Medidas de Atención Integral, Atención y Acompañamiento Psicosocial a las Víctimas del Conflicto Armado*. Bogotá D.C. Organización Integral para las Migraciones; Ministerio de la Protección social.
- Oficina del alto comisionado para los derechos humanos (1985). *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y abuso de poder*. Recuperado de: www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimensAndAbuseOfPower.aspx
- Organización de las Naciones Unidas. (1986). *Concepto de víctima*. 27/09/16, de Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos Sitio web: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>
- Organización de Naciones Unidas (ONU) (2013) *Estudio estadístico de muertes desde 1958 hasta la fecha actual*.
- Packer, M. (2000) *Una metodología interpretativa aplicada a la psicoterapia existencial*. Metodología, edición anual 2000, 5-28.
- Rebolledo, O, y Rondón, L. (2010). *Reflexiones y aproximaciones al trabajo psicosocial con víctimas individuales y colectivas en el marco del proceso de reparación*. Revista de Estudios Sociales. Bogotá.

- Red Nacional de Información. (2015). Registro Único de Víctimas (RUV). 19/10/2015, de Unidad de atención a víctimas Sitio web: <http://rni.unidadvictimas.gov.co/?q=node/107>
- Reyes. J. (2013). Descripción de tensiones en la relación entre Estado y víctimas del conflicto armado en el ámbito de la atención psicosocial en el municipio de Cali. Universidad de San Buenaventura. Cali.
- Rodríguez, C. (2014). La ley de la restitución de tierras desde la perspectiva de género. Colombia.
- Romero, Y.; Vargas, M.; Parada, A.; Hewitt, N.; Guerrero, J.; Juárez, F. y Salgado A. (2016). Afectaciones Psicológicas, Estrategias de Afrontamiento y Niveles de Resiliencia de Adultos Expuestos al Conflicto Armado en Colombia. Revista Colombiana de Psicología, Enero-Junio, 125-140.
- Truño. M. (2007). No solo víctimas: mujeres en lugar social de víctima y relaciones de género. Universidad Autónoma de Barcelona. España.
- Vega, O. y González, D. (2009). Apoyo social: elemento clave en el afrontamiento de la enfermedad crónica. Enfermería global, (16), 0-0.
- Vinaccia, S., Quiceno, J. M., Fernández, H., Contreras, F., Bedoya, M., Tobón, S. y Zapata, M. (2014). Calidad de vida, personalidad resistente y apoyo social percibido en pacientes con diagnóstico de cáncer pulmonar. Psicología y salud, 15(2), 207-220.
- Vivaldi, F. y Barra, E. (2012). Bienestar psicológico, apoyo social percibido y percepción de salud en adultos mayores. Terapia psicológica, 30(2), 23-29.
- Zimet, G., Dahlem, N., Zimet, S. y Farley, G. (1988). The multidimensional scale of perceived social support. Journal of personality assessment, 52(1), 30-41.

Capítulo 4

Aplicabilidad del marco jurídico ambiental: caso barrio San Rafael de Cúcuta¹

*Carlos Alfredo Pérez Fuentes², Mary Lizbeth Vargas Soto³,
Xiomara Estévez Grateron⁴, Andrea Johana Aguilar Barreto⁵*

Resumen

En el presente capítulo desarrolla un análisis jurídico ambiental frente aquellos problemas de contaminación que se vivencian día a día la comunidad del barrio San Rafael de Cúcuta, los cuales generan consecuencias que afectan la calidad de vida de las personas que residen allí, debido a que la aplicación de las normas ambientales no es perceptible para los habitantes de esta comunidad. Por otra parte se destacan los vacíos legales, la falta

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Aplicabilidad del marco jurídico ambiental caso: San Rafael en la ciudad de Cúcuta. Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogado, Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Correo: carlosapf.1010@gmail.com
 - 3 Abogada, Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Correo: marylizbeth@yahoo.es
 - 4 Abogada, Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Correo: stevgrxio63@hotmail.com.
 - 5 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.

de aplicabilidad de la normatividad jurídica, y el desconocimiento de los mecanismos de protección ambiental que existen actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano, cuya relevancia se evidencia de una manera mínima para la mitigación de la crisis ambiental que actualmente se está presentando, por ende urge darlos a conocer a la población, para que esta los ejerza y pueda proteger no solo su derecho constitucional a gozar de un ambiente sano, tal y como reza el artículo 79 de la Constitución Nacional, sino también a otros que se vulneran cuando este se encuentra amenazado o vulnerado.

Palabras clave: Medio ambiente, derecho ambiental, constitución ecológica, administración pública, contaminación ambiental, acciones constitucionales.

Applicability of the Environmental Legal Framework: San Rafael de Cúcuta Case

Abstract

In the present chapter there develops a juridical environmental analysis forehead those problems of pollution that vivencian day after day the community of the neighborhood San Rafael of Cúcuta, which generate consequences that affect the quality of life of the persons who reside there, due to the fact that the application of the environmental procedure is not perceptible for the inhabitants of this community. On the other hand are outlined the legal emptiness, the lack of applicability of the juridical normativity, and the ignorance of the mechanisms of environmental protection that exist nowadays in the juridical Colombian classification; whose relevancy is demonstrated in a minimal way for the mitigation of the environmental crisis that nowadays one is presenting, for ende is urgent them to announce the population, in order that this one exercises them and could protect not only his constitutional law to enjoy a healthy environment, as it

says the article 79 of the National Constitution, but also to others that are damaged when this one is threatened or damaged.

Keywords: Environment, environmental law, ecological constitution, public administration, environmental pollution, constitutional actions.

Introducción

Al hacer una revisión en el contexto internacional desde el derecho comparado se evidencia como el marco jurídico ambiental está en un proceso de evolución pausado, mientras que en países como Venezuela los investigadores deducen que las maneras más efectivas y eficaces para lograr que el medio ambiente sea más tenido en cuenta en la actual sociedad, se deben realizar investigaciones de nuevas formas, prácticas de aplicar las normas jurídicas existentes y la creación de las mismas; pero con más fuerza coercitiva, que permita de alguna manera la eficaz concientización del colectivo humano de la importancia y relevancia del fenómeno crítico ambiental (Mejías y Gómez, 2009).

En países como México se da una visión periférica en la historicidad del fenómeno jurídico ambiental. Por lo tanto, es efectivo ya que como se expresa el proceso de evolución de éste, aunque ha tenido muchas dificultades ha ido avanzado, gracias a la cooperación internacional de países desarrollados y aunque el conflicto que azota este país es inminente y grave, en cuanto a vulneración de todo tipo de derechos, éste gracias a un marco efectivo y a la participación de movimientos sociales ha ido logrando grandes avances en materia ambiental (Vargas, 2006).

A nivel latinoamericano la problemática ambiental aún carece en gran parte de ordenamiento jurídico ambiental, lo cual genera la necesidad de recurrir a otro tipo de normatividad, tales como: el código civil, penal, procesal y administrativo; ya que para darle una efectiva aplicación se fundamentan en disposiciones de carácter constitucional (CEPAL, s/f).

Este fenómeno se ha podido observar en las nuevas constituciones de las últimas décadas, en donde se han incorporado normas que enmarcan un interés que se ha ido ampliando en la protección del medio ambiente, pero como podemos observar hasta el momento no es que esto sea nuevo sino que está en proceso evolutivo.

Pero a pesar de que este ordenamiento jurídico se implanta en la Carta Magna de la mayoría de países latinoamericanos, a las normas ambientales no se les da una efectiva aplicación por parte de las autoridades políticas y administrativas, las cuales no expresan ningún interés por la problemática ambiental que aquejan a sus Estados, además este aspecto no solo se genera en Latinoamérica sino en todo el mundo.

Metodología

Este documento es producto del ejercicio investigativo que se desarrolló bajo el enfoque cualitativo. Martínez Miguélez (2009) tiene un enfoque cualitativo debido a que esta “trata de identificar la naturaleza profunda de las realidades, su estructura dinámica, aquella que da razón plena de su comportamiento y manifestaciones”.

Se proyectaron como fuentes primarias o formales a la Constitución y la Ley, y como secundarias los principios generales del derecho y la doctrina constitucional (Giraldo, 2007) debido a que como fuentes de información en el ordenamiento jurídico colombiano permiten dar solución al problema planteado en el presente proyecto.

El diseño es documental ya que Hurtado (2012) observa que:

Es aquel en el cual el investigador recurre a documentos diversos como fuente para la recolección de los datos que le van a permitir responder la pregunta de investigación. (...) Solo se asigna la condición de diseño documental a aquellas investigaciones en las cuales la fuente de los datos que se van a analizar para llegar a conclusiones, son documentos, y estos datos están dirigidos a obtener conocimiento nuevo (p. 712).

La técnica a desarrollar en el presente proyecto de investigación se circunscribe es la revisión documental debido a que esta nace de “un proceso que abarca la ubicación, recopilación, selección, revisión, análisis, extracción y registro de información contenida en documentos” (Hurtado, 2012, pág. 851). Frente a los documentos que se pretenden recolectar se tienen en cuenta los documentos de consulta temática a través de los se abarcan conceptos desde distintas disciplinas entre libros, revistas, memorias de congresos, jornadas, encuentros en otros; institucionales, como los desarrollados en actividades institucionales como normatividades, informes técnicos, entre otros; comunicacionales, como los dirigidos a un público amplio como informes noticiosos, periódicos, revistas, entre otros y finalmente, legales, los cuales contienen toda normatividad jurídica aplicable al caso, todo esto desde el punto de vista textual (Hurtado, 2012, pág. 852).

Ahora bien, frente a los instrumentos se utilizará la matriz de análisis en la cual Hurtado (2012) observa que:

Son instrumentos diseñados para extraer información, por lo regular no tan evidente, ya sea de un documento o de una situación real. La matriz de análisis proporciona criterios para reagrupar o relacionar entre sí los indicios de un evento en nuevas sinergias que permiten descubrir en ese evento aspectos inexplorados, emitir una crítica o hacer un reinterpretación del evento. Se aplica particularmente en investigación analíticas, aunque también es útil en cualquier otro tipo de investigación que requiera un proceso de análisis de documentos

El análisis de dicha información se realizó conforme a la técnica de análisis discursivo, en el cual se observa la relación directa entre “lo que se dice y lo que es”. Ello es fundamental debido a que se encontró una aplicación directa en el desarrollo de los objetivos planteados en la investigación, debido a que se busca determinar la realidad de la aplicabilidad de la normatividad jurídica ambiental en el barrio San Rafael de Cúcuta.

Resultados y discusión

Contexto de la contaminación ambiental en el barrio San Rafael de Cúcuta

Ahora bien, en el país se han venido realizando proyectos con el fin de mitigar la contaminación del medio ambiente a través de los consejos directivos de corporaciones autónomas regionales. Estos son aprobados por el Ministerio del Medio Ambiente, encargado de controlar, supervisar todos los objetivos propuestos con respecto a la protección de nuestros recursos naturales; en los últimos los informes suministrados por los medios de comunicación existen infractores en mayor y menor proporción, como las industrias de gran reconocimiento en nuestro país que son sancionadas por el mal uso de desechos, dentro de las infracciones impuestas se les exige un proyecto de protección y recuperación ambiental que debe ser presentado ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, con propósito de reducir este impacto y hacer que ésta se reivindique con la sociedad afectada, en un lapso de mínimo de 15 días.

En lo referente a las administraciones públicas a través de sus corporaciones autónomas regionales están aprobando planes ambientales de reservas, cuyo objetivo es recuperar gran parte del ecosistema declarando zona forestales, allí en donde se encuentran grandes especies de flora y fauna, rios, humedales, entre otros.

En este punto, En el departamento de Norte de Santander se evidencia una problemática ambiental ligada a diferentes aspectos como lo son: el deterioro ambiental en contextos como el minero, el cual afecta algunos municipios como Herrán, Toledo y Labateca; esta crisis ambiental se presenta debido a que muchas minas realizan sus actividades de forma ilegal, es decir, vulnerando normas garantistas de un medio ambiente sano (CORPONOR, 2010).

Otro tipo de vulneración que se analizó en esta síntesis de CORPONOR respecto a la gestión de residuos sólidos, se halló la siguiente: “En el Departamento Norte de Santander, los 40 municipios que lo conforman, generan alrededor de 735 toneladas diarias de resi-

duos sólidos, unas 268.000 toneladas en el año 2008 y se registra un incremento del 8,2% entre el 2007 y 2008” (CORPONOR, 2010), dado esto se puede encontrar la existencia de una regular gestión de residuos sólidos en los municipios de Cúcuta, Ocaña, Pamplona y Tibú; los cuales ayudan a abarcar los residuos de otros municipios; pero no existen programas de promoción, apoyo y fomento de reciclaje, lo que conduce a que la contaminación ambiental se acreciente de manera ilimitada.

En observancia a la problemática establecida por los diarios de circulación local en cuanto a la crisis ambiental en el barrio San Rafael en la ciudad de Cúcuta capital de Norte de Santander, se podría decir que los problemas que aquejan a la comunidad son repetitivos, debido a que la falta de intervención por parte de la administración y la falta de pedagogía social en torno al tema han generado enormes dificultades en dicha localidad.

Sobre la falta de intervención de la administración, en reiteradas ocasiones se reportan a nivel local noticias al respecto, ejemplo de ello:

Sobre lo ocurrido, Méndez Valencia señaló que era algo que se veía venir y del total conocimiento de las autoridades. “De todos los cucuteños es conocido que nuestras autoridades solo se mueven después de que ven los muertos y las tragedias, antes no”, reclamó (La Opinión, 2011)

Al respecto, Cecilia Rico, presidenta de la Junta de Acción Comunal “cuya vivienda fue la segunda que quedó sepultada, aunque no desconoció que las autoridades les han apoyado, sí criticó que la ayuda se está quedando corta ante la magnitud de lo ocurrido” (La Opinión, 2011). Es necesario observar que a pesar de que en esa época hubo un gran deslizamiento de tierra en la montaña de San Rafael, el cual destruyó completa y parcialmente varias viviendas aledañas, mientras tanto, las acciones de la administración fueron “pañitos de agua tibia”, así es como lo afirma la Presidenta, frente al verdadero problema que aquejaba a la comunidad.

De tal manera que la falta de prevención que tuvo la administración en dicho deslizamiento y que dejó varias familias víctimas sin hogar ya había sido comunicada a la administración, así es como, para la época se registra en otra noticia que lleva por título “San Rafael sacudido por la tragedia” en la que se observa que lo sucedido fue:

Una tragedia anunciada a decir de los moradores de ese sector del sur de la capital de Norte de Santander, que esperaron por años la reubicación que los alejara del peligro y que ahora los enfrenta a una dura realidad, la de no tener un lugar donde guarecerse y pasar a engrosar una larga lista de damnificados con un futuro poco prometedor (La Opinión, 2011)

Al respecto, los funcionarios de Comité Regional para la Prevención y Atención de Desastres (CREPAD) y el Comité Local de Emergencias observaron que:

La falla se produjo por la saturación de humedad de los suelos debido a la persistencia de las lluvias, posibles filtraciones del alcantarillado, acueducto y pozos sépticos en una pendiente muy prolongada, arcillosa y con presencia de rocas de gran tamaño (La Opinión, 2011)

Es decir, la falta de observancia de la administración a los humedales derivados de las “aguas negras” fue la causa que originó dicha tragedia, es más, hoy en día se puede observar que en la mitad de las calles de dicha localidad el “agua negra” es parte de la vida diaria de la población” (La Opinión, 2011), esto se observa en el artículo de La Opinión que lleva por título “Aguas negras, directo al río”. Además, el señor Julio Silva, vecino de La Rinconada, demostró, con documentos, el problema que ocurre en el patio de su casa m, expresó “No se sabe cuánta cantidad de aguas negras caen cada día al Pamplonita, pero bajan toneladas de excrementos y aguas jabonosas desde Los Patios” (La Opinión, 2011).

Al respecto, el abandono se ha mantenido a través del tiempo y ha generado en las personas graves daños, así es como afirma el diario La Opinión, al observar que las familias retornaron nuevamente

al lugar de donde fueron sacados debido a que las ayudas dadas por la administración en cuanto al subsidio de viviendas y otros auxilios fueron incumplidos y por ello, se vieron obligados a volver. Literalmente, el diario La Opinión en el artículo “retornó el drama al cerro de San Rafael” expone que:

Lo hicieron convencidas de que sus vidas corren peligro por el grave estado en que quedaron las casas después del devorador desprendimiento de tierra en el cerro, “pero forzados por no tener con qué pagar el arriendo en otra parte”, dijo César Pérez, padre de cuatro hijos. El problema que ahora enfrentan es por los servicios de agua y energía, los cuales toman de manera ilegal de las redes que pasan por San Rafael” (La Opinión, 2011)

Hasta el momento, la problemática del Salud de tierra tiene su origen en la falta de previsión de la Administración al alcantarillado del lugar. Ahora bien, no es la única problemática que afecta al lugar, debido a que la contaminación del río Pamplonita, es causada por las basuras de la ciudadanía y los residuos de las industrias aledañas al lugar.

El diario La Opinión en redacción del día 04 de septiembre de 2014, en artículo titulado “CORPONOR y Alcaldía se acusan por responsabilidad en muerte de peces”, es inminente que la contaminación al río Pamplonita y al río Francisco de Paula Santander es la causa principal de dicho suceso. Sobre esto, el director de Gestión de Riesgos del municipio, Tubalcail Contreras Torrado, expresó que:

Resulta preocupante que en menos de 24 horas haya peces muertos en dos ríos de la ciudad, la primera de ella en el Pamplonita, aguas abajo del puente Benito Hernández (San Rafael), y ahora esta. Los hechos ocurrieron antes de que los dos ríos se unan (La Opinión, 2014).

Una de las causas de dicha mortandad se debió a que el bajo del río ha influido no permite la supervivencia de los peces, sin embargo, “la contaminación que recibe por vertimientos de aguas negras y la sedimentación, que estaría dejando sin oxígeno las aguas”, dijo Abelardo Galvis, vecino de este sector” (La Opinión, 2014).

Sin perder de vista las industrias la contaminan al río Pamplonita, la Opinión en el artículo “las industrias contaminan el río” las heces, los químicos, el asfalto y el humo son factores “normales” para los habitantes de las zonas aledañas del río (La Opinión, 2014).

En cuanto, a las acciones legales impetradas observa dicho artículo que el Sr. Julio Silva Orozco ha enviado más de 70 derechos de petición exigiendo protección para el río y resalta que en el barrio San Rafael se rompió un colector de aguas negras y este sigue expulsando unas 20 toneladas de heces. “Tiran toneladas de heces de Los Patios al río y nadie dice ni hace nada”, dijo. Para lo cual las medidas correctivas de las autoridades en esta materia han sido gaseosas, debido a que siempre resaltan que está investigando a las empresas responsables pero al final, ninguna es responsable.

No obstante, las industrias no son las únicas inmiscuidas en este problema, la ciudadanía en general tiene por cultura botar toda clase de residuos en las riveras del río Pamplonita. Así lo evidencia el siguiente reporte del diario La Opinión “No más basuras al río, y menos en sus riberas”, en el cual se hace evidente el problema pedagógico ambiental de la ciudadanía cucuteña.

En cuanto, a la planta de tratamiento de aguas residuales se evidencia que en Cúcuta no existe ninguna como capital y que el río pamplonita soporta la carga residual de diez municipios que generan desechos que desembocan en caño Picho, un lugar en donde familias ya se están comenzando a asentar, así lo asevera en el artículo “Aguas negras, directo al río” del diario La Opinión.

Entre estas noticias y otras más se configura el panorama de la Crisis Ambiental en el barrio San Rafael de Cúcuta, los problemas que aquejan a la comunidad son reincidentes, estos son: falta de presencia efectiva de la administración, falta de educación ambiental, falta de protección a los recursos naturales por parte de la ciudadanía, la contaminación inminente por parte de las industrias, falta de una planta de tratamiento de las aguas negras, entre otras.

Normatividad ambiental relacionable a los problemas de contaminación en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

De la descripción de la normatividad ambiental relacionable a los problemas de contaminación encontrados en el barrio San Rafael de la ciudad de Cúcuta, que existe un conglomerado amplio de normatividad jurídica que vela por la protección y la garantía del derecho a un ambiente sano, asimismo existe una normatividad sancionatoria para cuando se vulnere el ordenamiento jurídico ambiental.

Por ende es menester hacer alusión a las normas trabajadas en el presente objetivo específico, como lo son: La Conferencia de Estocolmo (1972); Declaración de Río de Janeiro, sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Protocolo de San Salvador; Convenio de Río de Janeiro, sobre Diversidad Biológica; Convención sobre los Derechos del Niño; Constitución Política de Colombia; Decreto 948 de 1995 Reglamento de Protección y Control de la Calidad del Aire; Decreto 1337 de 1978, Educación Ambiental; Decreto 2811 de 1974, por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente; ley 9 de 1979 Por la cual se dictan Medidas Sanitarias; ley 388 de 1997; Ley 1259 de 2008, por medio de la cual se instaura en el territorio nacional la aplicación del comparendo ambiental a los infractores de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros, y ley 23 de 1973.

Lo anteriormente expuesto da visos de que en Colombia existe un conjunto de normas ambientales, pero que conforme al estudio realizado de la dimensión fáctica violentada demuestra que todas estas son vulneradas en el barrio San Rafael, y que además existen sanciones que se pueden imponer a los infractores.

Naturaleza y alcance de los mecanismos de protección jurídica del medio ambiente en torno a la problemática ambiental

Frente a este objetivo se pudo llevar a cabo la identificación de la naturaleza y alcance de los mecanismos de protección jurídica del

medio ambiente en torno a la problemática del barrio de San Rafael de Cúcuta, de que actualmente en Colombia existen mecanismos para poder hacer efectivo el derecho constitucional a gozar de un ambiente sano, tal y como se encuentra consagrado en el artículo 79 de la Constitución Política. Estos mecanismos son los siguientes: Acción de grupo, acción de cumplimiento, acción de inconstitucionalidad, acción de tutela, acción popular y derecho de petición; todos estos con su fundamento jurídico y jurisprudencial.

Si bien es cierto estos medios existen y están para ejercerlos en pro del medio ambiente, acorde al presente objetivo analizado se puede demostrar que la población del barrio San Rafael demuestra desconocimiento de estos mismos, tal y como se puede demostrar por la dimensión fáctica suscrita en el análisis del primer objetivo específico, porque si hubiera conocimiento y ejercicio de ellos, el medio ambiente de este sector estaría menos contaminado. En síntesis, aunque existen los medios que velan por garantizar el derecho a un ambiente sano, no ha existido conocimiento y gestión de estos por parte de la comunidad del barrio San Rafael.

Discusión

Conforme a los objetivos desarrollados, se da paso a dar un concepto de lo que se percibió en cada uno de ellos. En cuanto al primer objetivo específico que señala la delimitación contextual de la contaminación ambiental en el barrio San Rafael de la ciudad de Cúcuta, de ello resulta necesario admitir primeramente en lo que atañe al recurso hídrico, que no existe un buen manejo de las funciones en el tema ambiental por parte de la administración municipal de Cúcuta, Los Patios, Chinacota y Pamplona; debido a que no es visible la preocupación, ni el interés para proteger la fuente vital de agua que corre por el río Pamplonita, ya que como muestran los resultados del primer objetivo específico este recurso hídrico está en condiciones nefastas. Es preocupante que este recurso tan valioso sea lo menos tenido en cuenta para su conservación en calidad, y los gobernantes quienes tienen el poder resulten ajenos a efectuarlo para la protec-

ción de este, y es allí donde surgen varios interrogantes como ¿por qué no hay importancia? ¿A qué se debe? ¿Qué cosas mejores hay por trabajar? En fin un sin número de preguntas, las cuales podrían resumirse en una sola palabra como respuesta: Cleptocracia; mientras la cleptocracia siga existiendo en la sociedad colombiana, es evidente que el recurso hídrico y demás seguirán pasando a segundo plano, mientras se satisfacen los intereses de quienes nos gobiernan y administran. Pero no todo es responsabilidad de estos últimos, sino también de la población que no tiene conciencia por la protección de los recursos naturales, pero a su vez no se les puede juzgar del todo, porque es notoria la fatal de educación ambiental, caso que también se pudo demostrar en el análisis del presente objetivo, y esta educación se debe implementar en los diferentes niveles de escolaridad y a su vez a la población iletrada.

En lo que concierne al segundo objetivo específico, se demuestra que existe una amplitud de normas jurídicas que velan por la protección del medio ambiente, pero estas a su vez presentan un desorden, ya que se remiten a tratados internacionales, Constitución, decretos y leyes; donde identificar las normas que verdaderamente hacen alusión al tema que se investiga se hace muy complejo, se requiere de mucha investigación y de estudio; lo que por una parte se hacen propensas a mayor vulneración por desconocimiento concreto de las mismas y por otra parte estas se encuentran en un desorden jurídico. Estas lo que reflejan es la necesidad de creación de un código ambiental que las acobije a todas, y que a su vez exista otro código para el procedimiento de cada una de las sanciones existentes; y es deber del congreso legislar de esta forma, porque esa es su función, servirle a la sociedad en cuanto a lo legal.

En lo atinente al tercer objetivo específico este menciona el alcance de los mecanismos de protección del medio ambiente, pero mecanismos que quedan en letra muerta, porque la población del sector trabajado no los conoce ni los ejerce, y eso se deduce por los resultados que se obtuvieron. Es allí donde los abogados en formación, como por ejemplo, los consultorios jurídicos debería brindar-

les el espacio a los estudiantes practicantes para la promulgación de estos mismos a la comunidad que los necesita, como es el caso la del barrio San Rafael y en efecto, observar si cabe la posibilidad de ejercer algunas acciones en pro del medio ambiente en este sector. Y esto no solo beneficiaría a la comunidad y el ambiente, sino también al miembro activo de consultorio jurídico que le permitirá desarrollar más sus conocimientos en el campo de la práctica.

Por último en lo que atañe a los derechos de petición impetrados, genera vergüenza que autoridades como CORPONOR desconozca sus competencias, y deja en duda el personal que trabaja en dicha entidad, que conlleva a pensar si estos fueron nombrados por meritocracia o por cuestiones políticas; porque si unos conceptos tan simples son ignorados, ahora temas críticos como ambientales quedan en manos de personas que no son idóneas para desempeñar sus funciones, y un derecho tan importante como lo es el derecho a un ambiente sano, que es mandato de la Constitución, es deficiente que quede a protección de quien no tenga las aptitudes para ejercerla. En cuanto a las demás entidades, solo queda por parte de estas un silencio que según la ley da solución, pero que al final la realidad demuestra que no soluciona nada. En consecuencia, el poder del Estado es poco lo que se pronuncia para la protección del medio ambiente.

De lo anteriormente suscrito se hace necesario resaltar que lo enmarcado jurídicamente en materia ambiental se da una aplicabilidad muy mínima en el barrio San Rafael de la ciudad de Cúcuta.

Conclusiones

A nivel local demuestra unas vicisitudes críticas en materia ambiental en cuanto a la contaminación de los recursos: Hídrico, el suelo y el aire. Existen diferentes problemas de contaminación como la visual, acústica, atmosférica, e hídrica en el río Pamplonita.

Actualmente en Colombia existe un ordenamiento jurídico ambiental extenso de carácter preventivo y sancionatorio, pero este no ha sido aplicado en su plenitud, dado que la realidad muestra dife-

rentes situaciones contaminantes en el sector. Pero a pesar de ello, este marco jurídico ambiental no ha tenido una aplicabilidad notoria para la mitigación de problemas ambientales y protección del medio ambiente del barrio San Rafael, desde la percepción de la ciudadanía y específicamente de los habitantes del barrio.

Los mecanismos de protección ambiental tienen una naturaleza que permite proteger el derecho constitucional a un ambiente sano, y además tienen un alcance efectivo para la población, pero estos son desconocidos por esta misma, lo que en efecto demuestra que no hay gestión para actuar en defensa del mencionado derecho constitucional. Las entidades y autoridades administrativas competentes en materia ambiental son ajenas a ejercer sus funciones en pro del medio ambiente.

El derecho a un ambiente sano en el barrio San Rafael no se encuentra garantizado por parte de las autoridades administrativas competentes y la misma población, debido a que se muestra actualmente una falta de concientización en las personas frente a una temática tan importante como es la conservación de los recursos que son vitales para la subsistencia de la flora, la fauna y la misma raza humana.

Si bien es cierto, por una parte existen fundamentos supraconstitucionales, constitucionales, legales y jurisprudenciales; por otra parte también se hallan mecanismos de defensa, que en conjunto resguardan dicho derecho; pero aun así en este sector no hace presencia ni el alcance normativo de este ordenamiento jurídico, ni los medios de defensa ambiental, lo que en consecuencia vislumbra a la realidad una falta de ecología política.

Referencias

Arévalo J. (2014) Producción de una Estrategia Comunicativa Radial que promueva la preservación de los recursos naturales de Norte de Santander. Universidad de Pamplona, Facultad de Artes y Humanidades, Programa de Comunicación Social, Villa del Rosario, 2014.

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1966) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de: <http://www.migracion.gob.bo/web/upload/ddhh5.pdf>
- Asamblea General en la Organización de los Estados Americanos (1988) Protocolo de San Salvador. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/docsbas2012_esp.pdf
- Banco de la República (S/ F) El medio ambiente. Recuperado de: http://www.banrep cultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/ciencias/medio_ambiente
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (S/ F) Desarrollo Sostenible y asentamientos humanos. CEPAL. Recuperado de: <http://www.cepal.org/es/areas-de-trabajo/desarrollo-sostenible-y-asentamientos-humanos>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) Declaración de Río de Janeiro, sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Recuperado de: <http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2012/11109.pdf>
- Constitución Política de Colombia (1991) Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- CORPONOR (2010) Síntesis Ambiental. Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nor – Oriental. Recuperado de: <http://corponor.gov.co/formatos/DIC%20SIGESCOR/PUBLICAR%20WEB%2010-12-09/PLAN%20DE%20ACCION%20AJUSTADO%202007%202011/2%20SINTESIS%20AMBIENTAL.pdf>
- Corte Constitucional colombiana. (16 de julio de 2015) Sentencia C – 449 de 201. [M.P. Jorge Iván Palacio].
- El tiempo (2014) El río Pamplonita, un paciente en cuidados intensivos. El tiempo. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/contaminacion-del-rio-pamplonita/14855257>
- Hurtado de Barrera, Jacqueline (2012). Metodología de la investigación. Guía para una comprensión holística de la ciencia. Caracas.
- La Opinión (2011). En San Rafael aún se teme lo peor, La Opinión. Recuperado de: http://www.laopinion.com.co/demo/index.php?option=com_content&task=view&id=386679&Itemid=27#.VCQZXfkreFw

- La Opinión (2011). San Rafael sacudido por la tragedia, La Opinión. Recuperado de: http://www.laopinion.com.co/demo/index.php?option=com_content&task=view&id=386618&Itemid=27#.VCQZX_kreFw
- La Opinión (2011). Aguas negras, directo al río. La Opinión. Recuperado de: http://www.laopinion.com.co/demo/index.php?option=com_content&task=view&id=443923&Itemid=27
- La Opinión (2014) Corponor y Alcaldía se acusan por responsabilidad en muerte de peces, La Opinión. Recuperado de: <http://www.laopinion.com.co/corponor-y-alcald-se-acusan-por-responsabilidad-en-muerte-de-peces-81461>
- La Opinión (2011) Retornó el drama al cerro de San Rafael, La Opinión. Recuperado de: http://www.laopinion.com.co/demo/index.php?option=com_content&task=view&id=419344&Itemid=27#.VCQZIfkreFw
- La Opinión (2011) Las industrias contaminan el río. La Opinión. Recuperado de: http://www.laopinion.com.co/demo/index.php?option=com_content&task=view&id=443459&Itemid=27#.VCQcr_kreFw
- La Opinión (2014) No más basuras al río, y menos en sus riberas. La Opinión. Recuperado de: http://www.laopinion.com.co/demo/index.php?option=com_content&task=view&id=442358&Itemid=27#.VCQb7_kreFx
- La Opinión (2014) Aguas negras, directo al río. La Opinión. Recuperado de: http://www.laopinion.com.co/demo/index.php?option=com_content&task=view&id=443923&Itemid=27
- Martínez Miguelez (2009) *Ciencia y Arte en la Metodología Cualitativa*. México: Trillas, 2004.
- Mejías, C. & Gómez, A. (2009) *El derecho venezolano en el siglo del medio ambiente*. Revista Derecho y Reforma Agraria. Ambiente y Sociedad. Universidad de los Andes – Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Mérida – Venezuela.
- Nuevo día (2013) ¿Qué acciones constitucionales existen en Colombia? El nuevo día. Recuperado de: <http://www.elnuevodia.com.co/nuevodia/ciudadania/consultorio-juridico/188541-que-acciones-constitucionales-existen-en-colombia#sthash.EyoOy9Ex.dpuf>

- Organización de Naciones Unidas (1992) Convenio de Rio de Janeiro, sobre Diversidad Biológica. Recuperado de: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (1972), Conferencia de Estocolmo. Recuperado de: http://www.diputoledo.es/global/ver_pdf.php?id=8011
- Organización de las Naciones Unidas (1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: <http://www.migracion.gob.bo/web/upload/ddhh6.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia (1978) Decreto 1337 de 1978, Educación Ambiental. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8263>
- Presidencia de la República de Colombia (1974) Decreto 2811 de 1974, por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1551>
- Vargas, J. (2006) Nuevos movimientos sociales ambientales en México. *Revista Venezolana de Ciencias Sociales*, Venezuela.

Capítulo 5

Rol masculino en la sexualidad y paternidad: pactos educativos para un cambio generacional^{1*}

Miriam Teresa Carreño Paredes²,
Carolina Ramírez Martínez³,
Rina Mazuera Arias⁴

*

Resumen

El artículo revela la percepción de las maternas de la región Oriente de Norte de Santander acerca de la masculinidad de sus parejas. Se realizó una investigación cuantitativa con una muestra de 235 madres adolescentes que representan el 63.3% de las maternas del departamento, el estudio es descriptivo de corte transversal. Desde los resultados se analizó la necesidad de plantear ajustes pedagógicos que conlleven a un cambio en torno a las nuevas masculinidades referente a la sexualidad y el rol paterno. Además de autores de masculinidad se abordó el modelo histórico cultural con Ausbel, Bruner, y Vygotsky.

Palabras clave: Rol masculino, nuevas masculinidades, modelo pedagógico histórico cultural, sexualidad y el rol paterno.

* Ver página siguiente.

- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Maternidad adolescente en Norte de Santander. Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
- 2 Licenciada en educación, Universidad Francisco de Paula Santander, Especialista en Orientación Educativa y Desarrollo Humano de la Universidad El Bosque. Docente Universidad Simón Bolívar, coinvestigadora del Proyecto “Maternidad de las Adolescentes en Norte de Santander”.
- 3 Trabajadora social, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta. Doctorando en educación, Universidad Pedagógica Experimental libertador. Magíster en Práctica Pedagógica, Universidad Francisco de Paula Santander-Colombia. Especialista en Práctica Pedagógica Universitaria, Universidad Francisco de Paula Santander-Colombia. Especialista en Gerencia Social, Universidad Simón Bolívar. Coordinadora de Investigación el Programa de Trabajo Social de la Universidad Simón Bolívar, Sede Cúcuta. Autor responsable de la correspondencia: c.ramirezm@unisimonbolivar.edu.co
- 4 Abogada, Universidad Católica del Táchira, Venezuela. Doctora en Derecho, Universidad de Zaragoza, España. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Católica del Táchira. Especialista en Derecho Tributario, Universidad Santa María, Venezuela. Investigadora, miembro del Grupo de investigación Altos Estudios de Frontera – ALEF, Universidad Simón Bolívar, Colombia. Docente e investigadora de la Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Venezuela.

Male Role in Sexuality and Paternity: Educational Agreement for Generational Change

Abstract

The article reveals the perception of maternal East region of Norte de Santander about masculinity of their partners. A quantitative research was conducted with a sample of 235 teenage mothers representing 63.3% of maternal department, the study is descriptive cross-sectional. From the results the need to raise educational settings that lead to a change around new masculinities concerning sexuality and parental role was analyzed. Besides authors of masculinity historical cultural model with Ausubel, Bruner addressed, and Vygotsky

Keywords: Male role, new masculinities, cultural historical pedagogical model, sexuality and parental role

Introducción

Para Orrú (2012), existen diversos estudios desde la perspectiva histórico dialéctica a través de los cuáles se ha llegado a concluir que “el comportamiento, la personalidad y la subjetividad se encuentra en la interacción socio-cultural y no en una jurisdicción endógena” (p. 338) para lo cual se referencia en Vygotsky quien describe que el desarrollo se inicia en la interpretación de las acciones externas que rodean al individuo las cuales hacen parte de procesos culturales que comparte el mismo grupo. Es en este sentido que autores como Ausubel, Bruner y Fuerstein han desarrollado importante literatura sobre el aprendizaje social y es aquí donde se plantea el análisis del

rol masculino en la sexualidad y la paternidad ya que culturalmente se ha consolidado el imaginario que el padre solo designa el sustento económico, y el apoyo normativo, dejando de lado la participación en la crianza, tal como lo propone Palacios (2009) “es preciso que mujeres y hombres participen e intervengan por igual en la vida productiva, incluída la división de responsabilidades en cuanto a la crianza de los hijos y al mantenimiento del hogar” (p.43).

En la actualidad existen multiplex estudios sobre la masculinidad y las relaciones de género en las cuales se puede establecer que la masculinidad es una construcción social, resultante de la interacción del individuo con su contexto social cultural –familia, escuela, comunidad, medios de comunicación–. Sin embargo, la masculinidad como fundamento de identidad del varón ha terminado originando condiciones de dominación e inequidad, en relación con derechos y deberes, dentro de la relación de géneros, masculino y femenino. De ello son conscientes los organismos internacionales, las conferencias de población y desarrollo, los centros académicos que investigan las relaciones humanas con perspectiva de género, los movimientos feministas, las entidades de estado de diferentes países que se ocupan de aspectos relacionados con derechos y deberes de hombres y mujeres.

Diversos países han venido desarrollando acciones que conlleven a la inclusión del enfoque de género como es el caso de la India, con la organización Social Action for Rural and Tribal Inhabitants of India (SARTHI) incluye acciones de salud sexual y reproductiva en las que son involucrados los hombres a modo de voluntariados. En este mismo país se destaca el trabajo de la O.N.G. Family Welfare Education and Services (FWES) la cual genera espacios socio-educativos en problemas masculinos como alcoholismo, tabaquismo y planificación familiar. “Esta herramienta mirada desde el enfoque socio-cultural ha resultado ser de gran influencia para el cambio, debido a que en muchas culturas el rol femenino es determinante e influyente, tanto positiva como negativamente, en la funcionalidad familiar” (Sadik, 2000, p. 39).

En Nicaragua, el Centro de educación y comunicación popular (Cantera) realiza talleres educativos con participación masculina, los cuales dan como resultado cambios significativos y registrados en sus participantes a través de evaluaciones posteriores a las actividades realizadas (Sadik, 2000, p. 35). En Brasil la organización “Estudios, información y acción ciudadana” ha trabajado intensamente y con una población clave, adolescentes varones, utilizando medios masivos y populares como radio, televisión y material impreso, recurriendo a las historietas como metodología base de acción educativa (Sadik, 2000, p. 35).

En Cuba se destaca el trabajo “Masculinidades en Cuba, legitimización de una dimensión de los estudios de género” (Quaresma y Ulloa, 2012). El cual evidencia en forma concluyente que la masculinidad hegemónica todavía es común en este país, con la presencia de mujeres “cuidadoras” las cuales tienden a tomar el rol materno en los núcleos familiares, cuando la mujer está ausente por razones de tipo laboral o misional, acorde con su sistema político.

Para el caso de Costa Rica, estudios como “Hombres inventados. Estudio sobre masculinidad en Costa Rica y la necesidad de nuevos supuestos para el cambio social” por Menjivar (2007), expone la importancia de investigar la paternidad desde un punto de vista diferente al tradicional individuo hegemónico, sexo genitalizado y con la percepción única de que paternar es solo proveer.

En México, se encuentra que los varones siguen sin aprender en forma previa sobre el rol paterno, aunque su referente más inmediato es el padre, enunciando el texto que este le enseña solamente a ser varón en el sentido de proveer y expresar su virilidad. Están ausentes también en esa fase relacional las emociones y los comportamientos asociados al cuidado y afecto hacia el otro. Lo anterior corresponde a un estudio realizado solamente en comunidades de clase media alta de la ciudad de México (Salguero, 2008, p. 256).

A nivel de Europa, España tiene estudios importantes alrededor del rol paterno. Al respecto se observa, como un avance importante es la inclusión del género masculino en sus estudios cuando se

aborda el tema de las paternidades desde el punto de vista sanitario. Como ejemplo se tiene el estudio titulado: “Paternidad y servicios de salud. Estudio cualitativo de las experiencias cualitativas de las experiencias y expectativas de los hombres hacia la atención sanitaria del embarazo, parto y posparto de sus parejas”. Sin embargo, el respectivo estudio cualitativo manifiesta que el varón no es incluido en el hecho importante de nacer. Más bien descubre en tres capítulos el no protagonismo de la mujer durante el proceso del parto, la invisibilización de los hombres en los servicios sanitarios y el prejuizgamiento del personal de salud, el cual termina en aislamiento del hombre ante los sucesos propios de la reproducción, parto y postparto. Las diferentes acciones para avanzar, se hace visibles en la recomendación final que registra el estudio cuando manifiesta:

La pretendida humanización y desmedicalización de la atención perinatal además de llevar asociado el empoderamiento de las mujeres en el acceso de la información y toma de decisiones, debe estar acompañado de un proceso de incorporación de la masculinidad en la crianza, positiva para la equidad de género (Navarro et al., 2009, p. 275).

Desde las anteriores revisiones se puede ver: de un lado el cambio cultural que se está gestando y que obliga a la adopción de nuevos roles masculinos y de otra parte se destaca el papel pasivo que presenta el sector educativo al no diseñar políticas claras en relación a una enseñanza con enfoque de género que impulse estas acciones de masculinidad actual.

Material y método

Se realizó una investigación descriptiva de corte transversal con 406 madres adolescentes con hijos no mayores de 18 meses pertenecientes a las 6 subregiones del Departamento Norte de Santander. Es un muestreo aleatorio simple estratificado con afijación proporcional, se determina en dos etapas: primero se aplica el método de selección aleatorio simple en poblaciones finitas, con un nivel de

confiabilidad de 95% con un error máximo de 5%. Segundo, para obtener una cobertura en los 40 municipios del departamento, la muestra se distribuye mediante estratificación con afijación proporcional por municipio de residencia de la madre y por cohorte de edad, no obstante, con la finalidad de obtener información en todos los municipios se hace un ajuste y se incorpora en los municipios donde el muestreo era muy pequeño o no proyecta participantes en la muestra, por lo menos una madre adolescente en cada grupo etario. Los municipios Cúcuta, El Zulia, los Patios, Puerto Santander, San Cayetano, Villa del Rosario, se agrupan en la subregión Oriente, y se tiene una muestra de 235 madres adolescentes.

Dichas madres, fueron seleccionadas por rangos etarios acordes con las edades 10 a 14 años, 15 a 17 años y 18 a 19 años; y residenciadas en un municipio de la Subregión Oriente del Departamento. La fecha de nacimiento del último hijo debía estar comprendida entre el 1 de octubre de 2013 al 31 de marzo de 2015. La información se recogió entre agosto y octubre de 2015.

El instrumento utilizado fue un cuestionario estructurado de respuesta cerrada, compuesto de ocho partes, donde inicialmente se consignan los datos de identificación de la situación actual y seguidamente se organizan las otras 7 partes así: parte 1: condiciones socioeconómicas y educativas, parte 2: violencia contra la mujer, parte 3: elección individual, parte 4: sexualidad y fecundidad, parte 5: aspectos socioculturales, parte 6: cultura familiar, parte 7: percepción de las masculinidades.

El cuestionario fue elaborado por los investigadores de acuerdo a los objetivos de la investigación; se validó en dos etapas, primero por tres expertos en el área, y luego por una prueba piloto en la ciudad de Cúcuta aplicada a 12 personas ubicadas en sectores no seleccionados para la recolección de información. La información se levantó a través de conversación personal con la madre adolescente seleccionada de acuerdo a los criterios de selección ya indicados. La madre adolescente se contactó a través de la información suministrada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), y los cen-

tros de salud de cada municipio. Los escenarios seleccionados para ubicar a la madre adolescente y aplicar la encuesta fueron: el sector salud donde se lleva el control prenatal, el control de crecimiento y de desarrollo; el ICBF; los hogares FAMI que orientan lineamientos de crianza de madres de familia en los municipios. Seleccionada la madre adolescente se le solicita el consentimiento informado, en caso de aceptar se le aplica la encuesta en caso contrario se contacta otra.

Recolectada la información se hace un análisis a través de métodos univariado y multivariado de datos; en éste se recurre a la minería de datos, al análisis de correspondencia para lograr correlaciones en las variables categóricas, todo de acuerdo a los métodos estadísticos indicados por Pérez (2005).

En el presente artículo se describe y analiza los datos recogidos en la parte 7: Percepción de las masculinidades, en sus 9 preguntas.

Resultados

Tomando como variable de estudio la masculinidad y como indicadores de variable la sexualidad y la paternidad, se destacan los siguientes hallazgos. En relación a la sexualidad las adolescentes encuestadas 40% desconocen el inicio de la vida sexual de su pareja, mientras que un 30.2% aseguran que ellos iniciaron antes de los 15 años, 26.4% afirman que fue después de los 15 años, un 0.4% a los 18 años, mientras que un 3.0% no respondieron.

El inicio de la vida sexual le representa al ser humano la apertura a dimensiones “biológica, psicológica, cultural, histórica y ética, que comprende sus aspectos emocionales, comportamentales, cognitivos y comunicativos, tanto para su desarrollo en el plano individual como en el social” (ICBF PROFAMILIA, 2007, p. 16); la iniciación de esta actividad sexual le permite al adolescente masculino crear una imagen de sí mismo y de su sexualidad que le permita una relación clara y coherente con su pareja, por lo tanto el desconocimiento de esta etapa de la pareja incide en relaciones de comunicación y enten-

dimiento mutuo, las cuales inician por connotar una relación diferente en su paternidad y en la educación de sus futuros hijos, en donde predominará el sexo del niño al momento de ejercer su rol.

Tabla 1. La sexualidad en hombres y mujeres. Fuente: elaboración propia. Datos de una muestra de 235 encuestadas de la Región Oriente del proyecto Maternidad de las adolescentes en el Norte de Santander, de UNISIMON Sede Cúcuta

		Frecuencia	%
¿Cómo considera su pareja la sexualidad de las mujeres con respecto a la de los hombres?	Muy diferente	73	31.1%
	Diferente en algunos aspectos	67	28.5%
	Igual para hombres y mujeres	95	40.4%
	Otro	0	0.0%
	Total	235	100.0%

Fuente: Autores.

Buscando indagar sobre la Identidad de género y sustentados en Zaro (2002, p. 8) se describe el mismo como “el resultado de un cuidadoso proceso que tiene lugar a lo largo de la socialización”. La misma autora lo relaciona con el concepto de subjetividad expresando lo siguiente: “la identidad de género refleja cómo la tipificación sexual de género afecta incluso a nuestro concepto: nacer hombre o mujer cobra un significado tanto individual como colectivo, más allá de la diferenciación física propia del sexo” (Zaro, 2002, p. 8.) y es allí donde se establecen las desigualdades que suprimen los derechos sexuales, reproductivos y paternos. En relación a los resultados de las encuestadas el concepto de muy diferente y diferente en algunos aspectos representa el 59.6% de la percepción lo cual motiva al desarrollo de un trabajo pedagógico fuerte que busque fomentar la paridad de estas percepciones y derechos.

Para finalizar la indagación de las visiones de sexualidad y masculinidad se preguntó sobre la aceptación del condón como método de planificación familiar seguro, a lo cual solo el 23.4% lo acepta, mientras que el resto de la población con las opciones frecuente, de

Tabla 2. Aceptación del uso del condón. Fuente: elaboración propia. Datos de una muestra de 235 encuestadas de la Región Oriente del proyecto Maternidad de las adolescentes en el Norte de Santander, de UNISIMON Sede Cúcuta

		Frecuencia	%
¿Su pareja usa, reconoce y acepta el uso del condón como método de planificación familiar seguro y lo usa con tranquilidad?	Siempre	55	23.4%
	Frecuentemente	78	33.2%
	De vez en cuando	64	27.2%
	Nunca	38	16.2%
	No responde	0	0.0%
	Total	235	100.0%

Fuente: Autores.

vez en cuando y nunca representan el 76.6%, lo que lleva a la exposición de embarazos no deseados y a enfermedades de transmisión sexual, que esconden creencias sobre el condón como “la confianza en la pareja, la estabilidad y la limitación del placer” (Reyes y Menkes, 2014, p. 77).

Para el abordaje de los indicadores sobre masculinidad y paternidad se indagó sobre la aceptación del embarazo, teniendo en cuenta que estos embarazos son de madres adolescentes los cuales inciden en la transformación del proyecto de vida de ambos padres.

Aunque existe un 30.6% de aceptación frente a la paternidad es importante analizar las otras reacciones como la de asombro con un 31.5% lo cual lleva a pensar que se ha delegado a la mujer la obligación de planificar y por ello este asombro sumado al 6% de rechazo y al 2.6 de no responde pone en duda la apropiación del rol paterno (Tabla 3).

El 59.6% no manifestó su deseo de ser padre, lo que dificulta aún más asumir este rol con sentimientos de compromiso, educación e involucración de acciones específicas que lleven a una paternidad compartida en sus diferentes responsabilidades con la progenitora (Tabla 4).

Tabla 3. Actitud del padre frente al embarazo. Fuente: elaboración propia. Datos de una muestra de 235 encuestadas de la Región Oriente del proyecto Maternidad de las adolescentes en el Norte de Santander, de UNISIMON Sede Cúcuta

		Frecuencia	%
Cuando usted le comunicó a su pareja el estado de embarazo, su actitud fue de:	Aceptación	72	30.6%
	Alegría	69	29.4%
	Rechazo	14	6.0%
	Asombro	74	31.5%
	No responde	6	2.6%
	Total	235	100.0%

Fuente: Autores.

Tabla 4. Deseo paterno. Fuente: elaboración propia. Datos de una muestra de 235 encuestadas de la Región Oriente del proyecto Maternidad de las adolescentes en el Norte de Santander, de UNISIMON Sede Cúcuta

		Frecuencia	%
¿Con respecto al ejercicio de la paternidad, ¿le manifestó el deseo de ser papá?	Sí	95	40.4%
	No	140	59.6%
	No responde	0	0.0%
	Total	235	100.0%

Fuente: Autores.

Frente a la identidad del futuro padre con su progenitor (52.3%), se puede intuir que se estarán desarrollando patrones hegemónicos frente al nuevo rol que se asume con lo cual se lanza un llamado a la sociedad para que participe de manera activa en la transformación sociocultural de las relaciones de género que sustente la igualdad de derechos y responsabilidades paternas que el contexto actual exige dada su dinámica económica, educativa y social (Tabla 5).

Tabla 5. Paternidad e identificación familiar. Fuente: elaboración propia. Datos de una muestra de 235 encuestadas de la Región Oriente del proyecto Maternidad de las adolescentes en el Norte de Santander, de UNISIMON Sede Cúcuta

		Frecuencia	%
Su pareja se identifica predominante con:	Papá	123	52.3%
	Mamá	84	35.7%
	Abuelo	9	3.8%
	Abuela	10	4.3%
	Otro	2	.9%
	NS / NR	7	3.0%
	Total	235	100.0%

Fuente: Autores.

Se impulsa entonces la tendencia actual de nuevas masculinidades con lo que se designa la redefinición del estatus y los roles del varón, las funciones de la paternidad, el ejercicio del poder en la relación entre hombres y mujeres, en un contexto de equidad en cuanto a sus correspondientes derechos y deberes los cuales deben transversalizar los diferentes agentes socializadores como la familia, las comunidades, los grupos de iguales, los medios de comunicación pero sobre todo los sistemas educativos los cuales tienen una fuerte presencia en la vida de los sujetos.

Discusión

Para abordar el tema de la masculinidad y el importante papel de la pedagogía en esta transformación sociocultural, se desarrollará en un primer momento: los avances y nuevas concepciones que este enfoque representa. En el segundo momento: se plantean acciones específicas desde el modelo histórico cultural con las cuales se pueda llevar al ámbito académico la adopción de estas nuevas masculinidades como un saber que circule entre los estudiantes, docentes y padres de familia de la comunidad académica.

Los avances y nuevas concepciones de masculinidades

El PNUD, analizando el desarrollo de los países de América Latina ha encontrado una directa relación entre las relaciones de género equitativas y el desarrollo de un país, razón por la cual ha declarado en el informe sobre desarrollo humano 1995: “solo es posible hablar de verdadero desarrollo cuando todos los seres humanos, hombres y mujeres, tiene la posibilidad de disfrutar de los mismos derechos y opciones” (PNUD Colombia, 2008, p. 3). Así mismo el respectivo organismo define el concepto de género como: “distinto significado social que tiene el hecho de ser mujer y hombre; es decir, es una definición específica cultural de la feminidad y la masculinidad, por tanto, varía en el tiempo y en el espacio” (PNUD Colombia, 2008, p. 6).

Este importante análisis situacional de hombres y mujeres es reafirmado desde la Comisión Nacional de Derechos Humanos cuando se define la Identidad de Género como:

La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales (p. 3).

Estas expresiones sobre género dejan clara una visión colectiva la cual es construida en el tiempo y que requiere ser intencionalmente modificada si se quiere un desarrollo sustentado en los derechos de hombres y mujeres por igual, dado que desde la subjetividad se asume este auto concepto y comportamiento social el cual puede limitar el desarrollo de las potencialidades del individuo bajo la creencia que se puede o no realizar según el género.

Salguero (2008) citando a Lagarde (1993) manifiesta que: “la identidad de género masculino es un proceso diverso, los varones se enfrentan a representaciones en ocasiones contradictorias, ya que históricamente se les ha encasillado a partir del poder, los privilegios y la opresión de las mujeres” (p. 240). Se entiende entonces que del varón se espera fertilidad, valentía, no se admite en él la expresión de emociones y siempre es llamado a defender, incluso con riesgo de su propia integridad física, comportamientos que aprende a exhibir como muestra rutinaria de su poder. De igual forma en el ámbito sexual siempre debe responder, de lo contrario su expresión pusilánime puede ser asumida como homosexual, con la consabida censura y/o exclusión.

Viveros (1997), referenciando a Ramírez (1993), afirma que “la ideología masculina se materializa en los genitales y se articula con la sexualidad”. La ausencia del autocuidado del varón en su actividad sexual y reproductiva tiene consecuencias en la morbilidad y mortalidad de niños, niñas y madres durante sus procesos de gestación y parto. Ejemplo de ello son el incremento de madres gestantes infectadas por el VIH, y su relación directa con el comportamiento de una sexualidad hegemónica de los varones, la cual reafirma que el autocuidado ha de ser una preocupación y comportamiento netamente femenino y asociado a la función reproductora de la mujer. Al respecto algunos estudios concluyen que los hombres se siguen viviendo “como siempre, disponibles para una relación coital”, partiendo de la premisa que identidad masculina es equivalente a permanente disponibilidad sexual.

El aspecto anterior es registro altamente riesgoso para mantener la constancia de los embarazos no planeados, como lo es tam-

bién, la ausencia del varón de los servicios de salud sexual y reproductiva (Herrera y Rodríguez, 2001). Permite, entonces, la explicación de esta construcción de identidad, entender cómo el mismo varón actualmente sigue teniendo exigencias tradicionales con respecto a lo que se espera de su identidad masculina, pero a la vez se reclama de él un cumplimiento humanizante, cuidador y protector, siendo esta ambivalencia fuente de dilemas y confusiones acerca de lo que es adecuado y socialmente aceptado y esperado.

En este contexto de sexualidad y paternidad hegemónica se va introduciendo el término de nuevas masculinidades para designar nuevos comportamientos por parte de los hombres en general. Seidler citado por García (2009) expresa la influencia de los cambios a nivel político, cultural, social de occidente, han sido base para la toma de conciencia de hombres y mujeres sobre la forma inequitativa en que hombres y mujeres se relacionan. Por lo cual Seidler expone “Las transformaciones de los antiguos patrones conceptuales sobre lo masculino serán el eje que nos guíe para comprender la aparición de nuevos valores que empiezan a asentarse en la ciudadanía” (García, 2009, p. 229).

El nuevo concepto de masculinidades, está ligado a los siguientes conceptos:

Durante los años 80 del siglo pasado, cuando comenzó a perfilarse una corriente más abarcadora e influyente en los estudios de género tratando de avanzar en las relaciones entre hombres y mujeres. Señalan las autoras que en forma paralela un número aún reducido de hombres comenzó a cuestionarse sobre “la condición masculina”, esto es, en como la cultura patriarcal deja sus marcas en la construcción de la masculinidad, afectando sus modales de pensar, de sentir y de actuar. Algunos de estos estudios dan lugar a la llamada “nuevas masculinidades” (Castillo y Morales, 2013 p. 112, citando a Burin & Meler, 2010).

De acuerdo a lo anterior, se puede decir que son variadas las transformaciones que se evidencian en ese hacerse consciente de la relación con los conceptos de sexo, género y masculinidad, de los

cuales se deriva todo un constructo de lo que define al hombre como masculino. Hardyl y Jiménez (2001) aconsejan que:

Para llegar a la igualdad entre los géneros es necesario terminar con la separación entre los espacios masculinos y femeninos, hace falta una mayor participación de la mujer en el espacio social y en una inserción más igualitaria del hombre en el espacio privado (p. 80).

Es preciso, para concretar los significados de *masculinidad* y por ende de *feminidad*, entender que estos corresponden a *constructos sociales* en el contexto cultural y educativo, que han permitido desde la infancia –en la convivencia y el apego– establecer diferencia entre hombres y mujeres, que los caracterizarán a lo largo de su vida. Sin embargo y debido a esas mismas vivencias culturales Hardyl y Jiménez (2001) concluyen que:

Nada impide que los hombres adopten algunas conductas consideradas femeninas y las mujeres conductas masculinas. Cuando esto ocurra tendrán que enfrentar conflictos de distinta gravedad, en la medida en que la sociedad en que viven acepte o rechace estos desafíos a la norma (p. 81).

En igual forma la modernidad ha abierto espacios sociales que exigen igualdades, libertades, independencias, autonomías y, por lo tanto, nuevas formas de interrelaciones humanas. Y como consecuencia de ello, se aceptan los cambios que han dado paso a la ruptura de estereotipos alrededor de criterios de masculinidad, dejando de ser la norma que prevalece en la sociedad, ya sin un impacto importante en la relación de los hombres y de las mujeres, pero sí en su calidad de vida.

Como consecuencia de los cambios sociales, culturales y científicos que han construido hombres y mujeres en espacios de igualdad, las *nuevas masculinidades* se están alineando con unas realidades, donde no es necesario suprimir emociones, sentimientos y negar necesidades. Así los hombres nuevos experimentan y demuestran sentimientos de ternura y afecto. Ya no sienten, ni asumen que la mujer

les pertenece y que las relaciones con ella deben ser más de poder que afectivas. Tampoco se aísla y fácilmente desarrolla una verdadera intimidad con personas de su mismo sexo.

Las *nuevas masculinidades* ya no están cercadas por comportamientos sexuales definidos. Los hombres de hoy no se enmarcan dentro de los atributos del “macho”, pues este reconoce y acepta con más facilidad su propia condición e identidad sexual. Y por lo tanto asume, si le corresponde, una identificación homosexual, como una conducta aceptada por buena parte de la sociedad. Sin embargo, socialmente siempre habrá conflictos y tensiones frente a la *diversidad sexual*, sea que esta se exprese en bisexualidad u homosexualidad. En igual forma la heterosexualidad, sigue siendo para muchos la base sobre la cual se construye la masculinidad.

A pesar de la existencia de orientaciones internacionales con respecto al acto de paternar y de algunos avances en políticas públicas de educación sexual, varios entornos sociales no han adoptado nuevas formas de relación entre los géneros que propicien el ejercicio masculino de paternar. Por tal razón se considera que la construcción de actitudes responsables con respecto al tema, por parte de las comunidades es compleja. De igual manera la revisión de documentos oficiales y de autores, que se han detenido a estudiar la situación, permite hacer un abordaje desde tres categorías: formación y educación, herencia cultural y familia.

El sistema de formación y educación

En relación a los procesos educativos no es suficiente desarrollar cátedras de educación sexual en donde se pretenda dar lineamientos de comportamientos específicos en relación a la sexualidad (biologisista) desligada de los derechos, la convivencia social, la diversidad, la pluralidad y la democracia en donde se debe propender por formar seres humanos, ciudadanos comprometidos y participativos indistintamente de su género.

Una educación orientada al fortalecimiento de las nuevas masculinidades debe comprender que “el origen y el desarrollo de los

procesos psicológicos superiores es social” (Lucci, 2006, p. 6) y como elemento social debe iniciar por transformar el mismo contexto educativo en donde cada estudiante se convierta en sujeto activo siendo mediador, organizador y líder de estas nuevas masculinidades.

Si se tiene en cuenta a Vigotsky, citado por Barba, Cuenca y Rosa (2007, p. 8) el desarrollo cultural aparece en primer lugar en lo social y luego en lo psicológico.

Esto es igualmente cierto con respecto a la atención voluntaria, la memoria lógica, la formación de conceptos y el desarrollo de la voluntad (Vigotsky, 1995, p. 150). Con esta ley el autor establece que sólo a partir de la interrelación del sujeto con las demás personas, “el otro”, el niño interioriza las funciones psicológicas y mediatiza sus relaciones con el resto de los miembros de la sociedad.

Un aprendizaje que contemple cambiar las herencias culturales de masculinidades hegemónicas le implicara al docente implementar un aprendizaje significativo sustentando no solo una cultura machista sino el fracaso de la misma al evidenciar violencias y muerte masculina, violencia intrafamiliar, enfermedades de transmisión sexual, paternidades impuestas, frustraciones sociales y sexuales recurrentemente.

Este aprendizaje significativo busca según Ausbel la “relación de un nuevo conocimiento o una nueva información con la estructura cognitiva de la persona que aprende de forma no arbitraria y sustantiva o no literal” (citado por Rodríguez, 2011, p. 32) en la cual la masculinidad no es una concepción que busque ser aprehendida solo por hombres sino por todos como comunidad académica. El mismo Rodríguez citando a Novak (1998, pág. 13) resalta:

El aprendizaje significativo subyace a la integración constructiva de pensamiento, sentimiento y acción, lo que conduce al engrandecimiento humano”. Este autor le da así carácter humanista al término, pues tiene en cuenta la importante influencia de la experiencia emocional en el proceso que conduce al desarrollo de un aprendizaje significativo. Pero no sólo es un resultado, sino

un proceso en el que se comparten significados (Rodríguez, 2011, p. 34).

Para un mayor aporte pedagógico al análisis del aprendizaje sobre masculinidades es importante citar a Bruner quien desarrolla su teoría de la instrucción, con la cual establece que las personas interpretan la información que reciben de su contexto colocando en juego para aprender las acciones, percepciones, imaginación y lo simbólico con lo cual pueden “reorganizar los datos ya obtenidos de manera novedosa para que permitan descubrimientos nuevos. Esto queda expresado en el principio de este autor “todo conocimiento es aprendido por uno mismo” (Moreno, 2009, p. 5).

De esta manera:

Jerome Bruner y David Ausubel, sostienen que el aprendizaje se produce por interacción de los esquemas mentales previos del sujeto con la nueva información proveniente del medio o contexto. La información nueva en el proceso del conocimiento y del aprendizaje, no sustituye a los conocimientos previos del alumno, sino que se interaccionan formando una unidad dialéctica con aquellos que ya estaban presentes, además de esto, otro elemento fundamental es la debida a la instrucción expositiva la comunica el contenido que va a ser aprendido en su forma final y el grado de motivación transmitido por el docente (Moreno, 2009, p. 6).

La igualdad de género es aquí la visión más importante que ha de llegar al colectivo con la cual se deben trabajar aspectos como los que describe Gilmore (1994) cuando menciona algunas características de la masculinidad tradicionalista “cuatro mandatos que los hombres deben cumplir para ser considerados verdaderos hombres: ser proveedores, ser protectores, ser procreadores, ser autosuficientes” (p. 2). Desmitificar estos aspectos llevan a reflexionar sobre: ¿en qué grado esa hegemonía se ha desarticulado o se ha descodificado?, ¿qué agentes culturales se empeñan en que sus conglomerados cambien los imaginarios basados en la fuerza y la violencia a la hora de relacionarse?, ¿cómo desarrollar una forma de construcción

de nuevos hombres, nuevos padres, menos autosuficientes, menos proveedores del recurso económico y más participativos del trabajo reproductivo.

Lo anterior para proporcionar más presencia y cuidado desde lo emocional hacia el otro, para darle así una funcionalidad más humana a la paternidad. Para poder afirmar al final del proceso de hacerse un nuevo hombre como manifiesta Hennigen (citado por Sefton, 2006):

Para desear una comprensión que abarque la posición del padre en nuestro tiempo, es fundamental buscar los significados que están circulando, sus contradictorios, rupturas con antiguas significaciones, relaciones con discursos de diferentes órdenes, en fin, colocar la paternidad como una cuestión cultural (p. 66).

Conclusiones

A modo de conclusión se desarrollarán tres aspectos tratados en el artículo: el primero la transformación de la masculinidad, el segundo las visiones existentes en la región Oriente de Norte de Santander y el tercero las visiones pedagógicas que deben impulsarse desde el aprendizaje en la comunidad académica.

En relación a las nuevas masculinidades es importante resaltar que el paradigma tradicional de un patriarca hegemónico ha incluido un rol sexual dominante, listo para el sexo y con necesidades biológicas que predominan su voluntad y sentimientos. Desde los aspectos paternos se le ha dado la acción proveedora y normativa de sus hijos y de su familia en general, y desde un punto de vista social ha venido asumiendo un papel fuerte, guerrero y sin expresión de sentimientos, siendo estos mismos aspectos los que se resaltan como ejes de cambio en las nuevas masculinidades, por ello se propone un hombre incluyente capaz de verse como un ser dotado de sentimientos, más participativo en la vida doméstica, más presente en la decisiones de la procreación y con mayores habilidades emocionales para resolver conflictos y manejo del poder dentro del hogar.

Desde los resultados encontrados en el estudio se observa una pequeña transición de la cultura hegemónica que ha caracterizado a los habitantes del departamento en general y ha dado paso a una apertura incipiente pero propicia para que desde el sector educativo se influya en este paso de transformar los imaginarios diferenciales y desiguales entre hombres y mujeres que terminan generando conflictos tanto a hombres como a mujeres.

Y desde el desarrollo pedagógico es importante mencionar a Vygotsky, Ausbel y Bruner como teóricos fundamentales para impulsar la transformación del masculino y su rol en la sociedad como un compromiso educativo.

Referencias

- Barba Téllez N. Cuenca Díaz M. & Rosa Gómez A. (2007). Piaget y L. S. Vygotsky en el análisis de la relación entre educación y desarrollo. Centro de Estudios de Didáctica Universitaria de Las Tunas, Cuba. Revista Iberoamericana de Educación. en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2304264>
- Castillo, J. y Morales, H. (2013). Los estudios de género a las nuevas masculinidades y/o los movimientos de padres por la custodia compartida de sus hijos e hijas. Educación Humanismo, 24, pp. 107-121.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2010). Masculinidades, género y derechos humanos. México: CNDH.
- García F.C. (2009). Crítica de libros. Victor j. Seidler, Masculinidades. Culturas globales y vidas íntimas, editorial montesinos, colección ensayo. Barcelona. https://www.academia.edu/3612277/Masculinidades._Culturas_Globales_y_Vidas_%C3%8Dntimas
- Gilmore, D. (1994). Hacerse hombre. Concepciones culturales de la masculinidad. Barcelona: Paidós.
- Hardyl, E. y Jiménez, A. (2001). Masculinidad y género. Revista Cubana de Salud Pública, 2, pp. 77-88.
- Herrera, G. y Rodríguez, L. (2001). Masculinidad y equidad de género: desafíos para el campo del desarrollo y la salud sexual y reproductiva. Quito: Flacso.

- ICBF-PROFAMILIA. (2007). Módulo conceptual derechos sexuales y reproductivos. (online). Disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/RecursosMultimedia/Publicaciones/Editoriales1/Drechossexualesyreproductivos.pdf>
- Lucci M.A. (2006). La propuesta de Vygotsky: la psicología sociohistórica. *Revista de currículum y formación del profesorado*, 10, p. 2. Disponible en: <http://www.ugr.es/~recfpro/rev102COL2.pdf>
- Menjivar Ochoa M. (2007). Hombres inventados. Estudio sobre masculinidad en Costa Rica y la necesidad de nuevos supuestos para el cambio social. *Revista Diálogos de la Universidad de Costa Rica*. Número 1 (volumen 8). pp.134-162. Disponible en: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/dialogos/article/view/6165/5868>
- Moreno, F. (2009). Teoría de la instrucción vs. teoría del aprendizaje significativo: contraste entre J. Bruner y D. Ausubel: contraste entre J. Bruner y D. Ausubel. Córdoba, Argentina: El Cid Editor.
- Navarro, G., López, E., García, M., Hidalgo, N. y Rodríguez, M. (2009). Paternidad y servicios de salud. Estudio cualitativo de las experiencias y expectativas de los hombres hacia la atención sanitaria del embarazo, parto y posparto de sus parejas. *Revista Española de Salud Pública*, 2, pp. 267-278.
- Orrú S.E. (2012). Bases conceptuales del enfoque histórico-cultural para la comprensión del lenguaje. *Estudios pedagógicos*, 2(XXXVIII), pp. 337-353.
- Palacios Zoluaga P. (2009). El tratamiento de la violencia de género en la Organización de las Naciones Unidas. Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/380/submission/proof/files/assets/basic-html/page4.html>
- Pérez, C. (2005). *Métodos estadísticos avanzados con SPSS*. Madrid: Thompson Editores.
- PNUD Colombia. (2008). *Estrategia Equidad de Género*. Bogotá: PNUD Colombia.
- Quaresma, D. y Ulloa, L. (2012). Masculinidades en Cuba: legitimación de una dimensión de los estudios de género. *Revista de Estudios Sociales*, 42, pp. 93-103.

- Reyes D. y Menkes C. (2014) Prácticas y significados del uso del condón en varones adolescentes de dos contextos de México. *Papeles de población*, 79, pp 73-97.
- Rodríguez Palmero L.M. (2011) La teoría del aprendizaje significativo: una revisión aplicable a la escuela actual. *Revista Electrónica d'Investigació i Innovació Educativa i Socioeducativa*, 1(3), pp. 29-50. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3634413>
- Sadik, N. (2000). *Derechos Humanos y de las Necesidades Globales: Consideraciones éticas en las políticas de población*. México: CORDAID.
- Salguero, M. (2008). Identidad de género masculino y paternidad. *Enseñanza e Investigación en Psicología*, 2, pp. 239-259.
- Sefton, A. (2006). Paternidades en las culturas contemporáneas. *Revista de Estudios de Género*, 23, pp. 37-69.
- Viveros, M. (2002) *La elección de esterilización masculina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Zaro, J. (2002). La identidad de género. *Revista de Psicoterapia*, 40, pp.5-22. Disponible en: <http://docplayer.es/1254056-La-identidad-de-genero.html>

Capítulo 6

Resultados del Programa de asistencia legal a población en situación de desplazamiento (ALPOSD)^{1*}

*Mercedes Leonor Illera Lobo²,
María Antonia Cuberos de Quintero³,
Marisela Vivas García⁴* *

Resumen

El capítulo presenta una descripción acerca del conflicto armado colombiano para relacionarlo con la existencia del programa Asistencia Legal a Población en Situación de Desplazamiento (ALPOSD) de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta como elemento académico que busca ir al encuentro de vías que tiendan a la disminución de las violaciones, una de ellas mediante espacios que redunden en la reconstrucción del tejido social como se ha pretendido con los Consultorios jurídicos así como mediante las investigaciones en el campo jurídico que han generado conocimientos sobre la problemática del desplazamiento en el Norte de Santander.

Palabras clave: Conflicto armado, desplazamiento, programa Asistencia Legal a Población en Situación de Desplazamiento (ALPOSD), investigación jurídica.

* Ver página siguiente.

- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: La investigación jurídica, sociojurídica y psicojurídica en la universidad Simón Bolívar sede Cúcuta: una mirada desde el ALPOSD. Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.² Psicólogo. Joven investigador. Adscrito al grupo de investigación Altos Estudios de Frontera (ALEF) de la Universidad Simón Bolívar. Correo electrónico: moncaderson@hotmail.com.
- 2 Abogada, Universidad Libre, Cúcuta. Especialista en Derecho de Familia, Universidad Libre, Cúcuta. Master en Educación, Univrsidad Simón Bolívar, Cúcuta. Contacto: millera@unisimonbolivar.edu.co⁴ Psicóloga. Magíster en Orientación de la Conducta cognitiva conductual. Adscrita al grupo de investigación Procesos Sociales y Desarrollo Humano de la Universidad Simón Bolívar. Correo electrónico: n.bonillao1@unisimonbolivar.edu.co.
- 3 Licenciada en educación e Ingeniero de Sistemas. Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Nacional Abierta-Venezuela. Doctor en Ciencias Gerenciales, Universidad Nacional Experimental Politécnica de la Fuerza Armada, Venezuela. Especialista en Sistemas de Información. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. Investigadora de la Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia. Contacto: m.cuberos@unisimonbolivar.edu.co
- 4 Licenciada en educación mención Ciencias biológicas. Universidad Católica Andrés Bello. Doctor en Innovaciones Educativas, Universidad Nacional Experimental Politécnica de la Fuerza Armada, Venezuela. Magíster en la Enseñanza de las Ciencias Básicas, Universidad Nacional Experimental del Táchira. Especialista en Evaluación Educacional, Universidad Valle del Momboy. Docente de la Universidad Católica del Táchira. Investigadora de la Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia. Contacto: m.vivas@unisimonbolivar.edu.co.

Results of the Legal Assistance Program to Population in Displacement Situation (ALPOSD)

Abstract

The chapter presents a description of the Colombian armed conflict to relate it to the existence of the Legal Assistance to Population in Displacement Situation (ALPOSD) program at Simón Bolívar University, Cúcuta as an academic element that seeks to find ways to Reduction of violations, one of them through spaces that result in the reconstruction of the social fabric as intended with legal offices as well as through investigations in the legal field that have generated knowledge on the problem of displacement in the North of Santander.

Keywords: Armed conflict, displacement, Program Legal Assistance to Population in Situation of Displacement (ALPOSD), Legal research.

Introducción

El ser humano en sociedad procura su conservación, sus principales cuidados y luego en estado de razón es solo el juez de los medios propios para conservarse, así llega a ser su propio dueño, de este modo la libertad común es una consecuencia de la naturaleza del hombre, sin embargo el desarrollo humano ocurre a través de diferencias, el disenso provoca conflictos o controversias que en algunas experiencias no tan relevantes han sido de carácter pacífico, siendo la justicia la que ha buscado dirimir las controversias suscitadas en las sociedades. Son ejemplo de sociedades que han evolucionado con experiencias dolorosas Roma, Grecia, Constantinopla, Ba-

bilonia, Asia Menor y más recientemente América, en ellas el inicio se ha producido con el pilar fundamental, la familia, en donde el jefe es la imagen del padre y el pueblo es la imagen de los hijos y habiendo nacido todos iguales y libres, han enajenado su libertad por su utilidad misma (Rousseau, 2003). Así, el hombre en los conflictos históricos mundiales y regionales, según el autor, ha utilizado herramientas para garantizar en ocasiones, el bien general, el cese de hostilidades, la terminación o fin de la dominación de unos hacia los otros, el abuso de poder, desconociendo que la fuerza no constituye derecho y en que solo hay obligación de obedecer a los poderes legítimos.

En el caso latinoamericano, desde la perspectiva de conflictos internos, Guatemala inició una lucha armada el 13 de noviembre de 1960 tras un fallido levantamiento de militares nacionalistas en contra del poder instaurado por la contrarrevolución de 1954, de este modo en 1962 se fundaron las Fuerzas Armadas Rebeldes (FAR), una coalición de movimientos rebeldes que incluía a oficiales disidentes del Ejército y a estudiantes y activistas políticos de la izquierda, construyendo su base social en las comunidades campesinas no indígenas del oriente del país. Después de 1966 según Sieder (2003), el ejército guatemalteco bajo la asesoría de militares norteamericanos lanzó su primera campaña contrainsurgente hacia las FAR que arrojó unos 8.000 muertos, la mayoría de ellos civiles evidenciando que el ciudadano ajeno a los desafíos es quien pierde en estos enfrentamientos como efecto de mezquindades de una minoría vulnerándose de este modo derechos humanos.

Para Trejos (2013), Colombia durante muchos años ha sido el único país con conflicto armado activo en Latinoamérica, siendo un foco latente en vulneración de derechos humanos con sucesos de connotada relevancia como la guerra de los mil días (1899-1902), el asesinato de Jorge Eliecer Gaitán, lo cual desató la violencia liberal-conservadora y por último, pero no menos importante, la violencia revolucionaria de las organizaciones insurgentes (1964-2010).

Explicar el conflicto interno armado colombiano es difícil tanto por su carácter prolongado y por los diversos motivos y razones que

la asisten, como por la participación cambiante de múltiples actores legales e ilegales, por su extensión geográfica y por las particularidades que asume en cada región del campo y en las ciudades, además por la existencia de una democracia débil incapaz de defenderse y en especial por su solapamiento con las otras violencias que azotan al país (González, 2010) y que en ciertas ocasiones parecieran justificar el actuar bélico de los grupos al margen de la ley, considerados en zonas como protectores que naturalizan la tragedia.

El conflicto armado colombiano ha ocasionado la muerte de por lo menos 220.000 personas entre 1958 y 2012, estos datos son aproximaciones que no dan plena cuenta de lo que realmente pasó, en la medida en que parte de la dinámica y del legado de la guerra es el anonimato, la invisibilización y la imposibilidad de reconocer a todas sus víctimas quedando en deuda con las personas afectadas, pues el significado que encierra la palabra víctima más allá de la connotación jurídica que reconoce con ella a un sujeto violentado y con derecho a ser reparado. Es la víctima de rostro sufriente y de cuerpo lacerado la que revela la crueldad de los perpetradores y devela el mal y los quiebres éticos de esta sociedad, incluidos sus gobernantes y ciudadanos (González, 2010).

La agresión generada no solo deja muertes violentas en gran cantidad de inocentes, sino además la fractura de núcleos familiares, que en su mayoría, corresponden a comunidades campesinas; sin dejar de lado las comunidades indígenas y afrocolombianas resultando especialmente vulneradas por las dinámicas de la guerra. (González, 2010). Las víctimas del conflicto se ven obligadas a dejar todas sus pertenencias atrás, salir a buscar el sustento a las ciudades aledañas lo cual se convierte en un camino sin retorno hacia la pobreza.

De acuerdo al informe Basta ya del Centro Nacional de Memoria Histórica (2016), los muertos a causa del conflicto armado equivalen a la desaparición de la población de ciudades enteras como Popayán o Sincelejo (González, 2010), magnitudes y dimensiones vergonzosas para un país que se jacta de ser un Estado social de Derecho, donde pareciera que lo último que tienen las víctimas es precisamente dere-

chos, pues recopilar toda la información de vulneración de derechos ha sido bastante tardía por la falta de voluntad política.

Es así, como comunidades educadas en los campos, hoy desplazadas no solo deben soportar el rechazo de la nueva sociedad a la que llegan, sino también aceptar la carencia de oportunidades para ellos, lo cual conlleva a ensanchar la brecha de desigualdad y centrar la sociedad en un desarrollo lento o casi nulo, donde hacer memoria se convierte en eje fundamental de transformación positiva, memoria encaminada a la verdad y reparación o bien como lo manifestó un habitante de Trujillo, Valle del Cauca:

Si no se habla, si no se escribe y no se cuenta, se olvida y poco a poco se va tapando bajo el miedo. La gente que vio el muerto se va olvidando y tiene miedo de hablar, así que llevamos un oscurantismo de años en el que nadie habla de eso [...] Como nadie habla de lo que pasó, nada ha pasado. Entonces bien, si nada ha pasado, pues sigamos viviendo como si nada.

En el departamento de Norte de Santander sus cuarenta municipios han sido blanco constante de acciones violentas por grupos al margen de la ley, pues la posición geográfica del departamento y la alta riqueza natural y cultural se convierten en territorio apetecido por dichas tropas. Dentro de los municipios más afectados se encuentran Ocaña, Ábrego, Teorema, San Calixto, Sardinata, La Playa, todos ellos, hacen parte de la cuenca del río Catatumbo (Defensoría del Pueblo, 2006). En el corredor del Catatumbo como una subregión del departamento de Norte de Santander, ubicado al nororiente del país. Esta subregión se encuentra en el norte del departamento, en la Cordillera Oriental y la atraviesa el río Catatumbo que desemboca en el lago Maracaibo (Venezuela). Está conformada por los municipios de Convención, El Carmen, El Tarra, Hacarí, La Playa, San Calixto, Sardinata, Tibú, Teorama, Ocaña y El Zulia. Limita al norte y al oriente con Venezuela, al occidente con el departamento del Cesar, y al sur con los municipios de Ocaña, Ábrego, Bucarasica, Lourdes, Cúcuta, Santiago, San Cayetano y Gramalote, todos pertenecientes al departamento Norte de Santander (Defensoría del Pueblo, 2006).

Desde hace varias décadas esta disputa por ejercer el control del territorio ha crecido en acciones violentas y en grupos como lo es la guerrilla a través del Ejército de Liberación Nacional (ELN), las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército popular de liberación (EPL) y las autodefensas, enfrentamientos encaminados a obtener su dominio y control; por el petróleo, el gas y el carbón; todo esto genera zozobra en la comunidad, sumado a que toda la cuenca del río Catatumbo limita con el Urabá con línea directa a la República Bolivariana de Venezuela, lo cual permite ejercer de manera arbitraria la ilegalidad.

No obstante, el departamento es considerado por los grandes poderes locales como un territorio de enormes ventajas económicas, debido entre otras cosas a la disponibilidad de bosques naturales y a tierra con potencial productivo, pero que por falta de condiciones de accesibilidad y de conflicto son tierras subutilizadas que para los grandes terratenientes sólo expresan una productividad marginal; situación que poco a poco se ha venido modificando con la aparición de las grandes agroindustrias y el fomento de la ganadería extensiva en varios municipios de Norte de Santander. Pese a todos los esfuerzos, la zona del Catatumbo es una de las más pobres del país, con carencias en servicios públicos, vías terrestres, salud y educación entre otros.

El abandono estatal, ante la idea de que el desplazamiento era un problema nacional y no de competencia regional, y la presencia de grupos armados sembrando terror en las zonas ha propiciado desplazamientos masivos hacia las capitales más cercanas, en este caso, hacia Cúcuta, convirtiendo la ciudad en receptora y expulsora de víctimas del conflicto armado, pues una vez llegan a la ciudad, la población no encuentra como desarrollarse laboralmente, además de no querer retornar a sus lugares de origen bien sea por la violación sistemática de los derechos humanos, por la comisión de Crímenes de estado, por las pocas garantías de organización y expresión dadas en el departamento (Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento CODHES, 2007). Es así como en el Nor-

te de Santander, donde pese a la presencia de la fuerza pública, los desplazamientos masivos se siguen presentando para el año 2013, en el corregimiento de Palmarito, zona rural de Cúcuta, se generó el desplazamiento masivo de 160 personas y con ello el desarraigo y fracturación de núcleos familiares⁵.

Una vez las personas pertenecientes a dichas zonas han sido forzadas a salir de sus tierras, también son obligadas a cambiar las dinámicas de la agricultura de la región o en su defecto quedarse en ellas, pero cambiando la siembra de plátano, yuca, maíz, algodón por cultivos ilícitos. Dentro de los episodios dolorosos del departamento, se encuentra lo sucedido en el año 1999, en los Municipios de Tibu y La Gabarra, los cuales fueron foco de múltiples violaciones a derechos y generó el desplazamiento forzado de 2500 personas de toda la región del Catatumbo (Méndez, 2013). Según cifras publicadas por Nuñez y Hurtado (2014), las autodefensas ocuparon treinta municipios de Norte de Santander y con ello el desplazamiento de aproximadamente 19.000 familias.

Durante décadas la constante en la sociedad colombiana ha sido la violencia como mecanismo de defensa, no obstante, “el desplazamiento interno como producto de la violencia política es un fenómeno social que en sus inicios no estaba reglamentado ni legalizado; no existía un reconocimiento público de este fenómeno social en el ámbito nacional ni internacional pues la figura del desplazamiento interno por causas de violencia política es un hecho social contemporáneo” (Aguilera, 2010). En consecuencia, se establece el marco normativo nacional de atención de la población desplazada con la entrada en vigencia de la ley 387 (1997), la cual conceptualiza al desplazado en su Artículo 1 de la manera siguiente:

Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vul-

5 www.eltiempo.com, 26 de septiembre de 2013.

neradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público.

Teniendo conceptualizado la figura del desplazamiento, Colombia está catalogada por las Naciones Unidas como el segundo país con más desplazados internos en el mundo, lugar que comparte con Angola y siendo sólo superados por Sudán, que alcanza los cuatro millones de desplazados internos (Urdinola, 2001).

Ante la problemática social y política surgida con el desplazamiento han emergido varias normas al respecto, las cuales intentan en su mayoría detener o disipar la magnitud de los daños causados; sin embargo el despertar de la comunidad colombiana en relación con legislación que reglamente circunstancias del desplazamiento ha sido un tanto lento, pues solo hasta la expedición de la ley 387/97 (Colombia, 1997), se inicia la regulación a la situación incluso para muchos la intervención que ofrece la mencionada ley es de asistencialismo.

Colombia en el afán de salvaguardar la integridad de las víctimas del conflicto armado ha expedido varias normas, no obstante de la variedad, el análisis y el abordaje se hace desde la ley 1448 (2011) y su decreto reglamentario 4800 (2011), que comprende disposiciones generales sobre el marco y principios en los que se debe entender la ley, derechos de las víctimas dentro de los procesos judiciales, medidas administrativas de asistencia, atención, ayuda humanitaria y reparación, así como un proceso con una fase administrativa y otra judicial para la restitución de tierras. Además, la creación de entidades y transformación de otras para establecer la institucionalidad encargada de la aplicación de la ley. La exigencia de adaptar las medidas y programas integrales de protección para las víctimas. Medidas específicas de protección integral a los niños, niñas y adolescentes y

finalmente se instauran los mecanismos de participación de las víctimas en la aplicación de la ley. Finalmente, se establece que la ley tendrá una vigencia de diez años a partir de su promulgación (10 de junio de 2011) (Prada & Poveda, 2012).

Además la norma 1448 de 2011 fija las pautas para considerar a una persona víctima del conflicto armado y plasma las fechas por hechos ocurridos del 01 de enero de 1985 en adelante, lo que impide que las víctimas anteriores al 01 de enero de 1985 sean reparadas pecuniariamente, pues solo tiene derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la ley como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas (Prada & Poveda, 2012).

Ante la cantidad de desplazamiento forzado en Colombia que ha generado controversia y malestar, le corresponde a las academias ir al encuentro de vías que tiendan a la disminución de las violaciones, una de ellas mediante espacios que redunden en la reconstrucción del tejido social como se ha pretendido con los consultorios jurídicos.

La gran mayoría de la población de las zonas víctimas del terror generado por los grupos mencionados, que en algún momento contaron con un núcleo familiar formado, llegan a los consultorios jurídicos de universidades en búsqueda de garantías, con el común denominador de que es víctima de violación de derechos humanos perteneciendo un gran porcentaje a estratos socioeconómicos bajos. Es así, como los consultorios jurídicos ejercen la defensa de dichas violaciones a través de un acompañamiento legal, sin embargo la problemática acontecida no es de competencia de los mismos siendo necesario generar estrategia que le permita conocer y adelantar dichos procesos.

Para el año 2007 agencias Internacionales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Consejo Noruego para refugiados (NRC) implementan la creación de un proyecto, el cual es incluido a ciertos consultorios jurídicos en la búsqueda de que éstos brinden atención jurídica cualificada a la población

víctima del desplazamiento forzado. Para el desarrollo del Programa se cuenta con el acompañamiento de las agencias, las cuales poseen dentro de sus funciones:

1. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR): tiene el mandato de dirigir y coordinar la acción internacional para proteger y resolver los problemas de los refugiados en todo el mundo (ACNUR, 2016).
2. El Consejo Noruego para Refugiados (NRC): organización humanitaria internacional, especializada en el trabajo con personas refugiadas y en situación de desplazamiento interno⁶ (ACNUR, 2016).
3. Corporación Opción Legal: se desempeña como coordinadora administrativa y programática, entre sus funciones proyecta acciones pertinentes para la implementación y ejecución del programa en las universidades, para el caso particular de la ciudad de Cúcuta debido a su posición geográfica y el alto índice en vulneración de Derechos (Corporación Opción Legal, 2016).

Los consultorios jurídicos seleccionados para llevar a cabo la ardua labor poseen características específicas: altos porcentajes de población objeto de vulneración de derechos y de personas o comunidades desplazadas.

Teniendo presente que el Departamento Norte de Santander y más exactamente el municipio de San José de Cúcuta es receptor de población desplazada, para el año de creación de la red en el 2007, el consultorio jurídico de la Universidad Simón Bolívar –sede Cúcuta suscribe convenio de cooperación atendiendo los siguientes objetivos propuestos por las agencias.

Objetivo general

Brindar a través de asesoría jurídica gratuita, técnica, oportuna y cualificada un mayor acceso de la población en situación de despla-

6 El NRC fue creado en 1946 para atender la crisis humanitaria generada por la Segunda Guerra Mundial.

zamiento forzado a la atención sistema nacional de atención integral a víctimas, con el fin de propiciar un goce efectivo de los derechos de que son titulares de acuerdo con la normatividad internacional y nacional en la materia.

Objetivos específicos

La población desplazada cuenta con un servicio de asesoría jurídica gratuita y oportuna que permita acceder individualmente con ventaja a la reclamación de sus derechos ante el sistema judicial y al Sistema Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas –SNARIV– a través de la asesoría jurídica prestada por el consultorio jurídico de la Universidad Simón Bolívar.

Desarrollar en los estudiantes de derecho adscritos al programa competencias para la resolución de los casos presentados por la población desplazada⁷, utilizando de forma eficaz las herramientas diseñadas por el Programa.

Contar con un sistema de información de monitoreo que permita la posesión en tiempo real de la información de los casos atendidos por el consultorio jurídico de la universidad y contar con reporte de actores que participan en el Programa.

En virtud de los objetivos del convenio de cooperación el consultorio jurídico de la universidad Simón Bolívar sede Cúcuta posee una organización que facilita:

1. La asistencia Legal para el acceso a derechos y la atención del Estado: mediante la existencia de escenarios estratégicos para el desarrollo de la práctica profesional encaminados a la atención cualificada a población víctima del conflicto político armado.
2. La formación para los estudiantes que deseen ingresar al programa a través de la aplicación de un test de pre-saberes, en-

7 Para el desarrollo del programa de asistencia legal para población desplazada, se cuenta con estrategia de formación para los estudiantes practicantes, encaminada al empoderamiento del goce efectivo de derechos a través de las acciones jurídicas realizadas.

trevista en compañía de asistencia psicológica del programa de psicología de la universidad para evaluar criterios de voluntad, aptitud, responsabilidad y vocación del servicio. Una vez el estudiante aprueba el test y los demás requisitos, asiste a diferentes capacitaciones encaminadas a fortalecer los conocimientos en marco normativo con relación a victimología a fin de cualificar la asesoría y atención brindada por el estudiante.

3. La coordinación e institucionalización al contar con un equipo de trabajo interdisciplinario compuesto por trabajadoras sociales, abogados y psicólogos en formación, lo cual permite dar cabal cumplimiento a lo exigido y establecido dentro del marco de la ley 1448 (2011) y el decreto Reglamentario 4800 (2011)
4. La información y monitoreo del programa el cual cuenta desde el año 2011-II con plataforma electrónica ANFORA que permite conocer en tiempo real los casos y diagnósticos generados por el consultorio jurídico de la Universidad Simón Bolívar-sede Cúcuta.

Las acciones jurídicas empleadas en el Programa de Asistencia Legal a Población en Situación de Desplazamiento Forzado (ALPOSD), se realizan de acuerdo a lo contemplado en la ley 387 (1997), ley 1448 (2011), y su Decreto Reglamentario 4800 (2011). Entre los derechos y acciones jurídicas más reclamados por las víctimas que se atienden en consultorio jurídico se encuentran: (a) derecho de petición, (b) acción de tutela, (c) incidente de desacato, (d) recursos, (e) ayuda humanitaria, (f) registro único de víctimas, (g) reparación vía administrativa y (h) vivienda. En la Figura 1, se visualizan los resultados estadísticos de las acciones jurídicas realizadas por ALPOSD entre los años 2007-2014 en la universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta.

Desde el inicio del programa ALPOSD en la Universidad Simón Bolívar-sede Cúcuta, no solo ofrece la atención jurídica cualificada a la población víctima del conflicto armado con relación a la ley 1448 (2011) y su Decreto reglamentario 4800 (2011) sino además es esce-

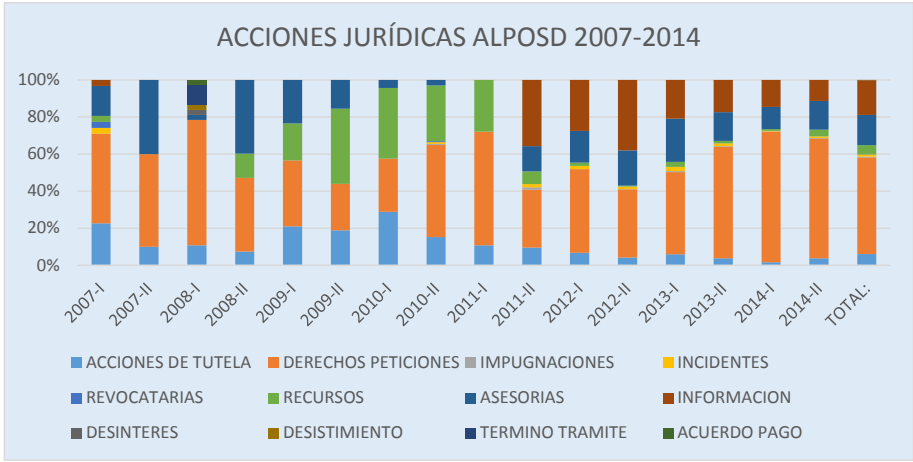


Figura 1. Acciones jurídicas ALPOSD 2007-2014. Fuente: Informe gestión.

nario de práctica profesional para estudiantes de Psicología, trabajo social y Derecho a partir de séptimo semestre.

En la Figura 2, se puede visualizar, el número de estudiantes que han efectuado la práctica profesional en el consultorio jurídico.

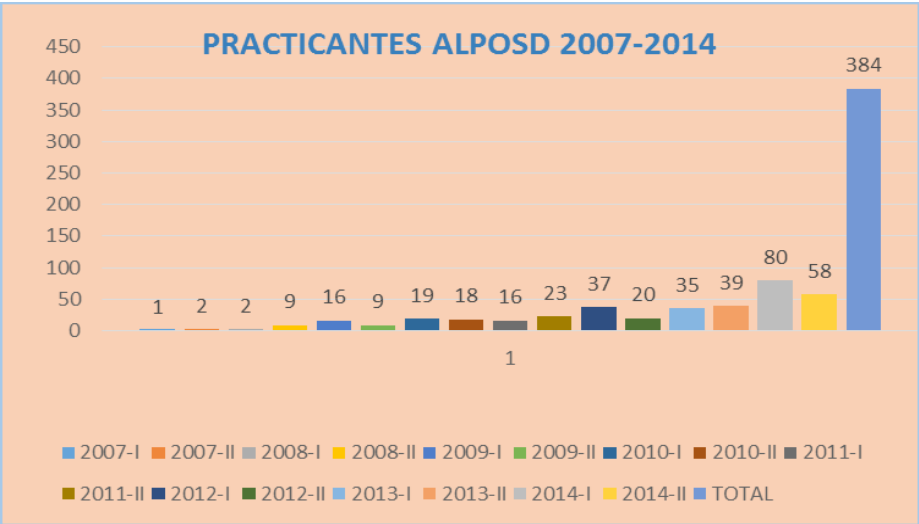


Figura 2. Practicantes ALPOSD 2007-2014. Fuente: Informe gestión.

Por otra parte, el programa de ALPOSD no solo es escenario para el desarrollo de práctica profesional sino además contexto de investigación pues en la trayectoria del mismo se han realizado investigaciones que han contribuido a la generación de conocimiento acerca de la realidad jurídica vinculada con las acciones que demandan las víctimas en pro de la recuperación de sus derechos. Entre las investigaciones realizadas por los estudiantes de derecho vinculados a ALPOSD se encuentran:

1. Análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a la política pública de vivienda para población desplazada atendida por el programa ALPOSD (Estudiante: Erika Jazmín Contreras).
2. Análisis al alcance de la reparación administrativa de la población discapacitada en ocasión al conflicto armado atendida por el programa ALPOSD (Estudiantes Dennis Mauricio Losada, Andrés Fabián Maldonado Acuña).
3. Grado de conocimiento del contenido de la sentencia T-025/2004 (Colombia, 2004) como fundamento de derecho por parte de los jueces de tutela de la jurisdicción de San José de Cúcuta (Estudiante: Arenas Sandoval, María Carolina).
4. Barrera de acceso al goce efectivo de derecho de la población víctima de desplazamiento forzado, atendidos por el programa Alposd (Estudiante Erika Isabel Salinas Cifuentes).
5. Garantías de no repetición (Jherzon Castilla).
6. Análisis de los derechos solicitados a través de derechos de petición por población víctima del conflicto armado en el programa de asistencia legal a población desplazada de la Universidad Simón Bolívar – Sede Cúcuta (Estudiante Nayleth Montenegro Méndez).
7. Diseño de ruta jurídica para la regulación y legalización de asentamientos humanos víctimas del conflicto armado en el barrio Simón Bolívar comuna seis en Cúcuta (Estudiante Edson Yesid Jaimes).
8. Impacto del Programa de Orientación a Víctimas del Conflicto Armado PROVICA de la Universidad Simón Bolívar- Sede Cú-

cuta, tomando como referencia la ley 1448 y el decreto 4800 de 201 (Estudiante Olga Guardiola).

El accionar a través de los años del consultorio jurídico de la Universidad Simón Bolívar- sede Cúcuta desde el punto de vista del trabajo investigativo realizado, quiere hacerse visible denotando su contribución en la búsqueda de soluciones a los problemas y dificultades que se han venido identificando en la práctica diaria y de la experiencia de los encargados de dirigir y ejecutar dicho programa. De este modo, mediante el producto de la investigación se presenta a los ámbitos institucionales, académicos y científicos logros alcanzados desde la perspectiva jurídica, socio jurídico y psicojurídica del programa ALPOSD de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. En este sentido se han sistematizado en capítulos las investigaciones más relevantes que han generado conocimientos altamente significativos sobre la problemática del desplazamiento en el Norte de Santander.

Referencias

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2016). ¿Qué hace? Recuperado de: <http://www.acnur.org/que-hace/>
- Aguilera, A. (2010). Análisis de la ley 387 de 1997: su impacto psicosocial en la población desplazada. *Reflexión Política*, 3(5).
- Centro Nacional de Memoria Histórica (2016). Basta ya: Colombia memorias de guerra y dignidad: informe General Grupo de memoria histórica. Recuperado de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>.
- Colombia, Congreso de la República. (2011, 10 de junio). Ley 1448. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48096 de 10 de junio de 2011.
- Colombia, Presidencia de la República. Decreto Reglamentario 4800 (2011, 20 DE Diciembre). Por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se

- dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48280 del 20 de diciembre de 2011.
- Colombia, Congreso de la República. (1997, 18 de julio). Ley 387. Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia. Diario oficial.
- Colombia, Corte Constitucional (2004). Sentencia T-025. Agencia oficiosa en tutela-Asociaciones de desplazados/agencia oficiosa en tutela-Condiciones para que las asociaciones de desplazados interpongan la acción. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>.
- Consejo Noruego para Refugiados (NRC). Organizaciones de la sociedad civil. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/recursos/enlaces-de-interes/organizaciones-de-la-sociedad-civil/consejo-noruego-para-refugiados-colombia/>
- Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES) (2007). Respuesta institucional al desplazamiento forzado en Norte de Santander: Cuando la atención se fragmenta en cuatro enfoques. Recuperado de http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_2471.pdf.
- Corporación Opción Legal (2016). Asistencia legal a población desplazada. Recuperado de <http://opcionlegal.org/asistencia-legal-victimas/asistencia-legal-poblacion-desplazada>.
- Defensoría del Pueblo (2006). Resolución Defensorial No. 46. Situación social y ambiental de la región del Catatumbo – Norte de Santander. Recuperado de http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_2467.pdf
- González, A. (2010). Justicia transicional y reparación a las víctimas en Colombia. Revista mexicana de sociología, 72(4), 629-658.
- Núñez, C. E., & Hurtado, I. P. (2014). El desplazamiento forzado en Colombia: la huella del conflicto. Recuperado de <http://www.codhes.org/images/Articulos/AnalisisSituacionalfinal.pdf>.
- Méndez, M. (2013). Efectos directos del conflicto armado en la región del Catatumbo: desplazamiento, pérdida de capital humano y alteración

- en el mercado laboral. FACE: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, 10 (1).
- Prada, N y Poveda, N. (2012). 32 preguntas y respuestas a la ley de víctimas. Bogotá: Corporación Humana.
- Rousseau, J. (2003). Do Contrato Social. Madrid: Alianza Editorial.
- Sieder, R. (2003). Renegociando la Ley y el orden: Reforma judicial y respuesta ciudadana en la Guatemala de Postguerra. *América Latina Hoy*. 61-86.
- Trejos, L. (2013). Naturaleza, actores y características del conflicto armado colombiano: una mirada desde el Derecho Internacional Humanitario. *Revista Encrucijada Americana*, 2 (2).
- Urdinola, P. (2001). La población desplazada interna: el caso colombiano. *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM. Les Cahiers ALHIM*, (3).

Capítulo 7

Análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a la política pública de vivienda para población desplazada atendida por el Programa ALPOSD de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta^{1*}

*Marisela Vivas García²,
María Antonia Cuberos de Quintero³, *
Erika Jazmín Contreras Silva⁴*

Resumen

El capítulo da a conocer una investigación realizada en el programa de Asistencia Legal a Población Desplazada (ALPOSD), donde se efectúa asistencia y acompañamiento jurídico a las peticiones de los desplazados, ya que la exigencia de presentar directamente o a través de abogado las acciones de tutela para la protección de derechos, resulta excesivamente costosa para estas personas (mujeres cabeza de familia, menores de edad, minorías étnicas y personas de la tercera edad), la universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta a través del programa ALPOSD apoya a fin de coadyuvar en el restablecimiento de los derechos que le corresponden por ley a las familias, sobre ayuda humanitaria y subsidio de vivienda, entre otros derechos actuando como agentes oficiosos de los desplazados de manera gratuita. El objetivo general fue Analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la política pública de vivienda para la población des-

* Ver página siguiente.

- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo. Capítulo derivado del proyecto investigativo: La investigación jurídica, socio jurídica y psicojurídica en la universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta: Una mirada desde el ALPOSD. Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
- 2 Licenciada en educación mención Ciencias biológicas. Universidad Católica Andrés Bello. Doctor en Innovaciones Educativas, Universidad Nacional Experimental Politécnica de la Fuerza Armada, Venezuela. Magíster en la Enseñanza de las Ciencias Básicas, Universidad Nacional Experimental del Táchira. Especialista en Evaluación Educacional, Universidad Valle del Momboy. Docente de la Universidad Católica del Táchira. Investigadora de la Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia. Contacto: m.vivas@unisimonbolivar.edu.co.
- 3 Licenciada en educación e Ingeniero de Sistemas. Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Nacional Abierta-Venezuela. Doctor en Ciencias Gerenciales, Universidad Nacional Experimental Politécnica de la Fuerza Armada, Venezuela. Especialista en Sistemas de Información. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. Investigadora de la Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia. Contacto: m.cuberos@unisimonbolivar.edu.co
- 4 Abogada, Universidad Simón Bolívar, Cúcuta.

plazada atendida por el programa ALPOSD. Es de enfoque mixto, diseño documental y nivel descriptivo. La recolección de la información se realizó mediante encuesta y entrevista realizada a personas desplazadas, así como la revisión de la Data en la plataforma Ánfora. Se concluye que solo una persona de 48 ha sido beneficiada en el acceso a una vivienda digna, quedando reflejada la incapacidad del Estado para ejercer su posición de garante, conllevando con ello a la desintegración de los núcleos familiares sumergiendo así a la ciudad de Cúcuta en un lento desarrollo urbano al no contar con una Política Pública verdadera y eficiente en materia de vivienda.

Palabras clave: Desplazamiento, vivienda digna, ALPOSD, asistencia legal.

Jurisprudential Analysis of the Constitutional Court in Relation to the Public Policy of Housing for Displaced People Attended by the ALPOSD Program of the Simón Bolívar-Cúcuta- Headquarters University

Abstract

The chapter presents an investigation accomplished in the Displaced Population Legal Assistance Program (ALPOSD), where assistance and legal support are provided to the displaced people's requests since the requirement to submit directly or through Counsel for guardianship actions for the protection of rights is excessively expensive for these people (women head of household, minors, ethnic minorities and senior citizens), Simon Bolivar University, Cucuta headquarters, through the ALPOSD program, supports in order to contribute to the reestablishment of the rights that correspond to the families by law with humanitarian aid and housing subsidy, among other rights acting as informal agents of the displaced free of charge. The

general objective was to analyze the jurisprudence of the Constitutional Court in relation to the public housing policy for the displaced population served by the ALPOSD program. It is a mixed approach, documentary design and descriptive level. The information was collected through a survey and interview with displaced persons, as well as the review of the Data on the Amphora platform. It is concluded that only one person out of 48 has been benefited in the access to a decent housing, reflecting the inability of the State to perform its position as guarantor, thereby leading to the disintegration of the family nuclei, thus immersing the city of Cucuta in a slow urban development with lack of true and efficient Public Policy in the matter of housing.

Keywords: Displacement, decent housing, ALPOSD, legal assistance.

Introducción

Históricamente la dignidad del hombre ha sido considerada como un valor que le viene dado, que es anterior a la propia voluntad y demanda una actitud de respeto y aceptación como ser individual y social, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser persona. “No se trata de una cualidad otorgada por nadie, sino consustancial al ser humano” (Castilla, 2015, p.75). No obstante en la historia de los seres humanos se han presentado infinidad de casos en los que la dignidad humana ha sido avasallada, por ejemplo, la desigualdad social vigente en la edad media, los abusos del poder, o el holocausto. Estos hechos tan vergonzosos fueron las evidencias para que se dictara la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, según la cual todos los seres humanos son iguales y libres en sus derechos y en su dignidad. “Este reconocimiento, experimentado por numerosas personas al mismo tiempo, generó tras la guerra un movimiento social a favor del reconocimiento jurídico de la idea de dignidad, con la esperanza de que episodios como los sufridos no volvieran a repetirse” (Castilla, 2015, p.65).

En este sentido, “como seres dignos, somos merecedores del derecho a la: vida, libertad (salvo como pena si se ha cometido un delito), educación, cultura, al trabajo, a poseer una vivienda, a cons-

tituir una familia, alimentación saludable y recreación” (Pelé, 2004, p. 9) los seres humanos deben poder elegir su propio destino, vocación, ideas, con el único límite del respeto a la dignidad de los demás. Es importante recordar que los tratos humillantes, indecorosos, discriminatorios, la violencia, la desigualdad legal y jurídica se oponen a la dignidad humana.

Como se expresa anteriormente, la dignidad humana es un factor importante en el hombre y en Colombia tiene su fundamento en el artículo primero de la Constitución de 1991 en donde da a conocer que

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Sin embargo, la dignidad humana como derecho fundamental tiene momentos de vulneración lo que obedece a su conexidad con el derecho a una vivienda digna, a la población desplazada una alternativa de vivienda y hábitat, pues el conflicto en las últimas décadas ha conducido al aumento constante y sistemático del fenómeno del desplazamiento forzado, siendo necesario abandonar hogares y pertenencias, al punto de perderlo todo y querer recuperarlo una vez se asientan en ciudades receptoras como Cúcuta.

Consecuentemente el desplazamiento forzado conduce a las desbordantes cifras de familias buscando ocupar los diferentes terrenos del municipio Cúcuta que al no poder acceder a ellos por vía legal, lo hacen de manera ilegal mediante invasiones integradas por cada una de estas familias víctimas, la premura e incertidumbre de no saber dónde pasar la noche, la falta de refugios u hogares de paso termina generando iniciativas de invasiones (Toro, 2004) las cuales en su gran mayoría no arrojan resultados positivos, por el contrario discordia y actos de violencia.

Por consiguiente los actos promovidos por el conflicto armado, vulneran todos los componentes del ser humano, como lo es:

el derecho a la vida, derecho al trabajo, el derecho a una educación, derecho a una familia, el derecho a una vivienda digna y así mismo el derecho de la *dignidad humana* que es un derecho fundamental, no obstante son obligaciones generales del estado para hacer efectivo los derechos humanos: respetar, adoptar y garantizar mediante políticas públicas los derechos a los ciudadanos; partiendo de la base de que las personas que sufren el desplazamiento forzado son personas en crisis de vulneración de sus derechos.

En este sentido, la Constitución política de Colombia reconoce en su artículo 51 el derecho a la vivienda digna que asiste a todos los colombianos, es un derecho de carácter asistencial, por tanto requiere de un proceso legal previo el cual deberá ser prestado directamente por la administración o por las entidades asociativas creadas para tal fin. Este derecho adquiere gran importancia por la vinculación existente con el derecho a la dignidad Humana, siendo éste último declarado en la universalidad de los derechos humanos en 1948 y consagrando en su artículo 25 el derecho a la vivienda, siendo Colombia un Estado social de derecho, debe ser garante del respeto a la dignidad humana y garantizar el derecho a la vivienda como premisa al pacto de las naciones unidas.

En función de los aspectos expresados anteriormente se refleja la incapacidad del Estado para garantizarle a la población desplazada el mencionado derecho, el cual conlleva a un empobrecimiento masivo y todo tipo de carencias en necesidades básicas de cada núcleo familiar. La problemática se disipa un poco a través de la academia y más exactamente a través del Programa de Asistencia Legal a Población Desplazada (ALPOSD) de la Universidad Simón Bolívar-extensión Cúcuta, donde se efectúa asistencia y acompañamiento jurídico a las peticiones de los desplazados cuyo mayor porcentaje son de ayuda humanitaria y subsidio de vivienda, según data del programa.

Desde esta perspectiva se considera necesaria la creación de una política pública capaz de redimir el déficit de vivienda presentado a favor de familias desplazadas, pues de no ser así, la problemática se irá incrementando y ciudades como Cúcuta que por su ubicación

geoestratégica fronteriza asumirá ese costo circunstancial derivado del desplazamiento, el cual la sumergirá en un lento desarrollo urbano, como ya puede observarse, pues la realidad cotidiana muestra que no hay oferta de vivienda, considerando que la población desplazada es una población que carece de todos recursos económicos y al no poder acceder a las viviendas se genera un empobrecimiento masivo. Esta investigación busca identificar el marco jurídico, determinar la aplicación del mismo dentro de la política de vivienda y cuantificar el número de personas desplazadas que han accedido al goce efectivo del derecho a la vivienda digna desde la gestión realizada por ALPOSD.

El estudio se *justifica* ante la importancia de dar a conocer las investigaciones realizadas por los estudiantes pertenecientes al Programa de Asistencia Legal a Población Desplazada (ALPOSD), donde se efectúa asistencia y acompañamiento jurídico a las peticiones de los desplazados a fin de coadyuvar en el restablecimiento de los derechos que le corresponden por ley a las familias, sobre ayuda humanitaria y subsidio de vivienda, entre otros derechos, esta asistencia legal se presta de forma gratuita en la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta en Colombia.

El apoyo prestado por la universidad a las familias desplazadas ha permitido el manejo de una vasta base de datos donde se refleja que: el Departamento de Norte de Santander durante los últimos cinco años, ha sido foco constante de violación a los derechos humanos y con ello “los desplazamientos masivos de población, generando desarraigo y abandono de hogares, fraccionando núcleos familiares” (González, 200, p. 12), los cuales al llegar a ciudades receptoras como lo es el Municipio de Cúcuta se encuentran con abruptas realidades como lo son: el desempleo y la falta de vivienda, distando mucho de lo preceptuado en el artículo 42 de la carta magna.

Se pretende obtener resultados en la investigación que permitan integrar una relación coherente entre política pública de vivienda digna para la población desplazada – disminución del déficit de vivienda en Cúcuta, desde una realidad empírica a través de los en-

tes involucrados como lo son las personas que han accedido al goce efectivo del derecho a una vivienda digna, y la labor desempeñada por el programa (ALPOSD) de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta en pro de facilitar una solución, desde la perspectiva de los diferentes proyectos de vivienda materializados y los derechos litigiosos recepcionados por el programa en relación con la vivienda digna.

Para ello, se planteó el siguiente *objetivo general*: Analizar la jurisprudencia de la corte constitucional frente a la política pública de vivienda para la población desplazada atendida por el programa ALPOSD (Atención Legal a Población en Situación de Desplazamiento) de la Universidad Simón Bolívar-Extensión Cúcuta. Y Como *objetivos específicos*: (a) Identificar el conjunto de normas establecidas por la jurisprudencia de la corte constitucional frente a la situación del Derecho a la vivienda digna en personas víctimas del desplazamiento forzado. (b) Determinar cómo se aplican las sentencias de la corte constitucional en relación con la vivienda para población desplazada atendida por el programa ALPOSD de la Universidad Simón Bolívar- Extensión Cúcuta. (c) Cuantificar de acuerdo a la base de datos ANFORA (plataforma electrónica) cuantas personas atendidas en ALPOSD (Programa de Atención legal a Población en Situación de Desplazamiento) del consultorio jurídico de la Universidad Simón Bolívar, han accedido al goce efectivo de derechos en relación con vivienda digna.

Fundamentación teórica: el derecho a una vivienda digna y adecuada en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales de derechos humanos

Una práctica generalizada en el constitucionalismo contemporáneo es la incorporación de instrumentos internacionales relativos a derechos humanos en el orden interno de cada uno de los Estados, como referentes normativos directamente aplicables por los poderes públicos (en particular, por los tribunales) y/o como marcos de interpretación de las normas nacionales. De esta forma se configura

lo que ha dado en llamarse el bloque de constitucionalidad, es decir, toda una serie de principios, derechos y normas, que aunque no se encuentran consagrados de forma explícita en la Constitución Política, sí hacen parte del orden constitucional, pues la Carta Política establece dispositivos precisos para su incorporación en él. Es necesario preguntarse entonces, conforme a las dos vías de incorporación el orden interno de los tratados sobre derechos humanos, ¿Cuál es el camino para identificar el bloque de constitucionalidad aplicable en Colombia, respecto del derecho a la vivienda digna y adecuada? Pues bien, tratándose de un derecho expresamente reconocido en la carta política (art. 51) la norma de reenvío pertinente es el inciso segundo del artículo 93, en virtud del cual los derechos y garantías previstos en la Constitución Política deben ser interpretados conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, sin importar que sean o no limitables en estados de excepción.

Por esta vía, resultan entonces aplicables, en la labor de interpretación del derecho a la vivienda, los siguientes tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado colombiano:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).
- Convención Americana sobre Derechos Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas Discriminación Racial (1965).
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).
- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990).
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989).
- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990).
- Convenio No. 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989).

No obstante, el panorama hasta este punto no es del todo claro, con miras a precisar el contenido del derecho a la vivienda, pues como lo advierte la propia corte constitucional “no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características”¹⁴. En otras palabras, no parece un avance significativo, interpretar el sentido de lo previsto en el artículo 51 constitucional, norma de textura abierta, con lo establecido en otras disposiciones igualmente generales como las contenidas en instrumentos internacionales. De esta manera, resulta necesario, no sólo incorporar en el orden interno las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos recién mencionadas, sino contar también con el sentido que les han asignado los órganos autorizados para el efecto, pues “la interpretación conforme a un texto no puede hacerse al margen del sentido asignado a dicho texto”¹⁵.

En consecuencia, debe entenderse que, para efectos del presente trabajo, el bloque de constitucionalidad relativo al derecho a la vivienda digna y adecuada está integrado por las normas contenidas en los tratados ya mencionados, y por las interpretaciones que de tales textos han hecho los siguientes órganos:

- Comité de Derechos Humanos
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Comité de los Derechos del Niño
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
- Comisión de Derechos Humanos
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Corte Interamericana de derechos humanos

En el caso particular del derecho a la vivienda, tienen de igual forma un peso significativo las observaciones generales Nos. 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las observaciones que este mismo órgano ha emitido con relación al es-

tado de materialización y protección del derecho en algunos países (Galvís, 2009).

La vivienda digna como un derecho fundamental

El derecho a la vivienda digna está consagrado y reconocido en la Constitución Política de Colombia (1991) en su artículo 51 y en el artículo 25 de la declaración universal de los derechos humanos en donde se estableció por primera vez el derecho a una vivienda, de acuerdo al manual sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de refugiados y personas desplazadas (2007) se han ido configurando las diversas normas de derechos humanos fundamentales, principalmente en el artículo 11 del pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales de la Organización de las Naciones Unidas (1966) el cual especifica que “los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia: alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Por lo tanto el estado mediante las políticas públicas debe garantizarles este derecho a la población y más aun a la población víctima del desplazamiento forzado, por cuanto posee las características de ser una población especial que requiere la protección plena del estado y el cumplimiento absoluto de sus derechos.

Igualmente de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 del pacto, los Estados partes estipula el comité de derechos económicos sociales y culturales que

El derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

Y así debe ser por lo menos por dos razones, por un lado, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto.

Así como a la dignidad inherente a la persona humana, de donde se derivan los derechos del pacto, el derecho a la vivienda es exigido teniendo en cuenta algunas consideraciones y que el derecho a la vivienda se garantice a todos, independientemente de sus ingresos o del acceso a recursos económicos. Por otro lado, el derecho a la vivienda se refiere a una vivienda adecuada. Como lo han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda (2000) en su párrafo 5: enfatizan que una vivienda adecuada significa: disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio, seguridad, iluminación y ventilación, una infraestructura básica y una situación adecuada con relación al trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable (Corte Constitucional. Sentencia T-530 del 2011. Sentencia C-936 del 2003)

La vivienda digna como un derecho de carácter asistencial

Una de las alternativas de análisis para la problemática planteada del déficit de vivienda la podemos ver o enfocar desde el punto de vista, en que la vivienda digna para la población víctima del desplazamiento forzado es considerada como un Derecho de carácter asistencial debido a que requiere que se desarrolle mediante proyectos y políticas establecidas para redimir el conflicto presentado en el déficit de vivienda, en consecuencia aunque este no es un Derecho de carácter fundamental el estado debe proporcionar las medidas necesarias para garantizar a los ciudadanos este derecho, en cuanto se presente una vulneración a la dignidad humana por lo que solo goza de amparo constitucional en caso de que se desconozcan dichos derechos.

En este sentido, se entiende que el estado no está en la obligación de otorgar viviendas a todos los ciudadanos que carezcan de ella y padezcan esta necesidad como se contempla en el artículo 51 de la Constitución Política de Colombia(1991) por lo que su obligación es promover planes de vivienda independientemente si la población desplazada se beneficia o no, ya que es un Derecho de carácter asistencial y solo requiere de su desarrollo de acuerdo a lineamientos le-

gales, por ende deben facilitar mediante los programas de subsidios el acceso a las viviendas a la población de bajos recursos económicos o población vulnerable, de igual forma esta población debe cumplir unos requisitos establecidos por la ley para poder acceder al beneficio (Olano, 2006).

Se resalta el hecho de que el derecho a la vivienda digna en población desplazada es un Derecho de carácter fundamental debido a que es un derecho constitucional, además esta población tiene las características de ser una población especial y por ende no debería sufrir ningún tipo de necesidad, todos sus derechos deben estar garantizados. No debemos obviar que para poder comprender el derecho a la vivienda digna como un derecho fundamental se deben clarificar las carencias que padecen estas familias víctimas del desplazamiento forzado, como consecuencia de no poseer los recursos económicos que les permitan acceder a una vivienda adecuada.

El Estado debe proponer planes para promover las políticas públicas, generar el desarrollo urbano y con ello el acceso a una vivienda digna, para así garantizarles los diferentes derechos a la población desplazada. Según Kothari (2003, p. 12) “el derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros, en que puedan vivir en paz y dignidad”.

El derecho a la vivienda está consagrado a nivel internacional, en la Declaración Universal De Los Derechos Humanos creada en 1948, en donde fue reconocido por primera vez a nivel internacional el Derecho a la vivienda y nos indica que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.” (Artículo 25 de la Declaración Universal de Los Derechos Humanos), de acuerdo a la ONU casi 20 años después de la Declaración Univer-

sal de los Derechos Humanos los Estados adoptaron el pacto Internacional de los derechos económicos sociales y culturales donde se comprometieron a tomar todas medidas necesarias para garantizar el derecho a la vivienda (Golay, 2007).

Paralelamente la ley 387 de (1997), es la primera ley dirigida a la población desplazada, por lo que establece la definición de quienes son considerados población desplazada e identifica sus derechos, creada con el objetivo de proteger los derechos de dicha población. Así define las responsabilidades del Estado con la población desplazada, crea el SNAIPD (Sistema Nacional de Atención Integral de Población Desplazada), crea el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, crea los comités municipales, distritales y departamentales para la atención integral a la población desplazada por la violencia, diseña un plan nacional para la atención integral a la población desplazada por la violencia, asigna a la RSS (Red de solidaridad social) como cabeza del SNAIPD (Sistema Nacional de Atención Integral de Población Desplazada), crea el observatorio del desplazamiento interno por la violencia, define las políticas para prevención del desplazamiento, define las políticas de atención humanitaria de emergencia (AHE) (por 3 meses prorrogable a 3 meses más).

Igualmente define las condiciones de retornos y de estabilidad socio-económica, asigna al Incora la enajenación, adjudicación y titulación de tierras, en zonas de expulsión y de recepción de la población afectada, establece el Fondo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada, del mismo modo el decreto 173 de (1998) crea el Plan Nacional Para la Atención Integral a la Población Desplazada, el Decreto 501 de (1998) Crea el Fondo Nacional para la Atención Integral a la Población desplazada, posteriormente el Decreto 2569 de (2000), reglamenta 3 años después, la mayoría de disposiciones de la Ley 387(1997), mediante esta reglamentación se crea el SUR (Sistema Único de Registro) y se responsabiliza a la RSS (Red de Solidaridad Social) del programa, establece los programas de estabilización Socio Económica, especialmente el acceso a Edu-

cación, Salud, Alimentación, Vivienda y Tierras, así mismo el Decreto 951 de (2001), reglamenta que la población desplazada inscrita en el SUR (Sistema Único De Registro) tiene Derecho a subsidio familiar de Vivienda.

El artículo 30 de la referida ley establece, sin condiciones, la responsabilidad del Estado colombiano de “formular las políticas y adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia. De acuerdo al observatorio de paz integral realizado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR, en ingles UNHCR) (2004), Ciudadanía y Población en situación de desplazamiento interno forzado en el Magdalena Medio, en su capítulo No 2, página 26, da a conocer los elementos para un balance regional de la política pública de prevención, protección y atención al desplazamiento interno forzado. Se deben tomar en cuenta los siguientes aspectos en las políticas públicas: prevención del desplazamiento interno forzado, protección de la población en situación de desplazamiento forzado por la violencia y la atención integral, que a su vez la conforman, las políticas públicas de asistencia humanitaria de emergencia, restablecimiento y estabilidad socioeconómica.

De acuerdo a lo anterior la política de prevención del desplazamiento interno forzado es un factor muy importante, porque si bien es cierto que el Estado debe garantizar el cumplimiento de todos los Derechos fundamentales a esta población, lo que se ve reflejado en la realidad es el incumplimiento de los fines esenciales del Estado, es por eso que el ACNUR se pronuncia al respecto y concluye en su informe realizado a la política pública (2002-2004) que la revisión de formulación de políticas y acciones que desarrollan diferentes instituciones en términos generales no poseen una estrategia integral de prevención del desplazamiento.

También la política de protección de la población en situación de desplazamiento interno forzado, está incluida en los principales derechos que el Estado debe proteger y garantizar, haciendo énfasis

en el Plan Nacional de Atención Integral a la población desplazada por la violencia, por lo tanto debe ser garantizado en todas sus fases, desde la atención humanitaria de emergencia hasta la fase de estabilización socioeconómica, así mismo el primer elemento para garantizar el derecho de protección es que las quejas sean recibidas oportunamente por las entidades del ministerio público, segundo garantizar el derecho de protección, del cual se constituye a nuestro juicio la inclusión en el Sistema Único de Registro por parte de la agencia presidencial para la acción social hoy Departamento Administrativo para la prosperidad social y el Sistema Único de Registro conocido como el RUV (Registro Único de Víctimas), una vez se valora la declaración, tercero la política de protección, constituye a su vez un Derecho fundamental de Información, cuarto la política de protección, enmarca la existencia de un enfoque diferencial poblacional (Genero, edad, etnia) que oriente la ejecución de las acciones de asistencia humanitaria y, un quinto elemento muy importante en la política es la protección de líderes de población desplazadas y de personas internamente desplazadas amenazadas. Fuente electrónica en: <http://rni.unidadvictimas.gov.co/RUV>

Tomando como referencia el observatorio realizado por la ACNUR (2004) y los parámetros para la evaluación de la Política pública de vivienda en la atención de población desplazada por la violencia, se presentan los avances, limitaciones y dificultades en el acceso a la vivienda bajo los siguientes parámetros: las personas internamente desplazadas tienen derecho a un nivel de vida y a una vivienda adecuada, los programas de vivienda deben plantear costos razonables complementados con esquemas de subsidios, las soluciones de vivienda deben tener condiciones mínimas de habitabilidad y la posibilidad de acceder a otros servicios, la implementación de las políticas de vivienda deben ser oportunas, los programas deben garantizar la seguridad jurídica de la tenencia, las viviendas deben ser adecuadas culturalmente, el Derecho a una vivienda adecuada, se aplica a todas las personas y familias internamente desplazadas, sin ninguna forma de discriminación, garantizando la igualdad de acce-

so, la propiedad y las posesiones de las personas desplazadas disfrutarán de protección en toda circunstancia, las personas internamente desplazadas tienen derecho a programa de vivienda especiales.

De acuerdo al ACNUR el observatorio no conoce un estudio de déficit y condiciones de la vivienda para población desplazada en la región del Magdalena, lo cual dificulta conocer el impacto en términos de cobertura de la política de subsidios para el acceso a una vivienda digna; sin embargo la información cualitativa le permite afirmar que en términos de acceso al subsidio la cobertura ha sido baja, según las necesidades manifestadas por los líderes de los diferentes municipios que participan en la mesa (Parra, 2005).

De igual importancia el proyecto de ley 100 mil viviendas gratis “por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano, el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones” determina una rectificación al modelo social de la vivienda en Colombia; de acuerdo con la revista Caliescribe (2012, p. 2) se conoce que:

El problema social en Colombia con relación a la vivienda digna, presenta un déficit cuantitativo de 1.200.000 unidades, con un crecimiento del déficit anual de 285.000 hogares nuevos, un crecimiento anual de la inconformidad de 140.000 familias, para lo cual se crea el Plan de Desarrollo 2010-2014, por ende se promueve la construcción de 500.000 viviendas nuevas, cabe resaltar que la gratuidad de estas viviendas no hizo parte del plan de desarrollo prosperidad para todos, ni del programa de gobierno

Por lo tanto, se concluye que no se está garantizando el cumplimiento de los fines esenciales del Estado social de Derecho como tampoco el goce efectivo de los derechos fundamentales a la población desplazada, especialmente el acceso a una vivienda digna ya que es una población que goza de una especial protección constitucional.

Este proyecto ley de vivienda propone realizar 100 mil viviendas gratis, dirigida a los pobres más pobres, propone “mantener el modelo social de la gratuidad de la vivienda, para con el aporte de la

mano de obra de los beneficiarios, mediante la auto-urbanización y auto-construcción, dirigida para los programas, de VIP (Vivienda de Interés Prioritario), de tal manera que se mejore la calidad de vivienda que entrega el estado a unos costos irrazonables” (Caliescribe, 2012, p. 2).

Hacer más expedito el instrumento legal de la enajenación forzosa de terrenos por utilidad pública de los programas de VIP (vivienda de interés prioritario), finalmente de acuerdo la revista Caliescribe una propuesta no populista, se debe a) construir mínimo 140.000 VIP (vivienda de interés prioritario), anuales gratuitas para derrotar el crecimiento de la informalidad, b) construir mínimo un 5% anual del déficit, es decir 240.000 VIS (vivienda de interés social) en los 4 años, que es lo mínimo que se debe exigir para que haya una mediana planeación de la vivienda en Colombia Caliescribe (2012, p. 2).

Es importante una audiencia pública con derecho de palabra a los ciudadanos para que expongan sus criterios. Y que las notas y recomendaciones escritas en la revista sirvan para mejorar el proyecto de ley en mención, porque como está, solo representa un programa “asistencialista barato” y una mayor frustración para los colombianos. Al cierre del 2016 se sugiere revisar nuevamente ese proyecto de ley.

Marco jurídico

Tabla normativa

- Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 51. Derecho a la vivienda digna.
- Ley 387 de 1997. Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia.
- Ley 1448 del 2011. Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación

Integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

- Ley 1001 del 2005. Por medio de la cual se adoptan medidas respecto a la cartera del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, en Liquidación, y se dictan otras disposiciones.
- Ley 3 de 1991. Por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1151 del 2007. Por la cual se expide el plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.
- Decreto 2675 del 2005, artículo 5. Por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 951 de 2001 en lo relacionado con el subsidio familiar de vivienda de interés social rural para la población desplazada por la violencia. El ministro del interior y justicia delegatario de las funciones presidenciales de conformidad con el Decreto 2635 del 1 de Agosto de 2005, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la constitución Política y en desarrollo de lo previsto en las Leyes 3a de 1991, 387 de 1997.
- Decreto 4429 del 2005, artículo 5,7. Por el cual se modifican los Decretos 975 de 2004, 3169 de 2004, 3111 de 2004, y 1526 de 2005, y se establecen los criterios especiales a los que se sujetara el otorgamiento de subsidios familiares de vivienda de interés social con cargo a los recursos de la Bolsa Única Nacional, y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 975 del 2004, artículo 5,7. Por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 49 de 1990, 3 de 1991, 388 de 1997, 456 de 1999, 789 de 2002 y 812 de 2003 en relación con el subsidio familiar de vivienda de interés Social en dinero para áreas urbanas.
- Decreto 555 del 2003, artículo 1. Por el cual se crea el Fondo nacional de Vivienda FONVIVIENDA:

- Auto 008 del 2009, de seguimiento de la sentencia T-025 del 2004.
- Auto 219 del 2011, de seguimiento de la sentencia T-025 del 2004.

Tabla jurisprudencial

- Corte Constitucional. Sentencia T- 025/04. * Corte Constitucional. Sentencia T- 003/12
- Corte Constitucional. Sentencia T- 119/12. * Corte Constitucional. Sentencia T- 141/12
- Corte Constitucional. Sentencia T- 185/12. * Corte Constitucional. Sentencia T- 245/12
- Corte Constitucional. Sentencia T- 706/11. * Corte Constitucional. Sentencia T- 264/12
- Corte Constitucional. Auto de seguimiento 008/09 y 219/11, seguimiento de la sentencia T-025/04.

Fundamentación metodológica

Es una investigación de enfoque mixto, diseño documental, nivel descriptivo, cuya metodología para D'ancona (1998), es un método de investigación basado en los principios metodológicos del positivismo y neopositivismo y que adhiere al desarrollo de estándares de diseño estrictos antes de iniciar la investigación. El objetivo de este tipo de investigación es el de estudiar las propiedades y fenómenos cuantitativos y sus relaciones para proporcionar la manera de establecer, formular, fortalecer y revisar la teoría existente. La investigación cuantitativa desarrolla y emplea modelos matemáticas, teorías e hipótesis que competen a los fenómenos naturales.

Por otra parte, para Fernández y Pértegas (2002), la investigación cuantitativa es aquella que trata de determinar la fuerza de asociación o correlación entre variables la generalización y la objetivación de los resultados a través de una muestra para ser inferencias a una población de la cual toda muestra procede. En este caso en particular la población muestra son personas en condición de despla-

zamamiento forzado que acuden al programa de asistencia legal de la Universidad Simón Bolívar-Extensión Cúcuta.

Diseño de la investigación: documental, la información que sustenta la investigación surge del contacto de fuentes primarias y secundarias, las cuales son el resultado del abordaje directo con la realidad empírica, por lo que las técnicas utilizadas tanto en la recolección de información como en el procesamiento de datos, fueron cuantitativas y cualitativas, teniendo como criterios, para ello, los objetivos de la evaluación, los objetos y variables de la evaluación y el diseño metodológico básico (Correa, Puerta y Restrepo, 2002) mediante las siguientes etapas en el proceso investigativo: Base de datos ánfora, diseño de instrumento, aplicación de instrumento, ficha de análisis jurisprudencial (Olano, 2005).

En cuanto a las técnicas e instrumentos para la recolección de la información, siguiendo a Vergel (1997) tiene relación con el procedimiento, condiciones y lugar de recolección de datos, dependiendo de las distintas fuentes de información tanto primaria como secundaria.

En primer lugar se tomaron 9 sentencias de la corte constitucional de manera aleatoria en materia de vivienda y se les realizó un análisis de acuerdo a la ficha de sentencias constitucionales de Olano (2005). El análisis de las sentencias se realizó, relacionando cada una de las providencias de la corte constitucional que contenían igualdad de materia y asuntos tratados dentro de la misma, del mismo modo se relacionaron con cada uno de los derechos litigiosos recepcionados por el programa ALPOSD, consagrados en la base de datos ANFORA.

En segundo lugar, la información se obtuvo determinando mediante un análisis de comparación cómo se aplicaba el conjunto normativo identificado en el análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional, frente a la política pública en materia de vivienda en el municipio de Cúcuta. El análisis consistió en relacionar las diferentes sentencias de la corte constitucional analizadas con sus respectivos criterios y lineamientos identificados en cada una de las sentencias,

concerniente al derecho a la vivienda digna frente a la política pública en materia de vivienda del municipio de Cúcuta.

En tercer lugar, se tomó el 8,8% de los derechos de petición de subsidio de vivienda registrados en la plataforma de ANFORA y luego se le aplicaron a las 48 personas tomadas como población muestra, que accedieron al goce efectivo del derecho a la vivienda digna una encuesta, que se plasmó en una base de datos, del cual se realizó un seguimiento por vía telefónica. El análisis se realizó, encuestando a cada una de las personas que a través del programa ALPOSD, de la universidad Simón Bolívar-extensión Cúcuta, solicitaron subsidio de vivienda, a su vez se cuantifico el número de personas que accedieron al subsidio y el grado de cumplimiento de la política pública en materia de vivienda en el municipio de Cúcuta.

Para ello se utilizó una escala de Likert con las categorías: excelente, muy buena, buena, regular y mala. Las opciones de respuesta de cada pregunta obtuvieron un valor descendente de 5 a 1 respectivamente.

Teniendo en cuenta lo que dice Cerda (2008, p. 300) “una muestra es una parte de un colectivo llamado población universo, seleccionado con la finalidad de describir aquel con cierto grado de precisión”. Por lo que para este estudio se toma una muestra finita de 48 personas representado en: 48 derechos litigiosos registrados en la base de datos ANFORA, solicitando el subsidio de vivienda, atendidas por ALPOSD junto con 9 sentencias emitidas por la Corte constitucional en materia de vivienda, durante tres semestres.

La muestra es intencional, toda vez que el universo de estudio se caracteriza por tratar el 10% de las solicitudes en materia de subsidio de vivienda realizadas al programa de asistencia legal a población en situación de desplazamiento de la universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, los cuales se encuentran registrados en plataforma ANFORA quinientos sesenta y seis derechos litigiosos, extractando únicamente los de vivienda digna para un total de 54 derechos litigiosos solicitando subsidio de vivienda, y tomando como objeto de estudio una

muestra de 48 personas que han solicitado información y mediante derechos de petición y tutelas el subsidio de vivienda digna.

Resultados obtenidos utilizando las fichas de análisis jurisprudencial

Con respecto al objetivo 1: Identificar el conjunto de normas establecidas por la jurisprudencia de la corte constitucional frente a la situación del derecho a la vivienda digna en personas víctimas del desplazamiento forzado. Los resultados obtenidos se muestran en el Cuadro 1.

La corte se pronunció y ordenó dejar sin efectos el auto antes nombrado ya que esta población goza de una especial protección constitucional, como consecuencia de ello la corte Constitucional creo la siguiente regla o normatividad para la aplicación de este mismo Derecho: Las personas en situación de desplazamiento que hayan recibido una ayuda de vivienda antes del desplazamiento tienen derecho a solicitar nuevamente el beneficio del subsidio de vivienda otorgado mediante FONVIVIENDA por ser víctimas del conflicto armado y el Estado está en la obligación de garantizar el goce efectivo del acceso al Derecho fundamental con relación a la vivienda digna (Cuadro 2).

Como consecuencia de lo planteado la corte crea la siguiente regla o normatividad, que mediante la protección de los derechos fundamentales en relación con la vivienda Digna, la competencia del juez es reivindicada por constitucionalidad con fundamento en el criterio de la conexidad, en desarrollo del cual se estableció que los derechos denominados *de segunda generación* podían ser amparados directamente por vía de tutela cuando se lograra demostrar un nexo inescindible entre éstos y un derecho fundamental en atención a las circunstancias del caso concreto (Cuadro 3).

La corte se pronunció, el Banco no podía en este caso, con arreglo a los argumentos que expuso durante el proceso, detener el trámite de entrega efectiva de los dineros correspondientes al crédito hipotecario. Por consiguiente, a juicio de la corte constitucional, una

Cuadro 1. Sentencia T-003/12

Sentencia	Demanda a:	Causa	Resolución	Caso	Situación	Razón
T- 003/12	Fonvivienda	Negación adjudicación del subsidio de vivienda	602/ 08	Luz Marina López Herrera	Población en situación de desplazamiento	Ayuda de subsidio de vivienda antes que se produjera el desplazamiento. No podía solicitar los beneficios del Estado, siendo ésta víctima del conflicto armado

Fuente: Plataforma Ánfora.

Cuadro 2. Sentencia T-141/12

Sentencia	Demanda a:	Causa	Situación	Decisión de la corte
T-141/12	La corporación autónoma regional del magdalena y a la alcaldía	Degradación de los sedimentos para la recuperación de la cuenca del río dejando así a las familias accionantes sin una vivienda y sin ningún tipo de garantía para el acceso a la misma	Familias desplazadas.	La corte ordena a la alcaldía que en menos de 48 horas les garantice el acceso a una vivienda de forma temporal, hasta que cese el riesgo ocasionado por el debilitamiento de los taludes del río Manzanares.

Fuente: Plataforma Ánfora.

entidad bancaria viola el derecho a la vivienda digna de un sujeto de especial protección constitucional, cuando resuelve congelar el procedimiento de entrega de un crédito hipotecario, si el dinero proveniente de este último es necesario para la adquisición de una vivienda en condiciones realmente dignas. Con todo, en esta oportunidad se da un hecho que si bien no es determinante para el sentido de la decisión, sí refuerza la conclusión de la corte en el sentido de que la negativa del banco fue injustificada. Ese hecho es que la demandante presentó en más de una ocasión un reporte de paz y salvo de la deuda por la cual tenía un registro adverso y a pesar de ello el Banco se abstuvo de seguir adelante con el trámite correspondiente para el desembolso de los dineros asociados al crédito.

La corte crea la siguiente regla o normatividad para la aplicación de este mismo derecho: estableció procedente la acción de Tutela interpuesta por la madre cabeza de familia desplazada por la violencia en contra del Banco agrario, por tratarse de un hecho superado, de lo cual esta acción no procedía por lo establecido en la sentencia T-268 del 2008 (Cuadro 4).

La corte no manifestó ningún tipo de solución aun cuando estableció procedente la acción de tutela para proteger el derecho a la vivienda digna de la población desplazada; en cuanto existen derechos fundamentales cuyos titulares son la población desplazada y que la jurisprudencia ha entendido que pueden ser protegidos mediante la acción de tutela, dadas sus condiciones particulares de vulnerabilidad. En este sentido, la jurisprudencia ha encontrado que dentro de los derechos fundamentales que le son vulnerados en forma masiva y sistemática a la población desplazada, se encuentra el derecho a la vivienda digna, en tanto “tienen que abandonar sus propios hogares o lugares habituales de residencia y someterse a condiciones inapropiadas de alojamiento en los lugares hacia donde se desplazan, cuando pueden conseguirlos y si no tienen que vivir a la intemperie, con base a lo expuesto, cuando una persona desplazada interpone una acción de tutela, su estudio debe ser matizado dada las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra (Cuadro 5).

Cuadro 3. Sentencia T-185/12

Sentencia	Demanda	Causa	Resolución	Accionante	Razón
T-185/12	Al banco agrario	Negar el préstamo del dinero restante para acceder a la vivienda	T-268 /8	Madre cabeza de familia y en situación de desplazamiento	FONVIVIENDA le había concedido una parte del subsidio, debido a esto el banco le negó el crédito a la accionante manifestando que se encontraba inscrita en el CIFIN

Fuente: Plataforma Ánfora.

Cuadro 4. Sentencia T-245/12

Sentencia	Demanda a	Causa	Accionante	Razón
T-245/12	Acción de tutela contra Fonvivienda	Vulnerar sus derechos fundamentales a la vivienda digna, a la igualdad y al mínimo vital, por no otorgarle el subsidio de vivienda familiar a pesar de encontrarse “calificada” para acceder al mismo.	Nueve familias	Tienen el estado calificado pero aún no han sido beneficiarios ni han accedido al goce efectivo del derecho a la vivienda digna.

Fuente: Plataforma Ánfora.

Cuadro 5. Sentencia T-706/11

Sentencia	Demanda a	Causa	Accionante	Razón
T-706/11	La agencia presidencial para la acción social y la corporación internacional- el ministerio de ambiente-vivienda y desarrollo territorial, Fonvivienda	Violación de los derechos fundamentales, al debido proceso, dignidad humana, igualdad y vivienda digna.	familia en situación de desplazamiento y el cabeza de familia persona discapacitada	Se postuló ante Fonvivienda para obtener un subsidio de vivienda de interés social. Fonvivienda rechazó su solicitud, debido a que él aparece registrado como poseedor de un bien inmueble en el corregimiento Gaitana, del municipio de Planadas (Tolima), de donde fue desplazado junto con su familia.

Fuente: Plataforma Ánfora.

La corte ha reiterado lo siguiente: “La sala aprecia que, en principio, todas las personas y familias desplazadas por la violencia han de recibir un trato igual por las autoridades que les brindan especial protección, por lo cual es legítimo que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial –o, concretamente, FONVIVIENDA– se esfuere por respetar un determinado orden en la asignación de los subsidios de vivienda. Sin embargo, dadas las especiales circunstancias en las que se encuentra el peticionario con su familia, y la condición de sujeto de protección constitucional altamente reforzada que ostenta su hija menor, es igualmente legítimo que en su caso se haga una excepción y, en atención a sus condiciones de vulnerabilidad extrema, se les otorgue prioridad en la asignación de los subsidios en cuestión. La corte estableció que una persona en situación de desplazamiento que haya dejado sus propiedades por causa del conflicto armado puede solicitar los beneficios que les otorga el estado, en este caso el subsidio de vivienda, aunque aparezca como propietario del bien inmueble abandonado del cual en cualquier momento puede la persona retornar, accediendo a lo establecido en la política pública de restitución de tierras (Cuadro 6).

Debido a la falta de asesoría adecuada muchos de los peticionarios solicitaron los auxilios para vivienda o para proyectos productivos, sin seguir el procedimiento formal y por esa razón les son negados, debiendo iniciar el procedimiento de nuevo luego de esperar meses la respuesta de las entidades.

- A las distintas solicitudes presentadas ante las entidades encargadas de atender a la población desplazada, los demandantes han recibido alguna de las siguientes respuestas como justificación para no conceder el beneficio al que aspiraban:
- Que existe un error en la solicitud o ausencia de postulación del peticionario para acceder al auxilio de vivienda;
- Que el programa de auxilios para vivienda se encuentra suspendido por falta de disponibilidad presupuestal;

Cuadro 6. Sentencia T-025/04

Sentencia	Demanda a	Causa	Accionante	Razón
T-025/04	La Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el Inurbe, el Incora y el SENA,	Los demandantes se postularon y presentaron su solicitud para acceder a los auxilios de vivienda y para obtener el capital semilla o la capacitación necesaria para iniciar un proyecto productivo.	Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña y Agripina María Núñez.	La respuesta se limita a informarles que no hay apropiación presupuestal suficiente para atender su solicitud, y que además, ésta se atenderá según el orden determinado por la entidad, sin que se les precise cuánto tiempo deberán esperar. Esa espera se ha prolongado hasta por casi dos años.

Fuente: Plataforma Ánfora.

- Que las peticiones serán respondidas en estricto orden de presentación y siempre que haya disponibilidad presupuestal;
- Que la política de auxilios para vivienda fue modificada por el gobierno nacional y transformada en una política de créditos para vivienda de interés social, y debe presentar una nueva solicitud ante las entidades encargadas de otorgar los créditos.

La corte constitucional manifestó lo siguiente:

- a. Los derechos fundamentales de los desplazados, contienen un nivel mínimo de protección. Existen ciertos derechos mínimos de la población desplazada que deben ser satisfechos en cualquier circunstancia por las autoridades a los desplazados, puesto que en ello se juega la subsistencia digna de las personas en esta situación.
- b. Se deben crear políticas públicas que garanticen el desarrollo y la protección de los derechos fundamentales de la población en situación de desplazamiento, así mismo declara el estado de cosas inconstitucional, de acuerdo a lo expresado en la ley 387 de 1997.

Teniendo en cuenta el primer objetivo planteado y el conjunto normativo identificado dentro del análisis jurisprudencial en lo referente al derecho a la vivienda digna, como resultado se obtuvo que la población en situación de desplazamiento gozan de una especial protección constitucional, puesto que el Estado debe cumplir con su posición de garante concediéndoles el acceso a una vivienda digna, mediante la información de las entidades competentes, de acuerdo a la ruta de acceso para que dicha población se acoja a los diferentes planes implementados por el estado, como lo es el caso de acceso a un subsidio de vivienda otorgado mediante la política pública en materia de vivienda.

Con respecto al objetivo 2: Determinar cómo se aplican las sentencias de la corte constitucional en relación con la vivienda para población desplazada atendida por el programa ALPOSD de la Universidad Simón Bolívar- Extensión Cúcuta. De acuerdo a la aplicación

del plan de análisis que se planteó, se obtuvo como resultados los siguientes:

Los autos 008/09 y el 219/ 11, que son los autos de seguimiento de la sentencia T- 025/04, nos manifiesta que una política pública en materia de vivienda debe garantizar el acceso al goce efectivo del derecho a la vivienda digna para la población desplazada y generar un impacto positivo en esa población en lo concerniente a la disminución del déficit de vivienda, las políticas públicas deben ser adecuadas, de acuerdo a las necesidades de la población en situación de desplazamiento, no se debe reflejar con ellas ningún tipo de deficiencia en el cumplimiento de las estrategias planteadas para dirimir el déficit de vivienda en población desplazada, y deben constar de idoneidad y eficacia en la aplicación de una política pública en materia de vivienda.

En función de ellos se establecen los siguientes aspectos:

En el municipio de Cúcuta no se cumple con lo estipulado por la corte constitucional, debido a que el mismo no cuenta con un documento que ostente la política pública en materia de vivienda, se apoyan en el plan de desarrollo municipal donde se enmarca el pilar de hábitat, y su descripción se adecua al contexto histórico en donde los griegos al término “oikos” de acuerdo al hábitat hacen referencia a casa, así mismo plantea un desarrollo armónico para mejorar la calidad de vida, productividad de la ciudad, del cual se complementa con el plan de desarrollo Cúcuta para grandes cosas, del mismo modo vivienda y hábitat se debe entender como un derecho de las personas donde el gobierno municipal tiene el compromiso de encauzar acciones para su garantía y goce, por lo que el concepto de vivienda digna está inmerso conjuntamente con el hábitat y la dignidad humana. No obstante manifiestan unas propuestas a cumplir sin tener un documento que ostente la política pública en materia de vivienda del municipio de Cúcuta, tales como:

1. Establecer las políticas de gestión de vivienda para el área urbana y rural del municipio.

2. Implementar herramientas jurídicas y técnicas para el desarrollo integral de los asentamientos humanos.
3. Estrategias que faciliten el acceso a la población desplazada a viviendas dignas.

De tal manera que se establecen por objetivos promover, fomentar, y rediseñar los espacios de construcción de acuerdo al concepto holístico de hábitat dentro del marco de la política pública de vivienda del municipio. En consecuencia a lo anterior se da por demostrado que Cúcuta no cuenta con una política pública en materia de vivienda, por consiguiente a la población desplazada se les ve vulnerados sus derechos fundamentales, en este caso el del acceso a una vivienda digna.

Con respecto al objetivo 3: Cuantificar de acuerdo a la base de datos ANFORA (Plataforma Electrónica) cuantas personas atendidas en ALPOSD (Programa de Atención Legal a Población en Situación de Desplazamiento) del consultorio Jurídico de la Universidad Simón Bolívar, han accedido al goce efectivo de derechos en relación con vivienda digna.

Se dio cumplimiento al tercer objetivo mediante la aplicación de la técnica, encuesta con un cuestionario de respuesta cerrada, y escala de Likert (categorías: excelente, muy buena, buena, regular y mala) se cuantificó el número de personas que han accedido al goce efectivo con relación al Derecho de la vivienda digna, se obtuvo los siguientes resultados por preguntas:

1. En cuanto a los beneficios otorgados por el Estado con relación a viviendas para la población desplazada, un 63% de dichas personas consideran mala la gestión, por tanto a través del programa “ALPOSD” de la Universidad Simón Bolívar-extensión Cúcuta, han solicitado información, mediante derechos de petición y tutelas para el subsidio de vivienda (Gráfico 1).
2. Con relación a la información que les proporciona los medios de comunicación tales como: la radio, la televisión, la prensa, en planes implementados en materia de vivienda para la población des-

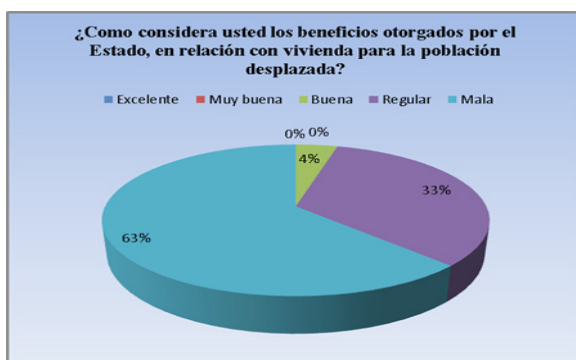


Gráfico 1. Respuesta 1.

plazada, un 44% de las personas en situación de desplazamiento encuestadas dicen que es **regular** la información (Gráfico 2).



Gráfico 2. Respuesta 2.

3. Referente a las oportunidades brindadas por el Estado para el acceso a la vivienda, un 73% de las personas en situación de desplazamiento encuestadas dicen que son **regulares** (Gráfico 3).
4. En cuanto a la protección brindada por el Estado a la población desplazada con relación al Derecho a la vivienda Digna, un 67% considera que es **mala** (Gráfico 4).
5. La política pública en materia de vivienda Digna en el municipio de Cúcuta es considerada como **mala**, por un 63% de las personas en situación de desplazamiento encuestadas (Gráfico 5).



Gráfico 3. Respuesta 3.

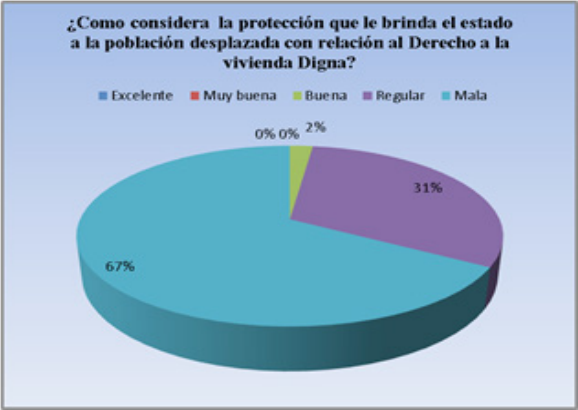


Gráfico 4. Respuesta 4.

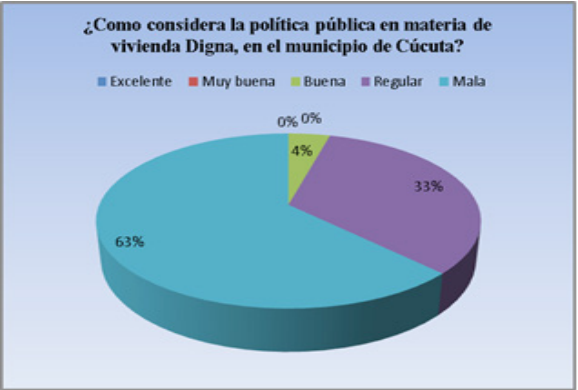


Gráfico 5. Respuesta 5.

6. La aplicación de la política pública en materia de vivienda Digna en el municipio de Cúcuta es considerada como **mala**, por un 85% de las personas en situación de desplazamiento encuestadas.

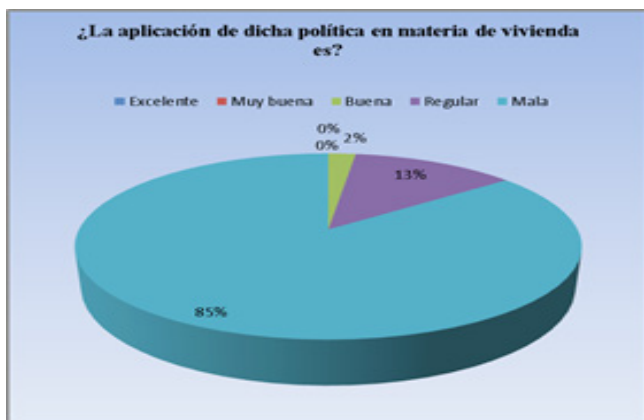


Gráfico 6. Respuesta 6.

7. En cuanto a las estrategias creadas por el gobierno para hacer efectivo el acceso a la vivienda por población desplazada en Cúcuta, el 81% de las personas en situación de desplazamiento encuestadas, dicen que es **regular**.



Gráfico 7. Respuesta 7.

8. Con relación a las rutas de acceso a la vivienda digna por las personas en situación de desplazamiento encuestadas, un 55% consideran que son **malas**.

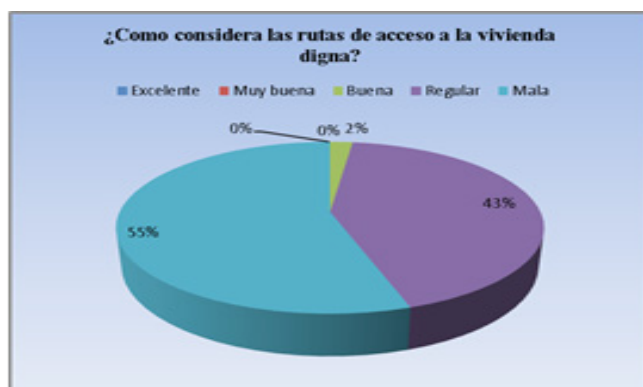


Gráfico 8. Respuesta 8.

9. Referente a los planes implementados por el Estado para garantizar el goce efectivo del derecho a la vivienda digna un 64% de las personas en situación de desplazamiento encuestadas, consideran que son **regulares**.

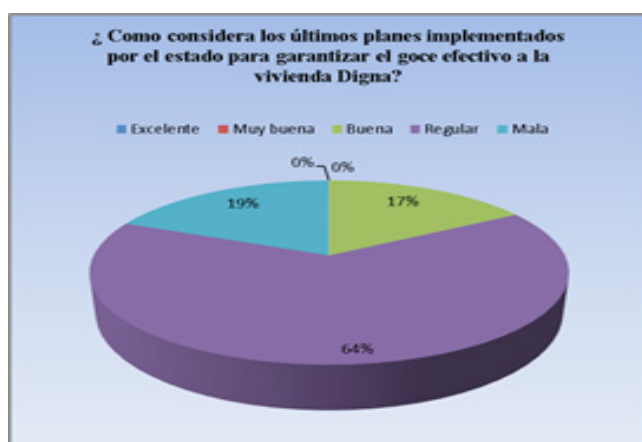


Gráfico 9. Respuesta 9.

10. Con relación a la ayuda proporcionada por el Estado a través de la política pública en materia de vivienda un 85% de las personas en situación de desplazamiento encuestadas la consideran **mala**.



Gráfico 10. Respuesta 10.

11. En cuanto a los beneficios recibidos a través de los planes del gobierno en materia de vivienda Digna un 90% de las personas en situación de desplazamiento encuestadas los consideran como **malos**.

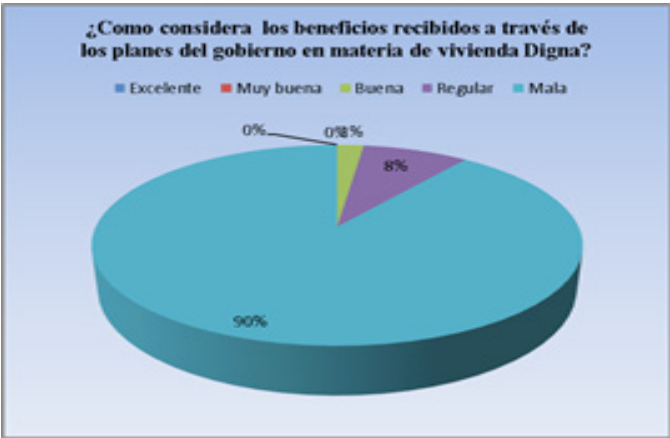


Gráfico 11. Respuesta 11.

Resultados de la encuesta sobre el número de personas que han accedido al goce efectivo con relación a la vivienda digna, y que en función de los resultados fueron atendidas por el programa ALPOSD. Para efectos de esta investigación, seleccionadas al azar

Los resultados de las preguntas realizadas conforme a si las personas habían accedido al goce efectivo del derecho a la vivienda digna, en cuanto: a) si habían sido beneficiados, b) si se encontraban en estado calificado o el subsidio estaba en trámite. Con relación a estas dos premisas se detectó lo siguiente:

1. Un 98% de las personas en situación de desplazamiento encuestadas **NO** habían sido beneficiarias del acceso a una vivienda digna.
2. Un 79% de las personas en situación de desplazamiento encuestadas **NO** se encontraban en un estado calificado para acceder al subsidio de vivienda.
3. Un 98% de las personas en situación de desplazamiento encuestadas **NO** se encontraban en trámite para acceder al subsidio de vivienda digna.

“Necesariamente hay que priorizar, deben ser las familias que lo perdieron todo en la ola invernal, los desplazados y quienes están en el nivel 1 del Sisbén, personas de la tercera edad, mujeres cabezas de familia y a los discapacitados” Caliescribe (2012, p.4) a los que se debería beneficiar primeramente con el programa de viviendas dignas por las razones antes expuestas.

Discusión de los resultados

La Constitución Política de 1991, establece que Colombia es un estado social de Derecho, fundado en el respeto por la dignidad humana, en su artículo 51 protegió el acceso del derecho a la vivienda Digna, del cual dice que “Todos los colombianos tienen derecho a una vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas

asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”, así mismo la sentencia T-530 del 2011 dice que “ el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad, debe considerarse más bien como el Derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte” (PIDESC).

En este sentido, la corte constitucional en su respectiva línea jurisprudencial, en lo atinente al derecho a la vivienda digna ha reiterado que la población en situación de desplazamiento goza de una especial protección constitucional ya que están expuestos a la vulneración sistemática de sus derechos fundamentales y el estado en la posición de garante debe brindarles el apoyo y la protección al goce efectivo del derecho a una vivienda digna, plasmado así mismo en el artículo 25 de la declaración universal de los derechos humanos de 1948, reconocido por primera vez a nivel internacional el Derecho a una vivienda digna.

De acuerdo con los resultados obtenidos en la investigación, la población en situación de desplazamiento sigue siendo foco de vulneración de derechos de manera sistemática, en lo relacionado con el acceso a una vivienda digna, lo cual afecta tanto a su núcleo familiar, como al derecho fundamental de la dignidad humana y con ello el derecho de ciudad, así que lo reiterado en la línea jurisprudencial de la corte constitucional de aquello de especial protección constitucional no se evidencia en la población objeto de estudio.

Los resultados demostrados en la investigación revelan cómo se le vulnera el acceso a la vivienda digna a la población desplazada, por ejemplo, las personas identificadas con el caso planteado en la sentencia T-245/12, en el cual FONVIVIENDA no le otorga subsidio de vivienda a una familia desplazada estando está en estado calificado.

En la sentencia T-025/04 se refleja la inoperancia del precedente jurisprudencial en lo atinente al derecho de la vivienda digna, debido a que de las 48 personas desplazadas objeto de estudio, 39 se identifican con las diferentes respuestas que se desarrollan por parte de

las entidades competentes en caso de brindar una solución al acceso de una vivienda, respuestas de las cuales la corte constitucional dejó sin efectos jurídicos. En la mayoría de las peticiones solicitadas por la población en situación de desplazamiento les niegan el acceso manifestándoles las siguientes respuestas:

1. Existe un error en la solicitud o ausencia de postulación del petionario para acceder al auxilio de vivienda.
2. El programa de auxilios para vivienda se encuentra suspendido por falta de disponibilidad presupuestal.
3. Las peticiones serán respondidas en estricto orden de presentación y siempre que haya disponibilidad presupuestal.
4. La política de auxilios para vivienda fue modificada por el gobierno nacional y transformada en una política de créditos para vivienda de interés social, y debe presentar una nueva solicitud ante las entidades encargadas de otorgar los créditos.

Ante las respuestas esgrimidas por las entidades competentes los accionantes interponen acción de tutela apoyados por el programa ALPOSD con alguna o varias de las siguientes pretensiones:

1. Que se materialicen las ayudas para la estabilización económica, vivienda, reubicación, proyectos productivos, acceso a educación para los hijos.
2. Que el ministerio de hacienda desembolse los dineros necesarios para adelantar los programas de vivienda y proyectos productivos.
3. Que las entidades territoriales, dentro de su disponibilidad presupuestal, contribuyan a los planes de provisión de vivienda para la población desplazada.

Los resultados obtenidos en la investigación dejan ver el incumplimiento del postulado de la corte constitucional en su respectiva línea Jurisprudencial, en que la población en situación de desplazamiento gozan de una especial protección constitucional, pues en la realidad dista mucho de lo preceptuado en la carta magna, lo que indica que al no ejercer su pleno cumplimiento vulnera sus Derechos

fundamentales como lo es el acceso a una vivienda digna y con ello el derecho fundamental de la dignidad humana, de igual forma no se le da aplicación a la teoría de Cortina (1993), en donde manifiesta que ese “modo de ser” y hacer del que los humanos se van apropiando a lo largo de la vida constituye los hábitos, reflejo de costumbres que pueden ser referidas a virtudes o valores en sí (postura deontológica) o al juicio sobre la bondad de las acciones, tomando en cuenta sus consecuencias (postura consecuencia lista). En cualquier caso, el *ethos* es el fundamento de la praxis y el entro de donde brotan los actos humanos (Cortina, 1993).

La ley 387 de 1997 establece que a las personas en situación de desplazamiento se les debe garantizar el acceso a la vivienda digna y así mismo señala que son sujetos que ostentan una especial protección constitucional, de lo cual se puede concluir que la población en situación de desplazamiento no son las principales beneficiarias de los subsidios de vivienda, ya que manifestaron una inconformidad con los planes implementados por el Estado para brindarle una solución a su problemática.

Al no ser garantizado el acceso a la vivienda digna, se ve vulnerado este Derecho y con ello en conexidad el de la dignidad humana por lo que el teórico Emmanuel Kant, lo define como un valor de medios el cual es ampliamente desarrollado por Papacchini (1997), según el cual los seres humanos, no tienen precio ni valor relativo sino valor interno. De lo anterior se concibe que no se da cumplimiento a lo estipulado en nuestra constitución política en la que se funda el Estado social de derecho, por lo que se vulnera el derecho fundamental innominado en el preámbulo de nuestra carta política, de lo cual hace referencia a la dignidad humana, a causa de que no se les ofrece ninguna garantía plena a esta población en situación de desplazamiento; encontrándose ante la ausencia de una política pública capaz de desarrollar adecuadamente el derecho a la vivienda digna. En consecuencia se refleja la incapacidad del Estado para ejercer de manera eficaz la posición de garante, con relación a la protección de derechos fundamentales.

Conclusiones

Para el éxito del cumplimiento de lo preceptuado en la carta magna, con relación a los principios fundamentales en los que se funda el Estado social de derecho, como lo es ejerciendo la posición de garante en lo atinente al derecho de una vivienda Digna, se hace necesario analizar lo que plantea Emanuel Kant y Papacchini (1997, p.10): “La dignidad humana es un valor de medios, la persona por el contrario es de sí misma un fin” donde resulta llamativo la idea fuerte de que la humanidad constituye un fin en sí y por lo tanto no se puede optar a la manipulación ni a la instrumentalización, no podemos tratar a las demás personas como medios de nuestros fines de poder o placer, debido a que cada ser humano posee en sí mismo su propia finalidad.

El derecho a la vivienda digna en el Municipio de Cúcuta del departamento Norte de Santander, no cuenta con unas garantías claras por parte del Estado en pro de la protección de los derechos fundamentales, debido a que la ciudad de Cúcuta no cuenta con una política pública en materia de vivienda que garantice el acceso efectivo a tan mencionado derecho, sin embargo el Estado en su afán de cumplir con esa posición de garante ha propuesto mediante la expedición de la Ley 387 de 1997 la creación de políticas públicas que garanticen de manera inmediata y eficaz el acceso a una vivienda digna, lo cual dista mucho de la realidad cotidiana puesto que los resultados de la investigación arrojaron que un 79% de las personas no se encuentran en Estado calificado, un 98% no han sido beneficiarias del acceso a una vivienda digna y un 98% no se encuentran en trámite para recibir un subsidio de vivienda.

Por lo que se concluye que solo una persona de 48 ha sido beneficiada en el acceso a una vivienda digna, quedando reflejada la incapacidad del Estado para ejercer su posición de garante, conllevando con ello a la desintegración de los núcleos familiares sumergiendo así a la ciudad de Cúcuta en un lento desarrollo urbano al no contar con una política pública verdadera y eficiente en materia de vivienda.

Dadas las condiciones de vulnerabilidad de la población desplazada, personas que están especialmente protegidas por la Constitución (mujeres cabeza de familia, menores de edad, minorías étnicas y personas de la tercera edad), la exigencia de presentar directamente o a través de abogado las acciones de tutela para la protección de sus derechos, resulta excesivamente onerosa para estas personas (Sentencia T-025/04). Es por ello que la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, creó el Programa de Atención Legal a Población en Situación de Desplazamiento (ALPOSD), el cual ha estado prestando ayuda a la población desplazada en la defensa de sus derechos actuando como agentes oficiosos de los desplazados de manera gratuita.

Referencias

- ACNUR-USAID. (2004). Desplazamiento y políticas públicas de restablecimiento en Colombia. Análisis y recomendaciones. Memorias del seminario internacional “análisis de experiencias en restablecimiento de la población en situación de desplazamiento” presidencia de la República, 2004, p 68.
- Caliescribe. (2012) 100 mil Viviendas Gratis. ¿Realidad? ¿Populismo? Revista virtual Semanal- Edición 53 Especial del 7 al 13 de Mayo del 2012. En: www.caliescribe.com <http://caliescribe.com/PDF/RevistaCaliescribe-Edicion53-especial-05-2012.pdf>
- Castilla, B (2015). En torno a la fundamentación de la dignidad personal. Foro, Nueva época 18 (1): 61-80. ISSN 1698-5583. Consultado el 20 de octubre de 2016.
- Cerda, H. (2008). Los elementos de la investigación. Bogotá, Colombia: Editorial el Buho.
- Colombia, Corte Constitucional (2011). Sentencia T-530. Derecho fundamental a la vivienda digna o adecuada-elementos de asequibilidad y habitabilidad. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-530-11.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2003). Sentencia C-936. Derecho a la vivienda digna-Derechos específicos para el Estado. Magistrado Ponente

te: Dr. Eduardo Montealegre Lynett Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-936-03.htm>

Colombia, Congreso de la República. (1997, 18 de julio). Ley 387. Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia. Diario oficial

Constitución Política de Colombia (1991). En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, decreta, sanciona y promulga la Constitución Política de Colombia. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

De los Derechos Humanos. (1948) Declaración Universal. “Organización de las Naciones Unidas.” Asamblea General del 10-1948.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 173 (1998 enero 26). Por el cual se adopta el plan nacional para la atención integral a la población desplazada por la violencia” (Nota: derogado por el decreto 250 de 2005 artículo 4° del ministerio del interior y de justicia).

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 501 (1998 marzo 13) por el cual se establece la organización y funcionamiento del fondo nacional para la atención integral a la población desplazada por la violencia y se dictan otras disposiciones. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1322>

Colombia, Presidencia de la República. Decreto número 2569 (2000 12 de diciembre) por el cual se reglamenta parcialmente la ley 387 de 1997 y se dictan otras disposiciones Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1444>

Colombia, Presidencia de la República. Decreto número 951 (2001 Mayo 24). Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 3ª de 1991 y 387 de 1997, en lo relacionado con la vivienda y el subsidio de vivienda para la población desplazada. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5264>

Colombia, Presidencia de la República. Decreto Reglamentario 4800 (2011, 20 DE Diciembre). Por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se

dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48280 del 20 de diciembre de 2011.

Colombia, Presidencia de la República. Ley 1001 (2005 diciembre 30) por medio de la cual se adoptan medidas respecto a la cartera del instituto nacional de vivienda de interés social y reforma urbana, inurbe, en liquidación, y se dictan otras disposiciones. Diario oficial no. 46.137 de 30 de diciembre de 2005

Colombia, Presidencia de la República. Ley 3 de 1991. Por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1164>

Colombia, Presidencia de la República. Ley 1151 del 2007 (Julio 24 Por la cual se expide el plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25932>

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 2675 (2005), artículo 5. Por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 951 de 2001 en lo relacionado con el subsidio familiar de Vivienda de Interés Social Rural para la Población Desplazada por la violencia. Previsto en las Leyes 3a de 1991, 387 de 1997. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17284>

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 4429 (2005, noviembre 28), artículo 5,7. Por el cual se modifican los Decretos 975 de 2004, 3169 de 2004, 3111 de 2004, y 1526 de 2005, y se establecen los criterios especiales a los que se sujetara el otorgamiento de subsidios familiares de vivienda de interés social con cargo a los recursos de la Bolsa Única Nacional, y se dictan otras disposiciones. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=18348>

Colombia, Presidencia de la República Decreto 555 (2003, marzo 10) artículo 1. Por el cual se crea el Fondo nacional de Vivienda FONVIVIENDA. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7555>

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 975 (2004, marzo 31) artículo 5,7. Por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 49 de 1990, 3 de 1991, 388 de 1997, 456 de 1999, 789 de 2002 y 812 de 2003 en re-

- lación con el subsidio familiar de vivienda de interés Social en dinero para áreas urbanas. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=12839>
- Colombia. Corte Constitucional (03 de marzo de 2004). Auto 008 (2009). Sentencia T-025 de 2004 (expediente T-653010 y acumulados). Acción de Tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo. Adela Polania Montaña, y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/A2004.php>
- Colombia. Corte Constitucional. (13 de octubre de 2011). Auto 219 del (2011), Sentencia T-025 de 2004. Seguimiento a las acciones adelantadas por el gobierno nacional para la superación del estado de cosas inconstitucional, declarado mediante sentencia T-025 de 2004. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 025/04. Agencia oficiosa en tutela-asociaciones de desplazados/agencia oficiosa en tutela-condiciones para que las asociaciones de desplazados interpongan la acción. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 119/12 (21 de febrero de 2012). Vivienda digna, protección a personas en situación de desplazamiento. Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva Recuperado de <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-371187866>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n° 185/12 (8 de Marzo de 2012). Protección de sus derechos fundamentales a la vivienda digna y a la vida. Ponente: María Victoria Calle Correa. Recuperado de <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-373534434>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-268/08. (11 de marzo de 2008). Defensoría referencia: expediente t-1779135. Acción de tutela. Bogotá, D.C.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-530/11(7 de julio 2011). Derecho a la vida y a una vivienda digna. Bogotá D.C

- Correa, S, Puerta, A. y Restrepo, B. (2002). Investigación Evaluativa. (Programa de especialización en Teoría, Métodos y Técnicas de Investigación Social. Bogotá: Editorial.
- Cortina, A. (1993). Moral dialógica y educación democrática. Ortega, P. y Saez, J. Educación y democracia. Caja Murcia. Murcia. Cortina, A. (1995). Ética sin moral. Tecnos. Madrid.
- D'ancona, C. (1998). Metodología cuantitativa. Estrategias y técnicas de investigación social.
- Fernández, P. & Pértegas Díaz, S. (2002). Investigación cuantitativa y cualitativa. Cad Aten Primaria, 9, 76-8.
- Galvís, F. (2009). El Derecho a una Vivienda Digna y adecuada en la Constitución, La Jurisprudencia y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Derechos Humanos, 240.
- Golay, Ch. (2007). El Derecho a la Vivienda un Derecho Humano Fundamental estipulado por la ONU y reconocido por tratados regionales y numerosas constituciones nacionales.. Una recolección del programa de Derechos Humanos del Centro de Europa, Tercer Mundo (CETIM) ONU, 64.
- Kothari, M. (2003). La privatización de los derechos humanos: el impacto de la globalización en el acceso a la vivienda, el agua y el saneamiento. Manual sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de Refugiados y Personas Desplazadas (2007). Aplicación de los "Principios Pinheiro".
- Olano, A (2006) El Derecho A La Vivienda Digna En Colombia. Revista Dikaion. Vol. 20, 015.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Las sumillas de los artículos no forman parte del texto original.)
- Papacchini, A. (1997). Los derechos humanos: un desafío a la violencia. Altamir Ediciones.

- Parra Ramirez, P. (2005). Ciudadanía y Población en Situación de Desplazamiento Interno Forzado en el Magdalena Medio. Magdalena Medio: Agencia de la ONU para los refugiados, UHCR, ACNUR.
- Pelé, A. (2005) Una aproximación al concepto de dignidad humana *Universitas: revista de filosofía, derecho y política*, N°. 1, 2004-2005. pp. 9-13.
- Registro único de victimas (RUV) en: <http://rni.unidadvictimas.gov.co/RUV>
- Toro, B. (2004). Una Ciudad Receptora de Inmigrantes y Desplazados con Graves Carencias en Materia de Recursos y de institucionalidad Para Garantizarles Sus Derechos. *Estudios Socio- Jurídicos*, 375
- Vergel, G. (1997). *Metodología: un manual para la elaboración de diseños y proyectos de investigación*. Barranquilla. Ediciones Unicosta.

Capítulo 8

Análisis al alcance de la reparación administrativa de la población discapacitada en ocasión al conflicto armado atendida por ALPOSD^{1*}

María Antonia Cuberos de Quintero²,

Marisela Vivas García³,

Dennis Mauricio Losada López⁴,

Andrés Fabián Maldonado Acuña⁵

*

Resumen

La investigación tuvo como objetivo general analizar el alcance de la reparación administrativa de las víctimas discapacitadas en razón al conflicto armado interno de conformidad con la ley 1448 de 2011, se fundamentó en principios metodológicos del positivismo y neopositivismo siguiendo el método cuantitativo descriptivo, se consideró como universo de estudio a la población discapacitada atendida por Atención Legal a Población en Situación de Desplazamiento (ALPOSD) en ocasión al conflicto armado, en la recolección de datos se empleó la encuesta aplicada a una muestra intencional de 32 víctimas discapacitadas residentes de la ciudad de Cúcuta. Como resultado se pudo observar que el Estado garantista de los derechos de las personas no está cumpliendo con la reparación administrativa a las víctimas que quedaron en situación de discapacidad del conflicto que vive el país, pues sus entidades no ofrecen a la víctimas solicitantes el trato indicado ante la prioridad plasmada en la ley, sus decretos reglamentarios y pronunciamientos de la corte en cuanto al tema de reparación y en especial

* Ver página siguiente.

- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: La investigación jurídica, socio jurídica y psicojurídica en la universidad Simón Bolívar sede Cúcuta: una mirada desde el ALPOSD. Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
- 2 Licenciada en educación e Ingeniero de Sistemas. Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Nacional Abierta-Venezuela. Doctor en Ciencias Gerenciales, Universidad Nacional Experimental Politécnica de la Fuerza Armada, Venezuela. Especialista en Sistemas de Información. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. Investigadora de la Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia. Contacto: m.cuberos@unisimonbolivar.edu.co
- 3 Licenciada en educación mención Ciencias biológicas. Universidad Católica Andrés Bello. Doctor en Innovaciones Educativas, Universidad Nacional Experimental Politécnica de la Fuerza Armada, Venezuela. Magíster en la Enseñanza de las Ciencias Básicas, Universidad Nacional Experimental del Táchira. Especialista en Evaluación Educacional, Universidad Valle del Momboy. Docente de la Universidad Católica del Táchira. Investigadora de la Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia. Contacto: m.vivas@unisimonbolivar.edu.co
- 4 Abogado, Universidad Simón Bolívar, Cúcuta. Contacto: dennislosada@hotmail.com
- 5 Abogado, Universidad Simón Bolívar, Cúcuta. Contacto: Andres_maldonado1793@hotmail.com

a las víctimas en situación de discapacidad, así el Estado y sus entidades son las principales responsables de la revictimización.

Palabras clave: Víctimas, reparación administrativa, conflicto armado, discapacidad.

Analysis of the Administrative Repair of the Disabled Population at the Occasion of the Armed Conflict Served by ALPOSD

Abstract

The general objective of the investigation was to analyze the scope of the administrative repair of disabled victims in the reason of the internal armed conflict of conformity with law 1448 of 2011. It was based on methodological principles of positivism and neo-positivism following the descriptive quantitative method. The disabled population served by Legal Assistance to Population in Displacement Situation (ALPOSD) in case of armed conflict was considered as a universe of study, in the data collection was used the survey applied to an intentional sample of 32 disabled victims living in the city of Cucuta. As a result, it could be observed that the State guaranteeing the rights of the people is not fulfilling the administrative repair for the victims who were left in a situation of disability by the conflict that the country lives, since its entities do not offer the requested victims the indicated treatment before the priority set forth in the law, its regulatory decrees and pronouncements by the court on the subject of reparation, and especially for the victims in a situation of disability, so the State and its entities are the main responsible for re-victimization.

Keywords: Victims, administrative repair, armed conflict, disability.

Introducción

La investigación, análisis al alcance de la reparación administrativa de la población discapacitada en ocasión al conflicto armado apoyada por Atención Legal a Población en Situación de Desplazamiento (ALPOSD), plantea que, ante las hostilidades entre grupos de paramilitares, guerrillas y miembros de las fuerzas de seguridad del Estado se encuentran incontables seres humanos muertos, discapacitados, desplazados, desaparecidos, aterrorizados y secuestrados, entre muchos otros casos. La problemática que se presenta con respecto a la situación de desplazamiento involucra la existencia de secuelas físicas y psíquicas en la población no solo como producto de las violaciones a los derechos humanos que inciden negativamente en la vida comunitaria sino ante la incertidumbre que se genera por el desarraigo socio afectivo y las escasas oportunidades laborales al trasladarse a otras poblaciones. Sin embargo, estas víctimas no han sido tratadas de forma integral y sistemática por el Estado Colombiano, sus necesidades generalmente han sido ignoradas y las violaciones a los derechos humanos han sido desconocidas. En virtud de lo anterior, a mediados del año 2004, con todos los obstáculos y dificultades que ello implica, la Secretaría de Gobierno lanzó el Programa Víctimas del Conflicto, cuyo propósito es promover el restablecimiento de los derechos de las víctimas del conflicto armado y el reconocimiento de su dignidad mediante estrategias que contribuyan a la restauración de las relaciones sociales rotas, a la interrupción del ciclo violento y a la reconciliación en la ciudad.

En la investigación para formular el problema se presenta la realidad del desplazamiento en Colombia desde las perspectivas de las estadísticas históricas del desplazamiento (Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, CODHES, 2016), *Human Rights Watch* (2015), la Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2012); cada uno de estos organismos exhiben datos que visibilizan la cantidad de desplazamientos masivos que forzosamente se han producido por el conflicto armado. Es en función de las consecuencias que culminan en una crisis humani-

taria que el país vive que, el estado colombiano tomó la decisión de aplicar una justicia transicional en la cual se acoge una concepción en la cual, la verdad enunciada por las víctimas del conflicto armado tiene muchas dimensiones en razón de que para algunas de ellas es el proceso por el cual se busca reparación, integración y sanación; para los públicos que la escuchan es pedagógica y esclarecedora; para la historia de los pueblos y las naciones es una condición necesaria e irremplazable y para los estados, los gobiernos y los ciudadanos es una lección que no puede repetirse además de plantear la esencia de las acciones a ser adoptadas para deponer las determinaciones de variada naturaleza que condujeron a la situación de desgarramiento y pánico.

De este modo se plantea que en razón de la ley 1448 (2011), se busca restituir a las víctimas las condiciones físicas y psicosociales así como garantizar el derecho de que se atienda su salud física, mental y psicosocial, en contextos éticos que reconozcan la dignificación y reparación de los efectos causados por las graves violaciones a los derechos humanos y trasgresiones al Derecho Internacional Humanitario dentro del conflicto armado en Colombia, mediante medidas de asistencia y rehabilitación en el Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral a Víctimas (PAPSIVI). Igualmente la Constitución Política de Colombia (1991), garantiza el amparo a las personas desplazadas con discapacidad, quienes han de ser sujetos de especial protección.

El ámbito del Municipio de San José de Cúcuta como ciudad fronteriza, presenta la recepción y expulsión de población desplazada, dentro de la cual se halla población con discapacidad, asumiendo este contexto y en razón de que en el Programa de Asistencia legal a Población en Situación de Desplazamiento forzado “ALPOSD”, se presenta el escenario de práctica profesional del Consultorio jurídico brindando atención a población desplazada discapacitada con aplicación de enfoque diferencial, se buscó analizar la protección de dicha población en relación con la reparación administrativa establecida en la norma vigente, formulándose la interrogante: ¿Cuál es el alcance

de la aplicabilidad de la reparación administrativa a la población discapacitada en ocasión al conflicto armado de conformidad con la ley 1448 (2011)?

Para el estudio se empleó información de la base de datos ANFORA ya que en esta plataforma se reportan atenciones jurídicas realizadas por el Programa de Asistencia Legal a población Desplazada, así se identificaron tanto acciones como omisiones del Estado Colombiano considerando la legislación vigente y los organismos de control estatales, con respecto a las personas en situación de víctimas discapacitadas por el conflicto armado que ha vivido el país, quienes han sufrido desplazamiento forzado.

El Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral a Víctimas (PAPSIVI) es una de las medidas de reparación presentes en la ley 1448 de 2011 y en los artículos 164, 165 y 166 del Decreto Reglamentario 4800 de 2011, así como de las medidas que el Ministerio de Salud y Protección Social debe establecer y coordinar en articulación con los actores del Sistema Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas (SNARIV) creado en la ley 1448 de 2011 y con los demás actores del Sistema General de Salud y Seguridad Social en Salud (SGSSS), acorde a las competencias definidas en las Leyes 100 (1993), 715 de 2001, 1122 de 2007 y 1438 de 2011. El Programa se implementa por las Entidades Territoriales en las Secretarías departamentales, distritales y municipales de salud bajo los principios de subsidiariedad, complementariedad y concurrencia y los principios de gradualidad y progresividad establecidos en la ley 1448 de 2011.

Es así como se considera que las víctimas discapacitadas adquieren el derecho a recibir atención del Estado a fin de que sean subsanadas las secuelas generadas por la violencia ocasionada por grupos al margen de ley o el mismo Estado mediante la reparación física, material e inmaterial en la búsqueda de una opción de vida normal.

La investigación se enfocó en despejar dudas con respecto a la protección de las víctimas discapacitadas en razón del conflicto armado posterior a la reparación que habla la ley de víctimas y restitución de tierras ley 1448 del 2011 y su decreto reglamentario 4800

del 2011, de este modo se planteó como objetivo general: Analizar el alcance de la reparación administrativa de las víctimas discapacitadas, en razón al conflicto armado interno de conformidad con la ley 1448 de 2011 y como objetivos específicos: 1) Identificar las condiciones de vulnerabilidad en la que se encuentra la población discapacitada atendida por el programa ALPOSD en razón del conflicto armado, 2) Categorizar el cumplimiento del proceso de reparación administrativa a las víctimas discapacitadas del conflicto armado atendidas por el Programa Asistencia Legal a Población Desplazada ALPOSD y 3) Determinar la efectividad del procedimiento administrativo por las víctimas discapacitadas en razón del conflicto armado atendidas por el programa ALPOSD.

Fundamentación teórica

La investigación se fundamentó en la teoría de la acción sin daño y reflexiones sobre prácticas de paz (Rodríguez, 2008), ya que el análisis al alcance de la reparación administrativa de la población discapacitada en ocasión al conflicto armado atendida por ALPOSD, representa una reflexión y crítica sobre lo realizado y lo que se va hacer en consideración a principios, consecuencias e impactos, relacionando los fundamentos éticos y reguladores de la acción humanitaria, los principios básicos de las acciones humanitarias y la acción sin daño y la responsabilidad social y, al vincular la noción desde la perspectiva jurídica, se extrae el daño subjetivo o daño a persona, el daño psicosomático y el daño al proyecto de vida. La ética orienta a principios constitucionales como el de la dignidad humana en el modo de dejar vivir bien, la garantía de los derechos fundamentales y aquellos que invocan los tratados internacionales como la protección eficaz y las garantías de la población civil víctima de la violencia.

Desde lo subjetivo, se considera al daño a la persona como un concepto genérico que incluye cualquier perjuicio inducido que produzca en el ser humano deterioro biológico, a la salud psíquico o moral, reconocidos todos como daño psicosomático y constituido

por el dolor, el sufrimiento, la indignación, el temor y el daño en la misma persona; el daño al proyecto de vida, causado a las expectativas de vida de la persona acabando con los sueños de seguridad, libertad personal la cual es la fundamentación para alcanzar sus logros y cumplir los objetivos plenamente propuestos. También considerando la teoría de la acción sin daño, se reconocen daños cuyo contenido no es en dinero, ni una cosa comercialmente reducible a dinero, sino el dolor, el miedo, el sufrimiento emocional, la afrenta, la aflicción física o moral y, en general, una sensación dolorosa experimentada por la persona, así, se atribuye a la palabra dolor su más amplio significado. En tales casos, se plantea un acercamiento a los umbrales de lo que tradicionalmente se ha considerado daño moral, que, si bien se traduce en un resarcimiento pecuniario, no afecta valores económicos.

Asimismo, la investigación se ha soportado en la teoría de la ética de los mínimos de Cortina (2000), la cual enfatiza sobre los mínimos necesarios para vivir como ser humano, relacionándose con deberes y derechos, las éticas deontológicas (deber), las éticas profesionales o aplicadas, la Constitución política y leyes que requiere la sociedad, declaraciones universales de los organismos de gobierno mundial (ONU) y propone mínimos axiológicos y normativos (moral y jurídico) compartidos en una sociedad pluralista.

Como marco referencial se plantean: los lineamientos de normatividad y jurisprudencia para el plan nacional de víctimas, perspectiva diferencial de niños, niñas y adolescentes, desplazamiento forzado en Colombia: flagelo humanitario, caracterización de las víctimas del conflicto armado.

Lineamientos de normatividad y jurisprudencia para el Plan Nacional de Víctimas

Se destaca en la normativa, la ley 1448 de 2011 que presenta nuevas herramientas y divulga el marco para reconocer los derechos de las víctimas del conflicto armado en Colombia. Aunque, hay disposiciones legales anteriores que siguen vigentes y requieren su cumpli-

miento; así se encuentran las leyes 387 y 418 de 1997, 975 de 2005 y 1190 de 2008, con las cuales se evidencian cerca de 15 años de esfuerzos del Estado colombiano por responder a las afectaciones de las víctimas del conflicto armado interno. También se han incorporado a la legislación interna tratados internacionales sobre Derechos Humanos y normatividad específica para ciertos delitos.

Igualmente, la Corte Constitucional de Colombia, posee un papel sobresaliente en la protección de los derechos de las víctimas, en específico sobre la orientación del desarrollo de las políticas de atención a la población víctima de desplazamiento forzado. En todo caso, prevalece la obligación de garantizar la continuidad de procesos previos procedentes del desarrollo de la ley 387 de 1997 y la ley 1190 de 2008, incluyendo todo el proceso de cumplimiento de las órdenes de la sentencia T-025 de 2004 y los autos de seguimiento. Así, el sentido de la ley 1448 de 2011 es fomentar la superación del estado de cosas inconstitucional a la población desplazada y no crear retrocesos o discontinuidades en la atención.

Perspectiva diferencial de niños, niñas y adolescentes

Como referente de interpretación para garantizar la reparación integral de niños, niñas y adolescentes víctimas del conflicto se hallan los Artículos 3 y 181 de la ley 1448 de 2011, a partir del Artículo 44 de la Constitución Política que establece que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional, de este modo otorga carácter fundamental de los derechos del niño y perfila los derechos de protección, garantizando la titularidad de todos los demás derechos que se consagran el ordenamiento jurídico. En el mismo sentido la Convención de los Derechos del Niño CDN, reconoce a los niños y las niñas como sujetos de derechos, instituyendo un catálogo de derechos mínimos que cada Estado debe garantizarles, más allá de encontrarse en situaciones de riesgo y desde un enfoque de protección integral, corresponsabilidad e interés superior del niño. El marco normativo para garantizar la prevalencia, interdependencia y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes, considera al

principio de protección integral que reconoce a toda persona menor de 18 años como sujeto de derechos y demanda la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del interés superior del niño.

Desplazamiento forzado en Colombia: flagelo humanitario

Según Acción Social (2010) en Colombia 774.494 hogares (3.389.986 personas), han sido expulsados de 1.115 municipios y corregimientos departamentales, como consecuencia de las circunstancias descritas en el artículo primero de la Ley 387(1997); es decir, que el 7,3% de la población colombiana se ha reconocido como desplazada forzosamente. La tendencia del registro de desplazamiento presenta dos momentos de expansión y dos de descenso. El primero, inicia en el año 1998 con el registro de 13.604 hogares expulsados y termina en 2002 con 95.662, mostrando así un incremento total del 603%. Posteriormente, con el registro de 56.640 hogares expulsados en 2004, se evidencia una reducción del 41% con respecto al 2002. A partir de 2005 nuevamente se aprecia un comportamiento ascendente que se extiende hasta 2007 cuando se registraron 80.307 hogares, lo cual representa un aumento del 42% con respecto a la situación de 2004. Finalmente en 2008 y 2009, se vuelven a presentar reducciones del 3% y 51% respectivamente y en el primer trimestre de 2010 se han registrado hasta el momento 2.671 hogares desplazados, no obstante, teniendo en cuenta los rezagos entre el hecho de desplazamiento y la declaración de los hechos, es probable que el registro del número de hogares expulsados en estos años cambie.

Un hecho relevante en la dinámica reciente del desplazamiento, plantea Acción Social (2010), es la disminución sostenida de personas expulsadas en eventos masivos. En total se han desplazado masivamente 627.013 personas, los años 2000, 2001 y 2002 fueron los más críticos de este tipo de expulsión, situación que coincide con el elevado nivel de actividad de las guerrillas de las FARC, el ELN y los grupos de autodefensas. Después del año 2002, el número de personas

desplazadas masivamente ha venido disminuyendo paulatinamente hasta alcanzar una reducción del 90% en 2009.

Asimismo, expresa Acción Social (2010), que entre 1998 y 2002 la expulsión masiva de personas se concentró en los departamentos de Antioquia (98.569 personas), Chocó (41.586 personas), Magdalena (41.552 personas), Bolívar (35.687 personas) y Córdoba (17.852 personas), mientras que en el período 2003-2009 se concentró en los departamentos de Nariño (38.958), Antioquia (28.604), Chocó (25.112), Valle del Cauca (21.212) y Caldas (13.621).

Además, en contraste con la tendencia del desplazamiento masivo, el de carácter individual tiende a aumentar. Entre los años 1998 y 2002 este tipo de desplazamiento tiene un crecimiento de 527%; entre 2002 y 2003 disminuye en 42%, mientras que entre 2003 y 2008 vuelve a aumentar en 44%. Para 2009, vuelve a presentar una disminución correspondiente al 55%. En total, 2.762.373 han sido incluidas individualmente como desplazadas en el registro, esto quiere decir que el 82% de la población desplazada registrada en el RUPD ha declarado individualmente. Los departamentos más expulsores en esta modalidad fueron Antioquia (406.102 personas), Bolívar (241.349), Magdalena (208.572), Cesar (163.426), Caquetá (153.128), Tolima (152.660) y Putumayo (126.316).

El desplazamiento que como categoría jurídica el Estado reconoce, comporta una innegable tragedia humanitaria que trae como consecuencia experiencias traumáticas para quienes padecen diariamente las diversas violencias de un conflicto armado interno. Los desplazamientos forzados generan casi siempre condiciones de sufrimiento y penalidad para las poblaciones afectadas; igualmente provocan la ruptura familiar, cortan los lazos sociales y culturales, ponen término a relaciones de empleo sólidas, perturban las oportunidades educativas, niegan el acceso a necesidades vitales como la alimentación, la vivienda y la medicina, y exponen a personas inocentes a actos de violencia en forma de ataques, desapariciones y violaciones.

Frente a este difícil panorama, el alto índice de desplazamiento reportado en Colombia y las dificultades que desde la institucionalidad vigente han impedido una eficaz atención del problema y la realización de los derechos de la población afectada, llevaron al máximo tribunal constitucional colombiano a declarar un estado de cosas inconstitucional frente a la situación del desplazamiento forzado, emitiendo una serie de órdenes específicas a todas las autoridades nacionales a fin de superar las condiciones que generan este fenómeno.

El artículo 24 de la Constitución Política (1991) constituye uno de los pilares en el análisis que hace la corte constitucional en su sentencia y en la gran mayoría de sus pronunciamientos sobre la materia, al referirse a la libertad de circulación, permanencia y residencia que radica en cabeza de todo colombiano. La Corte ha señalado que la afectación de este derecho implica necesariamente una violación de otro gran número de derechos en cabeza de la población internamente desplazada.

La corte constitucional, luego de especificar en su sentencia T-025 (2004), gran parte de los derechos de los que son titulares las personas en situación de desplazamiento, y de hacer referencia a pronunciamientos anteriores en los que reiteradamente los había protegido de conformidad con las obligaciones internacionales que vinculan al Estado colombiano, advierte que la magnitud del problema del desplazamiento en Colombia y los limitados recursos con los que cuenta el Estado para satisfacer dichas obligaciones, llevan a aceptar la adopción de medidas que no satisfacen “en forma concomitante y hasta el máximo nivel posible, la dimensión prestacional de todos los derechos constitucionales de toda la población desplazada”. Bajo este juicio, la corte resalta, sin embargo, que existen indudables derechos mínimos correspondientes a la población desplazada que deben ser satisfechos por las autoridades en cualquier circunstancia, ya que en ello se juega la subsistencia digna de las personas en esta realidad.

Así, para definir este mínimo de protección y satisfacción de derechos, dicha corporación señaló que necesariamente debía tenerse en consideración la distinción que existe entre: (i) el respeto por el núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales de los desplazados, y (ii) la satisfacción, por parte de las autoridades, de ciertos deberes prestacionales derivados de los derechos reconocidos a nivel internacional y constitucional en cabeza de los desplazados. La Corte observa que “la respuesta estatal no ha tenido como resultado el goce efectivo de los derechos constitucionales por parte de todos los desplazados”, y en consecuencia ordena al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia (en adelante CNAIPD) que adopte un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional, o por lo menos, las que fueron expuestas en su análisis de la política estatal de atención del desplazamiento.

Como resultado de esta orden, el Gobierno Nacional expide el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, según el Decreto 250 (Ministerio de Interior y Justicia, 2005), el cual fue elaborado y presentado por Acción Social, en calidad de coordinadora del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (SNAIPD) y representante del Gobierno Nacional, de conformidad con los artículos 9 y 10 de la Ley 387 de 1997. Esta norma constituye actualmente la política pública en atención y prevención del desplazamiento en Colombia, frente a la cual la Corte Constitucional aún está a la espera de una realización efectiva de los derechos de la población desplazada, el cumplimiento pleno de las obligaciones de las autoridades encargadas de atender esta situación y, en consecuencia, la superación del actual estado de cosas inconstitucional.

Si bien estas obligaciones prestacionales implican siempre un gasto del presupuesto nacional, esto no obsta para clasificar algunos de estos derechos como fundamentales, y por ende, parte del mínimo que siempre ha de ser garantizado a todos los desplazados dado su estrecho nexo con la preservación de una vida digna. Es aquí

precisamente en donde radica la obligación estatal de amparar un mínimo imperativo y urgente de derechos de la población desplazada, obviamente sin que esto excluya la obligación general del Estado de agotar, al máximo posible, su capacidad institucional para asegurar el goce pleno de todos los derechos en cabeza de las personas desplazadas.

De esta manera, a la luz de las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos y del derecho internacional humanitario y bajo el marco jurídico de los principios rectores de los desplazamientos internos, la corte identificó un listado de derechos mínimos que se ajustan a los parámetros explicados, y por ende, integran el mínimo prestacional que siempre debe satisfacer el Estado colombiano a favor de esta población: el derecho a la vida, los derechos a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral a la familia y a la unidad familiar, a una subsistencia mínima, a la salud, a la protección frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento (derecho a la igualdad), el derecho a la educación básica para los niños hasta los quince años de edad, la provisión de apoyo para el auto sostenimiento por vía de la estabilización socioeconómica de las personas en condiciones de desplazamiento, el derecho al retorno y al restablecimiento.

En el estudio de las cosas inconstitucionales de la sentencia T-025 (2004) de la corte constitucional, desplazamiento forzado en Colombia crimen y tragedia humanitaria, se desprende de la llegada a la ciudad la cual no significa necesariamente que el desplazamiento termine ni que la persona desplazada ya no esté involucrada en el conflicto. La escalada de desplazamiento intraurbano desplazamiento dentro de la misma ciudad ha generado una creciente ola de preocupación. Esta forma de desplazamiento que no es oficialmente reconocida por el Estado afecta a entre 8 y 12% de la población desplazada.

Hay evidentes dimensiones de género en los desplazamientos internos en Colombia, la Comisión de seguimiento de la sociedad civil encontró que las mujeres componen el 48% de la población despla-

da registrada en el registro único de población desplazada (RUPD), mientras el 41% de las mujeres son cabeza de familia. El promedio nacional de mujeres desplazadas que son cabeza de familia es entonces del 24%. Entre las causas principales de desplazamiento está la violencia sexual. De acuerdo con uno de los estudios llevados a cabo por Pro familia en 2006 citado en Peace Brigades International Colombia (2010), el 28% de las mujeres desplazadas fueron víctimas de violencia sexual, 21% de las mujeres en el país ha sufrido violencia sexual. Pese a todo, la corte constitucional se pronunció sobre la vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres en situación de desplazamiento en el Auto 092: Protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado. Según el estudio de la Corte, las mujeres representarían la mitad de la población desplazada: así se reveló 18 facetas de género o aspectos del desplazamiento que impactan de manera diferencial a las mujeres, en la omisión de los derechos de las personas en situación de desplazamiento forzado en Colombia, derechos de acceso a la justicia y reparaciones.

Frente a la grave afectación al derecho a una vida en dignidad que implica el desplazamiento forzado, el Estado colombiano ha reconocido su responsabilidad de respetar y garantizar los derechos de la población afectada por esta situación, bajo el compromiso irrenunciable de enunciar las políticas y adoptar las medidas que sean necesarias para prevenir el desplazamiento forzado; atender, proteger y consolidar y estabilizar socioeconómicamente los desplazados internos por la violencia.

Caracterización de las víctimas del conflicto armado

Víctimas en Colombia

En términos generales se define en el Artículo 3 (Ley 1448, 2011) como víctima a las personas que hayan sufrido un daño por hechos ocurridos como consecuencia de infracciones al derecho internacional humanitario o de violaciones graves de derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno. El respectivo artí-

culo amplía el reconocimiento como víctima a algunos familiares, a los menores de edad que sean desvinculados de los grupos armados organizados. También extiende la protección a quien haya sufrido un daño al tratar de auxiliar a otra persona. Y expresamente se excluye “como víctimas quienes hayan sufrido un daño en sus derechos como consecuencia de actos de delincuencia común”.

Esta definición recibió muchos cuestionamientos que fueron aclarados por la corte constitucional. Una de las demandas estaba relacionada con las fechas que determinó la normativa, por un lado incluye como sujetos de esta ley a quienes hayan sufrido daños por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985. Por el otro lado, considera que los titulares del derecho a la restitución serán los propietarios o poseedores de predios despojados u obligados a abandonar a partir del 1° de enero de 1991 y hasta el 10 de junio de 2021.

Para la corte constitucional en la Sentencia 250 (2012), considera que en cuanto a la limitación temporal, no existe desproporción en lo referente a los derechos de las víctimas, basa la apreciación en el hecho que justo en las fechas determinadas por la ley, se cubre el lapso de la historia en donde se origina el más alto número de víctimas y se empeoran las violaciones al derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos. Al hacer alusión a las víctimas anteriores, que no resultan resguardadas, afirma que para ellas hay otros modos de medidas de reparación como los casos de: el derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y las garantías de no repetición previstas en la presente ley”.

Desplazamiento forzado: se denomina desplazado a toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario u otras circunstancias

emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público (Ley 387, 1997). Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia.

En el auto de seguimiento de cosas inconstitucionales de la sentencia T-025 (2004) se plantea la aplicación del enfoque diferencial con respecto a la discapacidad generada por el conflicto armado y el desplazamiento forzado, así se considera que la discriminación, aislamiento y exclusión de que son objeto personas con discapacidad, se agudiza por el conflicto y por el desplazamiento. Ante estos acontecimientos, las necesidades de la población con discapacidad son dejadas de lado, se desconoce que, a diferencia de otras víctimas del conflicto armado, esas personas enfrentan barreras adicionales, tanto sociales, como de acceso al espacio físico, a la comunicación, a la información, a la participación. Cuando se presenta el conflicto esta población se expone a un mayor riesgo de perder la vida, de ser sometida a violencia, de ser víctima de abusos y tratos denigrantes, o de ser abandonada. Debido a las múltiples barreras y restricciones que enfrentan, muchas personas con discapacidad, no tienen la oportunidad de escapar para sobrevivir y aquéllas que logran hacerlo para garantizar su vida, seguridad e integridad personal, se ven allegadas en un nuevo ambiente a un mayor retraimiento y alejamiento que les hace más difícil recuperarse y recobrar sus medios de sostenimiento.

Las personas desplazadas con discapacidad representan uno de los grupos más vulnerables y discriminados del conjunto de población desplazada. Sin embargo, según la providencia, esta mayor vulnerabilidad no ha tenido las acciones decididas para afrontarla. No hay precisión sobre el número de personas con discapacidad que se encuentran desplazadas, se desconoce cuáles son sus necesidades específicas, teniendo en cuenta, además, que la población desplazada con discapacidad abarca una gran heterogeneidad, en términos

del tipo de discapacidad, de la edad, del género, de la adscripción étnica y cultural.

La sentencia T-025 (2004) expresa que si bien es cierto que la Constitución exige que las personas con discapacidad reciban una especial protección, la política de atención a la población desplazada es la indiferencia frente sus particulares necesidades en todas las etapas del desplazamiento; por ende, lejos de cumplir con su obligación de identificar y remover barreras que generan discapacidad, el Estado con su indiferencia profundiza la discapacidad y la discriminación que sufre la población desplazada con limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Esa omisión del Estado anula o restringe los derechos y libertades de las personas con discapacidad víctimas del desplazamiento y las excluye de beneficios y oportunidades necesarios para mejorar sus condiciones de vida. El Estado ante la omisión con respecto a la población desplazada con discapacidad, no tiene en cuenta que la relación entre el conflicto armado, el desplazamiento y la discapacidad no es excepcional, ni puede considerarse intrascendente, pues la población en general corre el riesgo de adquirir una discapacidad y de sufrir, en consecuencia, el impacto desproporcionado que se deriva de la interacción de estas circunstancias; como factores que se han identificado potenciadores de condiciones de discapacidad se hallan la edad avanzada, la baja escolaridad, la desocupación, la pérdida de roles sociales, la pérdida de familiares y amigos, las condiciones materiales de vida inadecuada, las enfermedades crónicas, a estos se agregan los riesgos de ser víctimas de minas antipersonales o el peligro de ser objeto del fuego cruzado y a todos estos riesgos está sujeta la población desplazada en general, pero de manera acentuada, la población con discapacidad.

De acuerdo a la sentencia T-025 (2004), es necesario la adopción de un enfoque diferencial de discapacidad en todas las fases del desplazamiento, para superar el estado de cosas inconstitucional, de este modo la providencia dictó una serie de órdenes concretas encaminadas a aminorar el impacto cualitativamente diferencial y agrava-

do que el desplazamiento forzado hace sobre las personas con discapacidad, al igual que sobre sus familias.

Atención a población desplazada: perspectiva de la atención humanitaria (AH)

El gobierno nacional y las entidades territoriales han dedicado esfuerzos para atender la problemática, sin embargo, el impacto de estos no se ha hecho visible; por otra parte, la política pública de atención no ha sido elaborada incluyendo la participación efectiva de la población en situación de desplazamiento forzado, ni prestando atención a sus particularidades y requerimientos; más bien se consideran medidas de tipo asistencial que no toman en cuenta el estudio del contexto, ni acciones progresivas que se orienten por la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, como ejes estructurales de los derechos de las víctimas.

La Atención Humanitaria (AH), es una de las políticas de atención integral, a la cual se accede, una vez que la víctima sea incluida en el registro único de población desplazada (RUPD). Se trata de una política de asistencia social al suministrar directamente recursos mínimos e indispensables para la subsistencia de la población desplazada. Por consiguiente ante las vulneraciones y requerimientos de la población desplazada, la atención humanitaria, puede ser una medida complementaria para el restablecimiento de los derechos y la reparación integral de las víctimas. A pesar de que la mayor parte del presupuesto utilizado para la atención a esta población, se ha invertido en este componente Auto 008 (2009) de la corte constitucional, la evidencia señala no se da garantía del restablecimiento de sus derechos y así ordena su reformulación.

Los tratados y convenios de derechos humanos y derecho internacional humanitario, se han encargado de desplegar al desplazamiento forzado por conflictos armados; sin embargo, en lo interno las especificaciones y distinciones sobre el Desplazamiento Forzado interno son nuevos.

Fundamentación metodológica

El trabajo siguió metodológicamente los paradigmas positivista y neopositivista con un enfoque cuantitativo descriptivo y diseño de campo transeccional (Cea D Ancona, 1998; Cerda, 2008; Hernández, Fernández & Baptista, 2006), al realizar descripciones de situaciones y eventos que permiten decir cómo se manifiesta un fenómeno determinado.

Se buscó la información de la población atendida discapacitada en ocasión al conflicto armado en relación con la reparación existente en la plataforma electrónica Ánfora a fin de convertirla en el universo de la investigación, se obtuvo una población de 39 usuarios, seleccionándose una muestra probabilística, cuyo tamaño, siguiendo la fórmula planteada en Hernández y otros (2006), fue de 32 personas desplazadas discapacitadas; sin embargo, solo se le pudieron aplicar a nueve (9) personas a través de llamadas telefónicas, lo que equivale al 28% de la población encuestada.

Asimismo, se realizó una investigación documental, de acuerdo a Cazares (2000), pues la información se recoge o consulta en documentos o materiales de índole permanente, siendo fuente o referencia en cualquier instante o lugar es así como la búsqueda de información que da soporte a la investigación surge del contacto de fuentes primarias y secundarias.

Hallazgos de la investigación

Condiciones de vulnerabilidad en la que se encuentra la población discapacitada atendida por el programa ALPOSD en razón del conflicto armado

La población muestra inconformidad y plantea la falta por parte del Estado de proteger a la población que desde la ocurrencia de los hechos victimizantes es una población vulnerable porque si bien se les debe garantizar los derechos fundamentales a esta población y el principio de la dignificación de la especie humana, se determina

que está en completa indefensión, porque no ha logrado un estado de resarcimiento de los hechos victimizantes: los daños morales y físicos (la discapacidad física total o parcial) causados por actos terroristas de los grupos armados ilegales y por la incertidumbre como consecuencia por no lograr la reparación administrativa. Según los resultados de la encuesta, se halló que los principales problemas o vulneraciones que padece esta población son la carencia de un trabajo estable, que involucra una falta importante del Estado pues, el artículo 25 de la Constitución Política (1991), expresa que el derecho al trabajo es una obligación social y goza de todas las modalidades y la especial protección del Estado, asimismo se formula en la Sentencia T008 (1992), al considerar que el derecho al trabajo manifiesta la libertad del hombre y que se soporta en la dignidad de la persona humana”.

Además, también existe evidencia de insuficiente protección del Estado por garantizar el principio de la dignidad humana como cimiento ético jurídico, apoyo único constitucional que promueve el pleno desarrollo de los derechos humanos establecidos en la Carta Magna; el principio de la dignidad humana cuyo reconocimiento se inició desde mediados del siglo XX con la carta de las naciones unidas de 1945 y la declaración de los derechos humanos en 1948, como intrínseco e inherente a la especie humana.

El proceso que se inicia con la solicitud de registro cuando la víctima rinde la declaración ante el Ministerio público (personería municipal, la defensoría del pueblo), involucra la inclusión de la solicitud en el registro único de víctimas “RUV”, para que luego la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UAERIV) proceda a verificar los hechos victimizantes expresados y contenidos en el registro, consultando la base de datos que integra la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación integral a las Víctimas y con información recaudada en el proceso de verificación, a partir de lo encontrado la UAERIV toma una decisión que otorga o rechaza el registro. Al decidir con la primera opción, surgen las otorgaciones de los derechos producidas por el

registro como lo es el caso de la protección del Estado como máximo protector de las víctimas y garantizar los principios de la ley de víctimas: la verdad, la justicia y las garantías de no repetición.

El planteamiento de la investigación conduce a preguntarse ¿si los daños morales y físicos originados por los grupos armados ilegales, los daños morales ocasionados por la incertidumbre, las consecuencias derivadas por los hechos victimizantes, entre ellos la reparación administrativa a las víctimas discapacitadas en razón del conflicto armado, los daños materiales (la discapacidad física total o parcial) producidas por las consecuencias de los actos terroristas de los grupos armados ilegales, van de la mano con el Estado con su protección, así como a garantizar el principio de la dignidad humana?. La respuesta encontrada expresa que la población vulnerable, a raíz de los hechos victimizantes, en cuanto a sus derechos fundamentales y al principio de la dignificación de la especie humana, está en completa indefensión, porque no ha logrado un estado de resarcimiento de los hechos victimizantes.

La corte constitucional en su Sentencia T-881 expresa la naturaleza de la dignidad humana considerando dos maneras de representación como entidad normativa, así se plantean lineamientos acerca de la dignidad humana como autonomía o posibilidad de diseñar un plan de vida y de determinarse acorde a sus características, o como ciertas condiciones materiales concretas de existencia, o como intangibilidad de bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral que conduce a vivir sin humillaciones. Además desde el punto de vista de la funcionalidad, la Sala plantea tres lineamientos para la dignidad humana como principio base del ordenamiento jurídico y por ende del Estado y así la dignidad como valor, como principio constitucional y como derecho fundamental autónomo.

Siendo este principio un ejemplo claro que el Estado colombiano desconoce plenamente esta situación al no prestarle a la población en situación de discapacidad física la condiciones necesaria para el ejercicio de sus facultades sociales necesarias para la subsistencia, como lo menciona la corte en su jurisprudencias constitucionales no

puede vivir bien y no vive sin humillaciones lo cual se evidencia desde el punto de vista de la crisis a la prestación de salud y a la falta de oportunidades de trabajo.

Además, la corte constitucional en su sentencia T 853 (2011) sobre derecho a la seguridad personal alcance y contenido incorpora al ordenamiento constitucional el derecho que existe a recibir protección especial de manera oportuna y adecuada por parte del Estado cuando se está expuesto a riesgos elevados, aunque se limita el concepto a la facultad de acoger protección y restringe la posibilidad de demarcar con precisión en qué consisten las obligaciones de respeto y de garantía que tiene el Estado frente al derecho circunscribiendo su ámbito a la protección.

Categorización del cumplimiento al proceso de reparación administrativa a las víctimas discapacitadas del conflicto armado, atendidas por el programa asistencia legal a población desplazada ALPOSD

Las víctimas de la violencia, a pesar de la Ley 1448 del 2011, no han alcanzado el goce efectivo de los derechos otorgados por la ley. El artículo 69 del título IV de mencionada ley, plantea que el proceso de reparación se da de acuerdo a dos maneras: asistencia y reparación para que sean implementadas a favor de las víctimas de la que trata la ley teniendo en cuenta los daños causados o los hechos victimizantes que presente y que se encuentren concedidos por el órgano competente e involucrando los procesos de restitución, indemnización, garantías de no repetición, rehabilitación y medios de satisfacción al proceder una reparación en las dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica.

Asimismo, en repetidas jurisprudencias de la corte constitucional, se plantea que la justicia, la verdad y la reparación son factores importantes; en la sentencia C 099 del 2013, se despliega cada uno de los puntos a los que las víctimas tienen y establece unas reglas jurisprudenciales vinculadas con la obligación del Estado de prevenir las graves violaciones de derechos humanos en específico si son masi-

vas, continuas y sistemáticas como el desplazamiento forzado interno, así como en luchar contra la impunidad, establecer mecanismos de acceso ágil, oportuno, pronto y eficaz a la justicia para proteger efectivamente los derechos de las víctimas de delitos.

Por consiguiente, se hace necesario que el Estado diseñe y garantice recursos judiciales efectivos para que las personas afectadas puedan ser oídas, y de promover las investigaciones y hacer valer los intereses de las víctimas en el juicio, llevando a cabo las investigaciones, procesos y sanciones judiciales a los responsables de graves violaciones de derechos humanos como en el caso del desplazamiento forzado, bajo el respeto del debido proceso y de que las pautas de procedimiento se implanten con respeto del mismo, con plazos razonables para los procesos judiciales, considerando los términos de modo que, no se dé lugar a la denegación del derecho a la justicia de las víctimas y a la no obtención de una justa reparación iniciando ex officio las investigaciones en casos de graves violaciones contra los derechos humanos, considerando la importancia de la participación de las víctimas dentro del proceso penal, de conformidad con los artículos 29, 229 de la Constitución y 8 y 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

Además, es deber del Estado proporcionar la garantía indispensable del derecho a la justicia de modo que prevalezca el derecho a la verdad y a la reparación de las víctimas; así como también lo plantea la sentencia C- 099 del 2013 que expresa la consagración del derecho a la verdad en los principios 1 a 4 de los Principios para la protección y promoción de los derechos humanos para la lucha contra la impunidad con fundamento en el principio de dignidad humana, en el deber de memoria histórica y de recordar, y en el derecho al buen nombre y a la imagen. Planteando además, parámetros y estándares constitucionales con respecto al derecho a la reparación del daño originado que le asiste a las personas que han sido objeto de violaciones de derechos humanos, siendo así un derecho internacional y constitucional de las víctimas, como en el caso del desplazamiento forzado; se plantea que el derecho a la reparación de las víctimas es

integral pues, se deben adoptar distintas medidas determinadas no solo por la justicia distributiva sino por la justicia restaurativa ya que se trata de la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas incluyendo regulaciones del derecho internacional en alcance, naturaleza, modalidades y la determinación de los beneficiarios, aspectos que no pueden ser desconocidos y deben ser respetados por los Estados obligados.

El cumplimiento de los procesos para la restitución, indemnización, rehabilitación, garantías de no repetición y medios de satisfacción, dentro de la reparación en las dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica, aún distan para ser alcanzados por las víctimas de discapacidad como derechos otorgados por la ley colombiana y establecidos como derechos humanos.

La efectividad del procedimiento administrativo por las víctimas discapacitadas en razón del conflicto armado atendidas por el programa asistencia legal a población desplazada ALPOSD

En la sentencia C-253A (Corte constitucional, 2012) se expresa el derecho que posee toda persona, víctima de un delito, y en específico aquellas que hayan sufrido un daño como resultado de infracciones al derecho internacional humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, acontecidas dentro del conflicto armado interno de acudir a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Se pudo encontrar con los resultados de la encuesta que en el proceso de la reparación administrativa de la ley, las víctimas materia de estudio desconocen plenamente el significado de concepto y la importancia de la reparación y los mecanismos que la comprenden, si bien en el estudio se halló que en la Constitución, la ley y los decretos reglamentarios se contempla la importancia desde la denuncia o la solicitud de inclusión en el registro único de víctimas esto, se plasma solo en el papel debido a que se desconoce por parte de las

victimias el proceso, trámites administrativos, entidades del orden publico encargadas de suplir y de informar las connotaciones de la ley como lo son los derechos que tiene la víctima de la violencia, las garantías ofrecidas por la Constitución y la ley referentes a los hechos victimizantes como en el caso del desplazamiento forzado y lo que representa como daño causado en su integridad personal al generar una discapacidad física ya sea parcial o total.

Es en razón de ello que se plantea que el poder de aplicación de la ley es demasiado desfavorable por la poca cobertura y protección otorgados a los derechos de la personas en situación de desplazamiento forzado y que poseen una discapacidad o disminución en su haber físico, sin contar que las entidades públicas constantemente re victimizan a esta población violando los principios constitucionales y los derechos fundamentales de la cual tienen derecho las victimas que sufren el flagelo de la violencia y sin importar los constantes apuntes constitucionales, no se logra obtener la favorabilidad necesaria y la protección a las víctimas.

En la Constitución política (1991), se expresan principios constitucionales importantes para la población víctima de la violencia en estado de indefensión por contar con alguna discapacidad física total o parcial establecimos, ya que en su artículo 1, se precisa acerca de acometer las penurias económicas y sociales y a las desventajas que pueden existir en sectores, grupos, personas de la población a quienes ha de prestarse asistencia, atención y protección. Por lo tanto el estado es el encargado de brindar las condiciones necesarias para satisfacer las necesidades de su comunidad. La corte constitucional en sus jurisprudencias ofrece prerrogativas importantes en la aplicación y la revelación de apuntes sobre las víctimas de la violencia sobre el marco de la ley de víctimas y restitución de tierras y los componentes de la reparación y se establecen como inicio de la interpretación jurídica de la ley.

La corte en su sentencia C-052 (2012), hace mención a la definición para que se tengan en cuenta en los eventos de asistencia y de la reparación integral y condicional la exequibilidad a la definición

del artículo 3 de la ley 1448 del 2011 en cuanto a la definición para efectos de atención, asistencia y reparación integral, entiende como víctimas a todas aquellas personas que hubieren sufrido un daño en los términos de la ley antes mencionada y que corresponde a una justicia transicional por lo cual se define a la justicia como la institución jurídica que aplica la sociedad para enfrentar las secuelas de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos con respecto a derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, circunstancias de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes; así se hace un reconocimiento a estas víctimas consideradas, definiéndose el daño causado que comprende el daño emergente, el lucro cesante, el moral en sus diversas formas, el de la vida de relación, el desamparo derivado de la dependencia económica que hubiere existido frente a la persona principalmente afectada y todas las demás modalidades de daño, reconocidas tanto por las leyes como por la jurisprudencia en el momento o en el futuro; por ende se incluyen acontecimientos en los que un determinado individuo resulta afectado de modo personal como resultado de hechos o acciones que directamente hubieren sufrido otras personas, lo cual admite que a su abrigo se consideren como víctimas a los familiares de los directamente lesionados, siempre que por causa de esa agresión hubieren sufrido una situación desfavorable, jurídicamente relevante.

En el plano del principio de la reparación integral y su relación con los límites a la legitimación para reclamar el daño moral de Guzmán (2012), es importante mencionar que para las teorías del daño: teoría objetiva y la teoría cognoscitiva la primera, hace relación desde la ocurrencia del daño y la teoría cognoscitiva se hace desde que se conoce el daño y para cada aspecto se tiene una serie de modos de efectuar la reparación y ellas son: la reparación natural o “in natura” y la indemnización en dinero, la cual hace referencia directa a la teoría cognoscitiva y en la misma se da la calificación de los daños que son: daños general o daños morales y los daños especiales. Pero

se debe hacer una anotación importante sobre los daños morales, estos afectan directamente cualidades de comportamiento plenamente establecidas y la indemnización en dinero cumple una función distinta no es la de establecer una cantidad de dinero por el hecho victimizante si no la de brindar una satisfacción de índole patrimonial pues no borra los daños o perjuicios causados por los hechos y cambiar los sufrimientos por satisfacción completa, si no la de brindar una compensación en dinero para que pueda adquirir bienes o servicios lo cual es la contemplada por la ley pero más enfocada en los daños materiales y perjuicios causados.

Conclusiones

Durante el desarrollo de la investigación se hizo un análisis del cumplimiento de la ley de víctimas 1448 (2011) y su decreto Reglamentario 4800 (2011) en el caso puntual en cuanto a la reparación administrativa a las víctimas que quedaron en situación de discapacidad del conflicto que vive nuestro país por más de 40 años se pudo observar que el Estado que es el garantista de los derechos de las personas no lo está haciendo pues sus mismas entidades son las principales responsables de la revictimización al no ofrecer de modo oportuno la respuesta, ni el trato diferencial correspondiente con lo cual se afectan sus principios acerca de la dignidad humana.

También es importante resaltar que estas personas se ven obligadas a desplazarse a las grandes ciudades dejando atrás sus costumbres y en muchos casos lo único que saben hacer que es el trabajo en el campo, además que en ocasiones se presentan conflictos dentro de las zonas urbanas de las ciudades y que al igual de las demás personas que provienen de zonas rurales no reciben el trato indicado por las entidades del Estado.

Además, no se está analizando a fondo la situación de las víctimas discapacitadas quien por su especial condición se le debe tener prioridad en cuanto a las ayudas que brinda el Estado según lo plasmado en la ley sus decretos reglamentarios y en los pronunciamien-

tos que ha hecho la corte en cuanto al tema de reparación de manera específica a esas víctimas. Se evidencia una demora inexplicable en la entrega del componente de reparación administrativa, no se está brindando la atención adecuada que por su situación de alta vulnerabilidad necesitan ya que desde el momento de su desplazamiento las víctimas al declarar los hechos victimizantes por los cuales fueron desplazados y mencionar que uno de los miembros de su grupo familiar sufrió una discapacidad total o parcial por consecuencia del conflicto de la zona de donde provienen ha de gozar del soporte especial expresado en las normativas.

Se considera que es de vital importancia para las entidades del Estado encargadas de designarle la reparación administrativa a las víctimas en especial a las que sufrieron una discapacidad parcial o total debido al conflicto que atraviesa nuestro país, que no sigan evadiendo las responsabilidades que por ley les corresponde, como lo muestra el análisis de la información adquirida por medio de la encuesta que se aplicó a estas personas víctimas del conflicto armado en situación de discapacidad.

La principal queja de las víctimas en situación de discapacidad es la mala atención de las entidades del Estado tales como UAO, UAERIV y otras en donde las víctimas tienen su primer contacto para rendir su declaración de los hechos victimizantes, como lo son la defensoría del pueblo, la personería municipal, quizás a las que más recurren las víctimas para rendir declaración de sus hechos victimizantes y así incluirlos en el registro único de víctimas. Es necesario resaltar que la atención que se le debe prestar a las víctimas en situación de discapacidad obtenida por el conflicto armado debe darse de manera oportuna, el Estado delega sus funciones de protección de derechos y estas entidades no cumplen con la función plasmada en la Constitución y leyes que se derivan de ella, en pronunciamientos de las altas cortes con el único fin de que a las víctimas no se le vulneren sus derechos y por el contrario se les brinde la protección de manera oportuna. Por consiguiente, se plasma la escasa relevancia a los pronunciamientos de las víctimas, la vulneración a la Constitución y la

Ley, en el soporte que el Estado por Ley ha de brindar a las personas discapacitadas víctimas del conflicto armado.

Referencias

Acción Social (2010). Desplazamiento forzado en Colombia. Recuperado de http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_2821.pdf.

Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugios (ACNUR) (2012). Desplazamiento creciente y crisis humanitaria invisibilizada CODHES INFORMA Boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento. (79). Recuperado de http://www.acnur.org/t3/uploads/media/CODHES_Informa_79_Desplazamiento_creciente_y_crisis_humanitaria_invisibilizada_Marzo_2012.pdf?view=1

Cazares, L. (2000). Técnicas actuales de investigación documental. México: Trillas.

Cea D Ancona, M.A.; (1998). Metodología cuantitativa: estrategias y técnicas de investigación social. Madrid: España. Editorial Síntesis.

Cerda, H. (2008). Los elementos de la investigación. Bogotá, Colombia: Editorial El Búho.

Colombia, Congreso de la República (2011, 10 de junio). Ley 1448. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48096 de 10 de junio de 2011.

Colombia, Congreso de la República (1993, 23 de diciembre). Ley 100. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial 41.148 del 23 de diciembre de 1993

Colombia, Congreso de la República (2001, 21 de diciembre). Ley 715. Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros. Diario Oficial 44654 del 21 de diciembre de 2001

Colombia, Congreso de la República. (2007, 9 de enero). Ley 1122. Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 313 de 2008, Modifica-

da por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010, en lo relativo a las multas por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 46506 de enero 09 de 2007

Colombia, Congreso de la República. (2011, 19 de enero). Ley 1438. Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47957 de Enero 19 de 2011.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto Reglamentario 4800 (2011, 20 DE Diciembre). Por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48280 del 20 de diciembre de 2011.

Colombia, Corte Constitucional (2008, 14 de abril). Auto 092. Protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/uploads/pics/2357.pdf?view=1>

Colombia, Corte Constitucional (2009). Auto 008. Desplazamiento forzado. Persistencia del estado de cosas inconstitucional declarado en sentencia T-025/04. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/A008-09.htm>

Colombia, Congreso de la República. (1997, 26 de diciembre). Ley 418. Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43201 del 26 de diciembre de 1997.

Colombia, Congreso de la República. (1997, 18 de julio). Ley 387. Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia. Diario oficial.

Colombia, Congreso de la República. (2005, 25 de julio). Ley 975. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Diario Oficial No. 45980 del 25 de julio de 2005.

- Colombia, Congreso de la República. (2008, 30 de abril). Ley 1190. Por medio de la cual el Congreso de la República de Colombia declara el 2008 como el año de la promoción de los derechos de las personas desplazadas por la violencia y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 46976 del 30 de abril de 2008
- Colombia, Ministerio de Interior y Justicia. (2005, 7 de febrero). Decreto No. 250 Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia. Por el cual se expide el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia y se dictan otras disposiciones.
- Colombia, Corte Constitucional (2004). Sentencia T-025. Agencia oficiosa en tutela-Asociaciones de desplazados/agencia oficiosa en tutela-Condiciones para que las asociaciones de desplazados interpongan la acción. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2012). Sentencia C-250. Límite temporal en medidas previstas a favor de las víctimas-Tiene justificación en finalidades constitucionalmente legítimas y no resulta desproporcionada frente a situaciones anteriores a las fechas fijadas por el legislador/medidas previstas a favor de las víctimas-Delimitación temporal. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-250-12.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2013) Sentencia C-099. Medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno-Competencia para conocer de los procesos de restitución Magistrada sustanciadora: María Victoria Calle Correa Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-099-13.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (1992) Sentencia No. T-008. Derechos colectivos derechos fundamentales-clasificación /juez de tutela-facultades. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-008-92.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2002). Sentencia T-881. Principio de dignidad humana Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre

- Lynett. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2011). Sentencia T 853. De acción de tutela en materia de desplazamiento forzado-Procedencia excepcional para el amparo de derechos fundamentales de la población desplazada Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-853-11.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2012). Sentencia C- 253A. Jurisprudencia de la corte constitucional. Cosa juzgada constitucional en ley de víctimas del conflicto armado-Configuración en relación con los límites temporales para aplicación de medidas de atención, asistencia y reparación/potestad de configuración legislativa en materia de justicia transicional- Alcance Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-253A-12.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2012). Sentencia C-052. Definición de víctima para efectos de atención, asistencia y reparación integral. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-052-12.htm>
- Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), (2016) Estadísticas Municipales. Recuperado el 1 de mayo de 2016. Disponible en: http://www.codhes.org/index.php?option=com_si&type=1
- Cortina, A. (2000). Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica. Madrid, España: Tecnos.
- Guzmán, R. (2012). El principio de reparación integral y su relación con los límites a la legitimación para reclamar daño moral. XXIII jornadas nacionales de derecho civil. Comisión de Principios Generales del Derecho Civil (estudiantes) Recuperado de <http://temaseducativos.paolino.com.ar/wp-content/uploads/2012/11/C14-015.pdf>
- Hernández, R., Fernández, C. & Baptista, P. (2006). Metodología de la Investigación. (4a ed.). México: McGraw Hill.
- Human Rights Watch (2015). Informe Mundial 2015: Colombia. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/world-report/2015/country-chapters/268137>

- Peace Brigades International Colombia (2010, enero). Desplazamiento forzado: un crimen contra la humanidad. Colombia Desplazamiento forzado en Colombia crimen y tragedia humanitaria, (14). Recuperado de http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/2292AF3368AF28BDC125771500474870-Informe_completo.pdf
- Rodríguez, A. (2008). El enfoque ético de la acción sin daño. Recuperado de: <https://principiosdepsicoterapia.files.wordpress.com/2013/12/el-enfoque-c3a9tico-de-la-accic3b3n-sin-dac3b1o.pdf>

Capítulo 9

Contrato de maternidad subrogada: su validez en el ordenamiento jurídico colombiano¹

*Andrea Johana Aguilar Barreto², Anderson Torrado Navarro³,
Geraldine Villamizar Herrera⁴, Nidia Gabriela González Misse⁵*

Resumen

La presente investigación deriva del fenómeno social conocido como maternidad subrogada, con la cual se busca comprender el verdadero valor de dicho contrato. La investigación abarca todos los temas que giran en torno a la maternidad subrogada como un acto jurídico y los efectos que produce en los intervinientes, así como del que nace, como generador de efectos jurídicos preestablecidos en el acuerdo, los cuales cuentan con pleno respaldo por la ley, la constitución y el derecho internacional. Se desarrolló en el transcurso del segundo semestre del año 2014 y parte del primer semestre del 2015, en donde se realizó un exhaustivo análisis juris-

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo. Análisis a la validez del contrato de maternidad subrogada en ordenamiento Civil colombiano. Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.
 - 3 Abogado, Universidad Simón Bolívar.
 - 4 Abogado, Universidad Simón Bolívar.
 - 5 Abogado, Universidad Simón Bolívar.

prudencial y legislativo vigente sobre la temática; para así lograr establecer la validez del contrato de maternidad subrogada; de una mujer para la gestación de un hijo biológico de terceros a partir de los preceptos que rigen los contratos y el precedente constitucional colombiano. Igualmente se tomaron en cuenta los trabajos que las universidades tanto de Colombia han desarrollado conceptos que aporten al tema de la Maternidad subrogada, más precisamente los productos científicos de la Universidad Autónoma de México, Universidad Autónoma de Chile y finalmente la Universidad Libre de Colombia. Otros aportes de Medular Importancia fueron tomados del precedente Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Maternidad subrogada, inseminación artificial, subrogación total, parcial, altruista, onerosa, contrato, gameto, espermatozoide, óvulo, vientre, reproducción asistida.

Contract of Replaced Maternity: His Validity in the Juridical Colombian Classification

Abstract

This research derives from the social phenomenon known as surrogate motherhood, with which it seeks to understand the true value of that contract. The research covers all the issues that revolve around surrogacy as a legal act and the effects it has on those involved as well as born, as a source of legal effects presets in the agreement, which feature full support for the law, the constitution and international law. Where a comprehensive held existing case law and legislative analysis on the subject; to achieve establish the validity of surrogacy contract; a woman for gestation of a third biological child from the provisions governing contracts and the Colombian constitutional precedent. Also took into account the work that

both Colombia universities have developed concepts that contribute to the issue of surrogacy, more precisely scientific products of the Autonomous University of Mexico, Autonomous University of Chile and finally the Free University of Colombia. Other contributions of central importance were taken from the precedent of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Replaced maternity, artificial insemination, total, partial, altruistic, onerous subrogation, contract, gamete, sperm, ovum, abdomen, assisted reproduction.

Introducción

Es preciso determinar el verdadero valor del contrato de maternidad subrogada; ya que siendo un fenómeno social que ha tenido gran impacto en muchos países del mundo; y que a su vez se han vuelto tendencia en estos días, marcados por el desarrollo tecnológico, ha llegado al punto de plantearse como problema de carácter jurídico, que demanda mucha más atención de la que se le ha prestado hasta esta generación.

Se abordan todos los temas que giran en torno a la maternidad subrogada como un acto jurídico y los efectos que produce en los intervinientes, así como del que nace, como generador de efectos jurídicos preestablecidos en el acuerdo, los cuales cuentan con pleno respaldo por la ley, la constitución y el derecho internacional. En todo caso, la consagración constitucional y legal, de las libertades contractuales de los particulares son temas que son complementarios y que necesariamente demandaron ser incorporados en la presente investigación, queriendo con ello bajo una estricta observancia del orden superior analizar la legitimación del estado a través de la imposición del orden materializado a través de la regulación; limitado solamente a las necesidades de los ciudadanos y garante de la paz interior.

Evolución de la bioética y bioderecho

La maternidad subrogada no aparece espontáneamente en estos tiempos, sino más bien ha sido producto de la transformación de la sociedad desde tiempos inmemoriales. Es por eso que, desde un

principio, este fenómeno se ve acompañado con la esterilidad del ser humano, por ejemplo en la antigua Mesopotamia el hombre cuya esposa era estéril, se le era totalmente permitido desposar a otra mujer; y en la antigua Grecia la esterilidad es una causa de abominación de los dioses, por lo que poco a poco se fueron planteando soluciones respecto de su génesis. A finales del siglo XX, se empezaron a desarrollar técnicas científicas de reproducción asistida que ayudaban a quienes padecían la infertilidad, con la fecundación del ovulo por fuera del cuerpo de madre; Pero fue hasta el año de 1989 que se produjo gracias a los avances científicos logrados hasta la época en gran parte por el pionero y premio nobel de medicina, el británico Robert Edwards, la primera fecundación *in vitro*, y nacimiento del primer “bebé probeta” Louise Brown, cambiando el paradigma de la medicina en la salud reproductiva y abriendo el debate sobre los acuerdos privados para este tipo de gestación de lo que indudablemente han girado en torno a la bioética.

Sin embargo, el primer caso conocido sobre maternidad subrogada se conoció en el tribunal supremo de Nueva Jersey, cuando la pareja Stern decidió implantarle a la señora Whitehead las células reproductoras del señor Stern y ésta consecuentemente entregaría el recién nacido a los contratantes; pero debido al rechazo de la gestante luego de dar a luz de hacer dicha entrega, el tribunal tuvo que decidir darle la custodia a la pareja de esposos Stern, especificando el derecho a visitas de la señora Whitehead.

En la doctrina colombiana, el alquiler de vientre como vertiente de la moderna bioética o bioderecho, se han pernoctado trabajos investigativos en aras de marcar precedentes bibliográficos para llevar a un conocimiento más acertado de los aspectos que reviste, como es el caso del trabajo realizado por el investigador Emilio José Aguilar Gómez del grupo de investigación Justicia Constitucional de la Universidad Libre de Colombia (Gómez, 2012) - sede Cartagena, Colombia; quien tras hacer un análisis de las generalidades constitucionales y legales del contrato de maternidad subrogada concluye que este nace, del afán del hombre de suplir las falencias de la naturaleza en la

anatomía humana, teniendo gran impacto en la sociedad y claramente de ello debe encargarse el derecho. Sostiene además que, aunque el procedimiento de maternidad subrogada como aplicación de las modalidades de reproducción asistida, aún no han alcanzado a optimizarse en su totalidad, ciertamente ofrece resultados esperanzadores, a las parejas infértiles, quienes en últimas tienen todo el derecho y respaldo constitucional de acudir a este procedimiento, por cuanto les asiste la “Libertad reproductiva” reconocida en el artículo 42 de la Carta Política Colombiana.

Así mismo propone al fenómeno en discusión como una práctica legal, constitucional y socialmente aceptada; por tanto, al igual que en la doctrina, debe despertar en el legislador colombiano, el interés de regular la figura, debido a que actualmente es tendencia tanto a nivel internacional, como a nivel de Colombia. Propone en resultado de la investigación, que actualmente es completamente viable ejecutar un contrato de maternidad subrogada, ya que el único argumento que hoy se opone a la práctica, son los tabús y prejuicios de raigambre moral y religioso.

En la sede legislativa colombiana, ya se han hecho intentos por reglamentación del alquiler de vientre, y fue precisamente el más notorio el proyecto de ley N° 46 de 2003 y 151 del 2001 en el Senado, y N° 196 de 2008 de la cámara de representantes, los cuales fueron archivados sin ser debatidos, dejando aún más acentuado el desinterés de la corporación por reglamentar el asunto.

Maternidad subrogada

Conocido coloquialmente como alquiler de vientre, o como le llama la doctrina maternidad subrogada, es un procedimiento científico que consiste en implantación artificial *in vitro* de células reproductoras de una pareja incapaz de procrear, en una mujer en plenas capacidades físicas para concebir, y dicho procedimiento puede ser por subrogación maternal tradicional o subrogación maternal gestacional.

En la primera la madre subrogada acepta quedar embarazada ya sea natural o artificialmente por un hombre casado, siendo esta la

que aporta las células reproductivas femeninas; y en la subrogación gestacional, los espermatozoides del hombre fecundan el óvulo de su esposa o uno adquirido del exterior, y posteriormente el embrión resultante de la fecundación es implantado en el útero de la madre subrogada; en ambos casos al producirse el nacimiento del niño, se entiende que los padres son los que genéticamente se encuentran vinculados a este, valga decir, la pareja donante de las células reproductivas o de una parte. El alquiler del vientre además del procedimiento científico contempla la mediación de un acuerdo entre las partes, las cuales tal como ha enseñado la práctica, resuelven por un lado, la parte contratada; es decir, la madre que dispone de su vientre, a entregar al menor tan pronto nazca, y la parte contratante en contraprestación una remuneración en virtud a la gestación artificial, y los gastos médicos que se sufraguen en el discurrir de la gestación, o bien puede no pactarse remuneración, en caso tal se le verá como un contrato gratuito.

El contrato de maternidad subrogada o sustituta, existe al igual que los demás contratos, siempre y cuando concurren los requisitos establecidos por el Código Civil; no obstante la validez y legalidad del mismo, son aspectos que no han sido superados por la legislación y jurisprudencia; pues en la celebración de esta clase de actos jurídicos concurre la ponderación de derechos fundamentales tales como la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la familia que, en el presente trabajo necesario es, descartar la vulneración de derechos fundamentales, pues sería inane realizar una investigación sin respeto alguno a las disposiciones constitucionales.

Ahora bien ante la incertidumbre de qué hacer ante estos casos, no se entiende como resolverían los jueces de la república, eventuales litigios o controversias relativas a la maternidad sustituta pues no puede sancionar, ni tampoco amparar su práctica; a este dicho no queda más que dejar que llegar a la conclusión que sus sentencia quedan libradas a posturas subjetivas y bagajes que de la jurisprudencia constitucional se pueda apreciar, frente a temas tan atípicos

en la legislación, que indudablemente puede ser latente la violación de los derechos fundamentales de quienes acuden a esta práctica.

La maternidad subrogada, ha sido consecuencia del dinamismo de la ciencia, que con premura acude a responder necesidades sociales, que para que pueda considerarse como tal debe trascender a una esfera jurídica, que implica el nacimiento recíproco de obligaciones. En este sentido, lo exiguo de la norma a solucionar controversias nacidas en este plano, deja al azar la seguridad jurídica contractual de las partes al no ser amparadas por una normatividad que reglamente esta forma de reproducción asistida, o que la prohíba.

El fenómeno de la maternidad subrogada, aunque no se encuentra actualmente reglamentado en las disposiciones, sin embargo cuenta con ciertos instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos; soporte fundamental de la investigación, puesto que la declaración siendo una disposición supra legal; es el derrotero para establecer la consonancia armónica de la autonomía privada, con el derecho a la familia, la libertad reproductiva y a la libre disposición del cuerpo; estos últimos internacionalmente reconocidos como parte de la convención americana de derechos humanos.

También cuenta con la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989 (ley 12 de 1991). Imprescindible aporte a la investigación en la medida que antepone los intereses del nacido frente a los contratantes en un acuerdo de maternidad subrogada y con la Convención Interamericana de derechos humanos, pacto de San José de Costa Rica. Ciertamente se constituye como extensión de los derechos humanos, que, siendo un pacto de fuerza vinculante al estado colombiano, es de imperativa aplicación a la legislación interna, que tal como se indicó, refiere particularmente de interés de esta investigación; a los derechos a la familia, libertad reproductiva y libre disposición del cuerpo.

Pero, sin embargo, siendo realistas, ya que con todo lo anterior, es evidente el vacío jurídico que presenta el ordenamiento Jurídico, al no contemplar la reglamentación de esta clase de contrato que reviste especial relevancia constitucional, pues frente a las normas

generales de contratos civiles poco o nada puede hacerse en la práctica; razón por la cual este trabajo está direccionado a establecer la viabilidad jurídica de su conformación y su legalidad.

Los pronunciamientos de las altas cortes han sido muy escasos y de contenido lacónico; a tal punto que solo se cuenta con una sentencia proferida por la Corte Constitucional relacionada directamente con el tema bajo estudio; que se analizara a fin de marcar un derrotero en la confección del contrato de maternidad subrogada.

En efecto ha sido la sentencia T-968 del año 2009; en la que la alta corporación tuvo la oportunidad de hacer un escueto análisis de la maternidad subrogada; sin embargo la corte marcó unas pautas; tomadas por cierto de la doctrina autoridad en el tema; que permiten avizorar con nitidez los pormenores del contrato materia de este estudio, y así mismo sentar bases para la elaboración de un trabajo legislativo que le ponga fin a la controversia y regule el tema en aras de definir relaciones jurídicas.

Se trata de la Sentencia T-968 del 18 de diciembre del 2009, proferida por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, con la ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa, dentro de la acción de tutela instaurada por (advertencia nombres Ficticios) “Sarai” contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali. El conflicto a resolver en esta providencia, consistió en síntesis en que Sarai, celebró con Salomón de nacionalidad colombiana y Raquel de nacionalidad dominicana un contrato de maternidad subrogada. Inicialmente, a Sarai le fueron implantados óvulos fecundados de la esposa de Salomón, pero su cuerpo los rechazó razón por la cual, el señor Salomón le pidió que se realizara un proceso de fertilización, con sus propios óvulos y los espermatozoides del señor Salomón, esta vez con éxito dando como resultado un embarazo gemelar.

Salomón enviaba mensualmente la suma de \$ 149.000, a la Sarai para su respectiva manutención por cinco meses, y una vez nacidos los menores la madre se rehusó a entregarlos a la pareja contratante. Posteriormente el ICBF, de Yumbo (Valle del Cauca), le retiró la custodia de los menores por cuanto estos presentaban afección física

por encontrarse cerca de un horno de cal; desde entonces el señor Salomón inicio un proceso de custodia y cuidado personal de los menores y otro de privación de la patria potestad.

Paralelamente Salomón además inició demanda de permiso del país para llevar a los menores a su lugar de residencia (Estados Unidos), pretensiones que fueron acogidas por el juez 10 de familia de Cali de conocimiento, la cual fundamentó en que el padre (Salomón), tenía una mejor situación económica frente a la madre (Sarai), situación de subdesarrollo e inseguridad y pobreza que padecía en la ciudad de Cali, aunado a que inicialmente la señora Sarai registró los menores con sus apellidos negando la posibilidad al padre de reconocerlos, concluyendo que el padre tenía mejor derecho, pues fue quien se esforzó y buscó los medios para la concepción; no obstante para garantizar los derechos de la madre, ordenó que esta los visitara dos veces al año.

Ante tal situación Sarai, promovió acción de tutela contra la sentencia proferida desfavorablemente para ella, de la cual conoció el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, el cual dejó sin efectos la sentencia proferida por el Juez 10 de Familia, por haber valorado indebidamente las pruebas, y no argumentar su providencia, desconociendo además la Declaración de los Derechos del Niño así como de ignorar el precedente jurisprudencial que claramente señalan la necesidad de que el menor permanezca con su madre.

A su turno, Salomón a través de apoderado judicial, impugnó la decisión proferida por el tribunal superior de Cali, argumentando que se desconoció la presunción de buena fe contemplada en el artículo 83 de la Constitución Nacional; así mismo agregó que la madre cometió varios atropellos contra el padre de los menores, al no permitirle que estuviera presente en el nacimiento de los menores, ocultarle la fecha de nacimiento, obstaculizar su reconocimiento y no tenerlo en cuenta para la escogencia de los nombres.

Mediante providencia de fecha 24 de Febrero del 2009, la Corte Suprema de Justicia (sala de casación civil-Familia) confirmó el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, con sustento en que la de-

cisión de Juez de conocimiento, no estaba encaminado a resolver el permiso para salir del país, sino más bien cuál de los dos padres estaba más habilitado para criarlos, señalando que resolvió la salida de los menores de forma definitiva y no de forma temporal, desconociendo el artículo 110 del Código de la Infancia y la Adolescencia; resaltando además la evidente violación al debido proceso, por una inadecuada valoración de las pruebas. Finalmente llega a la corte constitucional a quien corresponde definir la Litis.

La corte valora las pruebas obrantes en el expediente, entre ellas el estudio socio familiar presentado por la trabajadora social, que considero que no es conveniente separar a la madre de su hijo, es decir que necesario es conservar el vínculo biológico entre la madre menor y los menores, señalando que se le ha causado un grave perjuicio a la señora Sarai, quien desplegado una lucha constante para recuperar a sus hijos.

Sin embargo, en la referida sentencia, la corte deja abierta la posibilidad de que haya lugar a los acuerdos de maternidad subrogada, bajo las siguientes directrices:

Dentro de este contexto se ha evidenciado la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones” como los siguientes: (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres

biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.

Bajo tal panorama, se concluye que el precedente constitucional, no repugna la posibilidad de una regulación o incluso de que actualmente se lleve a cabo contratos de maternidad subrogada, pues por el contrario la expresa; sin embargo en el caso concreto de esta sentencia, ciertamente no pudo dársele prelación a la buena fe contractual al señor Salomón y a su esposa, por cuanto existía un vínculo de filiación entre la madre contratada (Sarai), y el menor, situación que a la luz de la carta política hace imposible la entrega del menor por vulnerar seriamente sus derechos además de ser sujeto de especial protección (art. 44 C.N), siendo que tal como lo indicó la corte la situación de vulnerabilidad económica y más aún la existencia de un acuerdo de maternidad subrogada; no es razón suficiente para separar a la madre de su hijo.

En razón a dichos argumentos la corte Constitucional resuelve confirmar la sentencia proferida por la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia, proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali. Del análisis hecho a la sentencia T-968 del 2009, al manifestar la corte constitucional la urgente necesidad de regular el contrato de maternidad subrogada, a claras se ve el inminente estado de indefensión de los derechos del menor y con más razón aun evitar las innumerables controversias que eventualmente pueden suscitarse en dicha actividad contractual.

Por tanto, aunque el citado precedente bosqueja a grandes rasgos la maternidad subrogada, únicamente refiere tangencialmente al caso de la llamada “subrogación tradicional” es decir que la mujer subrogada aporte los óvulos para la fecundación, en cuyo caso el contrato adolece de objeto ilícito por cuanto en este caso el objeto del contrato es el menor, es decir se está pagando un precio por el nacido.

Al referirse a la naturaleza del contrato de maternidad subrogada, el artículo 1973 del Código Civil define el contrato de arrendamiento como “un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”, el profesor Cesar Gómez Estrada con acierto señala que en la transcripción del texto del citado canon aparecen incluidas tres figuras que se miran entre la doctrina y la jurisprudencia absolutamente independientes a saber a) el contrato de arrendamiento de cosas, b) el contrato de prestación de servicios, b) y finalmente el de obra civil (Gómez, 2008).

Bosquejando los rasgos característicos de cada modalidad del contrato; se encuentra que el arrendamiento de cosas, consiste esencialmente en la entrega por una de las partes, de una cosa para su uso y goce (*ius utendi*) u/o explotación (arrendamiento comercial) (*ius fruendi*) durante cierto tiempo; a cambio el contratante se obliga a pagar un precio por ello; quien entrega la cosa en tenencia se denomina arrendador y quien la usa y paga el precio se denomina (arrendatario) (artículo 1977 CC.).

Por su parte el contrato de prestación de servicios; hace referencia a la prestación personal de un servicio a cambio de pago por este goce; que estando frente a los requisitos del contrato de trabajo, claramente se alude al tratamiento de la especialidad laboral de la jurisdicción ordinaria, y es hoy ajeno al derecho civil.

Finalmente, el contrato de obra civil; que de por sí es el que ahora interesa abordar; consiste en la realización de una obra material, que frente a la confección de obras inmateriales estas deben ejecutarse con plena independencia o dicho en otros términos no supone una relación de dependencia o subordinación de quien se beneficia del servicio. Con la anterior aclaración, se define el contrato de obra civil el que en esencia consiste en por una parte a ejecutar una obra determinada, y la otra a pagar un precio por ella, importa poco en este contexto que se trate de una obra material o inmaterial, siempre y cuando adolezca de subordinación y predomine la independencia.

Reitérese que el código civil equipara al contrato de obra civil al de arrendamiento, es más lo ubica como una modalidad de éste. Con la anterior aclaración, en el contrato de maternidad subrogada, la madre contratada, la que se encargara de gestar el menor hasta su nacimiento, está obligada a la realización de un hecho, o más bien una obra; y la otra parte, es decir los padres que acuden a ella para la contratación, se obligan a pagar un precio por ello. Nótese que el objeto del contrato de maternidad subrogada, no supone al menor, pues se trata más bien de la ejecución de un conjunto de conductas sucesivas (la gestación) que conlleven a la culminación de la obra a satisfacción (el nacimiento), no se trata entonces que se esté negociando con un ser humano sino, lo que en realidad está siendo objeto de la negociación es la gestación del cigoto en el Útero.

Se tiene entonces que el contrato de maternidad subrogada al tener por objeto la ejecución de una obra y una contraprestación económica, se constituye como un contrato y no se encuadra solamente en la definición de negocio jurídico, pues conforme la definición general doctrinaria del negocio jurídico corresponde “al instrumento que el derecho otorga a las personas para la disposición de intereses ya sean familiares, patrimoniales o personales” (Bohoquez, 2009).

En la formación del contrato, necesariamente debe existir esta disposición de intereses patrimoniales además de un acuerdo de voluntades; de lo contrario quedara dicho acto reducido a un negocio jurídico y no trascenderá a ser un contrato; rasgos distintivos propios del contrato de maternidad subrogada, pues ya que además de la necesidad de concurrir las voluntades de los sujetos contractuales, existen una prestaciones reciprocas (la gestación y la remuneración económica por ello) que dinamizan la actividad contractual generando derechos y obligaciones:

(...) la mayor parte de los negocios jurídicos los podemos encontrar en el tercer grupo, que son aquellos que tocan intereses relativos al patrimonio de los celebrantes del negocio; aquí podemos observar que uno de ellos son unipersonales, pues en su creación solo aparece un sujeto; como es el caso del testamento

o el de la oferta, en los cuales el disponente del interés es una persona y solo ella; y otros negocios jurídicos son pluripersonales en los cuales dos o más personas intervienen en la celebración del negocio; estos últimos son los contratos.

Aunque el contrato de maternidad subrogada, como se ha visto comporta los elementos esenciales del contrato de obra civil, este es por excelencia consensual es decir requiere solamente que las partes se pongan de acuerdo en respecto de la obra que ha de realizarse y el precio que ha de pagarse por ella sin necesidad de observar formalidad alguna para perfeccionarse; no obstante el contrato de maternidad subrogada no puede ser consensual en absoluto, pues para su existencia requiere la observancia de ciertas formalidades como más adelante se expondrá con más detalle, es decir, deberá constar por escrito, además que la mujer de la pareja contratante tenga problemas fisiológicos para concebir, que se determine el centro de fecundación donde se ha de realizar el procedimiento de fecundación, la disposición de gametos para la fecundación y que el óvulo a fecundar sea ajeno a la madre contratada.

Si estas formalidades requieren concurrir al contrato de maternidad subrogada, se descarta la posibilidad de que sea consensual pues sin la observancia de ellos, conllevaría a la inexistencia del contrato y ser declarado nulo; por tanto, aunque comparta similitud con el contrato de obra civil, no es obra pues este es consensual y el de maternidad subrogada debe ser solemne.

En general la doctrina ha clasificado los negocios jurídicos de dos maneras, bajo un criterio cuantitativo y uno cualitativo. El criterio cuantitativo clasifica a los negocios en que interviene la voluntad de una sola persona como unipersonales, como es el caso del testamento, la oferta, que ciertamente son negocios jurídicos, pero no contratos. Los negocios en que interviene un número plural de personas son denominados pluripersonales como es el caso de la compraventa, el arrendamiento y de mutuo; que su gran mayoría son contratos (Bohoquez, 2009); clasificación en la que se ubica el

contrato de maternidad subrogada, por cuanto interviene la voluntad de la pareja contratante y la madre sustituta o subrogada.

El criterio cualitativo, clasifica a los negocios jurídicos según la calidad de los sujetos; en primer término; se ubica la regla general en los negocios jurídicos, ya que en principios cualquier persona que la ley no declare incapaz en particular los contratos, puede celebrarlos, estos negocios bajo este criterio son denominados negocios de sujeto universal. La excepción a la regla son aquellos negocios en que se exige una calidad especial como es el caso de los contratos de seguro, el matrimonio o la fiducia mercantil; clasificación en la cual se ubica el contrato de maternidad subrogada; ya que para celebrarlo se exige una calidad especial y es necesariamente debe ser una pareja la cual este casado o bien convivan en unión marital de hecho, además de la imposibilidad reproductiva.

Además, la naturaleza y fundamento jurídico de la actividad contractual reside en el artículo 333 de la Constitución Nacional que reza: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. (...)” resulta evidente que el constituyente ha previsto que no todos los acuerdos entre particulares, pueden ser regulados por la ley; y ese es precisamente el desarrollo llevado a cabo por el artículo 1602 del Código Civil “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” y la definición primigenia del artículo 1495 de la misma codificación “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”, como puede verse los contratos atípicos tienen pleno respaldo por la constitución y la ley, razón por la cual ineficacia de los mismos opera por causas legales; es decir la ausencia de requisitos que la ley prevé, para los mismos.

A lo anterior se suman, los aportes de la doctrina que son contundentes en consignar que el hecho de que no haya en determinados acuerdos privados en un modelo previsto por la ley; no equivale a su inexistencia o que no se regulen por las reglas generales de los

contratos, y en consecuencia no haya tutela judicial efectiva para los intereses de los intervinientes en el acto. El Dr. Jaime Arrubla Paucar afirma que:

El principio de la libertad contractual consignado en el postulado de la autonomía privada permite a los particulares buscar consecuencias en derecho es decir ejercitar potestad normativa que puede encuadrar o no en una categoría normada, dando lugar a clasificar los contratos en típicos y atípicos con la diferencia esencial de que lo atípico también produce sus efectos jurídicos y tiene su propia disciplina de regulación. (Paucar, 2004).

Importa anotar que los hijos que nazcan por medios empleados por la ciencia, no tienen orfandad de derechos, pues la misma carta política les reconoce igualdad de derechos que los demás hijos; por tanto no hay, no puede haber en este punto escollo alguno en el perfeccionamiento del contrato a partir de los derechos del menor, por cuanto el artículo 42 de la Constitución Nacional es enfático en proteger la conformación de la familia particularmente a los hijos de los padres, cualquiera que fuere el método de reproducción:

Artículo 42: (...) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. (...).

Conclúyase de lo dicho que el contrato de maternidad subrogada, además de ser un negocio jurídico, es un verdadero contrato por cuanto es un acuerdo de voluntades en el que se dispone de intereses patrimoniales, personales y familiares. Así mismo debe decirse que no corresponde a un contrato de obra civil, aunque comparte similitud, ya que el de obra civil es por excelencia consensual, y el de maternidad subrogada es solemne; en tal sentido es atípico pues el supuesto normativo consagrado para el contrato de obra civil no se ajusta a la totalidad de las características del contrato de maternidad subrogada, se dirá entonces que es un contrato atípico o Innominado.

En Colombia existen serias dificultades para el establecimiento de la filiación, con evidente desventaja la mujer respecto del hombre, ya que la paternidad bajo ciertos casos se presume al tenor del artículo 213 del Código Civil, mas no acontece lo mismo con la maternidad la cual se determina con el parto. Sin embargo, los vínculos jurídicos y naturales respecto de los padres con los hijos, dado el contenido arcaico, al parecer de muchos, del Código Civil, no permite facilitar la determinación de la filiación con respecto de la madre. Es por tanto urgente que el estado colombiano, más que regular el contrato de maternidad subrogada, defina la situación jurídica de la madre respecto del nacido.

En primer término, se contempla la hipótesis de la situación en la cual la pareja contratante sean quienes aporten los gametos a fin de lograr la gestación del embrión que será implantado en el vientre de la madre subrogada. En tal situación tan pronto nazca la creatura ya se verán los primeros inconvenientes, ya que ciertamente en el certificado de nacimiento aparecerá la madre sustituta como la verdadera madre del nacido; situación que no hará posible que la verdadera madre aportante de los óvulos registre al menor como su hijo. No obstante, el ordenamiento contempla la figura de la impugnación de la maternidad; procedimiento al que se verá sometida la verdadera madre biológica del nacido. En efecto el artículo 217 del Código Civil contempla:

El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico (...).

Así las cosas, mediante la prueba científica es actualmente la más idónea que en este caso favorecería a la verdadera madre a fin de establecer la filiación maternal; pues siendo la madre contratante la aportante del óvulo, pero que por infertilidad uterina debió acudir al procedimiento de maternidad subrogada, la verdadera madre

biológica a la luz de la prueba de científica de ADN. En tal sentido se establecería la filiación natural por vía judicial.

Debe decirse que además que esta es una forma “indirecta” de materializar la ejecución del contrato; y no podría haber culpa in contraendo por parte de la madre sustituta, por cuanto no existen instituciones jurídicas inmediatas que puedan garantizar el establecimiento de la filiación. Salvo que se oponga a la entrega del menor a su nacimiento.

Adentrando más en la impugnación de la maternidad, la legitimación para instaurar la respectiva acción recae en principio a favor del hijo además del presunto padre o madre, así como también quien acredite sumariamente ser el padre o madre biológica (art. 217 del C.C). En el juicio de impugnación. Es importante destacar la relevancia procesal que, en estos juicios, pues tal como ya se indicó; adquiere la prueba científica toda vez que en el citado artículo faculta al juez para la apreciación de dicho dictamen; aunque esta facultad se hace imperativa a la luz del artículo 1 de la ley 721 del 2001 que modificó el artículo 7 de la ley 75 de 1968; imponiendo ineludiblemente a los juicios de disputa de paternidad o maternidad la prueba de ADN.

Otra solución que puede prestar la madre contratante que aporte el óvulo para la concepción como medio “indirecto” de ejecución del contrato, sería la posesión del estado civil, claramente establecida en el Código Civil en el artículo 397 que refiere a “la posesión notoria del estado de hijo legítimo”, el cual se constituye como uno de los medios para probar la maternidad. Esta forma probatoria de establecimiento de la filiación maternal, se logra comprobando hechos que se ha tratado a un ser como hijo suyo, verificando que se le provee a este la subsistencia en general, esto es alimentación, educación; situación que debe ser reconocida por familiares amigos, vecinos y en general personas allegadas, que sean testigos fidedignos que den fe de la notoria posesión del estado civil por un lapso de tiempo de cinco años (ley 75 de 1968). Sin embargo, en este caso se hace imperiosamente necesaria la prueba de ADN, que el juez deberá decretar conforme anteriormente se hizo referencia al artículo 1

de la ley 721 del 2001. En todo caso en la posesión de estado no habrá lugar a impugnar la maternidad si le ha sido entregado el nacido a la madre, ya que se alega haberse establecido la filiación ya sea por uno de los cónyuges o por ambos, la filiación con el menor. Finalmente, por parte del padre contratante no habrá ningún inconveniente respecto de la determinación de la filiación; ya que este puede realizar el reconocimiento del menor tan pronto se produzca su nacimiento.

Ahora bien, como segundo caso propuesto, esto es que la madre contratante adolezca de infertilidad uterina y a su vez de infertilidad anovulatoria, debiendo recurrir a un banco de óvulos a fin de implantarlo fecundado con los espermatozoides de su cónyuge, en el útero de la madre sustituta, la situación es análoga al desenlace de la hipótesis anterior, ciertamente en este caso, si la madre sustituta reconoció el menor deberá impugnar la maternidad, sin embargo si se impugna la maternidad probándose que efectivamente la madre sustituta no es la madre biológica del menor, efectivamente el juez acogerá las pretensiones de la demandada de impugnación, sin embargo, no se podrá atribuir la filiación entre la madre contratante y el nacido, por cuanto como ya se dijo, el ovulo para la fecundación fue adquirido en un centro especializado de reproducción. En todo caso tanto como en el caso anterior como en este la solución más viable sería solicitar ante el respectivo juez de familia la inscripción en el registro civil del nacido como hijo de ambos padres contratantes. Tal petición tendría como fundamento el derecho supra legal de la libertad reproductiva, internacionalmente reconocido (sentencia corte interamericana de derechos humanos caso Grettel Artavia Murillo contra el Estado de Costa Rica), además que dicho reconocimiento no mancilla no vulnera los derechos de la madre sustituta por cuanto entre ambas partes contractuales han pre acordado la gestación, ya que a la pareja contratante ejerce y le asiste el derecho de la libertad reproductiva, mientras que a la madre sustituta ejerce y le asiste el derecho de la autodeterminación del cuerpo.

El citado precedente jurisprudencial, tiene plena aplicación en la legislación, con el denominado control de convencionalidad; ya que

en primer término la carta política incorpora en su articulado; 93 y 94 la vinculación de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad a la legislación interna; más aún cuando el citado art. 93 prevé que “los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Y tal como se indicó no solamente las normas internacionales aprobadas por el estado, son vinculantes sino también la jurisprudencia, pues así fue elaborado el numeral primero del artículo 68 de la Convención Interamericana de derechos humanos.

Conclusiones

La maternidad subrogada, es un fenómeno social que requiere de la atención tanto de los legisladores colombianos, así como de los administradores de justicia, ya que hoy día no cuenta con una reglamentación específica, pero que, a la luz de los principios y normas generales de los contratos, se configura como un negocio jurídico con validez con abrigo a las normas del Código Civil. Del mismo modo se ve como una práctica moralmente aceptable, desde la óptica jurídica colombiana contrastada con la jurisprudencia patria y los pronunciamientos de los Tribunales Internacionales.

Del mismo modo, se tiene que la maternidad subrogada se presenta como una solución al problema social de infertilidad congénita o adquirida, que presentan algunas mujeres; postulándose esta solución como justificación, para la tutela judicial efectiva de los órganos del estado, al derecho sin discriminación alguna de la mujer al fortalecimiento de su núcleo familiar, siendo la familia el núcleo fundamental de la sociedad, la libertad reproductiva y finalmente la prevalencia de autodeterminación del cuerpo; claro está todo lo anterior sin menoscabo de los derechos del que está por nacer, pues ciertamente sus derechos son los que se pretenden tutelar con la legitimación del estado a través de la validez del contrato, pues de no ser así, la clandestinidad y la informalidad sería el escenario donde

tendría lugar el acuerdo, erigiéndose como un sinfín de fuentes de riesgo de vulneración de los derechos fundamentales del menor.

Igualmente, puede decirse con toda seguridad, que conforme a lo trabajado; el contrato de maternidad subrogada, consta de todos los elementos generales de los contratos, y está dotado de sus requisitos de validez, para luego emanar efectos jurídicos, por lo tanto al constituirse como contrato innominado, es indispensable tener plena observancia con la axiología del mismo, partiendo de los fines y la función social que desempeña en el núcleo de la familia y de la sociedad.

Finalmente, los efectos jurídicos del contrato de maternidad subrogada, es quizá el punto más neurálgico del tema, ya que ineludiblemente se aborda el tema de la filiación. La conclusión de este objetivo no puede ser otra, que a la falta de legislación no puede ser un pretexto para desconocer los términos del acuerdo, cuando la misma constitución nacional protege la autonomía privada; aunque cierto es, que los límites de esta autonomía deben subordinarse a derechos de mayor preponderancia constitucional tal como es el derecho de los niños; los cuales permanecen incólumes a la celebración y ejecución del contrato objeto de este estudio; al garantizarle una familia.

Referencias

- Bohoquez, O. A. (2009). De los negocios Jurídicos en el derecho Colombiano. Bogotá: Ediciones Doctrina Y Ley.
- Gómez, E. C. (2008). De Los Principales Contratos Civiles. Bogotá: Temis.
- Gómez, E. J. (2012). Contrato de Arrendamiento de Vientre, Una Mirada de La Norma Constitucional Colombiana. Universidad Libre de Colombia, 61.
- <http://www.cecolfes.com/es>.
- Paucar, J. A. (2004). Contratos Mercantiles Atípicos Tomo II, Quinta Edición. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.

Capítulo 10

Delitos de lesa humanidad: posturas de la Corte Penal Internacional¹

*Andrea Johana Aguilar Barreto², Abad Parada Trujillo³,
Clara Paola Aguilar Barreto⁴*

Resumen

El presente documento constituye un revisión de las posturas internacionales que se convierten en criterios obligantes para los ordenamientos jurídicos, frente a los caso de los delitos de lesa humanidad. Específicamente la Corte Penal Internacional, como el principal tribunal de justicia internacional permanente, y al cual le compete juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes como genocidio, de guerra, de agresión y lesa humanidad, y el cual exige de los Estados cooperación frente a la aplicación de sus estatutos. Los estatutos de corte revisten de un carácter de complementariedad, y respetan la primacía y autonomía de los ordenamientos pe-

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo. Delitos de lesa Umanidad, posturas desde el derecho Internacional, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.
 - 3 Abogado. Especialista en Alta Gerencia. Magíster en Educación de la Universidad Externado de Colombia.
 - 4 Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Externado de Colombia. Maestrante en derecho público, Externado de Colombia.

nales internos sin embargo es preciso reconocer las Opciones y Formas de Implementación de las que cuentan los estados para hacer efectiva dicha incorporación.

Palabras clave: Corte penal Internacional, lesa humanidad, ordenamiento penal, Estatuto de Roma.

Crimes of Lesa Humanity: Positions of the Penal International Court

Abstract

The present document constitutes a revision of the international positions that obligees turn into criteria for the juridical ordenamiento, opposite to them marry of the crimes of lesa humanity. Specifically the penal International Court, as the principal court of international permanent justice, and to which him compete to judge the persons accused of committing crimes as genocide, of war, of aggression and lesa humanity, and which demands of the States cooperation opposite to the application of his by-laws. The bylaws of Court re-dress of a character of complementarity, and respect the primacy and autonomy of the penal internal classifications nevertheless is precise to recognize the Options and Forms of Implementation of those who count the conditions to do the effective above mentioned incorporation.

Keywords: Penal International Court, lesa humanity, penal classification, Statute of Rome.

Introducción

El derecho consuetudinario tiene una evolución diferente entre cada uno de los Estados, toda vez que dicho desarrollo depende las prácticas que se imponen atendiendo a los intereses del Estado y los valores y expectativas que se comparten. En este sentido, es com-

previsible que hay etapas o momentos históricos en los que es muy complejo poder llegar a un acuerdo sobre la costumbre aplicable y que constituye fuente del derecho. En el caso de los delitos de lesa humanidad, el génesis se centra en el derecho internacional consuetudinario, aquel en el que hay intención de los Estados en obligarse en determinadas prácticas, es decir, cuando se configura la *opinion juris*. Sin embargo, para comienzos del siglo XX, muchos Estados aún consideraban que era prematuro obligarse frente a ciertas prácticas de la guerra.

Los delitos de lesa humanidad han sido objeto de estudio de múltiples autores y expertos en el tema. Y no es para menos: a la luz del Derecho Internacional constituye un tópico trascendental por sus alcances en relación con los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal Internacional: la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

Describe Bassiouni (2011, p. XXII) que el origen de los crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional tiene su génesis en el informe presentado por la comisión sobre las responsabilidades de los autores de la guerra y la ejecución de las penas creada por los países aliados con posterioridad a la I Guerra Mundial. Esta comisión tuvo como objetivo enjuiciar a las personas que resultaron derrotadas en la guerra por cuanto se infringió al derecho internacional consuetudinario que fue consagrado en la convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. De esta manera, ya la Convención de La Haya de 1907 incorporaba un concepto: “*las leyes de la humanidad*, que encarna los valores humanos y humanitarios que se encuentran en la base de la regulación internacional de los conflictos armados” (Bassiouni, 2011, p. XXII).

El conjunto de delitos delimitados por parte de la Corte Penal Internacional pertenece al ámbito internacional

Con los delitos de lesa humanidad se reconfigura la responsabilidad penal individual, convirtiéndose esta regla en una excepción del derecho internacional. Y es que la intención no es otra que la de ser-

vir de instrumento frente a violaciones gravísimas de los valores fundamentales que protege la comunidad internacional y que, de cierto modo, limita el “tratamiento que un gobierno puede aplicar a sus propios súbditos” (Zappala, 2010, p. 46). Sobre el génesis de los delitos de lesa humanidad, al igual que Bassiouni (2011), menciona Werle (2005, p. 44) que el nacimiento del mismo es el producto de la labor previa realizada por la *commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions*, creada por la Conferencia de paz de París el 25 de Enero de 1919, la cual hizo hincapié en el establecimiento de la responsabilidad de los autores de la guerra:

[...] incluía los crímenes en contra de la santidad de los tratados; los crímenes contra la moral internacional; la violación de las leyes de la humanidad y los crímenes de guerra *stricto sensu*, es decir, las violaciones de los Convenios de la Haya, del Convenio de Ginebra de la Cruz Roja de 1864 y de las normas reconocidas del derecho de Guerra Marítima (Werle, 2005, p. 44).

Por su parte, Forer y López (2010, p. 11, 12) así como Gil (1999, p. 66) identifican otro tiempo y espacio en el nacimiento de este tipo de delitos. Mencionan que las primeras referencias de los delitos de lesa humanidad se encuentran en el Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg de 1945 y en la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado el cual sirvió para el enjuiciamiento de civiles alemanes por delitos cometidos contra la población judía, aunque el Tribunal de Núremberg hace mención al derecho consuetudinario y convencional a fin de fundamentar que existían normas previas que permitían el enjuiciamiento de los acusados.

En el mismo marco que Forer et al., (2010) y Gil (1999), Werle (2005, p. 44) afirma que “tres hitos marcan la senda del derecho penal internacional: su primera aparición tuvo lugar inmediatamente tras el final de la Segunda Guerra Mundial, como «Derecho de Núremberg». Su fuente es el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, aplicado por ese tribunal y confirmado por la Asamblea General de las Naciones Unidas”. Si bien los juicios de Núremberg constituyeron un avance en este espectro, la impunidad aún no se ha

radicado y ha quedado suspendida esta promesa por cerca de medio siglo: “como resultado, las personas que han realizado atrocidades inimaginables en los titulares de noticias recurrentes han escapado de la justicia por sus crímenes” (Hwang, 1998, p. 457).

Aunque resulte de cierto modo confuso, sólo expresa que “el ataque a los intereses fundamentales de la comunidad internacional le da al delito una dimensión internacional y lo convierte en un crimen de derecho internacional [por lo que] afectan a la comunidad internacional en su conjunto” (Werle, 2005, p. 80). De allí que se abra el debate sobre el tema de la soberanía, pues a la luz de esta perspectiva, las normas del Derecho Penal Internacional desborda la protección de la soberanía de los Estados.

Y precisamente, la soberanía, junto con el reconocimiento de las personas como sujetos de derecho internacional constituyeron los primeros obstáculos por superar en la elaboración del nuevo paradigma, pues como explica Werle (2005, p. 43) sólo los Estados eran sujetos de derecho internacional.

Siguiendo esta línea histórica y conceptual sobre la definición de delitos de lesa humanidad, la cual es vital en la discusión que se desea profundizar, se encuentra inicialmente que el Derecho Penal Internacional ha reconocido cuatro tipos de crímenes, cada uno provisto de grandes alcances y mecanismos de protección en las jurisdicciones internacionales y nacionales. Se trata del *genocidio*, *los crímenes de guerra* y *de lesa humanidad*. Un cuarto tipo ya se sumaba a éste grupo, el de la *agresión*, que aunque establecido en el Estatuto de Roma, aún la corte no podía ejercer su jurisdicción sobre él porque el Estatuto no lo definía ni en él establecía las condiciones jurisdiccionales. Sin embargo, el 11 de junio de 2010 la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala (Uganda) adoptó por consenso dentro del instrumento una definición para el crimen de agresión y un régimen sobre cómo la corte ejercerá su jurisdicción sobre el mismo. La agresión es definida como la planificación, preparación, inicio o ejecución de un acto de agresión por parte de una persona en posición de liderazgo. En gran medida, implica el reque-

rimiento mínimo de que éste constituya una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas (artículo 8°, bis adoptado en Kampala). Las condiciones para la entrada en vigor consensuadas en Kampala establecieron que la Corte no podrá ejercer sus funciones, es decir su jurisdicción, sobre el crimen hasta el 1° de enero de 2017, cuando los Estados decidan activar la jurisdicción.

Ambos (1999, p. 124) explica sobre este tercer grupo de delitos (los de lesa humanidad), y haciendo relación con el artículo 7° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que por “crímenes contra la humanidad se entienden hechos que, como parte de un ataque generalizado o sistemático, se dirigen contra una población civil, de los que el autor debe tener conocimiento del ataque”. El autor destaca la deportación o traslado forzoso de la población, hechos de violencia sexual, desaparición de personas y el *apharteid*; y añade que “la enumeración no es concluyente” al incluir dentro del grupo otros actos inhumanos de carácter similar. Ólafsson (2012, p. 12) señala que los delitos de lesa humanidad han sido clasificados por los teóricos en dos categorías. En el primer grupo se encuentran los delitos del tipo de asesinato, es decir, aquellos que son graves de por sí sin importar motivo detrás de él. En el segundo grupo, se encuentran aquellos relacionados con la persecución cuando esta constituye parte necesaria del delito.

En cuanto a las características de los delitos de lesa humanidad, es necesario hacer un acercamiento conceptual a los elementos integradores de los mismos:

- a. *Generalizado*: Para Aponte (2010, p. 37) “el término *generalizado*, hace referencia a la naturaleza de larga escala del ataque, así como al número de víctimas [...]”, es decir, se trata de una práctica violenta masiva (Werle, 2005, p. 81). En esta misma línea lo comprende Barreto (1999) para quien lo generalizado “se ha entendido como masivo”.
- b. *Sistemático*: De acuerdo a Aponte (2010, p. 37), este concepto “alude más a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de que los mismos hubiesen ocurrido aleato-

riamente”. Por su parte Werle (2005, p. 81) describe que la violencia de los delitos de lesa humanidad “recae, por regla general, en un colectivo, normalmente en un Estado”. Este criterio tiene relación directa con la “coherencia organizada y reiterada” (Barreto, 1999), razón por la que se puede inferir un conocimiento del ataque, pues ella responde a una política discriminatoria. El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) en el asunto *Tadic* y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en el caso *Akayesu* (Ramelli, 2011, p. 273) ha descrito que la sistematicidad de los crímenes de lesa humanidad implica que exista una finalidad política, la perpetración de un acto criminal de gran magnitud, el uso de medios públicos y privados importantes y la participación de autoridades políticas o militares de alto nivel en la planeación del diseño o método.

Es frente a esta clase de delitos, en que la potestad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional se ve activada. La actuación de la corte se limitará a actuar frente a determinadas situaciones de crisis en que concurren los presupuestos necesarios como lo indica los artículo 15, numerales 3, 4 y 53, numeral 1°.

Bajo este panorama hay una discusión en torno al principio de legalidad. En el caso del juicio de Nüremberg se hace una fuerte crítica a que el proceso se dio con base en normas expedidas con posterioridad a los hechos que motivaban el juzgamiento. Pues bien, frente a ello se han levantado defensores y detractores, los primeros considerando no existir violación de dicho principio y los otros, advirtiéndolo que al no existir pena previa se trataba de un reproche en el campo de lo moral (Donnedieu, 1947 citado por Gil, 1999, p. 67) por lo que se desconocía la idea que encerraba el mismo principio: la protección del inocente contra condenas injustas.

Tomando partida a favor de los opositores frente al juicio de Nüremberg, nos resta afirmar que el principio de legalidad es un asunto vital dentro del derecho penal interno y del derecho penal internacional, pues como afirma Gil (1999, p. 72) es un requisito en la “seguridad jurídica [para contrarrestar] el abuso y la arbitrariedad

que podrían transformar la justicia penal en un instrumento de opresión o de venganza”. Ello tiene mucho sentido, y es de trascendencia dentro del ordenamiento jurídico de los países.

Respecto de este debate, y para el caso colombiano, el Código Penal consagra diferentes delitos entre ellos el genocidio y los que atentan contra el derecho internacional humanitario pero no consagra los delitos de lesa humanidad expresamente (Forer y López, 2010). Esto ha ocasionado en Colombia que algunos juristas, doctri-nantes e instituciones interesadas en el tema califiquen ciertos deli-tos como conductas de lesa humanidad con la finalidad de evitar su prescripción. En este sentido, al no identificarse plenamente los de-litos de lesa humanidad en el Código Penal la seguridad jurídica que debe ofrecer el Derecho se limita y se deja a discrecionalidad de los operadores judiciales la calificación de las conductas. Para Guerrero (1999, p. 49):

Hasta hace poco tiempo el derecho penal internacional era un tema que, a juzgar por la literatura disponible en un país como Co-lombia, seguramente pasaba desapercibido incluso para los espe-cialistas en el área penal, a pesar de las referencias existentes en muchos manuales de derecho penal extranjero (Jiménez, 1993). No obstante estas carencias, el discurso de los derechos humanos y sus continuas violaciones por parte de los actores del conflicto armado colombiano pusieron de presente la necesidad de examinar una se-rie de instrumentos que hicieran posible, más allá del derecho penal convencional, la protección jurídica de quienes están al margen del conflicto pero padecen más que nadie sus consecuencias.

Ambos y Malarino (2007) especifican que si bien en el Estatuto de Roma no aparece un requerimiento que obligue a los Estados parte de adaptar el estatuto al derecho interno, el artículo 70, inciso 4º, literal a) “obliga a los Estados parte a extender sus leyes penales que castiguen delitos contra la administración de justicia a los deli-tos contra la Corte Penal Internacional (CPI) contenidos en el artículo 70”.

De igual forma, la violación de los derechos humanos, y en especial de los consagrados en el Estatuto de Roma, comportan un grave atropello al ordenamiento jurídico de cada país, a la estabilidad social y jurídica de un Estado, a las medidas de protección de una nación y en especial a la transgresión de la libertad individual, vida digna e integridad personal. Es por esta razón que se exige una articulación entre el ordenamiento jurídico interno de los Estados Partes con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ambos (2005, p. 17) señala:

A la hora de implementar el Estatuto de Roma los Estados Partes tienen un amplio margen. No obstante, debido a las obligaciones de transformación (...), en especial las relativas a cuestiones procesales, una negativa a reformar la legislación interna no se encuentra entre las opciones posibles. Por lo demás, los Estados tienen la libertad de optar entre una implementación limitada o una implementación completa.

Esto conduce a plantear algunos cuestionamientos entorno a la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el territorio colombiano con el objetivo de superar los obstáculos que subyacen de su aplicación. Estos problemas de aplicación los sintetiza Ambos (2003, p. 25) en su artículo *Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional* en referencia al caso colombiano:

(...) la cuestión se vuelve más complicada si se toma en cuenta la compleja relación entre crímenes internacionales y ordinarios nacionales. Si bien los actos individuales que forman parte de los crímenes de lesa humanidad (...) se encuentran reglados en la legislación nacional –por ejemplo, el asesinato, la lesión, etc.–, no contienen el elemento internacional que los convierta en crímenes internacionales; es decir, en caso de crímenes de lesa humanidad, la comisión sistemática o múltiple y, en caso de crímenes de guerra, la existencia de un conflicto armado como requisito mínimo. Como resultado, se puede decir que el principio de complementariedad implica una *obligación de facto* de implementación.

En este documento se aborda la implementación del Estatuto de Roma en donde se analiza la obligación de los Estados Parte de incorporar las normas de este instrumento internacional, la formas de implementación del Estatuto de Roma en los ordenamientos jurídicos internos, la incorporación en diferentes Estados junto con la línea jurisprudencial desarrollada en cada uno de ellos.

La obligación de los estados parte frente a las normas del Derecho Internacional

Como se venía describiendo, la entrada en vigor del Estatuto de Roma puso en funcionamiento la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y ha sido activada con la remisión de siete situaciones de crisis entre las que están las de Uganda, República Democrática del Congo y la República Centro-Africana. El 3 de octubre de 2011, se inició una investigación formal sobre la situación de Costa de Marfil por parte del fiscal de la Corte Penal Internacional convirtiéndose en la séptima a la cual ha tenido conocimiento la Corte Penal Internacional. Añadido a este cúmulo, se encuentran en examen preliminar por parte de la fiscalía de nueve situaciones. Así mismo, el 14 de marzo de 2012, la Corte emitió su primer veredicto hallando a Thomas Lubanga responsable del crimen de guerra de alistamiento y reclutamiento de menores de 15 años.

Ello equivale a una urgencia manifiesta de crear mecanismos e instrumentos eficaces para combatir la impunidad de esta clase de delitos. La base de todo el engranaje que supone el Estatuto de Roma y el ordenamiento jurídico interno de cada Estado supone el cumplimiento del principio de cooperación internacional y la asistencia judicial señalado en la Parte IX del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Cabe expresar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional tiene un carácter complementario a las legislaciones nacionales. Por lo tanto, no intenta reemplazar en ningún sentido las normas internas sino que complementará los esfuerzos de los órganos judiciales internos de hacer comparecer ante la justicia a los responsables de

los crímenes de derecho internacional con el fin de combatir la impunidad y evitar actos criminales que atentan contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

Dentro del artículo 86 se expresa: “los Estados partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”. Esta normativa insertada en el Estatuto de Roma pareciera reducir el verdadero alcance de la obligación de los Estados parte. Para Olásolo (2009, p. 134) el análisis de un “sistema de cooperación previsto en el Estatuto de Roma debe partir de la adecuada definición del alcance de la obligación general de cooperación” conforme al artículo 86 del Estatuto. La obligación de cooperación, la cual se ve referida en los artículos subsiguientes al 86 del Estatuto de Roma, requiere de una normatividad jurídica interna efectiva y engranada por parte de los Estados que responda a las necesidades del contexto de cada uno. Olásolo (2009: 160) asume la misma posición en sus conclusiones sobre la temática de la cooperación y menciona que “antes de asumir cualquier tipo de obligación adicional no expresamente prevista en el Estatuto de Roma, los Estados partes deberían centrarse en la aprobación de leyes de cooperación con la Corte”.

De los artículos 86 y 87 del Estatuto se genera una obligación ineludible de los Estados parte, la cual es cooperar plenamente con la Corte Penal Internacional y ello implica adecuar y ajustar su marco normativo interno a los requerimientos de cooperación del Estatuto para cuando llegue el momento de dar operatividad a la obligación primaria de cooperación (Guerrero y Bravo, 2008, p. 27). Por su parte, el artículo 88 del Estatuto de Roma (*procedimientos aplicables en el derecho interno*) obliga a los Estados partes a que se asegure, en otras palabras, se garantice la existencia de procedimientos “aplicables” en virtud de la cooperación conforme al Estatuto.

De la misma manera, como se mencionara con anterioridad, el artículo 70, inciso 4º literal a expresa como los Estados parte deben extender las leyes penales, esto es, adecuarlas con el fin de castigar

los delitos contra la administración de justicia: a) dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69; b) presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas; c) corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba; d) poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida; e) tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario; y f) solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la corte y en relación con sus funciones oficiales. Ciertamente, esta es la única obligación que impone el Estatuto de Roma de incluir ciertos delitos, es decir, los que atentan contra la administración de justicia.

El Estatuto de Roma amplía este grupo de normas que conduce a que los Estados Partes incluyan dentro del ordenamiento jurídico el espíritu de la norma internacional. De allí se resalta que la Corte Penal Internacional puede activar su jurisdicción en el caso que el Estado no tenga interés ni disposición de llevar a cabo acciones reales de investigación y de enjuiciamiento. De todas formas, y pese a la obligación del Estatuto de Roma de incorporar sus normas dentro de los ordenamientos jurídicos internos, ya ha pasado trece años desde la aprobación del Estatuto de Roma y nueve años de su entrada en vigencia, los Estados partes aun encuentran serias dificultades para ajustar el Estatuto de Roma a sus realidades. Olásolo (2009, p. 163) define un conjunto de problemas relacionados a la aplicación del Estatuto de Roma en estos temas específicos:

- a. Remisión por las autoridades nacionales de las situaciones de crisis,
- b. Solicitud de inhibición de la corte y planteamiento del incidente de admisibilidad, y
- c. Eficacia en el ordenamiento jurídico interno de las declaraciones de la admisibilidad de situaciones y casos de la corte.

En este orden, la ausencia de tipificación de los delitos de lesa humanidad del Estatuto de Roma de la CPI en el derecho penal local conduce a la incapacidad de la administración de justicia de poder juzgar con efectividad esta clase de conductas descritas en el Estatuto, activando la competencia de la CPI para investigar y juzgar las conductas realizadas en el país.

Opciones y formas de implementación del Estatuto de Roma en los ordenamientos jurídicos internos

La revisión de las necesidades de los Estados Partes a la luz del Estatuto de Roma, ha sido el primer paso de los legisladores para la incorporación de este conjunto de normas. Como parte de este ejercicio los Estados “han aprobado nuevas leyes o modificado las ya existentes incorporando los crímenes contenidos en el Estatuto de Roma” (Werle, 2005, p. 147) primando aun la incorporación indirecta a pesar que el mismo Estatuto de Roma no establece obligación específica de incorporar sus normas en el derecho interno de los Estados y es que “de hecho los sistemas internos mantienen su autonomía en relación con su propia legislación interna aunque hayan pasado a ser parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” (Werle, 2005, p. 148).

De igual forma, aun se ve muy limitada la aplicación del Estatuto de Roma dentro de los ordenamientos jurídicos de los países. La dificultad de la soberanía que, aunque superada en primera medida mediante la aprobación del mismo Estatuto, persiste como elemento que obstaculiza la efectividad del mismo. Esto se debe a que los Estados no ven de buena manera la “institución de mecanismos jurisdiccionales internacionales” que pueden perjudicarlos y tomar parte de control dentro del territorio (Zappala, 2010, p. 124).

Aclarando dicha situación, es decir, que el Estatuto de la Corte Penal Internacional sólo limita a los Estados a que se lleve a cabo un enjuiciamiento con capacidad de hacerlo efectivo, es perentorio abarcar las diferentes opciones y formas de implementación del Estatuto de Roma.

Es de aclarar que toda esta situación gira en torno al proceso de interpretación del derecho penal internacional. De cierta forma, las normas penales internacionales traen consigo un análisis complejo a los ordenamientos jurídicos internos que producen como efectos: a) el choque de principios y reglas, b) interacción entre distintos sistemas y culturas jurídicas, y c) la constitución de una existencia paralela de jurisdicciones (Werle, 2005, p. 156). Del mismo modo, los modelos implementados “dependen de las exigencias constitucionales de cada Estado” (Ambos, 2003, p. 26). Por ende, en primera medida, la norma penal internacional deberá ser coherente con el espíritu constitucional del Estado.

Como se mencionaba con anterioridad, Ambos (2005, p. 17) explica que la implementación del Estatuto de Roma se puede dar de una forma limitada o completa. La limitada es una solución mínima la cual se configura a través de la introducción de normas de procedimiento necesario para lograr la cooperación, mientras que la completa requiere de la remisión del estatuto en su totalidad o partes (también llamado modelo de codificación) (Ambos, Malariano y Woischnik, 2006, p. 19).

Werle (2005, p. 150, 151) también hace un análisis de los modos de incorporación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Evidentemente, existen varias opciones de implementar estas normas en el derecho interno. Para su análisis el autor distingue la *incorporación*, la *no aplicación – aplicación de la ley penal ordinaria*, la *implementación modificatoria* y las *combinaciones*. Del mismo modo, dentro de su texto diferencia de las opciones de implementación de las formas de implementación: *modificación de leyes existentes*, *codificación independiente*.

Además de las dificultades ya tratadas con anterioridad en el proceso de implementación del Estatuto de Roma, Ambos (2003, p. 27) analiza otro tipo de problemas específicos como lo son la poca claridad de si el Estatuto de Roma establece el principio de *jurisdicción universal*, el cual no constituye una obligación pero si un derecho de los Estados Parte; el choque entre el principio de culpabilidad con

Cuadro 1. Inclusión del Estatuto de Roma en los ordenamientos jurídicos de los Estados: opciones y formas

Maneras de inclusión del Estatuto de Roma en el orden jurídico interno	Opciones y Formas de implementación	Subdivisiones	Conceptualización / Ventajas e inconvenientes
Opciones de implementación	Incorporación Es la recepción completa de las normas sustantivas del Estatuto de Roma en el derecho interno (Werle, 2005, p. 150).	Aplicación directa	Aplicación del derecho consuetudinario, es decir, con las normas no escritas y en donde la punibilidad es posible de esta manera (como en los sistemas de la Common Law). Ahora bien, por tratarse de normas consuetudinarias las contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, estas son posibles de aplicar aunque el Estatuto no haya sido ratificado. Sin embargo, la aplicación de éste tipo de normas “reviven en escasas ocasiones sin actividad legislativa” (Werle, 2005, p. 150).
		Incorporación por referencia	El sistema hace referencia directa a la normatividad del Estatuto, es decir, a sus normas y principios más importantes. También puede recoger las normas consuetudinarias (Werle, 2005, p. 151).
		Reproducción	Es posible cuando se hace inviable la referencia global de las normas consuetudinarias ni la referencia limitada a las normas estatutarias. Esta consiste en la reproducción literal de la descripción de las conductas delictivas en la ley interna. Esta tiene sus limitaciones en las normas constitucionales que impiden en casos concretos la recepción de ciertas normas del derecho internacional (Werle, 2005, p. 151).

Cuadro 1 (Continuación)

Maneras de inclusión del Estatuto de Roma en el orden jurídico interno	Opciones y Formas de implementación	Subdivisiones	Conceptualización / Ventajas e inconvenientes
Opciones de implementación	La no implementación – Aplicación de la ley penal ordinaria	-	También llamada solución cero (Werle, 2005, p. 152), la cual no implementa el Derecho Penal Internacional limitándose al uso de los tipos penales clásicos. Lo importante en esta opción de incorporación son las medidas internas para la prevención y los castigos de los delitos de lesa humanidad. Por el momento es posible esta opción pero no es recomendable por cuanto en el futuro será una manera de cumplir con el espíritu el plan del Estatuto de Roma (Werle, 2005, p. 152). Del mismo modo, ya existe una obligación expresa en el art. 70, núm. 4º, lit. a. (delitos contra la administración de justicia).
	Implementación modificatoria	-	Se implementa de las normas penales internacionales lo fundamental o lo esencial manteniéndose las especialidades del derecho interno.
	Combinaciones	-	Uso de las opciones de implementación incorporación, aplicación de ley penal ordinaria sin implementación, y modificatoria.

Cuadro 1 (Continuación)

Maneras de inclusión del Estatuto de Roma en el orden jurídico interno	Opciones y Formas de implementación	Subdivisiones	Conceptualización / Ventajas e inconvenientes
Formas de implementación En la ejecución de la norma penal internacional dentro del orden interno se exige actividad legislativa. Estas son las formas. (Werle, 2005, p. 153).	Modificación de leyes existentes	-	Es la modificación del Código Penal vigente en donde se hace inclusión de preceptos del Derecho Penal Internacional. Puede ir de la inclusión de preceptos de forma selectiva a la de capítulos completos dependiendo del análisis que se haga (Werle, 2005, p. 154).
	Codificación independiente	-	Es la promulgación de un Código de Derecho Penal Internacional independiente del Código Penal Interno (Werle, 2005, p. 155).

Fuente: Elaboración propia a partir de Werle, 2005.

el de la responsabilidad del superior; el vacío en algunos apartados del Estatuto de Roma que puede dejar sin aplicación el principio de legalidad por resultar poco concreto en algunas conductas o penas; la admisión de la cadena perpetua como pena lo cual es contrario a algunas normas constitucionales de países como Colombia en donde es prohibido; poca distinción entre lo que presupone la *extradición* entre Estados y lo que implica la *entrega* entre un Estado y la corte; y, finalmente, la inmunidad, la cual debe ser diferenciada de la estatal y la internacional.

Los delitos de lesa humanidad y las normas que sobre este ámbito se desarrollen, hacen parte del orden supraconstitucional y constitucional. Las normas de derecho público internacional son obligantes para los ordenamientos jurídicos, imponiéndoles la función de juzgar y castigar a los responsables de los delitos de lesa humanidad son de aplicación obligatoria, e integran el ordenamiento interno.

Referencias

- Ambos, K. (1999); Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma. En: Ambos, K. y Guerrero, O. (Comp.) (2003); El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Santa Fe de Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (2003); La implementación del Estatuto de Roma en la Legislación Nacional. En: Ambos, K. y Malariano, E. (Eds.) (2003); Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.
- Ambos, K. (2005); La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), (07-17).
- Ambos, K. y Malariano, E. (2007); Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional: contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.
- Aponte, A. (2010); Persecución penal de crímenes internacionales: dialogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional. Santa Fe de Bogotá D.C.: Ibáñez.

- Barreto, H. (1999); Globalización del DIH. Penalización de infracciones y violaciones graves al DIH en el derecho interno colombiano, presentado en XX Congreso de Derecho procesal organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Paipa, Boyacá, 16, 17 y 18 de septiembre.
- Bassiouni, M. (2011). Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application. Cambridge: Cambridge University Press.
- Forer, A. y López, C. (2010); Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia. Santa Fe de Bogotá D.C.: GIZ.
- Guerrero, O. (1999); Justicia penal y paz. Una mirada a lo largo del camino hacia la conformación del Derecho Penal Internacional contemporáneo. En: Ambos, K. y Guerrero, O. (comp.) (2003); El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guerrero, H. y Bravo, M. (Coord.) (2008); Manual para la implementación del Estatuto de Roma en la legislación mexicana. México D.F.: Comisión Mexicana de defensa y promoción de los Derechos Humanos, A.C. 152 p.
- Gil, A. (1999). Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de Genocidio. Madrid: TECNOS. 389 p.
- Ólafsson, G. S. (2012). Crimes Against Humanity: Emergence of a law of humanity. Tesis de Grado. School of Social Sciences, Faculty of Law. University of Iceland. Reykjavík, Iceland.
- Olásolo, H. (2009). Ensayos sobre la Corte Penal Internacional. Santa Fe de Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Ramelli, A. (2011). Jurisprudencia penal internacional aplicada en Colombia. Santa Fe de Bogotá: Uniandes.
- Werle, G. (2005). Tratado de Derecho Penal Internacional. Valencia: Tirant Lo Blanch. 999 p.
- Zappala, S. (2010). Qué es la justicia penal internacional. España: Proteus.

Capítulo 11

Enfoque de equidad de género: una mirada desde su desarrollo histórico¹

Clara Paola Aguilar², Andrea Johana Aguilar Barreto³

Resumen

Uno de los problemas centrales de las sociedades actuales es el desequilibrio de participación entre los hombres y mujeres en las diferentes esferas y áreas. Por ello, los Estados contemporáneos han buscado diferentes estrategias y acciones para promover la igualdad y la equidad de género a fin de eliminar todas las formas discriminatorias que coloquen en desventaja a las mujeres, quienes desde el punto de vista histórico han sido excluidas y llevadas a un segundo plano en términos de participación. La equidad de género que surge como una respuesta a la realidad de miles de mujeres que sufren de prácticas de discriminación y que ha dado lugar al enfoque de género como una perspectiva que permite, entre otras cosas, el diseño de políticas públicas y al empoderamiento de la mujer en la

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Políticas Publicas Colombianas frente a la Equidad de género adelantado en la Maestría en Derecho público, elaborada para la Universidad Externado de Colombia, 2016.
 - 2 Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Externado de Colombia. Docente Universidad Simón Bolívar.
 - 3 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.

vida política y social. El objetivo de este documento fue analizar la equidad de género en el contexto del posconflicto en Colombia, y de esta manera evaluar los alcances en la construcción de políticas públicas pertinentes y eficientes.

Palabras clave: Política pública, equidad de género, enfoque de género.

Approach of Equity of Kind: A View from Historical Development

Abstract

One of the central problems of the current companies is the imbalance of participation between the men and women in the different spheres and areas. For it, the contemporary States have looked for different strategies and actions to promote the equality and the equity of kind in order to eliminate all the discriminatory forms that they place in disadvantage to the women, who from the historical point of view have been excluded and taken to a background in terms of participation. The equity of kind that arises as a response to the reality of thousands of women who suffer from practices of discrimination and who it has given place to the approach of kind as a perspective that allows, among other things, the design of public policies and to the empowerment of the woman in the political and social life. The aim of this document was to analyze the equity of kind in the context of the postconflict in Colombia, and hereby to evaluate the scopes in the construction of public pertinent and efficient policies.

Keywords: Politics publishes, equity of kind, approach of kind.

Introducción

Las concepciones tradicionales de cabeza de hogar, de familia, de división sexual del trabajo, de responsabilidades, entre otras, han sido la fuente de la que han bebido siglos de discriminación y de ex-

clusión contra la mujer. La marcada vulnerabilidad del sexo femenino no coincide con los ideales culturales basados en la acumulación, el lucro y el consumo, que requieren de mano de obra fuerte físicamente como la de los varones como base de la producción y organizadores de la sociedad. Es así como se ha constituido una cultura patriarcal centrada en el hombre, en la que a las mujeres se les violan constantemente sus derechos y se les impide su realización plena (Organización Internacional del Trabajo et al., 2013).

Es esta una cultura que segrega a las personas de género femenino, cargada de prejuicios y desigualdades, una cultura que reprime y tacha la mal ponderada capacidad de la mujer, sometiéndola, anulándola o apartándola; en síntesis, una cultura que impide el ejercicio de los derechos humanos a una parte considerable de la sociedad. Avanzar hacia la igualdad de género, el cumplimiento del rol y el respeto de los derechos humanos es el horizonte hacia el que se encaminan las políticas públicas para la equidad de género, las cuales, no persiguen otro objetivo que restituir los derechos y dar el valor que le es inherente a hombres y mujeres por igual desde el mismo momento de nacer (Benavente y Valdés, 2014).

Sin importar el territorio donde se establezcan las políticas públicas de equidad de género, están encaminadas a la aceptación de la diversidad, a la restitución (en algunos casos) y protección de los derechos humanos, a dar solución a diferentes problemáticas sociales generadas por la discriminación y desigualdad hacia la mujer. En común tienen que desde diversas perspectivas buscar combatir la desigualdad de género y brindar mayor autonomía a las mujeres. La igualdad acarrea diferentes formas de convivir en base a la tolerancia y el respeto de los derechos con el fin de menoscabar los espacios que existen entre el pleno goce de derechos entre hombres y mujeres.

Por otra parte, se hace necesario tener presente que a través de la historia el hombre se ha visto envuelto en guerras de poder y colonización, donde la hegemonía del más fuerte ha llegado a controlar al más débil, generando grandes revoluciones originarias de

los enfrentamientos sociales y acciones desacertadas. Desde luego, el hombre ha sido el epicentro de la sociedad educado bajo instintos de dominación y poder influenciado por sentimientos egoístas que limitan la interrelación con la sociedad; es así, que dichas situaciones han desencadenado barbarie e impunidad, donde diversos Estados alrededor del mundo en aras de contrarrestar estos sucesos, han tenido que afrontar complejos y desafiantes épocas de transición fundamentadas en principios de justicia, verdad y reparación, contextos ya sean de la guerra a la paz, de la dictadura o conflicto armado a la democracia.

En este periodo de transición son múltiples las políticas públicas diseñadas e implementadas, pero considerando la desigualdad de los efectos del conflicto estas políticas deben estar permeadas de ese enfoque diferencias que de verdadero cumplimiento al principio general de justicia.

Las políticas públicas desde una noción positiva deben entenderse como una conciencia colectiva de los objetivos que pueden lograrse y una movilización de todos los actores sociales y económicos para lograrlo. Así, las políticas públicas son un mecanismo de participación ciudadana que hacen un aporte desde el pueblo y desde el carácter público del Estado que es la sociedad civil en sí misma, generando propuestas para el conjunto en general desde cada uno de los grupos sociedades que componen el total de la población civil.

Según lo expuesto, el flagelo de la violencia como fenómeno condicionante de la realidad social colombiana ha impactado de manera diferenciada a hombres y mujeres. El presente trabajo pretende evaluar el alcance de las acciones públicas emitidas para el armado frente a la promoción y garantía de la equidad de género, y así mismo determinar la correspondencia entre necesidad y diseño de políticas públicas como respuesta pertinente a la búsqueda de la paz planteada por mandato constitucional.

La evaluación de las políticas públicas según Roth (2002) permite la valoración de diferentes acciones del Estado que pueden encontrarse en variados momentos de ejecución: agenda política, formula-

ción de política, proceso de decisión, implementación, evaluación, y de esta manera dar elementos para mejorar la acción pública e informar a la ciudadanía (legitimación) y a las instituciones públicas de la eficacia y eficiencia frente a la formulación de políticas y programas de postconflicto y construcción de paz, en coherencia el presente documento pretende develar ¿Cómo se ha asumido la teoría de género, desde las políticas públicas especialmente a partir el conflicto armado en Cúcuta N.S.?

Hablar de equidad de género en el posconflicto en Colombia implica adentrarse en la realidad de la mujer en el contexto de la violencia del país, la respuesta del Estado y las instituciones para hacer frente al impacto desproporcionado, y las formas de organización social que asumen las mujeres para mitigar el orden de género opresivo. Por ello, se requirió inicialmente identificar el desarrollo histórico de la Equidad de género en el marco jurídico colombiano, para así posteriormente establecer la aplicabilidad de los elementos esenciales del enfoque de género, en las políticas públicas emitidas en el marco del conflicto armado específicamente en Cúcuta N.S, y reconocer los posibles problemas jurídicos que suscita la implementación de la Equidad de género, en los términos actualmente planteados en las determinadas políticas públicas para el conflicto de Cúcuta N.S.

Muy diversos estudios se han realizado en torno a este tipo de temáticas, y este estudio documental y socio-jurídico aporta al campo de conocimiento, en especial, cuando se inscribe dentro del contexto de posconflicto, un marco de referencia nuevo sobre el cual se debe ir abriendo un diálogo multidisciplinar y una discusión amplia y profunda. La equidad de género es un tema vigente y un campo de estudio aún inconcluso, que exige de actividad investigativa, aún más, por los desafíos que se tienen en materia social en este siglo XXI respecto de “la construcción de sociedades fuertemente asentadas sobre principios de derechos humanos que aseguren el pleno bienestar de la población, la gobernabilidad democrática y un desarrollo sustentable” (Fritz y Valdés, 2006, p. 4). Por tanto, los avances y transformaciones que se han logrado en el siglo pasado, merecen

ser extendidos y fortalecidos a toda la sociedad y desde las mismas prácticas de la vida diaria.

Por ello metodológicamente, este documento con enfoque histórico-hermenéutico, es el resultado de la revisión de la literatura así como de informes y documentos nacionales, departamentales y locales, analizados desde una perspectiva socio-jurídica. Parte de los propósitos de esta labor es reconocer el desarrollo histórico de la equidad de género, identificar el marco normativo interno relacionado en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, reconocer la política nacional para la equidad de género en Colombia, comprender las relaciones entre conflicto armado y género, explicar la integración del enfoque de género en las políticas públicas, además de los problemas jurídicos y limitaciones de implementación así como posibles líneas de acción para su inclusión efectiva.

Equidad y enfoque de género

“La igualdad de género es más que un objetivo en sí mismo. Es una condición previa para afrontar el reto de reducir la pobreza, promover el desarrollo sostenible y la construcción de buen gobierno” (Kofi Anan).

Reconocer las dimensiones, particularidades y alcances de la equidad de género, conmina a la exploración del constructo empoderamiento, pues el primero es medio para llegar al segundo. Pero a su vez, el empoderamiento es un proceso, un medio y un instrumento en la lucha por alcanzar la igualdad de género. Por tanto, la una no se puede interpretar en ausencia de la otra. También, la discusión que gira en torno a la equidad de género, obliga a que se haga referencia al denominado enfoque de género que alimenta las recientes políticas sociales que buscan reducir el trato diferencial entre hombres y mujeres, así como un fortalecimiento de las capacidades y oportunidades de participación de las mujeres cuando estas se encuentran en situación de desventaja mediante las denominadas acciones afirmativas.

Guzmán (1996) describe que la equidad de género es una línea o dimensión de la equidad social en general, y se encuentra sustentado en el trabajo y los movimientos de las mujeres desde mediados de los años setenta. En consecuencia, se trata de un movimiento que le ha brindado a estos grupos adquirir visibilidad y legitimidad, entre otras cosas, por “el tipo y calidad del conocimiento que se ha producido y produce sobre las relaciones de género, así como en el debilitamiento de las resistencias que suscita este nuevo actor social cuyas demandas cuestionan la estructura de poder y la organización de la vida cotidiana” (p. 213).

Lo anterior pone de manifiesto al menos cuatro características de la equidad de género: a) nace en los años setenta a partir de la movilización de grupos de mujeres, b) se opone a estructuras de poder y prácticas de dominación sobre las mujeres como parte de un orden de género, c) ha adquirido visibilidad y legitimidad gracias al arduo trabajo epistemológico sobre el fenómeno, y d) puede considerarse una lucha progresiva que a pasos cortos ha venido teniendo un impacto cada vez mayor en el ámbito socio-político. Como lo describe Guzmán (1996):

Aunque organizadas inicialmente en torno a los procesos señalados -defensa de derechos humanos, sobrevivencia, resistencia social-, estas organizaciones enriquecieron las prácticas asociativas de las mujeres y les permitieron abordar los problemas y demandas derivadas de su condición de género. La trama de relaciones que tejieron entre sí organizaciones de distintos sectores sociales, profesionales, urbano populares, campesinas, permitió que sus necesidades, problemas y discursos, que en otras circunstancias habrían permanecido en los ámbitos privados, accedieran a los espacios públicos y pasaran lentamente a formar parte de un debate público oficial (p. 216).

Además de las particularidades sobre la equidad de género identificada en los aportes de Guzmán (1996), otras contribuciones teórico-conceptuales reflejan características adicionales de dicho constructo. Por ejemplo, Fritz y Valdés (2006) expresan:

La equidad de género ha surgido como una noción que articula derechos individuales y justicia social, que es al mismo tiempo cultural y socio-política y que fija una dirección al quehacer de diferentes actores sociales e institucionales en el marco de los mayores consensos alcanzados en materia de derechos humanos en un mundo que se globaliza (p. 4).

A partir de lo anterior, se puede ofrecer una perspectiva interpretativa más amplia de la equidad de género:

- a. Surge en los años setenta con los movimientos sociales de mujeres.
- b. Se sustenta en el auge de los derechos individuales fundamentales y la justicia social marcada por los derechos económicos, sociales y culturales.
- c. Su esencia es oponerse a la estructura de poder y las prácticas de dominación como resultado de la jerarquización o el orden de género.
- d. Las estructuras de poder y las prácticas de injusticia en detrimento de las libertades y los derechos de las mujeres se enmarcan en aspectos socio-culturales y políticos, por lo que se trata de un constructo de naturaleza socio-cultural y política.
- e. Ha aumentado la visibilidad de estos movimientos sociales y su lucha se ha vuelto más legítima gracias al conocimiento producido y que se apoya en los Derechos Humanos en un escenario de globalización.
- f. Es el resultado de una lucha progresiva que ha impactado la realidad y situación de las mujeres hasta tal punto que se introduce esta noción en el quehacer de diversos actores sociales, privados y públicos.

A manera de síntesis, se interpreta la equidad o igualdad de género como una perspectiva que asegura y defiende las mismas condiciones y oportunidades tanto para hombres como mujeres a fin de que el ejercicio de los Derechos Humanos se materialice sin excepción. Aquí en este punto se debe hacer una distinción entre los

términos sexo y género. El primero se asocia con las características biológicas de cada individuo dentro del ámbito sexual y reproductivo, y el segundo se refiere a los “atributos sociales y oportunidades asociadas con pertenecer al sexo masculino o femenino y las relaciones entre mujeres, hombres, niñas y niños, tanto como las relaciones entre mujeres y entre hombres” (ECOSOC, 1997).

Según Lamas (2007) comprender el esquema cultural de género lleva a desentrañar la red de interrelaciones e interacciones sociales del orden simbólico vigente:

El género es el conjunto de creencias, prescripciones y atribuciones que se construyen socialmente tomando a la diferencia sexual como base. Esta construcción social funciona como una especie de “filtro” cultural con el cual se interpreta al mundo, y también como una especie de armadura con la que se constriñen las decisiones y oportunidades de las personas.

Por tanto, se tiene que la equidad de género parte de una noción amplia de género basada en la corriente del constructivismo social, la cual sostiene que la realidad es producto de la acción del hombre. En esa medida, el género pone su atención en las condiciones y oportunidades socio-políticas, económicas, laborales, entre otras, de los hombres y mujeres, y que son producto de la cultura, la tradición y la historia: “tales atributos, oportunidades y relaciones son construidos socialmente y aprendidos a través de procesos de socialización. Son específicos según el contexto y tiempo, y resultan posibles de cambiar” (ECOSOC, 1997).

Tal vez el fundamento más importante y fuerte de la equidad de género son los mismos derechos humanos, los cuales en las últimas décadas han tenido un desarrollo notable al menos por cuatro razones: la adopción de diversos instrumentos internacionales, la adopción de estos instrumentos en los ordenamientos jurídicos locales, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional y la construcción de políticas públicas relacionadas con los más diversos temas de los Derechos Humanos. Por ello Fritz y Valdés (2006, p. 4)) expresan que “una

conceptualización moderna del género, las relaciones de género y de las metas de equidad e igualdad de género, no pueden abordarse sin situarse en el contexto de lo que son los derechos humanos [...]”.

Ahora bien, la equidad de género como perspectiva conceptual que ha adquirido un desarrollo científico importante al ser incorporado a diversos estudios relacionados con la pobreza (Gómez, 2003), el trabajo (Abramo, 2006; Abramo y Valenzuela, 2006), la salud (Gómez, 2002; Vega *et al.*, 2003), las legislaciones (Pautassi, 2002), el empoderamiento (Sen, 1998), entre otros, ha impulsado el surgimiento del denominado enfoque de género. Señala Lagarde (1996, p. 13) que hay múltiples corrientes que se inscriben dentro de la perspectiva de género y la más importante de estas es el feminismo. La autora explica que la perspectiva de género o el enfoque de género es ante todo una voluntad política para la transformación del orden de géneros, en otras palabras, se reconoce que hay una jerarquización dentro de los géneros que resulta opresiva al dividir a mujeres y hombres, y se hace oposición a estas dinámicas con alternativas no opresivas.

La equidad de género surge como una exigencia social y su propósito es ampliar la autonomía y la participación de las mujeres. El discurso de género y equidad de género desarrollado desde los años setenta ha sido configurado por las colectividades feministas urbanas respondiendo a factores socio-históricos. Pero, se ha cuestionado la generalización hecha sobre la categoría *mujer* pues determinados grupos no se sienten integrados el discurso como es el caso de las mujeres indígenas. Frente a ello, Hernández (2001) menciona:

[...] sus voces hacen eco a las críticas que algunas feministas de color han hecho al feminismo radical y liberal norteamericano por presentar una visión homogeneizadora de la mujer, sin reconocer que el género se construye de diversas maneras en diferentes contextos históricos (p. 219).

Ello explica el sentido de los aportes de Harvey (1989) para quien las nociones de género se “refieren esencialmente a relaciones sociales y a representaciones de esas relaciones, más que a gru-

pos sociales *per se*” (p. 4). Por lo tanto, el análisis del género no implica un modelo o una forma universal, sino una manifestación de las “relaciones sociales, complejos e interconectados, que abarcan la vida diaria de aquellos implicados” (p. 4). La perspectiva de género puede variar dependiendo del contexto socio-histórico de cada uno de los pueblos y colectividades, y de las relaciones tejidas entre sus integrantes, es decir, entre hombres y mujeres: “las relaciones sociales entre hombres y mujeres y la representación de estas relaciones, sea como complementarias o jerárquicas, se refieren esencialmente a nociones locales de poder y autoridad” (p. 7).

Zabala (2006, p. 13) explica que la estrategia de empoderamiento para la equidad de género “busca la organización y concienciación de las mujeres a través de distintas vías”, por ejemplo, organizaciones que responden a necesidades prácticas del género, y en otros casos, organizaciones ya existentes. La perspectiva de género abarca muchas interpretaciones de los fenómenos históricos en relación a la diferencia sexual hombre y mujer, y las características según las creencias, percepciones y atribuciones que socialmente o culturalmente se incorporan a cada sexo, está presente en todos los sujetos sociales y contextos culturales.

En cuanto al objetivo de la perspectiva de género, Zabala (2006) menciona que con ella se pretende la transformación social para eliminar la inequidad y desarrollar potencialidades de todas las personas tanto mujeres como hombres para obtener un buen nivel de desarrollo: “la perspectiva de género supone reconocer que existe una diferencia sexual y biológica entre hombres y mujeres sobre la que se han construido percepciones, valores y funciones correspondientes a cada sexo” (p. 6).

Equidad de género para el empoderamiento: un vínculo estrecho

La real Academia Española (2003) menciona que el empoderamiento es una acción que permite que individuos o grupos sociales

desfavorecidos, adquieran poder o fuerza. El término de empoderamiento es complejo porque presenta múltiples significados atendiendo a la perspectiva de análisis con la que se examina el fenómeno (Casique, 2004, p. 3). Por tanto, el constructo adquiere varios significados dependiendo de los factores que permiten su interpretación: ámbito socio-histórico y espacial, político, económico, cultural, filosófico, etcétera. Además, los sentidos varían dependiendo de la disciplina y los criterios que le son propios. Refiriéndose a la literatura sobre empoderamiento, León (1999) describe que hay diversos usos del concepto:

[...] tanto en la teoría, desde la psicología, la antropología, la ciencia política, o la economía, como en la práctica, desde los movimientos feministas, o la lucha por los derechos civiles de los afroamericanos en los Estados Unidos [...] o en la lucha de los oprimidos de la América Latina de Freire [...] (p. 190).

Pero en todos los casos y eventos, el empoderamiento está asociado a la idea de poder (León, 1999, p. 189; León, 2001, p. 94). En efecto, empoderamiento es un proceso socio-humano para el aumento de las oportunidades y capacidades conforme a los fines perseguidos. Partiendo de esto deberá traerse a la discusión los aportes de Thompson (1998) en torno al poder y quien lo interpreta como la capacidad que se tiene para lograr objetivos a partir de los recursos y capacidades que se disponen:

[...] el poder es la capacidad para actuar de acuerdo a la consecución de los propósitos e intereses de cada uno, la capacidad de intervenir en el curso de los acontecimientos y de afectar a sus resultados. Al ejercer el poder, los individuos emplean los recursos que tienen a su alrededor; los recursos son los medios que les permiten alcanzar sus objetivos e intereses de manera efectiva (p. 29).

Así, el empoderamiento tiene relación con las capacidades y oportunidades reales de las personas como lo ilustrase Sen (2010, p. 95) al mencionar que el desarrollo humano depende de los factores

determinantes para el goce y disfrute pleno de los bienes primarios como la libertad, la igualdad o la equidad.

El empoderamiento constituye un proceso de construcción y reconstrucción asumido tanto por hombres y mujeres. En el caso de las mujeres, desde la perspectiva de Schuler (1997, p. 31), se trata del “proceso por medio del cual se incrementa la capacidad de configurar sus propias vidas y su entorno, una evolución en la concienciación de las mujeres sobre sí mismas, en su estatus y en su eficacia en las interacciones sociales”. Esta perspectiva infiere la relación con factores de tipo cognitivo, emocionales, culturales, medios, recursos, y demás. Para Sen (1998, p. 1) el empoderamiento “se relaciona, primero y antes que nada, con el poder, cambiando las relaciones de poder en favor de aquellos que con anterioridad tenían escasa autoridad sobre sus propias vidas”. La perspectiva de este autor es clara en el sentido de que el empoderamiento tiene como base el poder en el campo de la autonomía de los hombres o mujeres que previamente les resultaba escasa.

El empoderamiento desde la perspectiva de Morokvasic (2007, p. 35) es un proceso que “refuerza la organización de una población, es decir, reforzar de forma individual y colectiva las estrategias de resistencia (pero también de negociación, subversión, etc.) para deshacerse de las presiones sociales, económicas y políticas y/o intentar encontrar soluciones alternativas válidas”. Por tanto, el empoderamiento también incluye las estrategias de resistencia.

Ahora bien, el empoderamiento también constituye una herramienta de análisis para los estudios de género, el cual agrupa “[...] diferentes preocupaciones en cuanto al impacto del desarrollo sobre las mujeres, y que compromete avances teóricos y metodológicos de diferentes disciplinas como la psicología, la antropología, la ciencia política, la sociología, la educación, el derecho y la economía” (León, 2001, p. 94). Con el empoderamiento como perspectiva teórica, es posible analizar las experiencias prácticas y reales de las mujeres, sobre todo aquellas que aún no tienen una autonomía o que aún no se

les ha abierto los espacios para la toma de decisiones dentro de los estructuras organizacionales a las que pertenecen.

Casique (2004) menciona que el empoderamiento femenino en términos de autonomía y poder de la mujer se concretan o manifiesta en:

[...] aspectos específicos de la vida de la mujer y de su familia: con la demanda y uso de métodos anticonceptivos, con la escolaridad de hijos e hijas, con la salud general de los miembros de la familia y la asistencia a centros educativos, de salud, etc. (p. 2).

Estos factores han permitido a las mujeres que alcancen metas demográficas y sociales propuestas como la participación, la dirección de sus vidas, la crianza de sus hijos, mejores niveles de salud y de bienestar, entre otras. Más allá de estos aspectos generales de vida, el empoderamiento se concreta en prácticas y acciones sencillas. Por ejemplo, el índice de poder de decisión de la mujer de Endireh define 13 preguntas que permite evidenciar en asuntos de vida, las decisiones y las interrelaciones en el hogar, y que sin duda alguna están relacionadas con la equidad de género:

a) ¿Quién en la pareja decide si ella trabaja?, b) ¿Quién en la pareja decide cómo gastar dinero?, c) ¿Quién en la pareja decide qué se compra de comida?, d) ¿Quién en la pareja decide permisos de los hijos?, e) ¿Quién en la pareja decide la educación de los hijos?, f) ¿Quién en la pareja decide dónde ir a pasear?, g) ¿Quién en la pareja decide qué hacer cuando se enferman los hijos?, h) ¿Quién en la pareja decide sobre compra de muebles?, i) ¿Quién en la pareja decide mudarse de casa?, j) ¿Quién en la pareja decide cuándo tener relaciones sexuales?, k) ¿Quién en la pareja decide sobre el uso de anticonceptivos?, l) ¿Quién en la pareja decide quién usa anticonceptivos?, m) ¿Quién en la pareja decide cuántos hijos tener? (Casique, 2003, p. 83).

La desigualdad de género ha tenido como base “ideologías patriarcales insertadas en construcciones de masculinidad y feminidad y la división del trabajo por género correcta entre y dentro de las es-

feras de lo público y lo privado” (Deere y León, 2000, p. 4). Tanto en la familia como en la organización social, la participación de la mujer ha estado marcada por construcciones históricas de desigualdad de género. El género, señala Ibarrán y Robles (2003, p. 2), es una construcción del pensamiento feminista con origen en los años 70 y que intenta que “el papel social asignado y ejercido por las mujeres y los hombres no son producto de diferencias biológicas naturales ni de sexo, sino el resultado de construcciones sociales y culturales asumidas históricamente”. Alcanzar la igualdad entre los hombres y las mujeres requiere de cambios para que la mujer tenga acceso al poder a partir del proceso de empoderamiento: “el empoderamiento de la mujer transforma las relaciones de género y, por consiguiente, es una precondition para lograr la igualdad entre hombres y mujeres” (Deere y León, 2000, p. 29).

La equidad de género en el contexto Internacional

Actualmente la violencia de género se ha reconocido a nivel internacional a partir de violaciones, maltratos y muertes en razón del género que siguen en aumento cada día, “la violencia de género” a pesar de ser una práctica tradicional, resulta algo novedoso en el marco jurídico a partir de los años noventa. Comienza a consolidarse su empleo gracias a iniciativas importantes tales como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en el mismo año, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994) o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing (1995)” (Maqueda, 2006, p. 2); gracias a estos reconocimientos se están implementando campañas y se han creado normas o leyes para la protección de las mujeres. La violencia de género es una problemática que ha traído la violación a los derechos humanos de las mujeres, la cual impide que se dé una sociedad igualitaria y equitativa.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 es el primer instrumento interamericano de derechos

humanos, que además da garantía de género a la mujer frente al hombre, al reconocer en su artículo II la igualdad entre las personas en términos de derechos y garantías. Es decir, ya desde hace más de 65 años se ha reconocido la igualdad como un derecho intrínseco a la misma naturaleza humana (Naciones Unidas, 1948):

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición [...]” (Artículo 2, Declaración Universal de los Derechos Humanos), además que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos (hombres y mujeres) tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja la Declaración [...]” (Artículo 7, Declaración Universal de los Derechos Humanos).

Sin embargo, esta declaración por si sola es de carácter enunciativo, carece de mecanismo alguno para hacer efectiva la protección de los derechos consagrados dentro de ella y aún más para establecer responsabilidades de los estados, por lo que se necesitó de un instrumento de carácter vinculante, La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969), que junto con la Corte Interamericana (1979) establecen el sistema Interamericano de protección de los DDHH.

Ahora bien, los instrumentos internacionales con posterioridad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos se centran en reafirmar la figura del ciudadano frente al Estado, no sólo reconociendo un conjunto de derechos que limitan al mismo Estado su poder político sino otros que implican para este último unas acciones específicas. Aquí se encuentra la segunda generación de Derechos Humanos: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 1966, 16 de diciembre) y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, 1966, 16 de diciembre). Estos ya no sólo declaran la libertad individual, sino que exige la protección social por parte del Estado.

Con los dos instrumentos relacionados, se integran los principios y derechos de libertad e igualdad, los cuales sirven de fuente para la concepción de la equidad de género, pues reconoce que el ideal de los seres humanos libres sólo puede concretarse a través de condiciones que permitan a cada uno gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, así como de sus derechos civiles y políticos, y obliga a los Estados Partes a asegurar a hombres y mujeres igualdad en el gozo de estos derechos económicos, sociales y culturales (Fritz y Valdés, 2006, p. 8).

La Convención Americana de 1969 también llamada “Pacto de San José de Costa Rica”, realiza como aporte más significativo el comprometer a los Estados Partes al respeto de los derechos y libertades allí consagrados y garantizar su libre y pleno ejercicio de todas las personas; es decir, que el Estado tiene que colocar a funcionar todo el andamiaje gubernamental y organizar toda su estructura, de donde se desprende el poder público, en pro de garantizar los derechos humanos.

El hecho de que se reconozca a los Derechos Humanos como atributos inherentes a la Dignidad Humana y superiores al poder del Estado, garantiza que en llegado caso pueda estarse responsabilizando al Estado, ya sea por acción o por omisión, si llegare a probarse que una violación a los derechos humanos reconocidos en la convención puede ser atribuida al Estado.

Ya en 1979 se suscribe la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (-CETFDICM- Naciones Unidas, 1979, 18 de diciembre, firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980.). Se puede afirmar que este corresponde al primer instrumento concreto en defensa de las mujeres y relacionado con la lucha por la equidad de género. Valga resaltarse que el origen de este instrumento coincide con la lucha de las mujeres y el movimiento feminista del cual nace la denominada equidad de género. La CETFDICM pone de manifiesto que las mujeres en el mundo siguen siendo víctimas de prácticas discriminatorias y de exclusión. Uno de

los aportes claves de este instrumento es la inclusión de la noción discriminación contra la mujer en el artículo 1º:

[...] toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

En efecto, la definición del artículo 1º ofrece elementos para valorar si alguna situación es contraria a la noción de equidad de género pues se debe interpretar que cualquier distinción, exclusión o restricción que conlleve el menoscabo de los derechos de las mujeres y su ejercicio, choca con la idea de igualdad entre hombre y mujer, y en consecuencia, es violatorio de los Derechos Humanos. A su vez, resalta que no es admisible ninguna acción que implique distinción o exclusión en cualquiera de las esferas del desarrollo humano: política, económica, social, cultural, civil u otra. En Colombia, el Decreto Ley 251 de 1981 ratificó la CETFDCM.

Ya en 1993 se encuentra la Declaración de Viena (Naciones Unidas, 1993, 25 de junio), la cual fue producto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos y tuvo por objeto reforzar la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los instrumentos hasta el momento suscritos. Entre otras cosas, esta declaración “fue el preludio de otros adelantos, [por ejemplo], los derechos de la mujer fueron finalmente reconocidos de manera indiscutible como derechos humanos” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, 2013, p. 10). Sobre este instrumento explica Fritz y Valdés (2006):

Un hito importante en el desarrollo de los derechos humanos para las mujeres lo constituye la Segunda Conferencia Internacional de Derechos Humanos realizada en Viena en 1993. La De-

claración emitida en esa oportunidad avanza en cuanto a la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos, y define sujetos de derechos específicos. Realizada en un contexto de post-guerra fría, destaca la complementariedad entre los derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales, e incorpora explícitamente problemáticas que habían sido tratadas en forma separada en otros instrumentos internacionales, concretamente, aquellas relativas a las mujeres, a los niños y niñas y a las minorías (p. 11).

En esta Conferencia Mundial de Derechos Humanos afirmó, en su Declaración y Programa de Acción de Viena (en particular el párrafo 33 de la sección I) que los derechos a la educación, la capacitación y la información pública eran esenciales para promover y lograr relaciones estables y armoniosas entre comunidades, así como para consolidar la comprensión mutua, la tolerancia y la paz. La Conferencia recomendó a los Estados que hicieran esfuerzos para erradicar el analfabetismo y que orientaran la educación hacia el pleno desarrollo de las personas, así como a fortalecer el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. Exhortó a todos los Estados e instituciones a incluir los derechos humanos, las leyes humanitarias, la democracia y el estado de derecho como materias de los planes de estudios de toda institución educativa, tanto del ámbito formal como del no formal.

Con posterioridad a esta declaración se encuentran la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en 1994 en El Cairo y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer realizada en 1995 en Beijing 1995, donde se pone de manifiesto el consenso que hay en relación con la universalidad y la globalidad de los problemas de las mujeres, y destaca la importancia de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo como factor ineludible para construir las sociedades del siglo XXI. En definitiva, entre los objetivos de desarrollo de las Naciones Unidas para el milenio, la igualdad de oportunidades entre sexos y la autonomía de las mujeres ocupan un lugar destacado. Estos documentos reiteran los derechos de las mujeres

como derechos humanos, se ratifica la inalienabilidad, integralidad e indivisibilidad de los mismos, y se reafirma la igualdad entre hombres y mujeres como mecanismo para el logro de la justicia social, el desarrollo y la paz.

A pesar de esos reconocimientos internacionales del derecho a la igualdad esté contemplado como un derecho universal de todos los hombres y mujeres en el mundo y en otros múltiples acuerdos y tratados internacionales, es evidente que la cultura patriarcal de la cual es víctima por género la mujer, impone un orden inicuo generador de múltiples desigualdades, v. gr. económicas, de poder, de garantía de los derechos, entre otras. Las mujeres han padecido durante siglos la exclusión, discriminación, persecución y constante violación a sus derechos humanos. Por esto, los diferentes Estados han buscado a través de la política pública, establecer acciones estatales para enfrentar esta situación en campos o niveles como la educación, el empleo o el trabajo, el reconocimiento de determinados derechos, la participación en escenarios políticos, entre otros.

Reconocer a la mujer como individuo activo de la sociedad está en dirección contraria a la subordinación cultural y social que ejercen sobre el género femenino determinados grupos en diferentes sociedades en el mundo: “La violencia contra las mujeres es una injusticia de reconocimiento, cuya superación no depende de medidas de redistribución, sino que exige la reestructuración de las relaciones de reconocimiento, construyendo nuevos patrones culturales igualitarios, que cuestionen y transformen los patrones culturales androcéntricos dominantes” (Benavente y Valdés, 2014).

En países como Brasil y Uruguay se han establecido políticas públicas encaminadas a enfrentar la violencia en contra del género femenino. Estas políticas están orientadas a la justicia de género ya que, por un lado, promueven la autonomía física de la mujer y por otro, buscan la terminación de la desigualdad y la discriminación de género combatiendo los aspectos que generan la violencia contra las mujeres. Las políticas del Estado Plurinacional de Bolivia y de Costa Rica, dan respuesta a la situación de desigualdad en la esfera política, expresada

en la dificultad de las mujeres para participar en aspectos políticos y sociales en igualdad con los hombres (Benavente y Valdés, 2014).

La política analizada de Chile, busca reconocer las mujeres como ciudadanas con iguales derechos que las personas de género masculino, así como establecer oportunidades de trabajo en ámbitos donde los varones eran los únicos en desempeñar cargos u oficios. En México, la política pública de equidad de género asegura que una parte del presupuesto federal sea destinado a programas y actividades para las mujeres, en pro de su bienestar, su desarrollo y a la búsqueda de equidad con el género opuesto (Benavente y Valdés, 2014).

La equidad de género en el contexto colombiano

A través de la historia el hombre se ha visto envuelto en guerras de poder y colonización, donde la hegemonía del más fuerte ha llegado a controlar al más débil, generando grandes revoluciones originarias de los enfrentamientos sociales y acciones desacertadas. Desde luego, el hombre ha sido el epicentro de la sociedad educado bajo instintos de dominación y poder influenciado por sentimientos egoístas que limitan la interrelación con la sociedad; es así, que dichas situaciones han desencadenado barbarie e impunidad, donde diversos Estados alrededor del mundo en aras de contrarrestar estos sucesos, han tenido que afrontar complejos y desafiantes épocas de transición fundamentadas en principios de Justicia, Verdad y Reparación, contextos ya sean de la guerra a la paz, de la dictadura o conflicto armado a la democracia.

De la segunda mitad del siglo XX transfirió un sistema moderno, fortalecido por la protección, y promoción de los derechos humanos y estructuración de lineamientos de justicia transicional, caracterizado por una vinculación cada vez más fuerte en el derecho interno de cada Estado, este precepto de los derechos humanos y justicia transicional han modificado las estructuras normativas, condicionando la integralidad del ser humano, dignidad y derechos en un lugar preferente dentro de los ordenamientos estatales, siendo este el factor

primordial en relación a la solución de los conflictos bélicos en contextos de transición. Por ende, la justicia transicional, ha vislumbrado mecanismos alternos para la solución de dichos conflictos, determinados en principios de transición inmerso por el elemento “Justicia”, que han establecido bases jurídicas orientadas al diseño y aplicación de medidas judiciales y políticas, cuyo objeto es reconocer los derechos vulnerados de las víctimas que han sido directa o indirectamente afectadas por sucesos nefastos; es así, que con la aplicación de los preceptos de justicia transicional, la doctrina contemporánea con autores como *Sherif Bassiony*, han estipulado lineamientos sobre depuración o inhabilitación a los perpetradores de violaciones masivas de derechos humanos y derecho internacional humanitario a participar en procesos democráticos sean grupos estatales y no estatales. En este orden de ideas, el Estado colombiano no ha sido ajeno a los anteriores contextos, toda vez que a lo largo del tiempo ha enfrentado conflictos marcados por los niveles de desigualdad e injusticia, que se agudizaron con las problemáticas sociales, políticas y económicas intensificadas con las decisiones equivocadas de los gobernantes de turno y con ello lograron desestabilizar la democracia colombiana.

El Estado colombiano no ha sido ajeno a estos desafíos que han provocado inestabilidad y desfragmentación social desde la época comprendida entre los años 1948 hasta la actualidad, con la presencia de grupos insurgentes que transforman y desintegran la dinámica social del país en aspectos políticos, económicos y judiciales, no obstante el gobierno colombiano ha intentado asumir el compromiso de establecer lineamientos jurídicos que permitan fortalecer el Estado social de derecho obstruido con la violencia generalizada fruto del conflicto interno armado, representado por el grupo guerrillero FARC-EP, por lo cual actualmente se ha acentuado un estado de transición parcial, con el propósito de concertar las bases jurídicas aplicables a un futuro post conflicto enmarcado en un proceso de “Justicia Transicional”.

En este panorama surge la política pública nacional de equidad de género, donde se reconoce el aporte que las mujeres hacen a la

producción y reproducción social. Las mujeres como sujetos sociales contribuyen al desarrollo del país en todos los ámbitos, sin embargo, aún persisten diversas formas de discriminación que aún las afectan y que impiden el ejercicio de sus derechos y la ampliación de sus capacidades, formas con especial presencia en el conflicto armado. Sin embargo y pese a los avances aún existe una brecha considerable entre el reconocimiento de derechos y el ejercicio de éstos para la mayoría de mujeres.

Previamente, ya desde gobiernos anteriores se había abordado la temática al elaborar diferentes políticas para las mujeres: en 1992, se formuló la política integral para la mujer; posteriormente, en 1994, la política de participación y equidad y de la mujer –EPAM–; en 1999, el plan de igualdad de oportunidades para la mujeres; y por último, en el año 2003, la política mujeres constructoras de paz.

Conclusión

En el marco de la equidad de género, las políticas públicas sobre este tema tienen un enfoque primordial hacia las mujeres; ya que, la inequidad de género es hoy por hoy uno de los flagelos que genera mayor desigualdad y problemas, además de amplios costos a la sociedad. Las desigualdades en cuanto al género son resultado directo de visiones tradicionales arraigadas en la cultura sobre el papel y el lugar que ocupan las mujeres en la sociedad, en base a prejuicios y discriminaciones. La inequidad de género, con sus connotaciones dentro de la historia, está como el génesis de varias de las problemáticas que afectan el valor y el principio de la igualdad social, principalmente con afectación de la mujer.

Referencias

Abramo, L. W. (2006). Trabajo decente y equidad de género en América Latina. Santiago de Chile: Oficina Internacional del Trabajo.

- Abramo, L. y Valenzuela, M. (2006). Inserción laboral y brechas de equidad de género en América Latina. Trabajo decente y equidad de género en América Latina, (29).
- Benavente, M. y Valdés, A. (2014). Políticas públicas para la igualdad de género. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Casique, I. (2004). Trabajo femenino, empoderamiento y bienestar de la familia.
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) (1997). Conclusiones Acordadas, E/1997/L.30.
- Deere, C. y León, M. (2000). Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Fritz, H. y Valdés, T. (2006). Igualdad y equidad de género: aproximación teórico-conceptual. Santiago de Chile: Fondo de Población de las Naciones Unidas.
- Gómez, C. (2003). Entre el rigor científico y la equidad de género: la experiencia dominicana reciente en la medición de la pobreza. Ponencia presentada en la Segunda Reunión Técnica Sobre Estadísticas e Indicadores de Género. CEPAL. 23-25 septiembre, La Paz, Bolivia.
- Gómez, E. (2002). Género, equidad y acceso a los servicios de salud: una aproximación empírica. *Revista Panamericana de Salud Pública*, 11(5), 327-334.
- Guzmán, V. (1996). La equidad de género como tema de debate y de políticas públicas. En: Henríquez, N. (Edit.). *Encrucijadas del saber. Los estudios de género en las Ciencias Sociales* (pp. 213-230). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Harvey, P. (1989). Género, autoridad y competencia lingüística: participación política de la mujer en pueblos andinos. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Hernández, A. (2001). Entre el etnocentrismo feminista y el esencialismo étnico. Las mujeres indígenas y sus demandas de género. *Debate Feminista*, 24 (octubre), 206-229.
- Ibarrán, M. y Robles, C. (2003). Inequidad de género en desarrollo humano: el caso de México. *Estudios sobre Desarrollo Humano*. México: PNUD.

- Lamas, M. (2007). El género es cultura. Euroamericano. Recuperado de: http://www.oei.es/euroamericano/ponencias_derechos_genero.php [2016, 17 de noviembre]
- León, M. (1999). Poder y empoderamiento de las mujeres. *Región y Sociedad*, 11(18), 189-197.
- León, M. (2001). El empoderamiento de las mujeres: encuentro del primer y tercer mundos en los estudios de género. *La ventana*, 13, 94-106.
- Maqueda, M. (2006) La Violencia De Género: Entre el concepto jurídico y la realidad social. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Universidad de Granada. núm. 08-02, p. 02:1-02:13. ISSN 1695-0194 Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>
- Morokvasic, M. (2007). Migración, género y empoderamiento. *Puntos de Vista*, (9), 33-51.
- Naciones Unidas (1948, 10 de diciembre). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.
- Naciones Unidas (1966, 16 de diciembre). Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.
- Organización Internacional del Trabajo, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y ONU Mujeres (2013). Trabajo decente e igualdad de género. Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL, FAO, ONU Mujeres, PNUD, OIT.
- Pautassi, L. (2002). Legislación previsional y equidad de género en América Latina. Santiago de Chile: Publicaciones de las Naciones Unidas.
- Real Academia Española (2003). Diccionario de la lengua española. Madrid: RAE.
- Roth Deubel, A.-N. (2002), Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación, Bogotá, Ediciones Aurora.
- Schuler, M. (1997). Los derechos de las mujeres son derechos humanos: la agenda internacional del empoderamiento. En: De León, M. (Comp.) Poder y empoderamiento de las mujeres (pp. 29-54). Bogotá: Tercer Mundo Editores.

-
- Sen, A. (2010). *La idea de la justicia*. México: Penagos.
- Sen, G. (1998). El empoderamiento como un enfoque a la pobreza. *Género y pobreza. Nuevas dimensiones*, (26), 1-26.
- Thompson, J. (1998). *Los media y la modernidad: una teoría de los medios de comunicación*. Barcelona: Paidós.
- Zabala, I. (2006). *El Banco Mundial y su influencia en las mujeres y en las relaciones de género*. Bilbao: Hegoa.

Capítulo 12

Implementación del Estatuto de Roma: una mirada desde el derecho comparado¹

*Andrea Johana Aguilar Barreto²,
Abad Parada Trujillo³,
Clara Paola Aguilar Barreto⁴*

Resumen

Los crímenes de lesa humanidad ameritan un análisis histórico y político de gran relevancia atendiendo a la magnitud de sus consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los pueblos. Valencia (2000, p. 5) refiere que esta es “una segunda categoría de los delitos que cae bajo la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional recogidas en el artículo 7° del Estatuto de Roma, [y reafirma que el término] fue empleado por primera vez a finales del siglo XIX (...) contra la devastación de la región africana del Congo”. Ya desde esta época, se observaba el nacimiento

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Delitos de lesa Umanidad, posturas desde el derecho Internacional, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.
 - 3 Abogado. Especialista en Alta Gerencia. Magíster en Educación de la Universidad Externado de Colombia.
 - 4 Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Externado de Colombia. Maestrante en derecho público, Externado de Colombia.

de un conjunto de delitos que suponía una nueva categoría como eco de conductas extremadamente reprochables que maltrataban la naturaleza humana en grandes dimensiones. La Corte Penal Internacional en el preámbulo del Estatuto ya describe estos crímenes como los “más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

Palabras clave: Estatuto de Roma, sistema jurídico, corte penal internacional y crimen de lesa humanidad.

The Implementation of the Statute of Rome: A Look from the Compared Right

Abstract

The crimes against humanity deserve a historical and political analysis of great relevancy attending to the magnitude of his juridical, economic and social consequences for the peoples. Valencia (2000, p. 5) it says that this one is “ the second category of the crimes that falls down under the complementary jurisdiction of the Penal International Court gathered in the article 7 ° of the Statute of Rome, [and there reaffirms that the term] it was used by the first time at the end of the 19th century (...) against the devastation of the African region of the Congo “. Already from this epoch, was observed the birth of a set of crimes that supposed a new category as echo of conducts extremely reprochables that were ill-treating the human nature in big dimensions. The Penal International Court in the preamble of the Statute already describes these crimes as “more serious of transcendency for the international community in his set “.

Keywords: Statute of Rome, juridical system, penal International court and crime against humanity.

Introducción

Es tal la magnitud de los delitos de lesa humanidad que hay autores que han afirmado que este tipo de delitos son más graves que los crímenes de guerra (Frulli, 2009, p. 329). En efecto, tan sólo su mención “denota gravedad en ciertos delitos” (Forer *et al.*, 2010, p. 9), pero como muchos temas de gran relevancia resulta ambiguo, lo que se debe a la inexistencia de un consenso común entre los doctrinantes y a que el Derecho Penal Internacional es ante todo un “derecho todavía en desarrollo” (Gil, 1999, p. 58). De todos modos, su gran uso en el campo académico y social se debe a que es “un concepto cuya razón de ser es la protección de la existencia de grupos humanos” (Huertas, 2006, p. 315) y cuya esencia “reside en la idea de que existen determinados principios, conectados con el valor de la dignidad humana, que son tan esenciales para la existencia de todas las personas y para la vida de la humanidad, que ningún Estado puede estar autorizado a infringirlos” (Zappala, 2010, p. 50).

Estas perspectivas de las realidades complejas inmersas en el desconocimiento de los derechos concentrarán una gran atención a partir de 1998 con la creación de la Corte Penal Internacional permanente en una Conferencia de Estados en Roma (Ambos, 1999a, p. 25). En la práctica, el Estatuto de Roma ha abierto la puerta hacia el conocimiento de graves violaciones a los derechos humanos. Por ende, esto constituye una causa del interés sobre los delitos de lesa humanidad. Como lo describe Olásolo (2009, p. 31) con la aprobación del Estatuto de Roma se han generado varias situaciones de crisis remitidas a la Corte por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad, lo que ha dado lugar a investigaciones además que se han recibido cientos de denuncias sobre delitos que son parte de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. La Corte Penal Internacional informa que se han presentado a junio de 2012 quince casos en siete situaciones en donde tres Estados partes (Uganda, la República Democrática del Congo y la República Centroafricana), han remitido situaciones que ocurren en sus territorios. También, el Consejo de Seguridad remitió la situación en Darfur, Sudán, y la situación en Libia - dos Esta-

dos no Partes, por los que se ha abierto investigaciones. En marzo de 2010 se autorizó al fiscal para investigar de oficio la situación en Kenia. En octubre de 2011 se permitió abrir investigación de oficio a la fiscalía por la situación en Costa de Marfil.

Casos de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en lo referido a los delitos de lesa humanidad de la Corte Penal Internacional en Argentina, Brasil, Chile, España, Perú y Alemania

En el trabajo de investigación realizado por Ambos y Malariano (2003) titulado *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, en donde se consignan las contribuciones de Ezequiel Malariano (Argentina), Maria Thereza Moura, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Gustavo Henrique Righi Badaró y Tarciso Dal Maso Jardim (Brasil); José Luis Guzmán Dalbora (Chile), Alicia Gil Gil (España), entre otros para varios países, se describe los procesos y formas de implementación del Estatuto de Roma. Estos serán considerados para el desarrollo de éste acápite y será actualizado a través del análisis de otro conjunto de documentos consultados que actualizan la información valiosa consignada por Ambos y Malariano (2003). Para el caso de Alemania, se acudirá a las reflexiones de Ambos (2005) en su artículo titulado *La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania*.

El caso de la Argentina

Para el análisis del Estado argentino se van a examinar varias fuentes en diferentes momentos históricos con el fin de comprender la implementación del Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico interno. Con anterioridad a la aprobación del Estatuto de Roma en 1998, varios acuerdos internacionales vinculaban al Estado Argentino en el diseño de normas y acciones con el fin de perseguir y castigar delitos internacionales. Y a pesar que la promulgación del Estatuto de Roma generó en Argentina una nueva perspectiva frente a

los delitos internacionales y de la responsabilidad que esto implicaba hasta el año 2006 aún no se habían realizado

(...) modificaciones en el ordenamiento jurídico penal nacional destinadas a implementar los compromisos asumidos con este acto. (...) puede afirmarse en realidad que la ratificación de numerosos convenios internacionales de derechos humanos no [había] empujado históricamente al país en el plano interno a reformas en su legislación (Malariano, 2003, p. 36, 37).

Dentro del ordenamiento jurídico argentino no existían normas que tipificaban los crímenes internacionales y por lo tanto se acudía al conjunto de crímenes clásicos. En consideración a ello, y de acuerdo a las opciones y formas de implementación del Estatuto de Roma en Argentina se había optado por *la no implementación – aplicación de la ley penal ordinaria* (Cuadro 1), a pesar que “desde sus primeros pasos, la Argentina apoyó la creación de un tribunal internacional que tuviera competencia para juzgar a individuos acusados de la comisión de los crímenes más graves que afectan a la comunidad en su conjunto” (Laborías, 2010, p. 43) antes de la aprobación del mismo Estatuto y con posterioridad al mismo. En efecto, con la Ley 25.390 del año 2000 se aprobó el texto del tratado para que en el año 2001 se hiciera su consignación en la Secretaría General de las Naciones Unidas el 8 de febrero.

Laborías (2010, p. 55, 56) describe lo que fue el proceso durante los primeros años de la aprobación del Estatuto de Roma para la Argentina. Explica que una comisión interministerial (Pastor y Parenti, 2011) fue creada para la construcción de una propuesta legislativa que permitiera la adopción del Estatuto de Roma de una manera efectiva en el ordenamiento jurídico interno. Como es el caso de todos los países que han asumido estos compromisos frente al Estatuto de Roma, los retrasos y las dificultades se han presentado. Sólo hasta el 2002 se presentó a la Cámara de Senadores el *Proyecto de ley implementando el Estatuto de Roma*. Respecto de lo que se debía discutir en la tarea de implementar el Estatuto de Roma el ex diputado

Marcelo Stubrin señalaba que la adaptación al derecho interno debía considerar cuatro áreas:

[...] a) Deben analizarse las normas que establecen la competencia de los órganos judiciales argentinos para juzgar a los sujetos que cometan ilícitos comprendidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional; b) Deben dictarse las normas que organizarán la cooperación entre la República Argentina y la Corte [...]; c) Deben dictarse las normas penales que, eventualmente, modifiquen y completen los delitos tipificados previstos en el derecho interno [...]; d) Deben analizarse las normas vigentes para adecuarlas o dictar nuevas, si fuere necesario, para permitir la ejecución en territorio argentino de las decisiones de la Corte [...]. (Stubrin, 2001 citado por Laborías, 2010, p. 56).

El paso del proyecto por las cámaras legislativas condujo a la formulación de un nuevo proyecto que sólo llegó a la aprobación por parte del Senado en el 2004 pero que no fue sancionado por la Cámara de Diputados. Siendo presentado nuevamente el proyecto de ley, el 13 de diciembre de 2006 se sanciona la Ley 26.200 la cual se promulgó de hecho el 5 de enero de 2007 y se publicó en el Boletín Oficial del 9 de enero del 2007. Describe Pastor y Parenti (2011) que la ley sancionada incluyó normas para el juzgamiento de los crímenes de la CPI al interior del territorio, la tipificación de los delitos y normas para la cooperación entre la Argentina y la CPI. Para Laborías (2010, p. 56) algunas diferencias que son necesarias de revisar entre el proyecto de ley de 2002 y el texto sancionado en el 2006 y que entró en vigor en el 2007:

(...) en el primero, cada delito de competencia de la CPI era regulado individualmente, reiterando las disposiciones del Estatuto y efectuando algunas adecuaciones. En el texto actual, en cambio, hay una remisión implícita a las disposiciones del Tratado y a sus instrumentos conexos (por ejemplo, los Elementos de los Crímenes), limitándose nuestra ley a establecer las penas aplicables en cada caso.

El esquema que caracterizaba la implementación del Estatuto de Roma en el Estado Argentino dentro de su ordenamiento jurídico se debía a los efectos negativos en la administración de justicia, pues a manera de ejemplo, en los hechos ocurridos durante la última dictadura militar en éste país se recurrió a los tipos penales de homicidio, privación ilegítima de la libertad, entre otros por no asimilarse al de genocidio o crímenes de lesa humanidad (Malariano, 2003, p. 38). Por ende, la inexistencia de tipos penales específicos y la imposibilidad de dar aplicación directamente de los crímenes internacionales, conducían a la no aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Esta situación de abordar el Estatuto de Roma en Argentina bajo el esquema de la opción cero se debía a la ausencia de reflexión y discusión conjunta en el país. En consecuencia, sólo se podía acudir a los tipos penales clásicos del ordenamiento jurídico interno en los siguientes límites (contenidos en el Código Penal argentino) y en ausencia de los elementos característicos de los delitos de lesa humanidad (como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil): homicidio y homicidio agravado (artículos 79 y 80), reducción a servidumbre (artículo 140), privación de la libertad, privación de la libertad agravada, apremios ilegales y tortura (artículos 141, 142, 142 bis, 144 bis y 144 ter), violación (artículos 119 y 122) y abuso deshonesto (artículo 127).

Con la Ley 26.200 del 2006 el esquema de aplicación del Estatuto de Roma se vio modificado pues se pasó de la *opción cero* a implementarse el Estatuto a través del modelo de incorporación por referencia para los elementos estructurales de los crímenes e implementación modificatoria para las sanciones. La forma de implementación ha sido la *modificación de leyes existentes*. Es conveniente remitirse a algunas de las conclusiones realizadas por Laborías (2010, p. 75, 76) en su investigación pues resulta bastante acertado en sus consideraciones acerca de la implementación del Estatuto de Roma:

Los delitos de competencia de la Corte son tipificados respetando la redacción original del Tratado y agregando el monto míni-

mo y máximo de la pena para cada uno de ellos. Asimismo, se extiende el ámbito de aplicación de la jurisdicción argentina, para facilitar el cumplimiento de los objetivos fijados en el Preámbulo del Estatuto, respecto de someter a la justicia a los responsables de los crímenes internacionales. También se crean tipificaciones especiales para proteger la actividad del Tribunal, tanto respecto de sus funcionarios como de los testigos que intervienen en el proceso. Por último, otro punto destacable de la ley es que regula con detalle las formas de cooperación con la Corte y con terceros Estados, en ambos casos, dejando un margen de apreciación razonable a las autoridades nacionales. Las otras categorías de obligaciones, referidas a la participación en la Asamblea de los Estados Parte y el cumplimiento de normas consuetudinarias, escapan a los objetivos de la Ley de Implementación.

Línea jurisprudencial en la Argentina: La Jurisprudencia del Estado de Argentina se ha referido en varias ocasiones a los crímenes de lesa humanidad. Desde el fundamento de voto del Doctor Leopoldo H. Schiffrin, por motivo del pedido de extradición de un criminal nazi (Josef Franz Leo Schwammberger) en 1989, se “abrió una jurisprudencia realmente avanzada en la materia” (Mattarollo, 2001). En esta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia en los Fallos 211-162, 218/219 estableció que el *Derecho de Gentes* es un derecho “(...) de mayor latitud y comprensión que cuanto sea materia positiva de los tratados” y en la misma se mencionó que a pesar de no existir aun ratificación de la convención, resultaba “inocultable la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad (...)” y es que la calificación de delitos contra la humanidad “no depende de la voluntad de los Estados requirentes o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *jus cogens* del derecho internacional” (Corte Suprema de Justicia, Causa No 16.063 de 1994).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en la Causa 16.071 del 4 de mayo de 2000 en contra Alfredo Ignacio Astiz hace un análisis de las fuentes formales y no formales de los crímenes contra la humanidad y los de lesa humanidad. Al respecto, la Cámara especifica que la imprescriptibilidad de este tipo de deli-

tos ya se había abordado por el Tribunal de Nüremberg definiendo como parte de estos el asesinato, la esclavitud, el exterminio, la deportación, entre otros. Así mismo, las Naciones Unidas a través de la declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992 y se adhieren al criterio de la CIDH, para quienes “si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados partes en la convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad”. Sumado a ello, la ausencia de una norma convencional fue saneada con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de las Naciones Unidas en 1994 y fue incorporada en la Argentina a través de la Ley 24.556 y la Ley 24.820. Seguido, como precedente se encuentra el Estatuto de Roma de la CPI en 1998. Del mismo modo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en este caso expresó que

La condición de delitos contra la humanidad lo erigen, a su vez, en *delicta iuris gentium*, como categoría delictiva conceptuada como aberrante por la sociedad universal que demanda una acción internacional más intensa para reprimir este tipo de figuras. Los *delicta iuris gentium* no tienen contornos precisos y su tipología es mutable en función de las realidades y de los cambios operados en la conciencia jurídica prevaleciente. En el incremento de su catálogo debe contarse a los crímenes contra la humanidad. En este carácter resulta una norma imperativa del Derecho Internacional general (*Jus Cogens*), y, como tal, no puede ser modificada por tratados o leyes nacionales [...]. La importancia de establecer la condición de delito contra la humanidad de la desaparición forzada de personas, en este caso, radica en la posibilidad de afirmar su imprescriptibilidad por esa circunstancia. (Causa 16.071 del 4 de mayo de 2000, Alfredo Ignacio Astiz).

En su análisis Mattarollo (2001) describe que un vacío de la ausencia de pena no se puede llenar con una remisión a la legislación penal ordinaria, dejando como producto una combinación del orde-

namiento jurídico interno con el *Derecho de Gentes*, pues son cosas que no pueden hacer los jueces. En este caso los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad resultarían contrarios al derecho interno y no serían autónomamente punibles.

Lo que se observa del análisis del autor en materia de la jurisprudencia en el Estado de Argentina, es que la no configuración de tipos penales específicos ha conducido a la interpretación de la norma y del derecho internacional conforme a los criterios de los administradores de justicia:

(...) dicho magistrado, analizó el encuadre legal propuesto respecto a Jorge Rafael Videla como autor mediano penalmente responsable de los delitos de sustracción, ocultación y retención de un menor de diez años en cinco oportunidades, en concurso real con otros delitos. Según el juez federal interviniente “(...) la tipificación apuntada que de los hechos endilgados al inculcado antes citado se ha hecho en figuras de nuestro ordenamiento penal, no implica el desplazamiento de la concurrencia respecto de aquellos del concepto de crímenes contra la humanidad (...) Considera dicho magistrado, al tratar lo que en definitiva constituyen casos de “desaparición forzada” de niños, que se está ante infracciones penales imprescriptibles reprimidas por el derecho de gentes (Matarollo, 2001).

La Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital en Resolución del 9 de septiembre de 1999 sostuvo que las desapariciones forzadas constituyen delitos contra la humanidad, que son imprescriptibles sin importar la fecha de comisión: “esa característica se impone por sobre las normas internas que puedan tener disposiciones contrarias, independientemente de la fecha de su comisión” (Matarollo, 2001) y añade, refiriéndose al criterio de la cámara, que “en virtud de la expresa recepción constitucional del derecho de gentes resultaría inadmisibles que una de sus disposiciones pueda reputarse como contraria al orden público interno”. Describe Matarollo (2001):

La importancia de la cuestión radica (...) en que la legislación es una obligación asumida internacionalmente por el Estado al ratificar esos tratados, obligación que aún permanece incumplida. Pero la cuestión también es significativa porque contribuiría a clarificar problemas que aún aparecen para algunos como opinables, tal como se ha mostrado en esta rápida revisión de la jurisprudencia y la doctrina argentina recientes.

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata en el Expediente 3602 del 13 de septiembre de 2006 sobre los delitos de lesa humanidad menciona que “las reglas del derecho internacional no requieren la corroboración del testimonio de la víctima en los delitos de lesa humanidad, particularmente en los casos de violencia sexual” y además describe que estos delitos “violán leyes universales que hacen al respeto del sentimiento mismo de la humanidad, y que podrían ser juzgados en cualquier parte del mundo, si nuestro país no cumple ese deber”. Sobre la violencia sexual en los delitos de lesa humanidad describe la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata que

La admisión de los delitos de violencia sexual como de lesa humanidad registran una larga evolución en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de tal trascendencia que su efectivo respeto requiere la aplicación de especiales reglas de procedimiento y prueba. En tal hermenéutica, los patrones con que deben considerarse los derechos de las mujeres, son diferentes a los de la sociedad patriarcal. Ello no implica desvirtuar el principio de inocencia, ni exigir menor convicción sobre la culpabilidad del imputado para dictar su condena, sino que el testimonio de una víctima de un acto de agresión sexual, o cualquier otro cometido en el contexto de un ataque generalizado y sistemático de los derechos humanos de la población civil, puede ser suficiente para generar convicción respecto a la responsabilidad del imputado. Estas reglas probatorias del Derecho Penal Internacional resultan compatibles con la sana crítica racional (Expediente 3602 del 13 de septiembre de 2006).

Las normas de derecho público internacional que mandan juzgar y castigar a los responsables de los delitos de lesa humanidad son de aplicación obligatoria, e integran el ordenamiento interno, según lo dispuesto por el art. 118 de la CN, que incorpora el derecho de gentes, y en los arts. 31 y 75 inc. 22, que hace lo mismo con los tratados internacionales, reconociéndoles jerarquía superior a las leyes, o bien, jerarquía constitucional, si se trata de los instrumentos de derechos humanos enumerados en el art. 75 inc 22 de la CN (Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, Expediente 3602 del 13 de septiembre de 2006).

Ahora bien, en cuanto a la dinámica de la conducta de este tipo de delitos, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en la Causa 36.873 de 2006 señaló que en el caso de Olivero Rovere por crímenes de lesa humanidad se presentó una autoría mediata, es decir, “los superiores conservan el dominio de los acontecimientos a través de la utilización de una estructura organizada de poder, circunstancia que los constituye en autores mediatos de los delitos así cometidos” y añade que son características de esta modalidad “el dominio que posee quien maneja discrecionalmente el sistema, no ya sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada puesto que, cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá”.

En la Causa 6859 de 1998, la cual fue resulta con sentencia del 2007, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el caso Arturo Félix González Naya y otros, el cual aborda parte de los hechos ocurridos en el marco de la dictadura argentina, señala que los autores de los delitos utilizaron métodos que incluía “el secuestro, la tortura, la privación ilegal de la libertad, el homicidio y la desaparición de los cuerpos de las víctimas”. Cada uno de estos delitos eran cometidos como parte de una regla sistemática con objeto de desintegrar las organizaciones a partir de la destrucción de los individuos que las integraban: “[...] para poder desplegar la lucha de la manera que los comandantes militares entendieron más efectiva, se dividió el país por un sistema zonas, subzonas y áreas, en las que

se desplegaba un mecanismo de control y mando preciso para el desarrollo de las operaciones [...]”.

Por su parte, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 4 en la Causa 16307 de 18 de diciembre de 2006 en el caso Guerrieri Pascual Oscar y otros, describe que los delitos de lesa humanidad se trata de conductas que se deben llevar a cabo “en determinadas condiciones o contexto (lo que se ha denominado cláusula umbral o “*threshold test*”) objetivos (como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil) y subjetivos (con conocimiento de dicho ataque) que permitan superar la categoría de crimen meramente doméstico”. Lo anterior significa que los delitos de lesa humanidad adquieren trascendencia por los mismos elementos que lo integran, razón por la cual han tenido alcance y repercusión internacional.

En síntesis, durante los últimos años en Argentina se ha presentado un importante avance en el desarrollo jurisprudencial de los delitos de lesa humanidad en los múltiples casos que abordan los tribunales nacionales, en donde hay un análisis extenso de los elementos de estos delitos, las fuentes y su aplicación.

El caso de Brasil

En el caso de Brasil, de acuerdo al documento formulado por Moura, De Figueiredo, Righi y Dal Maso (2003), se especifica que Brasil ratificó el Estatuto en el año 2002 pero que ya desde el 2001, se había conformado una comisión o grupo de trabajo por orden del Ministerio de Justicia con el fin hacer la implementación del Estatuto de Roma. Como resultado de ella se propuso las disposiciones jurídicas necesarias para la tipificación de los delitos, la adaptación del procedimiento y regulación de las formas de cooperación con la Corte Penal Internacional (Moura et al., 2003, p. 119).

Sin embargo, frente a ello aún existen vacíos en la adecuación de los tipos penales de conformidad con los reglados en el Estatuto de Roma. Esto se debe a la imposibilidad de hacer aplicación directa del Estatuto de Roma dentro del ordenamiento jurídico brasileño

conforme al principio constitucional de legalidad (*nullum crimen sine lege previa, nullum crimen sine lege stricta, nullum crimen sine lege scripta, nullum crimen sine lege derecha*).

Los autores expresan que hay 4 casos en donde se observa la integración del Estatuto de Roma en el orden jurídico interno. Estos son a) “el artículo 5° del Código Penal y el artículo 7° de la CPM que prevén la aplicación de la ley penal brasileño, militar o común, sin perjuicio de las convenciones y normas del derecho internacional, los delitos cometidos en el territorio nacional o fuera de de él; b) el Código Penal “contempla expresamente los casos de extraterritorialidad”; c) en casos de genocidio (artículo 7, fracción I, d) y los crímenes que, por tratado o convención, el país se ve obligado a reprimir (artículo 7, II,)” y d) la disposición que “expresa de la jurisdicción universal para personas en los casos de delitos de tortura (artículo 2 de la Ley N° 9455/97)”.

De acuerdo a estas situaciones expresas de implementación del Estatuto de Roma, se trata de la misma forma realizada en un primer momento por el Estado de Argentina, es decir, la *solución cero*. Para el caso específico de los delitos de lesa humanidad, en Brasil no se tipifican las conductas delictivas del artículo 7° (Moura et al., 2003, p. 124).

Los delitos especificados en el Código Penal brasileiro son ordinarios o especiales, sin hacer referencia al ataque generalizado o a la sistematicidad del mismo: el racismo, la esclavitud, las diversas formas de violación y violencia sexual, tortura, la trata de personas, sin ningún tipo de conexión para mantener los crímenes contra la humanidad previsto en el derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma (Moura et al., 2003, p. 124).

En la actualidad, de acuerdo al informe de Zilli (2011) en el Congreso de Brasil se están tramitando dos proyectos de ley que “establece normas, tanto en el derecho sustantivo –definición de crímenes contra la humanidad, de guerra y genocidio–, así como el derecho procesal, tanto en relación con la aplicación de las Estatuto de Roma”.

Estos proyectos de ley son el 4038/2008 el cual tiene su origen en el Poder Ejecutivo para ser enviado con posterioridad al Congreso. El otro proyecto de ley es el 301/2007 pero éste tiene su fuente en la misma Legislatura. Los dos se encuentran aun en espera para su votación. Frente a las debilidades del proceso para expedir dichas normas la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha exhortado al Estado de Brasil para que agilice el proceso (Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Gomes Lund y otros –“Guerrilha do Araguaia”– vs. Brasil).

Valga hacer mención que el 18 de noviembre del 2012 el Gobierno brasileño creó la comisión de la verdad, organismo que tiene por misión la investigación de los crímenes de lesa humanidad ocurridos entre 1964 y 1985 durante la dictadura militar en el país para que familiares, seres queridos y víctimas conozcan la verdad sobre los hechos ocurridos en este periodo. Como parte de su trabajo, la comisión en el 2014 presentará un informe final sobre las investigaciones realizadas en torno a la comisión de delitos de lesa humanidad por parte de la dictadura militar. Sin embargo, este trabajo tiene múltiples obstáculos. El primero de ellos, es que al revelarse las conductas punibles será muy difícil llevar a cabo los juicios en contra de los responsables debido a la Ley de Amnistía y a que el Gobierno ha indicado que no impulsará ni propiciará el desarrollo de juicios en el país. En efecto, en América del Sur se han llevado a cabo juicios por delitos de lesa humanidad cometidos por dictaduras militares y la única excepción ha sido Brasil. Sobre el asunto explica Rambla (2012) que la presidenta del país

[...] que sufrió prisión y tortura durante la dictadura, se mostró vehemente al asegurar que “no podemos dejar que en Brasil la verdad se corrompa con el silencio”. Pero también al destacar que detrás de una ley que obtuvo el respaldo de todos los grupos del Congreso no se esconden ni el “revanchismo” ni la “venganza”, en un claro mensaje de que la inmunidad concedida por la ley de Amnistía a los militares no iba a ser cuestionada (p. 36).

Línea jurisprudencial en Brasil: En el documento de Amnistía Internacional titulado *Brasil y su pasado frente a la Corte Interamericana: la jurisprudencia del tribunal no puede variar* de 2010 (Amnistía Internacional, 2010), se hace mención a la problemática en torno al tema de la Ley de Amnistía dictada por el gobierno brasileño en 1979 con la que “se ha impedido toda investigación sobre la suerte que corrieron los antiguos integrantes de la *Guerrilla de Araguaia* compuesta por miembros del Partido Comunista de Brasil”. Esto se debe, a que el Supremo Tribunal Federal de Brasil ha reconocido la Ley de Amnistía como constitucional y, por ende, se encuentra en aplicación. Así lo declaró el Estado en su defensa frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia del 24 de noviembre de 2010, Caso Gomes Lund y otros -*Guerrilha do Araguaia*- vs Brasil). El Supremo Tribunal Federal considera la Ley de Amnistía como “una etapa necesaria en el proceso de reconciliación y redemocratización del país” y que “no se trató de una autoamnistía”. Por ello, el Estado cuestiona la competencia de la Corte Interamericana en virtud del no agotamiento del derecho y los recursos internos.

En este caso, Amnistía Internacional considera que las leyes de amnistía que pretenden eximir de responsabilidad a aquellas personas que “cometieron o permitieron que se cometieran crímenes de derecho internacional como (...) los crímenes de lesa humanidad, (...), arbitrarias o sumarias son incompatibles con las obligaciones de los Estados y deben ser declaradas inválidas”.

Los avances jurisprudenciales en materia de los delitos de lesa humanidad en Brasil son escasos. En las fuentes consultadas del Supremo Tribunal Federal de Brasil allí se señala aspectos no muy profundos de los delitos de lesa humanidad, y especifican que se encuentra en proceso en la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley 4.038 de 2008 con el cual se definirá “los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de la guerra y los delitos contra la administración de Justicia de la Corte Penal Internacional Tribunal de Justicia” (Supremo Tribunal Federal, s.f.) permitiendo que se expidan normas procesales específicas y enfoques de cooperación con la Corte Penal Internacio-

nal. Este tipo de temas han sido tocados en el proceso No. 82.424/RS de 2003, en el que se abordó se decidió el recurso de Habeas Corpus respecto de la “legalidad de la prisión de Siegfried Elwanger, condenado por el delito de racismo”. Allí mismo, se analizaba el genocidio como crimen de lesa humanidad.

El caso de Chile

La Cámara de Diputados de Chile sólo hasta el 10 de junio de 2009 aprobó la ratificación del Estatuto de Roma después de diez años desde su aprobación. Esto fue producto de varios obstáculos presentados. Por ejemplo, ya desde el 6 de enero de 1999 se encontraba en la Cámara de Diputados el proyecto de ley para la aprobación del Estatuto de Roma y si bien fue aprobado de manera general, 35 diputados de esta Cámara presentaron un requerimiento ante el tribunal Constitucional “que impidió que prosiguiera su tramitación para ante el Senado” (Ibarra y Mora, 2009, p. 3). Los diputados basaron su requerimiento en la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma porque “vulneraría, entre otras disposiciones, el art. 5 de la Carta fundamental [...]” (Ibarra y Mora, 2009, p. 3) es decir, la soberanía del Estado.

Otros aspectos que señalaban los diputados en su momento para objetar la aprobación y ratificación del Estatuto de Roma se enmarcaban en la violación de la Constitución Política en sus artículos 6°, 7°, 19, 58 (actual 61), 60 (actual 63), 73 (actual 76), 76 (actual 78), 80 (actual 83).

La decisión del tribunal, una vez realizado el análisis necesario sobre los artículos que se mencionaba vulnerar la Constitución Política, fue que el Estatuto de Roma resultaba contrario a la Carta Política y que requería de una reforma constitucional previa para su aprobación en el Congreso y ratificación por parte del Presidente de la República. Por su parte, explica Guzmán (2006, p. 187) que en Chile la aplicación directa de las normas respectivas infringe el mandato constitucional de legalidad, por lo que es necesario revisarse las modificaciones a estas disposiciones internas.

De este modo, se puede observar aun el poco trabajo en torno a la implementación del Estatuto en el ordenamiento jurídico. Ya desde el 2003, expresaba Guzmán (2003, p. 170) que “los delitos contra la humanidad son enteramente ajenos [en el orden jurídico interno chileno], (...) y que los tipos y penas correspondientes del Derecho Penal común sólo captan y desvaloran una parte exigua de su contenido antijurídico”.

Evidentemente, la ratificación del Estatuto de Roma en el Estado Chileno tuvo un llamativo proceso de altibajos que finalizó con una carrera contra tiempo. Ya en el 2009 la ratificación del Estatuto de Roma se presentaba como una urgencia, por lo que se presentó el 18 de mayo de 2009 la “Comisión de Constitución [con la que se] evacuó el nuevo primer informe” (Ibarra y Mora, 2009, p. 8) con el texto a aprobar. Al día siguiente fue discutido por el Senado y aprobado, se procedió a la revisión de la Cámara de Diputados el 20 de mayo de 2009. La comisión de constitución, legislación y justicia emitió el mismo día el informe siendo aprobado. Ya para el 25 de mayo se había gestado todo el proceso para la formación de una ley en el sistema constitucional chileno, por lo que el 26 de mayo del año en curso se promulgaba la Ley 20.352. El 29 de junio de 2009 el texto se consignaba en la Secretaría de las Naciones Unidas.

Aparecen dentro del Código Penal de Chile algunos delitos asociados a los contemplados en el artículo 7° del Estatuto de Roma, por ejemplo tortura, delito contra la libertad sexual, las detenciones ilegales cometidas por empleado público facultado para arrestar, detener o desterrar a una persona, entre otros.

La situación aún es indefinida hasta que no se avance en un trabajo reflexivo e integrado alrededor del tema de incorporación. Por el momento, el caso de Chile encaja en *la no implementación – aplicación de la ley penal ordinaria* y es preciso mencionar que “la situación de Chile en el marco del proceso de adopción e implementación del Estatuto de Roma en los distintos ordenamientos nacionales coloca al país en un lugar decididamente rezagado, incluso si la comparación se limita al contexto iberoamericano” (Guzmán, 2006, p. 171).

Ahora bien, antes de la aprobación y ratificación del Estatuto de Roma en el 2009, el 18 de julio del mismo año a través de la Ley 20.357 se tipificó “por primera vez en el país los delitos de genocidio y de lesa humanidad, a la vez que modificaba y ampliaba el vetusto catálogo existente de crímenes de guerra” (Guzmán, 2011). Por lo tanto no fue el resultado de una ley que implementaba el Estatuto de Roma sino de un proyecto de tipo independiente. Resalta frente a esta situación Guzmán (2011) que:

De hecho, pese a que sus delitos, penas y reglas complementarias reflejan, en general, los del Estatuto, incluso mejorando los tipos en cuestiones de taxatividad, hay entre ambos ordenamientos diferencias y, sobre todo, es ostensible la falta en la ley chilena de disposiciones que regulen el régimen de cooperación con la Corte Penal Internacional y protejan su administración de Justicia, para la que el Derecho interno no conoce delito alguno.

Lo que se observa del caso chileno es el poco trabajo de reflexión e implementación del Estatuto de Roma el cual ha entrado tarde en el proceso de tipificación de los delitos que contempla el instrumento de la Corte Penal Internacional.

Línea Jurisprudencial en Chile: Fernández (2010) realiza un análisis jurisprudencial en Chile y expone “la secuencia jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema desde la dictadura hasta el actual periodo jurisprudencial” en donde encuentra que hay una gradual prescripción de los delitos de lesa humanidad “como resultado de (...) [que] en los últimos fallos se observa una disminución considerable y desproporcionada de las penas impuestas a responsables (...)” (p. 468).

En su exposición la autora determina que la amnistía de la que gozaron muchas de las personas que perpetraron los hechos a través de acciones en contra de los derechos internacionalmente reconocidos, marcó un largo periodo de jurisprudencia en Chile. Durante este periodo la administración de justicia apoyó las conductas de la dictadura y provocó el desconocimiento de los derechos de grupos poblacionales que no pudieron acceder a la justicia.

Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte Suprema excluyó la vigencia de la amnistía en casos donde se demostró que la perpetración del injusto aún no había finalizado por cuanto al momento de expirar el Decreto Ley de Amnistía (S. C. S., del 9 de abril de 2004, Rol. No 3.231-03, Caso Tucapel Jiménez) “la víctima no había aparecido, no se tenían noticias de él, ni del lugar donde se encontrarían sus restos” (Fernández, 2010), es decir, no se configuraba los requisitos de la amnistía. En este caso, la Corte consideró aplicable el Convenio de Ginebra, con el que imposibilitaba a Chile a buscar la impunidad de los autores del ilícito (S. C. S. del 17 de noviembre de 2004, Rol No 517-04, Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez).

Respecto de la tendencia que se seguía, para el año 2005 se encuentra un quiebre en la jurisprudencia en este sentido en el caso del secuestro calificado de Ricardo Riosco Montoya y Luis Cotal Álvarez (S. C. S., del 4 de agosto de 2005, Rol No 457-05). Estas personas fueron torturadas, ejecutadas y sus cadáveres se hicieron desaparecer y la condena sobre el único procesado se desarrolló en el marco jurídico que ofrecía el Convenio de Ginebra, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y los principios del *Jus Cogens* (Derecho de Gentes). Sin embargo, la Corte Suprema afirmó que “tras la llegada al poder de la junta de Gobierno, el que se estuvieran cometiendo acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general y de que se cometían con frecuencia delitos tipificados en la Ley de Control de Armas, no es suficiente para tener por establecido que en Chile existiera un conflicto armado no internacional” (S. C. S. 4 de agosto de 2005, Rol No 457-05) y que por ello, la norma usada por los juzgadores para condenar al autor no era aplicable en el caso analizado por la Corte. Los Ministros Cury y Rodríguez en su voto de minoría argumentaron, en contra de la decisión, que “no es admisible que quienes se asilaron en las ventajas de que les concedía la declaración del estado de guerra, pretendan ahora desconocer su valor para ignorar las sanciones correspondientes y

las limitaciones a la autoexoneración que imponen los Convenios de Ginebra” (S. C. S. 4 de agosto de 2005, Rol No 457-05).

Ya en el año 2006, la Corte Suprema en fallo unánime casa la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que había aplicado la amnistía en el caso del secuestro de Diana Frida Arón Svigilsky (S. C. S. del 30 de mayo de 2006, Rol No 3215-05), confirmando la sentencia de primera instancia. En el fallo se establece la imprescriptibilidad del delito de secuestro pero lo hace en observancia al derecho interno.

En diciembre del mismo año, la Corte declara que en el caso analizado (S. C. S. del 30 de mayo de 2006, Rol No 3215-05) se trata de homicidios que se configuran dentro de los delitos de lesa humanidad, sosteniendo que “dicha calificación no se opone al principio de legalidad penal porque las conductas imputadas ya eran delitos al momento de su comisión, tanto en el derecho nacional, como en el derecho internacional y (...) la prohibición de cometer estos crímenes es una norma de *Jus Cogens*, cuya penalización es obligatoria, conforme al derecho internacional general” (Fernández, 2010) y que su desconocimiento lleva a pugnar el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad:

[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (CIDH, Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001)

Por último, la CIDH en el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile* en sentencia del 26 de septiembre de 2006 ha indicado sobre las ejecuciones extrajudiciales en Chile que estas se dieron dentro de un clima de limpieza a consideración de las doctrinas de los criminales, y en donde el objeto era atemorizar a los compañeros de las víctimas y que podían considerarse como una amenaza. Así mismo, señala que

en un comienzo las ejecuciones se realizaron sobre personas sin criterio de selección:

[...] por lo general, las muertes fueron de personas detenidas y se practicaban en lugares apartados y de noche. Algunos de los fusilamientos al margen de todo proceso fueron, sin embargo, fulminantes y se efectuaron al momento de la detención. [...] En las regiones del sur [del país] la persona, sometida ya al control de sus captores, [era] ejecutada en presencia de su familia. (CIDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006)

También en el mismo caso, la CIDH recalcó la improcedencia de las normas decretadas a fin de amnistiar conductas que atentan contra la humanidad como los delitos de lesa humanidad. En este caso se refirió al Decreto Ley 2191, con el cual se declaraba la amnistía por los delitos cometidos durante la dictadura militar:

La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.

Como se ha observado, la jurisprudencia en el caso chileno ha tenido diferentes momentos de perspectivas en torno al tema de los delitos de lesa humanidad. De este modo, se observa las diferencias en la aplicación de los instrumentos internacionales al momento de decidir en casos concretos.

El caso de España

El país ibérico firmó el Estatuto de Roma el 18 de julio de 1998 y lo ratificó el 4 de octubre de 2000, lo cual supone un trabajo bastante amplio en consideración con otros países que lo ratificaron posteriormente o hasta hace muy poco como es el caso de Chile. Menciona la ley Orgánica que “se autoriza la ratificación del Estatuto de Roma, firmado por España el 18 de julio de 1998” y adiciona una disposición única:

A efectos de lo previsto en el apartado b) del párrafo 1º del artículo 103 del Estatuto, se autoriza la formulación de la siguiente Declaración: España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española.

Sin embargo, las modificaciones o reformas legales como producto del Estatuto de Roma se realizaron hasta hace poco y la información hasta el momento se comienza a analizar y a sistematizar. Ya desde el año 2000 España concebía el Estatuto de Roma como un “instrumento nuevo e independiente, de una trascendencia sin precedentes para el orden jurídico internacional” con “aspectos orgánicos, funcionales y procesales de la Corte” así como su jurisdicción. (Ley Orgánica 6 del 4 de octubre de 2000).

Otro aspecto que se debe resaltar del caso de España es su esfuerzo por realizar un análisis del Estatuto respecto de su armonización con la Constitución. En este orden, en España no han encontrado contrarios los contenidos del Estatuto a la norma constitucional.

Ahora bien, los crímenes de lesa humanidad “no se [encontraban] expresamente tipificados como tales en la legislación española” (Gil, 2003, p. 345). El principio de legalidad hacía imposible la aplicación del derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de forma directa. Por lo tanto, “hasta que se [produjera] la modificación del Código Penal [con] la tipificación y sanción expresa de los crímenes contra la humanidad como tales, la única forma de castigar las conductas constitutivas de estos [era acudiendo] a las figuras de los delitos comunes” (Gil, 2003, p. 346).

Valga mencionar, como lo explicara García (s.f., p. 4) que los crímenes de lesa humanidad descritos en el Estatuto de Roma “no constituían conductas impunes [en] la antigua regulación, sino que se reconducía su punición a otros preceptos del Código Penal (delitos comunes como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, genocidio, terrorismo, etc.) en los que no se cubría suficientemente el injusto que representa la comisión de tales delitos (...)”. El plus del injusto en los delitos de lesa humanidad supera la comisión de los delitos comunes. Como se dijera, los delitos de lesa humanidad entrañan graves daños contra la humanidad. De allí que existiera la necesidad de tipificar en la legislación española los delitos de lesa humanidad pues existía un vacío de tipo legal que imposibilitaría la investigación, enjuiciamiento y castigo de esta clase de conductas. De la misma manera, “imposibilitaría dar cumplimiento al principio de complementariedad de la Corte penal Internacional” y la “extradición por parte de España de los sujetos que hayan cometido tales delitos [en virtud] del principio de doble incriminación” García (s.f., p. 4, 5).

Ya desde diciembre de 2010 ha entrado en vigencia la reforma al Código Penal y con él se ha tipificado los crímenes de guerra, genocidio y los crímenes contra la humanidad (Gil, 2011). Aparecen otras modificaciones que son menester enunciarlas en palabras de la autora Gil (2011) según su último informe:

Se añaden nuevos delitos “contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” o nuevas previsiones dentro de los

ya existentes, para castigar la abolición de derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa, los atentados contra la libertad sexual de una persona protegida (violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual), el hacer pasar hambre como método de guerra, la violación de suspensión de armas y similares, se castigan expresamente los ataques contra el personal de Naciones Unidas, y contra bienes culturales, se castiga el reclutamiento de menores de 18 años o su utilización para participar directamente en los conflictos y se amplía el tipo residual.

Del mismo modo, frente al delito de genocidio y de lesa humanidad se añaden normas que referencias a los discapacitados lo cual para Gil (2011) en el primer caso resulta distorsionadora y carente de sentido y en el segundo innecesaria pues ya se hallaban protegidos sin necesidad de esa referencia expresa”.

En síntesis, en España se había establecido el sistema de implementación *solución cero*, y con las modificaciones que se han venido realizando en orden jurídico interno la opción del país ibérico ha sido la *implementación modificatoria* y la forma ha sido la *modificación de la ley existente*.

Línea Jurisprudencial en España: La línea jurisprudencial en España resulta de cierta manera inexistente (Fernández-Pacheco, 2008, p. 2) y polémica por cuanto ha asumido el principio de jurisdicción universal absoluta para juzgar a personas que han perpetrado delitos contra la humanidad (Llobet, 2006, p. 16) siendo nacionales o extranjeros. Con el caso del militar argentino Adolfo Scilingo se abrió todo un cumulo de críticas a favor y en contra. Se trata, de una situación que genera un carácter conflictivo por cuanto “la atribución de competencia a través del principio de jurisdicción universal, la práctica inexistencia de jurisprudencia española en la materia, las recurrentes dificultades a la hora de diferenciar el delito de genocidio de los crímenes de lesa humanidad o el problemático tratamiento de los grupos políticos” (Fernández-Pacheco, 2008, p. 2). Este mismo autor explica que el principio de jurisdicción universal en España ha tenido

dificultades para su aplicación, tanto procedimentales como sustanciales. Con el artículo 23.4 de la LOPJ de 1985, el genocidio constituye un delito con el cual se activa el principio de la jurisdicción universal. El problema radica en que esta Ley fue aprobada en un momento posterior a la comisión del delito, por lo que iría en contravía al principio *tempus regit actum* reconocido por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, en norma anterior de 1870 ya se preveía la jurisdicción universal para un conjunto de delitos que menoscababan la seguridad exterior del Estado. Esta norma es la que ha permitido la aplicación del principio de jurisdicción universal en los hechos constitutivos de genocidio (Fernández-Pacheco, 2008, p. 8).

Ahora bien, no puede quedar se este análisis la Ley Orgánica 1 de 2009 (LO 1/2009) con la cual se complementa la LOPJ de 1985 y en especial el artículo 23.4 ya mencionado. Feijo (2011, p. 22) analiza las implicaciones de la reforma del 2009 y destaca como principales cambios:

- a. Reduce la asunción absoluta del principio de jurisdicción universal al compararse con la anterior redacción: “se ha producido un cambio en el ámbito de actuación de su normativa penal extranacional anteriormente ilimitada a otra más reducida y acorde al principio de subsidiariedad” (Feijo, 2011, p. 22).
- b. Se ha determinado como requisito la implicación de los intereses del país, por lo que se requiere que el presunto responsable esté en España, que existan víctimas españolas o con nexos relevantes con España y que no se haya iniciado en jurisdicción diferente un procedimiento de investigación y persecución (Feijo, 2011, p. 22).
- c. La nueva posición no anula ni reduce las obligaciones adquiridas por el Estado en razón de los tratados y convenios celebrados, sino que solo “supeditan la aplicación del derecho penal español a los crímenes en ella descritos a la concurrencia del cumplimiento de los nuevos requisitos de la jurisdicción penal española en materia de jurisdicción universal” (Feijo, 2011, p. 22).

Para Lippman (1997, p. 171) los delitos de lesa humanidad son un avance en el sentido que permite que los individuos y grupos posean una personalidad y una protección internacional, posibilitándose que se trascienda la cultura y las fronteras de los países, y que los funcionarios ya no puedan invocar la inmunidad dentro o desde otros países, razón por la que concibe los delitos de lesa humanidad como de gran potencial frente al contexto mundial de conflicto. Para Lippman (1997, p. 171) el siglo XXI constituye una oportunidad para la elaboración y desarrollo de la legislación y la jurisprudencia en materia de crímenes internacionales.

En el caso de Adolfo Sicilingo, la Audiencia Nacional consideró que el delito perpetrado por Scilingo era el de genocidio, para lo cual debió determinar el grupo en concreto que este buscaba destruir, situación que no fue fácil de resolver pues se tenía la perspectiva que la represión en Argentina había sido dirigida a políticos:

(...) las víctimas integraban un grupo que, aunque sumamente heterogéneo, estaba claramente diferenciado. De este modo, el grupo objeto de los ataques estaba compuesto por ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país. (Fernández-Pacheco, 2008, p. 5)

Ese nuevo orden de la dictadura fue el de preservar la moral cristiana y por ello se determinó que dichas acciones opresoras iban dirigidas hacia grupos religiosos, el cual constituía el criterio para identificarlos por los perpetradores.

Y en el desarrollo del proceso mencionado, se llegó a la concepción social del genocidio para poder sostener que se trataba de un grupo nacional⁵, el grupo que se había querido destruir durante el período. Por ello se concibió grupo nacional como “grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, inte-

5 Las víctimas fueron periodistas, abogados, amas de casa o profesores quienes tenían una ideología independiente, motivo por el cual cayeron en la represión de la dictadura.

grado en una colectividad mayor” y no como “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación” (Fernández-Pacheco, 2008, p. 7). Con esta perspectiva formulada por la audiencia se integraban los diferentes grupos de víctimas (sociales y políticos) y se podía justificar la comisión del genocidio.

Fernández-Pacheco (2008, p. 12) analiza la interpretación de la Audiencia frente a los delitos de lesa humanidad y su inclusión en el Código Penal y observa que es adecuada su introducción manteniéndose en el marco de que sea un ataque generalizado contra la población civil y sistematizado. La problemática dentro del marco del derecho frente al delito de genocidio y de los delitos de lesa humanidad, es que no serían coherentes entre estos dos tipos:

(...) el nuevo significado atribuido, motivado por la introducción de los delitos de lesa humanidad en el Código Penal, surgía como un término medio. Así, el genocidio se configuraba como delito “superespecífico de los crímenes contra la humanidad, algo así como si se tratara, valga el expresivo símil, como la última y más pequeña de las figuras en una muñeca rusa (Fernández-Pacheco, 2008, p. 13).

Otro problema que resulta de la interpretación de los delitos de lesa humanidad tiene que ver con la competencia como se especificó al comienzo de este apartado, pues se abrió “una vía al declarar la competencia universal sobre cualquier otro [delito] que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España” (Fernández-Pacheco, 2008, p. 13) imponiendo la perseguibilidad del delito más allá de del principio de territorialidad de la ley.

Un inconveniente más de la perspectiva asumida frente a los delitos de lesa humanidad en España lo conformaba el principio de legalidad, pues estos fueron introducidos en el 2003 así que resultaba imposible el juzgamiento de personas por hechos cometidos con anterioridad. Sin embargo, esto fue cuestionado por la Audiencia Nacional al considerar que estos ya se encontraban establecidos en el *Jus Cogens*. De este modo, no se violaba el principio de legalidad pues se tomaba una norma precedente.

El principio de legalidad es garantizado en la medida que hay un reconocimiento con anterioridad del derecho de gentes y abre la puerta en España del debate alrededor de principio de jurisdicción universal. Díaz (2002, p. 859) hace un análisis del tema de la jurisdicción universal refiriéndose al caso del general chileno Augusto Pinochet. El autor en su análisis considera que en el marco de la globalización la comunidad internacional ha avanzado en el proceso de tipificar los delitos de lesa humanidad y en la consolidación del principio de la jurisdicción universal la cual es entendida como “la posibilidad de reprimir ciertos crímenes internacionales cometidos por los individuos de cualquier Estado en que el delincuente fuere aprehendido (*ubi te inveno, ubi te judicabo*)” (Díaz, 2002). En el caso en mención, Augusto Pinochet fue detenido y procesado en 1998 en Londres (Reino Unido) pero no fue sometido a la Corte Penal Internacional. Con posterioridad se emana orden de captura universal por el fiscal español Baltazar Garzón por considerar las conductas del ex-dictador crímenes contra la humanidad. Con los criterios expuestos, España solicita la extradición de Augusto Pinochet exponiendo de fondo los argumentos y crímenes para lo humanidad sobre los cuales se procesaba a Pinochet. Por otro lado, la Cámara de los Lores en Reino Unido analizaba los delitos en los que se aplicaba la extradición y el tema de la inmunidad, concluyendo que Augusto Pinochet no gozaba de la inmunidad solicitada.

El Juzgado Central de Instrucción N° 6 de España el 5 de noviembre de 1998 dicta auto en donde se mantiene la competencia de la Jurisdicción de este órgano para la continuación de las diligencias de instrucción y en respuesta al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto del Juzgado Central de Instrucción N° 6.

En el recurso se expone que, en primer lugar, se rechaza que los hechos objeto del sumario constituyan delito de genocidio; segundo, el artículo 6o del Convenio para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio establece la competencia para el conocimiento del delito de genocidio a favor de los Tribunales del país de comisión del delito; tercero, Se niega también la calificación jurídica de terrorismo; cuar-

to. Interpretación errónea del artículo 5 de la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984; y Quinto, Litis pendencia y cosa juzgada.

El Juzgado Central de Instrucción N° 6 expone en los fundamentos de hecho respecto del recurso interpuesto que por tratarse de delitos de lesa humanidad y considera que

[...] los órganos judiciales españoles están investidos de jurisdicción para el conocimiento de los hechos objeto del presente procedimiento [...] cuando los órganos judiciales españoles aplican dicho último precepto no invaden ni se inmiscuyen en la soberanía del Estado donde se cometió el delito, sino que hacen ejercicio de la propia soberanía española en relación con delitos internacionales. España tiene jurisdicción para conocer de los hechos, derivada del principio de persecución universal de determinados delitos categoría de Derecho internacional acogida por nuestra legislación interna. Tiene también un interés legítimo en el ejercicio de esa jurisdicción, al ser más de cincuenta los españoles muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en los autos.

Ahora bien, es menester rescatar la opinión de otros autores como Bassiouni (2001, p. 82), para quien la jurisdicción universal se ha tornado en la técnica preferida para impedir la impunidad de los crímenes de lesa humanidad pero en su criterio dicha técnica no está muy bien establecida en el derecho internacional convencional y consuetudinario. Aún así, el autor de cuenta que la jurisdicción universal ha sido reconocida ampliamente desde del derecho internacional consuetudinario dentro de los calificados crímenes internacionales. Para Bassiouni (2001) la jurisdicción universal así como permite la lucha contra la impunidad puede traer serios inconvenientes:

Aun con la mejor de las intenciones, la jurisdicción universal puede ser utilizada en forma imprudente, creando fricciones innecesarias entre Estados, potenciales abusos de acciones legales, y un apremio indebido de individuos procesados o perseguidos por

procesamiento en conformidad con esta teoría. La jurisdicción universal debe en consecuencia ser utilizada en una forma cautelosa que minimice las posibles consecuencias negativas, permitiéndole, al mismo tiempo, alcanzar sus objetivos útiles. (p. 83).

Resuelto el inconveniente de la jurisdicción universal, otro aspecto jurídico por resolver lo constituía la aplicación retroactiva de la ley penal por crímenes bajo el derecho internacional (Guzmán, 2011, p. 58). Los hechos imputados en el caso Pinochet constituían crimen de genocidio por parte del derecho consuetudinario teniendo carácter del derecho de gentes.

El caso de Perú

Para el caso del Estado de Perú, la incorporación de los crímenes de lesa humanidad del Estatuto de Roma se ha hecho en tres aspectos fundamentales una vez su ratificación el 9 de octubre de 2001: Reforma Constitucional, Reforma Procesal Penal y Reforma Penal (Chamorro y Llatas, 2003, p. 10). Frente a la Reforma Constitucional se encuentra la introducción de imprescriptibilidad dentro de la Carta Política de los “delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra; así como la prohibición de la amnistía, indulto o derecho de gracia para estos tipos de delitos contra la humanidad” (Chamorro *et. al.*, 2003, p. 10). Dentro de este marco, del mismo modo, se recomendó proponer una reforma constitucional para que las inmunidades y privilegios de magistrados, congresistas, etc. no constituyan un escudo para no ser investigados y sancionados.

La reforma procesal penal inició con la expedición del Decreto Supremo No 005-2003-JUS, con el que se constituía una Comisión Especial de Alto Nivel para la Modificación del Código Procesal Penal. Como resultado de ella se presentó el Proyecto de Código que fue promulgado el 28 de julio de 2004 mediante el Decreto Legislativo No. 957. En efecto, en el Libro VII sobre *La cooperación Judicial Internacional*, Sección VII *Cooperación con la Corte Penal Internacional*, se especifica que el ámbito de cooperación (art. 554) del Perú con la Corte se limita a:

- a. La detención y entrega de personas.
- b. La detención provisional.
- c. Los actos de cooperación previstos en el artículo 93° del Estatuto de la Corte Penal Internacional.
- d. Otorgar asistencia en los supuestos previstos en los literales b) al m) del numeral 1) del artículo 511.
- e. Colaborar en la ejecución de penas impuestas a nacionales por la Corte Penal Internacional.

El tercer aspecto fundamental para la incorporación del Estatuto de Roma es la Reforma Penal. Respecto de ello, la subcomisión encargada de dicho proceso en el 2003 reflexionó sobre los principios y criterios generales necesarios para la adecuación de los tipos penales (Chamorro *et. al.*, 2003, p. 11). Como antecedentes, tuvo la creación de la Comisión Especial Revisora del Código Penal con la Ley No 27837 del 4 de octubre de 2002. El objetivo de este trabajo fue revisar el texto del Código Penal, adecuar los delitos especificados en el Estatuto de Roma y elaborar el anteproyecto de reforma.

La propuesta presentada en su momento incluyó la inclusión del Libro III (Delitos contra la humanidad), dividido en cuatro títulos que recogían las disposiciones generales que regulaban dicho título, el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los delitos contra el DIH (incluyéndose los crímenes de guerra en esta categoría); y de esta manera se obtendría “la concentración de los diversos delitos internacionales en un mismo cuerpo normativo y se lograría una mejor sistematicidad y orden en la clasificación de los diversos delitos internacionales” (Chamorro *et. al.*, 2003, p. 20). Finalmente, la comisión acordó “adecuar sólo los tipos penales que sean de competencia de la corte respetando los estándares y los elementos del delito que el propio estatuto establece así como sus principios” (Chamorro *et. al.*, 2003, p. 20) sin necesidad de transcribir literalmente lo establecido en el Estatuto.

El Código Penal del Perú consagra en el Título XIV-A los delitos contra la humanidad (Artículos 319 al 324):

Capítulo I Genocidio (Artículo 319)

Capítulo II Desaparición forzada (Artículo 320)

Capítulo III Tortura (Artículo 321 al 322)

Capítulo IV Discriminación (Artículo 323)

Capítulo V Manipulación genética (Artículo 324)

Resulta relevante del proceso que desarrolló el Estado peruano en su misión de incorporar el Estatuto de Roma a su ordenamiento jurídico interno ya que se observa el trabajo que imprimieron a esta misión, pues múltiples organismos y actores participaron en su diseño, reflexión y discusión. Sin embargo, resulta preocupante que las categorías conceptuales de generalizado y sistemático no sean incluidos en la desaparición forzada y la tortura (Cárdenas, 2009, p.102), lo que ha conducido a que se caiga en errores de interpretación debido a que no se ha superado el tema de la tipificación y la retroactividad para así definir el asunto de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. La opción de incorporación del Estatuto de Roma en Perú es la *referencia* y su forma de incorporación es la *modificación de leyes existentes*.

Línea Jurisprudencial en Perú: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha referido al tema de los delitos de lesa humanidad en lo que respecta a la imprescriptibilidad de estos delitos. En este espacio se hará mención a ello y también al caso del ex presidente Alberto Fujimori, el cual es relevante en la comprensión de la implementación del Estatuto de Roma en el Perú.

En el Expediente No. 00018-2009-PI/TC el Tribunal Constitucional señala que la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad “entró en vigor para el caso del Estado peruano el 9 de noviembre de 2003, esto es, luego de haberse realizado el procedimiento complejo de celebración (...)” y que por dicha razón no puede contemplarse la prescripción de los delitos de lesa humanidad toda vez que esto “(...) supondría además el vaciamiento del contenido axiológico y jurídico de los principios de *pacta sunt servanda* (los pactos son ley entre las partes)”.

Por otro lado, en el Expediente 00218-2009-PHC/TC se decide sobre el caso de *habeas corpus* que se interpone a favor de Roberto Contreras Matamoros por considerar el demandante que se ha juzgado erróneamente a través del tipo penal de genocidio y no por el de asesinato. En lo referido a lo que expresa el Tribunal Constitucional sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es vago, pues no toma una posición sobre si es aplicables la imprescriptibilidad a estos delitos antes de la adherencia del Estado Peruano al Estatuto de Roma o desde la suscripción de la misma: “la imprescriptibilidad de los delitos que se imputan, o bien la aplicabilidad de las normas de prescripción a partir de enero de 2002, a la fecha, la acción penal se encuentra todavía vigente, por lo que la demanda debe ser desestimada”.

Finalmente, se debe observar que en la sentencia privativa de la libertad impuesta a Alberto Fujimori por los casos de Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos de Servicio de Inteligencia del Ejército se ostentó el carácter de lesa humanidad a las conductas del acusado “en virtud de la teoría de autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder” (Forer *et al.* 2010). En la Sentencia del siete de abril de 2009, Expediente AV 19-2001 (acumulado), la Corte Suprema de Justicia en los Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE, se juzgó a los imputados atendiendo al marco normativo dispuesto por el Derecho Internacional (consuetudinario y convencional, Estatuto de Núremberg, TPIY, TPIY, Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre otros).

La Corte Suprema de Justicia en esta jurisprudencia estableció que los crímenes contra la humanidad tienen un grado mayor de inmoralidad y que se requería verificarse en los mismos casos dos aspectos: uno objetivo o material, y uno subjetivo. El primero reúne el conjunto de requisitos que se han reunido en torno a esta clase de delitos desde el derecho positivo y consuetudinario:

- (i) a la condición del autor (órgano de poder estatal, o de una organización delictiva que asume control de facto de un territo-

rio), (ii) a la naturaleza de la infracción (actos organizados, y generalizados o sistemáticos –el término ‘generalizado’, de orden cuantitativo, alude al número de víctimas, mientras que el adjetivo ‘sistemático’ contiene la idea de un plan metódico–), (iii) a la oportunidad de ejecución del ilícito (situación de conflicto interno o externo), así como (iv) a las calidades y situación de las víctimas (población civil e indefensión). (Corte Suprema de Justicia, Expediente AV 19-2001 del 7 de abril de 2009. Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE).

El aspecto subjetivo se refiere al conocimiento del sujeto activo del contexto y de la conducta, la cual es o será parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil en el marco de un plan o política. Sobre el asesinato en el caso estudiado por la Corte Suprema de Justicia del Perú, el Tribunal señaló.

En coherencia con todo ello se ha caracterizado al asesinato, como delito contra la humanidad, precisando que él es consecuencia o expresión de una agresión sistemática, proveniente del Estado o de sus órganos de poder, la cual es promovida o avalada por políticas y directivas oficiales o cuasi oficiales, y que recae sobre la población civil en una coyuntura de conflicto bélico o social. No hay obstáculo, asimismo, para incorporar a estas consideraciones las lesiones graves, no sólo porque en el caso Barrios Altos formaron parte de un mismo ataque que apuntaba a aniquilar a presuntos terroristas, sino porque el resultado era coherente con ese objetivo o misión (Corte Suprema de Justicia, Expediente AV 19-2001 del 7 de abril de 2009. Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE).

El caso de Alemania

Ambos (2005, p. 1) analiza la implementación del Estatuto de Roma en Alemania. Describe que para éste caso específico, el Estado Alemán ha dictado dos leyes especiales “tanto de naturaleza material como también procesal: El Código Penal Internacional (*Völkerverstrafgesetzbuch*, VStGB) y la Ley para la Implementación del Estatuto de Roma de la CPI (*IStGH-Ausführungsg*)” (p. 17:4).

El Código Penal Internacional Alemán VStGB persigue básicamente dos objetivos. Por un lado, busca “mejorar la concepción específica del injusto de los crímenes contra el derecho internacional...” y por otro, “fomentar tanto la certeza jurídica como la aplicación en la práctica” (Ambos, 2005, p. 5). Allí se encuentran codificados: a) principales crímenes internacionales, b) el genocidio, c) los crímenes o delitos de lesa humanidad, d) crímenes de guerra contra personas y ciertos objetos protegidos, e) crímenes de guerra mediante la utilización de métodos y medios prohibidos como medios de combate. La parte general la rige básicamente el Código Penal.

Por ende, se trata de un caso diferente a los tratados con anterioridad, pues en él se observa una incorporación con aplicación directa y su forma de implementación es la promulgación de una nueva ley.

Línea jurisprudencial en Alemania: En Alemania el legislador ha establecido respecto del ámbito constitucional de ese Estado que la Corte Penal Internacional es a todas luces una institución de carácter supranacional (Ambos, 2005). Por este motivo, la jurisprudencia alemana es el resultado de un largo trabajo que tiene como fundamento un renovado interés en el tema de la protección de las personas frente a delitos de lesa humanidad (Schlagenhauf, 2006, p. 275). Respecto del principio de jurisdicción universal, los juzgados en Alemania pueden ejecutar proceso “independientemente del lugar del hecho u otros puntos de conexión para la competencia penal” (Ambos, 2005). El principio de jurisdicción universal que se había entendido como restrictivo ha sido modificado en cuanto que el Tribunal Supremo Federal ha mencionado “sin relación con el nacional”, abriendo la posibilidad de investigar y enjuiciar por hechos cometidos por fuera del Estado Alemán. Ambos (2005) explica esta perspectiva de interpretación y estima que existe un “legítimo punto de partida para la ejecución de los intereses comunes de los Estados” con la aplicación de principio de jurisdicción universal, dejando el principio internacional de no intervención en la medida que la persecución de los delitos codificados representan importantes intereses para la humanidad.

Así mismo, este tipo de delitos dentro de la jurisprudencia alemana se han considerado inaministiables (Garcés, 2010, p. 3).

En cuanto al elemento subjetivo de los delitos de lesa humanidad, y ya abordados como en el caso de la línea jurisprudencial peruana, el Tribunal Supremo alemán ya en decisión de 1948 en el Caso J y R, ha manifestado que no se requiere que se tenga conocimiento generalizado y específico de todo el ataque ni de todas las consecuencias que la conducta puede traer (elemento subjetivo). Solo basta un nexo objetivo entre la acción y la política, práctica o plan, “así como la conciencia de dicha política, no siendo necesaria la intención de cometer el crimen con el propósito de perseguir dicha política, ni tampoco un estado de pensamiento que apruebe la consecuencia final del crimen” (Mendoza, 2005, p. 93).

En el Caso Streletz, Kessler y Krenz vs Alemania, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia del 22 de marzo de 2001 en relación con el caso de *Los disparos del muro de Berlín*, especificó que si bien para el momento no era aplicable el Estatuto de Núremberg y el Convenio contra el Genocidio de 1958, ya existía “suficientes elementos en el ámbito internacional para tener una idea cierta de que tales conductas eran crímenes contra la humanidad e iban no solo contra el derecho interno sino también contra el derecho internacional” (Mendoza, 2005, p. 106).

En el Caso Streletz v. en Sentencia de 22 de marzo de 2001 (asuntos No. 34044/96, 35532/97 y 44801/98), el Tribunal “identificó como un derecho contrapuesto en detrimento del *nullum crimen* el derecho de las víctimas a que las conductas cometidas contra ellas no queden impunes” (Ambos, 2009, p. 33), de allí que se adopte un sentido flexible del principio de legalidad.

Referencias

Ambos, K. (1999); Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma. En: Ambos, K. y Guerrero, O. (Comp.) (2003); El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Santa Fe de Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Ambos, K. (2003); La implementación del Estatuto de Roma en la Legislación Nacional. En: Ambos, K. y Malariano, E. (Eds.) (2003); Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.
- Ambos, K. (2005); La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), (07-17).
- Amnistía Internacional (2010); Brasil y su pasado frente a La Corte Interamericana: la jurisprudencia del tribunal no debe variar. Recuperado de: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR19/007/2010/es/89efce3f-8140-40b7-8b78-ce940b58b808/amr190072010es.html> [20/03/2016]
- Bassiouni, M. (2001). Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. Virginia Journal of International Law Association, (42).
- Cárdenas, K. (2009); ¿La imprescriptibilidad en los delitos de lesa humanidad establecida en el ordenamiento internacional a los que forma parte el Estado Peruano cubre los vacíos de la normativa penal?, pp. 97-104. En: Prado, J. (Comp.) (2009); Derecho, Reforma del Estado y Gobernabilidad frente a los procesos de integración latinoamericana. Memorias de la VIII Convención Latinoamericana de Derecho Facultad de Derecho y Criminología. México D.F.: Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Chamorro, A. y Llatas, L. (2003); Implementación del derecho interno al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional con especial énfasis al Código Penal. Informe de la Subcomisión encargada de la adecuación del Código Penal al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Recuperado de: <http://190.41.250.173/RIJ/bases/dpi/documento.pdf> [17/05/2016]
- De Figueiredo Steiner, S.; Righi Badaró, G. y Dal Maso, T. (2003); Brasil. En: Ambos, K. y Malariano, E. (Eds.) (2003); Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.
- Feijo, B. (2011). El principio de justicia universal en el Derecho Penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009: Comentario crítico al Auto del

- Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 2010 (“ Caso Tíbet”) y al Voto particular que formulan tres magistrados. *Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 19-49.
- Fernández, N. (2010); Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos por la dictadura militar. *Estudios Constitucionales*, 8 (1). p.p. 467-488.
- Fernández-Pacheco, C. (2008); La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal.
- Forer, A. y López, C. (2010); Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia. Santa Fe de Bogotá D.C.: GLZ.
- Garcés, J. (2010). La ley española 46/1977, de amnistía, más citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad. Recuperado de: <http://www.lacomunapresxsdelfranquismo.org/wp-content/uploads/2012/01/ley-de-amnistia-46-1977.pdf> [20/05/2016]
- García, M. B. (s.f.); Los crímenes contra la humanidad: regulación española ante la adopción del Estatuto de Roma de 1998. Recuperado de: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/12/garcia12.pdf> [27/04/2016]
- Guerrero, O. (1999); Justicia penal y paz. Una mirada a lo largo del camino hacia la conformación del Derecho Penal Internacional contemporáneo. En: Ambos, K. y Guerrero, O. (comp.) (2003); *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guerrero, H. y Bravo, M. (Coord.) (2008); *Manual para la implementación del Estatuto de Roma en la legislación mexicana*. México D.F.: Comisión Mexicana de defensa y promoción de los Derechos Humanos, A.C. 152 p.
- Guzmán, J. (2003); Chile. En: Ambos, K. y Malvariano, E. (Eds.) (2003); *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.
- Guzmán, J. (2006); Chile. *Informes Nacionales*. En: Ambos, K.; Malvariano, E. y Woischnik, J. (2006); *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.
- Guzmán, J. (2011); Chile (pp. 5-7). En: *Programa Estado de Derecho para Latinoamérica*. *Informes de avance del proceso de implementación del*

- Estatuto de Roma. México D.F., México: Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.
- Gil, A. (1999). *Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de Genocidio*. Madrid: TECNOS. 389 p.
- Gil, A. (2003). España. En: Ambos, K. y Malariano, E. (Eds.) (2003); *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung A.C. 746 p.
- Gil, A. (2011). España. En: *Informes de avance del proceso de implementación del Estatuto de Roma*. México D.F., México: Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.
- Huertas, O. (2006). Aproximaciones al concepto de Genocidio en Colombia: un estudio desde el margen. *Revista Dialogo de Saberes*, 25, pp. 315-334.
- Ibarra, C. y Mora, B. (2009). Proceso de incorporación de Chile a la Corte Penal Internacional. Recuperado de: http://www.congreso-constitucional.cl/upload/69/Claudia%20Ibarra%20y%20Bernardo%20Mora_1252878083.pdf [28/04/2016]
- Laborías, A. (2010). La implementación en la Argentina del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Lecciones y Ensayos*, 88, 43-81.
- Llobet, M. (2006). El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional. *INDRET*, (378).
- Malariano, E. (2003). Argentina. En: Ambos, K. y Malariano, E. (Eds.) (2003); *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.
- Mattarollo, R. (2001). La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad. *La Revista*, (62-63), 11-47.
- Mendoza, S. (2005). La reciente aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España: el Caso Sicilingo. *Revista de Estudios de la Justicia*, (6), 85-113.
- Olásolo, H. (2009). *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Santa Fe de Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Pastor, D. y Parenti, P. (2011). Argentina. En: *Programa Estado de Derecho para Latinoamérica (2011)*. *Informes de avance del proceso de imple-*

mentación del Estatuto de Roma. México D.F., México: Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.

Rambla, J. (2012). Brasil, entre la verdad y el olvido. *El Viejo Topo*, (289), 34-41.

Schlagenhauf, P. (2006). Alemania (pp. 275-296). En: Arnold, J.; Simon, J. y Woischnik, J. (2006). *Estado de derecho y delincuencia de estado en América Latina: Una visión comparativa*. México: Universidad Autónoma de México.

Valencia, H. (2000). El Genocidio y los crímenes de Lesa Humanidad ante la nueva Corte. *Revista de Estudios Sociales*, (007).

Zappala, S. (2010). *Qué es la justicia penal internacional*. España: Proteus.

Zilli, M. (2011). Brasil. En: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. *Informes de avance del proceso de implementación del Estatuto de Roma*. México D.F., México: Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.

Jurisprudencia

De la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correlacional Federal de Argentina

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Resolución del 9 de septiembre de 1999.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Causa 36.873 del 9 de febrero de 2006.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Causa 6859 de 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos; Sentencia del 24 de noviembre de 2010. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil.

Corte Interamericana de Derechos Humanos; Sentencia Caso Gomes Lund y otros -"Guerrilha do Araguaia"- vs. Brasil.

Corte General de España

España. Ley orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Boletín Oficial del Estado, 5 de octubre de 1995, núm. 239.

Corte Suprema de Justicia de Argentina

Corte Suprema de la Nación de Argentina; Fallos 211-162, 218/219.

Corte Suprema de la Nación de Argentina; Causa No 16.063 de 1994.

Corte Suprema de Justicia de Perú

Corte Suprema de Justicia de Perú, Expediente AV 19-2001 (acumulado) del 7 abril de 2009.

Corte Suprema de Justicia de Chile

Corte Suprema de Chile; S. C. S. Rol No 3215-05 del 30 de mayo de 2006.

Corte Suprema de Chile; S. C. S. Rol No 559-04 del 13 de diciembre de 2006.

Corte Suprema de Chile; S. C. S. Rol No 517-04 del 17 de noviembre de 2004.

Corte Suprema de Chile; S. C. S. Rol No 457-05 del 4 de agosto de 2005.

Corte Suprema de Chile; S. C. S. Rol No 457-05 del 4 de agosto de 2005.

Corte Suprema de Chile; S. C. S. Rol. No 3.231-03 del 9 de abril de 2004.

Juzgado Central de Instrucción de España

Juzgado Central Instrucción No 6 de España; Rollo de Apelación 173/98 del 5 de noviembre de 1998.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 4 – Argentina

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 4. Causa 16307 de 18 de diciembre de 2006.

Tribunal Supremo Federal de Brasil

Supremo Tribunal Federal de Brasil; Proceso No. 82.424/RS de 2003.

Tribunal Constitucional de Perú

Tribunal Constitucional de Perú; Expediente No. 00018-2009-PI/TC.

Tribunal Constitucional de Perú; Expediente 00218-2009-PHC/TC

Explotación laboral. Vista de los programas institucionales de prevención¹

*Andrea Johana Aguilar Barreto²,
Hender Leonardo Andrade Walteros³,
Misael Isaac Rangel Prada⁴*

Resumen

El objetivo de este capítulo de reflexiones analizar los programas institucionales para la prevención de la explotación laboral en Colombia a partir de una interpretación crítica de la política, los planes y programas de acción, y el papel de las instituciones del Estado. Para el cumplimiento del objetivo se ha dispuesto de un estudio con enfoque cualitativo-descriptivo basado en el análisis documental. En primer lugar, se aborda el concepto de explotación laboral desde el ámbito sociológico y jurídico. Seguido, se describe las herramientas y programas dispuestos en Colombia para la pre-

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Análisis de los programas de prevención de explotación laboral infantil en Colombia, Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.
 - 3 Abogado, Universidad Simón Bolívar.
 - 4 Abogado, Universidad Simón Bolívar.

vención de la explotación laboral. Al final del documento se plantean algunas conclusiones producto del análisis hermenéutico realizado.

Palabras clave: Trabajo, explotación laboral, condiciones laborales dignas, prevención de la explotación laboral.

Labor Exploitation: View of Institutional Prevention Programs

Abstract

The aim of this chapter of reflexions to analyze the institutional programs for the prevention of the labor exploitation in Colombia from a critical interpretation of the politics, the plans and programs of action, and the paper of the institutions of the State. For the fulfillment of the aim he has arranged of a study with qualitative-descriptive approach based on the documentary analysis. First, there is approached the concept of labor exploitation from the sociological and juridical area. Followed, there are described the tools and programs arranged in Colombia for the prevention of the labor exploitation. At the end of the document some conclusions appear product of the hermeneutic realized analysis.

Keywords: Work, labor exploitation, worthy working conditions, prevention of the labor exploitation.

Introducción

La explotación laboral es un problema a nivel mundial, nacional y local. Sin duda alguna, corresponde a uno de los principales ejes temáticos abordados por las diversas disciplinas y ciencias del campo humano y social como el derecho, la sociología, la economía, la administración, la psicologías, entre otras, las cuales estudian el fenómeno a fin de entender las causas y orígenes, las dinámicas, las re-

percusiones, las estrategias para mitigar el fenómeno y las acciones para su regulación y sanción. Múltiples estudios se han realizado y la literatura evidencia un tratamiento multidisciplinar del fenómeno denominado explotación laboral.

La explotación laboral configura un problema propio del desarrollo pues dicho fenómeno afecta a los sujetos que la padecen en cuanto a sus capacidades y posibilidades para vivir de una forma digna y con calidad. En efecto, Sen (2010) considera que el desarrollo está fuertemente relacionado con las capacidades de los individuos, es decir, los medios necesarios para hacer aquello que las personas valoran. De este modo, es fundamental la presencia de las capacidades pues estas tienen un mayor impacto sobre la vida de las personas toda vez que las deficiencias en este campo pueden generar desigualdades más profundas y complejas (Sen, 2010). En este orden, una persona al ser sometida a condiciones de explotación laboral, reduce las capacidades y oportunidades que son requeridas para el desarrollo, pues las condiciones laborales no son adecuadas y la remuneración es injusta frente a lo fuerza de trabajo que presta.

Frente a las situaciones de acoso laboral, por lo general, la sociedad no actúa, in-visibilizando el problema frente a los mismos grupos sociales y las instituciones del Estado. De este modo, en la cultura construida y reproducida socialmente se gestan imaginarios y percepciones que aceptan el flagelo de la explotación laboral, lo cual conduce al sostenimiento de un *statu quo* marcado por la violación sistemática de los derechos y garantías constitucional y legalmente reconocidos, y otros problemas estructurales como la pobreza, la desigualdad y la inequidad (Organización SOS Racismo, 2001). Por su parte, Anguita (2007) considera que la explotación laboral también está vinculada con otro tipo de delitos, creando así un panorama de profundo menoscabo de los Derechos Humanos.

Grupos poblacionales especialmente afectados por la explotación laboral son las mujeres y los niños, situación que conduce a un desconocimiento de tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos como la *Convención sobre los Derechos de los Niños* de

1989 (Naciones Unidas, 1989, 20 de noviembre) y la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979 (Naciones Unidas, 1979, 18 de diciembre). Anguita (2007) describe que al año 2000 cerca 1,2 millones de niños y niñas eran traficados para la explotación laboral o sexual de los mismos, y en muchos casos el factor socio-cultural favorece para el desarrollo de estas prácticas como en varios países de África y Asia donde los padres de familia dan consentimiento para el sometimiento de sus hijos a condiciones de explotación.

Ahora bien, la explotación laboral puede profundizarse con la trata de personas pues bajo condiciones de esclavitud y servidumbre muchos individuos son obligados a trabajar vulnerando derechos jurídicamente tutelados como la libertad, la igualdad, la dignidad humana, y otros. Sin embargo, también es cierto que la explotación laboral puede configurarse cuando los trabajadores se encuentren en condiciones laborales inadecuadas y con remuneración por debajo de lo establecido en la Ley. El fenómeno lo describe Oliveira (2006) de la siguiente forma:

En un contexto de elevados niveles de pobreza y de ausencia de seguro de desempleo, la población en edad de trabajar crea su propio empleo mediante el desempeño de actividades por cuenta propia sin calificación en el comercio y en los servicios; o acepta empleos sin contrato laboral, carentes de prestaciones sociales y de carácter temporal.

En el estudio de Oliveira (2006) se pone de manifiesto como la explotación laboral toma diversas variables y manifestaciones, lo que permite inferir que se trata de un concepto complejo y multidimensional. La dimensión de precariedad/calidad en el trabajo permite el análisis de las condiciones de trabajo y de una posible explotación laboral. Por lo anterior, la autora en mención señala que aspectos sobresalientes para el análisis y la comprensión del fenómeno de la explotación laboral son: 1) niveles de ingresos salariales, 2) grado de seguridad y estabilidad laboral (contar con un local de trabajo, tener un contrato de trabajo, tener acceso a prestaciones laborales,

relación de la escolaridad con el empleo que se ejerce), y 3) grado de utilización de la fuerza de trabajo (número de horas trabajadas y horarios).

Como se observa, la interpretación de la explotación laboral como fenómeno social y jurídico requiere de un abordaje multidimensional a fin de reconocer todas sus particularidades. Estas nuevas interpretaciones sobre el fenómeno de la explotación laboral tienen mayor relevancia en la actualidad pues ha surgido en el marco del siglo veintiuno un nuevo tipo de proletariado denominado trabajadores precarios:

Los rostros de este proletariado del capitalismo más avanzado de la historia son plurales: los trabajadores con contratos temporales, los empleados a través de las ETT, los inmigrantes, los obreros de la economía sumergida, los jóvenes sometidos a contratos de corta duración, los trabajadores de las subcontratas, los parados intermitentes, los jornaleros, las víctimas de la siniestralidad. (Díaz, 2003)

En Colombia los indicadores y estadísticas contenidos en informes oficiales y no oficiales ponen de manifiesto que un gran número de hombres y mujeres, además de niños, niñas y jóvenes, son sometidos a condiciones laborales precarias configurándose el fenómeno citado por Díaz (2003). Frente a ello, las políticas públicas con sus respectivos programas de prevención parecen ser insuficientes. El objetivo de este artículo de reflexión es analizar los programas institucionales para la prevención de la explotación laboral en Colombia a partir de una interpretación crítica de la política, los planes y programas de acción, y el papel de las instituciones del Estado.

Método

Para el cumplimiento del objetivo se ha dispuesto de un estudio con enfoque cualitativo-descriptivo basado en el análisis documental y la interpretación hermenéutica. En primer lugar, se aborda el concepto de explotación laboral desde el ámbito sociológico y jurí-

dico. Seguido, se describe las herramientas y programas dispuestos en Colombia para la prevención de la explotación laboral. Por último, se correlaciona el impacto de los programas institucionales de prevención.

Resultados y discusión

La explotación laboral desde el ámbito sociológico y jurídico

Generalmente, la explotación laboral encuentra su base más sólida en la necesidad económica de una persona. Esta necesidad, claramente atañe a un individuo a las posibilidades que los aspectos circunstanciales dispongan, alejándolo de ser ocupado con dignidad. Un trabajo digno, es aquel donde se respetan y se cumplen todos los derechos laborales y de seguridad en salud que por ley le son propios a un trabajador. El pago de prestaciones, el principio de igualdad de trato y oportunidades, la seguridad y el bienestar, son aspectos que definen un trabajo de calidad (Sindicato Unión General de Trabajadores, 2013).

Entonces, bien, se genera explotación laboral cuando las condiciones en las que en un individuo desempeña sus labores, están fuera del constructo anterior. Un empleo que favorezca la precariedad, a la temporalidad excesiva y a la segmentación del mercado de trabajo, es un empleo que propende a la explotación y convierte en un trabajador precario a quien lo desempeñe (Díaz, 2013). El Sindicato Unión General de Trabajadores (2013) señala que “el engaño, el abuso de una situación de necesidad, la imposición de unas condiciones de trabajo especialmente lesivas, determinan el paso de una infracción social a un delito contra los derechos de los trabajadores, del empleo irregular a la explotación laboral”.

Desde el 2011, se habla de un crecimiento de la economía en Colombia, lo que claramente favorece la generación de empleo. La cuestión es saber si empleo generado en Colombia se puede catalogar como trabajo digno. Un factor significativo de Trabajo Decente es la afiliación a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos

profesionales. Entre los sectores económicos que más incidencia han tenido en la generación de empleo, se encuentran el sector de agricultura, ganadería, pesca y caza (Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2013-2014), sin embargo, la mayor parte del empleo en este sector se presenta por fuera del marco de la legislación laboral, “en la mayoría de las fincas ganaderas, a los trabajadores les pagan por día trabajado y no los afilian a la seguridad social” (Vásquez, 2012).

Otro sector que durante los últimos años ha mostrado una dinámica en su crecimiento favoreciendo la generación de empleo es el sector de comercio, hoteles y restaurantes y explotación de minas y canteras (Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2013-2014). Explica Vásquez (2012) que en estos sectores es bastante común el trabajo por fuera del marco de la legislación laboral, lo que determinaría la conclusión que buena parte de los empleos que se están generando en Colombia gracias al crecimiento económico del país durante los últimos años, “son de mala calidad; empleos precarios, empleos al margen de la protección social” (Vásquez, 2012), lo que claramente contribuye al crecimiento de la informalidad y somete a las personas a condiciones de explotación, siniestralidad y condiciones inadecuadas de trabajo.

El crecimiento de la explotación laboral se ha convertido en un fenómeno que deriva en otros flagelos aparte de los descritos en cuanto a condiciones laborales se refiere, como resulta el caso del explotación laboral infantil y la trata de blancas. La explotación laboral se hace presentes en personas de todas las edades, desde niños hasta personas maduras con capacidad para el trabajo. En Colombia, según cifras del DANE durante el 2013, la tasa nacional de trabajo infantil fue del 9,7% (El Tiempo, 2014).

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) señala que más de 150 millones de niños de entre 5 y 14 años en el mundo sufren el flagelo de la explotación laboral, muchos de ellos se encuentran expuestos a situaciones que ponen en alto riesgo su vida y su bienestar, ya que las condiciones laborales a las que se ven so-

metidos, les obliga a dejar de lado aspectos claves para su desarrollo físico e intelectual, como la salud y la educación. Millones de estos niños trabajan para poder brindar un sustento a sus familias, pero el trabajo infantil desde todo punto de vista resulta inaceptable,

cuando los niños se ven obligados a las formas más peligrosas de trabajo, cuando faltan a la escuela, cuando están en peligro y su salud y su bienestar se deterioran, es inaceptable. Es necesario actuar para hacer frente a esta situación y, en primer lugar, prevenir que suceda (Bissell, 2013).

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2013) señala que alrededor de 10,5 millones de menores en el mundo, trabajan como empleados de servicios domésticos en hogares donde son sometidos a condiciones peligrosas bajo formas de esclavitud para el cumplimiento de funciones. Aproximadamente, de este total, 6,5 millones tienen entre cinco y 15 años y más de 71% son niñas. La explotación laboral de menores expone a niñas a niñas a violencia física, psicológica y sexual, de hecho, varios infantes corren el riesgo de terminar siendo explotados sexualmente con fines comerciales. Dentro de los casos de los millones de casos de explotación laboral que se presentan en el mundo.

[...] los niños tienen mayor riesgo, debido a su corta edad, la falta de conocimiento de sus derechos, la separación de su familia, y la dependencia de su empleador. Aunque no todos los menores explotados en el servicio doméstico sufren abusos o explotación, todos son especialmente vulnerables a la trata, el trabajo forzoso y las peores formas de trabajo infantil, por lo que el trabajo doméstico infantil es una de las formas más extendidas y, potencialmente, más explotadora de trabajo infantil en el mundo de hoy (Organización Internacional del Trabajo, OIT, 2013)

Otro flagelo derivado de la explotación laboral, y enmarcado por las condiciones de la misma, es la trata de personas. En la actualidad, la trata de persona afecta a gran parte de los países del mundo, debi-

do a la gran red delincuencial que en ella converge. La Organización de las Naciones Unidas estima que este fenómeno mueve alrededor de 17,000 millones de dólares anuales, siendo la tercera actividad ilícita más rentable a nivel mundial y el causante del desplazamiento de alrededor de 4 millones de personas (Novak y Namihás, 2009). Entre 2003 y 2006 los casos de trata con fines de explotación laboral constituían el 18% de los reportados a nivel mundial. Entre 2007 y 2010 esta cifra se duplicó, alcanzando el 35% de los casos reportados (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2012).

La explotación laboral muchas veces es invisibilizada por la sociedad debido a prejuicios que discriminan al migrante, como el racismo y la xenofobia que naturalizan el delito bajo falsos supuestos de que esas condiciones de explotación serían parte de la “cultura” de las personas explotadas. Esta especial vulnerabilidad del trabajador/a migrante es contemplada por documentos internacionales y nacionales que establecen que los Estados deben aplicar a los inmigrantes sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo un trato igualitario al de sus propios nacionales en relación a remuneración, seguridad social, vivienda, afiliación a organizaciones sindicales (Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata de Personas, 2013).

Postura frente a la explotación laboral desde el derecho comparado

Al hacer la revisión de las acciones que comprenden las políticas públicas de prevención del trabajo infantil en cada una de las legislaciones con problemáticas afines, se encuentra lo mostrado en el Cuadro 1.

Las herramientas y programas en Colombia para la prevención de la explotación laboral

En Colombia, la dignidad en el desempeño de las labores siempre ha sido una preocupación constante del Gobierno Nacional. Desde la misma Constitución Política, el Estado ha velado por los derechos de la clase obrera y por mitigar el fenómeno de la explotación

Cuadro 1. Información

ARGENTINA

Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil –CONAETI: Creada mediante el Decreto Presidencial 719 del 25 de agosto del año 2000.

Cifras (1998): Tasa de participación laboral infantil: 7%

Plan Nacional para la Prevención y Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil (31 de octubre 2002)

Líneas de acción:

- Sistema Nacional de Información
- Sensibilización
- Articulación de Redes Sociales, intersectoriales y de niveles regionales y locales.
- Sistemas de la Inspección
- Inserción, reinserción y/o permanencia en el Sistema Educativo Formal.
- Investigación sobre consecuencias del trabajo en la salud.
- Actualización Normativa y Armonización Legislativa:
- *Programa Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil Rural*
- Programa de Nivel Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil Urbano
- Prevenir y Erradicar la Explotación Sexual Comercial Infantil.

BRASIL

Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil: El *Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil* fue creado en Noviembre de 1994

Cifras (1999): Menores de 10 años: 0,9%, Entre 10 y 14 años: 4,7%, Entre 14 y 18 años: 4,1%

Cuadro 1 (Continuación)

BRASIL	
Plan Nacional de Erradicación del Trabajo Infantil	
<i>Líneas de Acción:</i>	
• Formulación de una política nacional integrada de prevención y erradicación del trabajo infantil • Creación de un compromiso de la sociedad para la promoción de los derechos de la infancia • Garantizar la calidad de la educación para niños y adolescentes • Mejoramiento de la renta familiar • Mejoramiento de la fiscalización del trabajo infantil • Integración y articulación entre el gobierno y la sociedad para actuar en el combate al trabajo infantil	
BOLIVIA	
Comisión Interinstitucional para la Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil creada por Decreto Ministerial	Cifras (2002): Porcentaje (sobre PEA total) de Población 10-14 años que trabaja: 34.6%
Plan Nacional de Erradicación del Trabajo Infantil (2000-2010)	
<i>Líneas de Intervención:</i>	
• Promoción • Prevención • Fiscalización • Atención Directa	

Cuadro 1 (Continuación)**CHILE**

Comité Nacional Asesor para la Prevención
y Erradicación Progresiva del Trabajo
Infantil: Creado mediante Decreto
Presidencial en agosto de 1996.

Cifras: Encuesta Nacional (2002): niños, niñas
y adolescentes de 5 a 17, años 5,4%

**Plan Nacional de Prevención y Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil y Adolescente,
forma parte de la Política Nacional de Infancia para el período 2001- 2010**

Líneas de acción:

- **Sensibilización:** Para el desarrollo de una actitud responsable de la población ante la desvaloración y vulneración de los derechos por medio del trabajo infantil. Identificando ONG's con el fin de realizar campañas comunicacionales que potencien la incorporación de contenidos de la Convención y difundan datos e información relevante, comprometiendo a los políticos, parlamentarios y empleadores, así como capacitando agentes comunitarios y organismos policiales y judiciales, sensibilizando actores públicos y privados con la difusión del Plan.
- **Producción de Datos y Trabajo Infantil:** Desarrollando un sistema de recolección de información, estandarizando la información estadística, identificando la falta de datos, simplificando la cantidad de información a recolectar, realizando diagnósticos, desarrollando estudios cualitativos.
- **Aspectos Normativos y de Fiscalización:** Realizando estudios de los instrumentos jurídicos sobre el tema; impulsando reformas; elaborando planes locales, regionales y nacional de fiscalización del trabajo de niños/as y; generando mecanismos para mayor efectividad de las sanciones.
- **Objetivos Específicos por Grupos de Edades:** Acciones concretas para niños, niñas y adolescentes menores de 18 años involucrados en las peores formas de trabajo infantil; para niños y niñas menores de 15 años y; para adolescentes entre 15 y 18 años.
- **Seguimiento y medición del progreso del Plan:** Definiendo las metas para monitorear los objetivos; impulsando la creación de mecanismos para monitorear los avances; estableciendo instancias coordinadoras; fortaleciendo el compromiso del Comité Nacional y Regional Asesor.

Cuadro 1 (Continuación)

COLOMBIA	
Comité Interinstitucional para la Erradicación del Trabajo Infantil y la Protección del Menor Trabajador, creado mediante Decreto No. 859 el 26 de mayo de 1995	Cifras (2002): 5 a 17 años: 14.5%
Plan Nacional de Erradicación del Trabajo Infantil	
<i>Líneas de Acción:</i>	
• Consolidar un Sub-sistema Nacional de Información sobre trabajo infantil • Crear y desarrollar programas de transformación de los patrones culturales que legitiman el Trabajo Infantil • Desarrollo más preciso y focalizado de las políticas públicas • Actualización y desarrollo de la legislación nacional y fortalecer los mecanismos que garanticen su aplicación • Incidir de manera controlada sobre grupos delimitados de niños y niñas ocupados en las peores formas de trabajo infantil • Desarrollar mecanismos de gestión que permitan la ejecución eficiente, eficaz y coordinada del Plan en los diferentes niveles territoriales.	
ECUADOR	
Comité Nacional para la Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil: Creación del Comité Nacional: Decreto Ejecutivo N° 792/97 (29 de Octubre de 1997) Creación de Secretaría Técnica del Comité Nacional: Decreto Ejecutivo N° 1220 (06 de febrero del 2001)	Cifras (Plan nacional 2003): Niños, niñas y adolescentes que trabajan: 22%

Cuadro 1 (Continuación)

ECUADOR

Plan Nacional para la Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil

Líneas de acción:

- Impulsar y articular políticas públicas e institucionales hacia la prevención y erradicación del trabajo infantil.
- Sensibilizar y movilizar a la opinión pública y a actores claves para consolidar su apoyo a la erradicación del trabajo infantil en perspectiva de modificar las percepciones que legitiman el problema.
- Disminuir el número de niños, niñas y adolescentes que trabajan, especialmente quienes lo hacen en actividades peligrosas y en las peores formas.
- Fortalecer la legislación y la institucionalidad para el control del trabajo infantil.
- Establecer un sistema de información especializado en trabajo infantil que recoja, procese, analice y difunda información cualicuantitativa especializada para el diseño, ajuste y monitoreo de programas y políticas.
- Fortalecer las capacidades de las instituciones públicas y privadas que actúan con niños trabajadores, en el marco de acción del Plan Nacional.

PARAGUAY

Comisión Nacional Interinstitucional para
La Prevención y Erradicación del Trabajo
Infantil y la Protección del Trabajo de los
Adolescentes. CONAETI, creada por decreto
N° 18.835 del 7 de octubre de 2002

Cifras (2002) Plan Nacional: 10%

Cuadro 1 (Continuación)

PARAGUAY	
Plan Nacional de Erradicación del Trabajo Infantil	
<i>Líneas de Acción:</i>	
• Contar con información sistemática, suficiente y fiable sobre la problemática del trabajo infantil y del adolescente. • Movilizar y capacitar a los agentes involucrados y sensibilizar a la sociedad sobre la problemática del trabajo infantil y del trabajo adolescente. • Contar con un marco legal adecuado para la erradicación del trabajo infantil y la protección del trabajador adolescente. La ratificación del Convenio OIT 138 sobre edad Mínima y la aplicación del Convenio 182 sobre peores formas, son objetivos prioritarios. • Implementar un sistema de fiscalización y de monitoreo social efectivo del trabajo infantil y del trabajo adolescente, con énfasis en sus peores formas y en trabajos peligrosos. • Desarrollar políticas públicas efectivas para la prevención y erradicación del trabajo infantil y la protección del trabajo del adolescente, que articulen a las instituciones de los sectores público, privado y la sociedad civil • Diseñar e implementar programas y proyectos de intervención,. • Adoptar mecanismos eficaces y eficientes de monitoreo y evaluación del plan.	
PERÚ	
Comité Directivo Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil: Aprobado por el Presidente de la República, el 21 de agosto de 2003, con Resolución Suprema No. 018-2003-TR.	Datos y cifras (2001): Porcentaje de ocupación laboral 6-17 años: 28.6%

Cuadro 1 (Continuación)

PERÚ

Plan Nacional de Erradicación del Trabajo Infantil: En proceso de elaboración

Marco referencial-conceptualización:

- Diagnóstico/ línea de base: Magnitud (Dimensión Cuantitativa, Condiciones de trabajo, Trabajo Infantil y Educación, Salud, Familias, Migración infantil y adolescente, Factores de riesgo que genera el trabajo infantil, Efectos del trabajo infantil); contexto legal y normativo; Situación de las políticas e inventario de planes, programas y/o actividades;
- Enfoques: de derechos, de género, de desarrollo humano integral e inclusión social, de participación y responsabilidad social
- Campos de acción: Prevención, Restitución de Derechos y Protección

URUGUAY

Comité Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, CETI: Creado por Decreto Presidencial 460, el 8 de diciembre del 2000.

Cifras (2003): PEA de 12-14 años sobre PEA total: 8.10%

Plan de Acción para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil en el Uruguay

Líneas de acción:

- Protección legal y judicial: Tiene como objetivos la adecuación del sistema judicial y legal a los principios de la Convención de los Derechos del Niño; fortalecimiento del Sistema de Protección; sensibilización y capacitación a la comunidad y a los trabajadores en la protección legal.
- Sensibilización pública: A través de una estrategia de comunicación e información pública, busca sensibilizar a la opinión pública sobre las propuestas y existencia del Comité y la situación de la infancia.

Cuadro 1 (Continuación)

URUGUAY	
• Educación: Basados en el Derecho a la Educación establecido en la Convención Internacional de sobre los Derechos del Niño, el Plan pretende reinsertar, retener e incorporar a los niños/as en el sistema educativo; comprometer a la familia en la asistencia a la escuela; articular iniciativas públicas; identificar a población infantil trabajadora y capacitar a operadores educativos. • Alternativas Económico Productivas: Con el fin de garantizar la consistencia entre las políticas de empleo adulto y la política de erradicación del trabajo infantil.	
VENEZUELA	
Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil y la Protección de los Niños Trabajadores: Creada mediante Decreto Presidencial 1995, el 2 de septiembre de 1997	Cifras (1991): Porcentaje de Población 10-14 años que trabaja: 3,5%
Plan Nacional para la Abolición Progresiva del Trabajo Infantil: Aún no existe <i>Documento estratégico que concentra las principales acciones en:</i> • Diagnóstico • Protección • Prevención • Erradicación Para cada una de estas líneas se han definido actividades concretas en áreas de: • Definición y adaptación legislativa • Capacitación • Fortalecimiento institucional • Movilización social.	

Fuente. Autores.

laboral en el país. En el artículo 25 se consagra que “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. A su vez en el artículo 44 señala que los niños deben ser “protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”. Partiendo de aquí, el Estado colombiano, ha dictaminado que la explotación laboral resulta una falta grave a lo consagrado en la Constitución Nacional, indiferente de darse en menores o mayores de edad.

En desarrollo del artículo 44 de la Constitución, el Congreso de la República expidió la Ley 679 de 2001, por la cual se normativiza un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución. Esta ley tiene por objeto dictar medidas de protección contra la explotación, la pornografía, el turismo sexual y demás formas de abuso sexual con menores de edad, mediante el establecimiento de normas de carácter preventivo y sancionatorio, y la expedición de otras disposiciones. Para la prevención de la explotación laboral infantil, el Estado ha dictaminado leyes que buscan prevenirla de una u otra forma a lo largo de décadas. Esto es una prueba de que a pesar de las medidas y disposiciones asumidas por los entes gubernamentales del país, para proteger a la niñez colombiana y promocionar el goce de sus derechos, el flagelo de la explotación laboral en niños, niñas y jóvenes ha sido una constante que no se ha podido erradicar del país.

Ahora bien, el Ministerio de Trabajo (2013) estima que en Colombia el 40% de las personas que son víctimas de trata están en una situación de explotación laboral. El marco legal colombiano señala que para esta problemática se ha decretado la Ley 985 de 2005, que tiene por objeto adoptar medidas de prevención, protección y asistencia necesarias para garantizar el respeto de los derechos humanos de las víctimas y posibles víctimas de la trata de personas, tanto las residentes o trasladadas en el territorio nacional, como los colombianos

en el exterior, y para fortalecer la acción del Estado frente a este delito. La ley, deja clara sanciones para todos aquellos que incurran en la trata de personas, penalizando la misma como un delito. En su sustento teórico, la Ley define explotación como:

el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación (Artículo 3, Ley 985 de 2005).

No solo se han instaurado medidas preventivas, varios programas han dado inicio en apoyo con entes internacionales para prevenir la explotación laboral en Colombia. En 2013, la Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) en Colombia radicó un acuerdo con el Ministerio del Trabajo para prevenir y erradicar la trata de personas con fines de explotación laboral. El acuerdo contiene un diagnóstico para identificar casos como el trabajo forzoso, prácticas similares a la esclavitud laboral, la servidumbre doméstica y la mendicidad ajena donde la víctima es obligada a pedir limosna para el lucro del tratante. La idea de esta medida es identificar, atender y remitir posibles casos de explotación laboral y trata de personas con este fin, a las autoridades competentes (Organización de la Naciones Unidas, 2013).

Conclusiones

La lucha del Estado contra la explotación laboral ha sido ardua, sobretudo, cuando de combatir en contra de sus flagelos se trata, la explotación laboral infantil y la trata de personas para la esclavitud. Es visible que a través de leyes, resoluciones, normas y demás estatutos de tipo legal el Gobierno de la República de Colombia ha buscado disminuir las estadísticas de dichos flagelos que aquejan a la población colombiana desde hace ya casi un siglo en forma creciente. La

situación es que en la cultura colombiana, marcada por un amplio espectro de violencia, ha cultivado la filosofía de que para ganar un poco hay que trabajar mucho, por lo que los grandes esfuerzos por cualquier remuneración salarial están bien visto.

Es claro que esto se da por las diferentes problemáticas sociales que aquejan al país, ya que las cifras de pobreza, pobreza extrema y mendicidad que invaden a la Nación son bastante amplias y no muestran una disminución, por el contrario, crecen año tras año. El crecimiento económico del país ha fomentado la explotación laboral a través de la generación de empleo que se aparta bastamente de lo estipulado por la Ley colombiana como derechos del trabajador. Las necesidades de las familias hacen que los niños abandonen las escuelas para ayudar a solventar lo que los sueldos de sus padres (o solo uno de los dos) no alcanzan. Y la esperanza de una vida prospera fuera de Colombia, impulsa a muchos a caer en las redes delictivas que hoy por hoy se tejen en Colombia para la trata de personas.

Es difícil imaginar que la explotación laboral como un fenómeno disminuya, porque a su vez, todos los aspectos señalados en el párrafo anterior deberían disminuir primero, y las leyes están enfocadas a luchar contra la explotación laboral más no, contra las necesidades de personas que no tienen que comer, donde vivir o con que vestirse. La explotación laboral seguirá siendo un flagelo mientras la informalidad laboral exista, mientras que altos índices de pobreza y desempleo sigan presentes en buena parte del territorio Nacional. Desde un punto de vista crítico y social, es fácil decir que uno se aprovecha de la necesidad de otro explotándolo, pero en un país tan corto de oportunidades, tan lleno de pobreza, tan invadido por la desigualdad, la corrupción, en un país en guerra, cualquier oportunidad por precaria y fuera de la Ley que se encuentre, se convierte en una posibilidad de mejorar un poco la calidad de vida de los menos favorecidos.

Por eso, a la par que se lucha contra los flagelos de la explotación laboral, el Gobierno Nacional debe enfocar grandes esfuerzos en erradicar las problemáticas sociales, en vez de presumir un cre-

cimiento económico en la Nación, actuar sobre los nuevos focos de negatividad laboral que se crean gracias a estos supuestos aspectos positivos.

Referencias

- Anguita, C. (2001). El tráfico ilegal de seres humanos para la explotación sexual y laboral: la esclavitud del siglo XXI. *Nómadas*, 15 (1).
- Bissell, S. (2013). 150 millones de niños sufren explotación laboral en el mundo (en línea). *La Razón*. Disponible en: <http://www.larazon.es/150-millones-de-ninos-sufren-explotacion-labor-YD2647717#.Ttt1j7tOA-V6ZfDp>
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia. Constitución Política de 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 679 del 03 de agosto de 2001. *Diario Oficial* No. 44509 de agosto 04 de 2001.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 985 del 26 de agosto de 2005. *Diario Oficial* No. 46.015 de 29 de agosto de 2005.
- Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata de Personas (2013). *Explotación Laboral* (en línea). Jefatura de Gabinete de Ministros de la República de Argentina. Disponible en: https://www.comitecontralatrata.gob.ar/explotacion-laboral_p216
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2013-2014). Colombia: Producto Interno Bruto (PIB). Bogotá: DANE.
- Díaz, R. (Edit.) (2003). *Trabajadores precarios: el proletariado del siglo XXI*. Ediciones HOAC.
- El Tiempo (2014). En Colombia, el 9,7 por ciento de los niños están trabajando. Recuperado el 25/03/2015 de: <http://www.eltiempo.com/economia/indicadores/porcentaje-de-ninos-trabajadores-en-colombia/14107495>
- Ministerio de Trabajo (2013). MinTrabajo presenta convenio con la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito-UNODC, para prevenir y erradicar la trata de personas con fines de explotación laboral en Colombia. Recuperado el 25/03/2015 de: <http://www.>

mintrabajo.gov.co/febrero-2013/1508-mintrabajo-presenta-convenio-con-la-oficina-de-las-naciones-unidas-contr-la-droga-y-el-delito-unodc-para-prevenir-y-erradicar-la-trata-de-personas-con-fines-de-explotacion-laboral-en-colombia.html

Naciones Unidas (1989, 20 de noviembre). Convención sobre los Derechos de los Niños del 20 de noviembre de 1989.

Naciones Unidas (1979, 18 de diciembre). Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer del 18 de diciembre de 1979.

Novak, F. y Namihas, S. (2009). La trata de personas con fines de explotación laboral: El caso de la minería aurífera y la tala ilegal de madera en Madre de Dios. Lima: Organización Internacional para las Migraciones (OIM); Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2012). Informe mundial sobre la trata de personas 2012. Washington D.C.: UNODC.

Oliveira, O. (2006). Jóvenes y precariedad laboral en México. *Papeles de Población*, 12(49), 37-73.

Organización de las Naciones Unidas. (2013). Colombia y UNODC firman acuerdo contra la trata para explotación laboral (en línea). Centro de noticias ONU. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=25611#.VRbDII6hvgM>

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2013). Día Mundial contra el trabajo infantil: El trabajo infantil doméstico afecta a 10 millones de niños. Recuperado el 25/03/2015 de: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_215187/lang-es/index.htm

Organización SOS Racismo (2001). El Ejido: Racismo y explotación laboral: Balance un año después. Barcelona: Icaria Editorial.

Sen, A. (2010). La idea de la justicia. México: Editorial Penagos.

Sindicato Unión General de Trabajadores. (2013). Por un trabajo digno, contra la explotación laboral. Madrid: UGT.

Vásquez, H, (2012). Colombia: crecimiento económico, pero sin Trabajo Decente. *Semana*, 297(marzo-abril): 11-13.

Capítulo 14

Verdad judicial: aproximación filosófica a su concepto en los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional Colombiana¹

*Carlos Alfredo Pérez Fuentes²,
Andrea Johana Aguilar Barreto³*

Resumen

El presente capítulo pretende identificar el contenido definicional de la verdad en su relación directa con la filosofía y la teoría jurídica. De esta forma, como parte de la técnica de recolección de información de revisión documental hacia todo material pertinente que se constituya como fuente primaria o secundaria, la técnica de análisis discursivo que pretende llevar un cabo un análisis tratar de llevar a cabo un análisis filosófico integral del

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Análisis filosófico del concepto de verdad judicial en los criterios jurisprudenciales de la corte constitucional colombiana, desarrollado en el Semillero de Investigación en Derecho Constitucional “Tomas Wilches Bonilla” de la Universidad Simón Bolívar, Cúcuta. 2016. Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogado, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 3 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.

concepto de “verdad judicial” en los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional colombiana a través de sus diferentes sentencias y a su vez, comprender bajo que corriente filosófica la Corte emite sus decisiones. El enfoque cualitativo del presente estudio busca comprender desde el paradigma hermenéutico la naturaleza profunda de la realidad social en relación con el fenómeno jurídico regulador de conductas humanas. De esta forma, la interacción entre texto e intérprete permite comprender la totalidad social desde una complejidad propia desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana al atender a las problemáticas derivar del Estado Social de Derecho y establecer en diferentes momentos históricos el concepto de “verdad”.

Palabras clave: Verdad, filosofía, filosofía jurídica, epistemología, jurisprudencia proceso.

Philosophical Approach to the Concept of Judicial Truth in the Jurisprudential Criteria of the Constitutional Colombian Court

Abstract

The present chapter tries to identify the content definitional of the truth in his direct relation with the philosophy and the juridical theory. Of this form, as part of the technology of compilation of information of documentary review towards any pertinent material that is constituted as primary or secondary source, the technology of discursive analysis, which tries to take an end an analysis to try to carry out a philosophical integral analysis of the concept of “judicial truth” in the jurisprudential criteria fixed by the Constitutional Colombian Court across his different judgments and in turn, to understand under that philosophical current the Court issues his decisions. The qualitative approach of the present study seeks to understand from the hermeneutic paradigm the nature profundad of the

social reality in relation with the juridical regulatory phenomenon of human conducts. Of this form, the interaction between text and interpreter allows to understand the social totality from an own complexity jurisprudential development of the Constitutional Colombian Court on having attended to the problematic ones to derive from the Social State of Law and to establish in different historical moments the concept of “truth”.

Keywords: Truth, philosophy, juridical philosophy, epistemología, jurisprudence I process.

Introducción

“Los filósofos tienen una doble tarea, integrar nuestras concepciones del mundo y de nosotros mismos y ayudar a encontrar una orientación en la vida”.

Hilary Putnam

A través de la historia del derecho procesal se ha podido evidenciar la necesidad del hombre por resolver sus conflictos a través de formalidades jurídicas o procesos en los que un tercero supraordenado pueda declarar la existencia o inexistencia de un derecho. Así es como el maestro Devis Echandía (2012) observa que el derecho procesal se origina cuando:

Nace el principio de que es ilícito hacerse justicia por propia mano y que los particulares deben someter sus conflictos al jefe del grupo social; noción que comienza a desarrollarse cuando se acepta que la autoridad debe someterse a normas previas para administrar justicia (pág. 11).

De aquí que la historia de la humanidad sea de especial importancia para constatar, ¿cuál ha sido la naturaleza de estas formalidades jurídicas o procesos judiciales creados para declarar la existencia o inexistencia de un derecho bajo un criterio de decisión justa y un concepto de verdad distinto desde cada perspectiva histórica?

En este punto, procesalistas como Camacho (2010), López (2007) y Echandía (2012) han dividido la vida del derecho procesal y

probatorio por etapas entre las cuales se pueden destacar: el derecho griego, romano, germánico, canónico, moderno y contemporáneo (Echandía, 2012). En cada una de estas etapas se ha evidenciado la lucha incesante por dos formas de ver el derecho que pueden ser convergentes o divergentes según la perspectiva desde donde se observe el problema jurídico planteado, estas son: la prevalencia del derecho sustancial sobre la formalidad jurídica o viceversa. De esta forma, el ejercicio valorativo que debe realizar el juez para poder justificar sus decisiones y poder acercarse a un concepto de “verdad” que pretenda llegar a una solución justa, puede darse bajo las dos anteriores perspectivas que influyen directamente dentro de la realidad social en la que se aplica la norma jurídica bajo los criterios de validez, legitimidad y eficacia.

En ese orden de ideas, si se hace referencia al criterio de verdad manejado por el derecho griego, Devis Echandía (2012) siguiendo la Retórica del Estagirita observa que en este derecho procesal se distingue por su concepción lógica, ajena a perjuicios de orden religioso en donde prevalece la oralidad en el proceso civil y penal, impera el principio dispositivo, excepto en algunos casos en los cuales el juez podía decretar pruebas de oficio. La prueba documental tiene gran importancia en el derecho mercantil y el juramento en la controversia. En esta época es de resaltar la crítica lógica y razonada de las pruebas, sin que al parecer existiera un sistema de tarifa legal que determinara su valor. El jurista Mittermaier en 1877 (citado por Devis Echandía, 2012) observa que la evolución por este derecho ha sido superior a la evidenciada por lo menos hasta el siglo XVI.

Ahora bien, frente al derecho romano se pueden observar dos periodos en los cuales el juez era considerado como un árbitro, casi como un funcionario privado, pero con absoluta libertad para apreciar las pruebas allegadas por las partes, no existían reglas de apreciación probatoria, debido a que imperaba la libre apreciación y el pueblo juzgaba reunido por tribus o centurias. El segundo periodo se caracteriza por un juez que administra justicia en nombre del Estado y no como un árbitro privatizado, allí nace tímidamente el sistema de

tarifa legal vedando con eso el sistema de libre apreciación del periodo anterior y originando así la relevancia de la prueba documental sobre la testimonial. Devis Echandía (2012) menciona retomando el estudio de los grandes jurisconsultos, que aun así los jueces seguían utilizando el sistema de libre apreciación probatoria, teniendo que en cuenta que existía para la época “una tendencia positiva hacia la investigación de la verdad material”.

Luego de la caída del Imperio Romano se pueden evidenciar dos grandes movimientos dentro del derecho procesal, el derecho germano y el derecho canónico. El primero de ellos, se caracterizó por ser un periodo en el cual las pruebas constituían un fin en sí mismo, estas conducían a que el juez fijará la sentencia, nace así otra concepción de prueba legal en la cual estas eran incontrovertibles y se encontraban sometidas a grandes formalidades.

En este periodo, Devis Echandía (2012) observa que:

Ya no se persigue una verdad real o material, sino una puramente formal; la que aparecería en el proceso, mediante esos medios artificiales y por lo general absurdos, basados en la creencia de una intervención de la divinidad, en la justicia de Dios para los casos y otras semejantes, de las que son ejemplos las ordañas, los duelos judiciales y los juicios de Dios, como las pruebas del agua y del fuego. Este sistema perduró hasta bien entrada la edad media; se encuentra todavía en el siglo XVI correspondiéndole al derecho canónico la misión de combatirlo y eliminarlo.

Y es que precisamente el derecho canónico desplaza lentamente al derecho germano por medio de los glosadores de la época, quienes por medio de sus escritos renacieron el antiguo derecho romano, concibiendo así un proceso mixto que buscaría ajustarse a las costumbre germánicas imperantes en la época. El maestro Chioven-da (1992) observa que las reminiscencias del formalismo germánico constituyen una de las causas de la lentitud y complicación del proceso judicial que aún perduran hasta nuestros días. Los jueces eclesiásticos a diferencia de los *scabinos*, no eran regidos por su libre convicción sino por un sistema de libre de apreciación sujeto a muchas

reglas, que fueron aminorando el formalismo germánico. En este derecho nacen el sistema de tarifa legal y el proceso penal inquisitivo. En el primero, el juez debía sujetarse a unas reglas de apreciación probatoria que unían el derecho justiniano con principios bíblicos y en el segundo, se da paso de un sistema acusatorio a un sistema penal inquisitivo el cual se inicia de oficio y además de ello, se faculta al juez para que de oficio pueda obtener pruebas y procurar la confesión, en este punto se da nacimiento al tormento judicial en el que para vergüenza para la humanidad, el sadismo y la crueldad llegaron a ser los mecanismos perfectos para acercarse a la verdad.

Esta corriente de tarifa legal recorre Europa hasta finales del siglo XVIII con la obra *De los delitos y las penas* de Beccaria, quien observa que el sistema de libre convencimiento debería darse de acuerdo a “el sentido íntimo e innato que guía a todo ser hombre en los actos de la vida”. Montesquieu, Voltaire, Warville y Filangieri protestaron en contra del proceso inquisitorio y su sistema de valoración probatoria, proponiendo un sistema de íntima convicción en el cual el juez tomaba la decisión basado en la ilusoria creencia en la infalibilidad del razón humana y del instinto natural, la historia del derecho probatorio identifica este escalón en la historia como la fase sentimental, debido a que el juez cuando tenía suficiente conocimiento para tomar decisiones, las tomaba teniendo fe en la razón y en un instinto natural que le permitía dictar sentencia.

Finalmente, Devis Echandía (2012) observa que la contemporaneidad del derecho procesal y probatorio ha sentido la necesidad de optar por una fase científica en la cual, en el derecho procesal civil debe valorar las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica recurriendo a la ciencia para establecer la verdad de las pruebas en relación con la situación, estableciendo con ello, la facultad de las pruebas de oficio para el juez. Y en el proceso penal, se da la restricción de los casos a jurado y el reconocimiento de reglas lógicas y psicológicas para la libre apreciación de las pruebas, es decir, la valoración racional y científica que permite establecer la verdad más aproximada de los hechos acaecidos en la historia del conflicto entre las partes.

Materiales y método

El presente artículo es producto de investigación nace con el fin de tratar de llevar a cabo un análisis epistémico del concepto de “verdad” procesal en los criterios jurisprudenciales manejados por la Corte Constitucional colombiana. En este punto es menester mencionar que para ello se tendrán en cuenta las sentencias constitucionales, de tutela y de unificación por medio de las cuales la Corte realiza el respectivo su respectivo control de constitucionalidad a las diferentes ramas del poder público concebidas en la Carta Política de 1991. En este se pretende evidenciar los avances en el análisis de identificación del concepto de verdad judicial en los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana. De esta forma, se fijaron como objetivos: i) identificar el concepto de verdad desde la filosofía general y del derecho, ii) examinar el concepto de verdad en los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana y iii) establecer el concepto de verdad desarrollada por la guardadora de la Constitución de 1991.

De esta forma, la identificación del concepto de verdad en la filosofía general y filosofía del derecho retoma la revisión documental como técnica de recolección de información pertinente con el ánimo de encontrar a través de las diferentes ramas de la filosofía (epistemología, lógica y lenguaje) las diferentes posiciones desarrolladas frente al contenido definicional de la verdad. Es menester, comprender que al hablar de la verdad, el objeto del presente estudio pretende analizar la dimensión definicional de la verdad reconociendo a su vez, la dimensión criteriológica, práctica, tipológica e integral, para lo cual, por razones de delimitación es pertinente mencionar que el análisis del objeto de estudio se tomará desde este tópico primario y posteriormente, se desarrollará con otras investigaciones.

Esta investigación se desarrolla bajo un enfoque cualitativo debido a que se busca la comprensión profunda de la realidad social que se expresa a través de gestos, palabras, textos, etc. (Martínez, 2009). Se desarrolla bajo el paradigma interpretativo, su diseño es

Hermenéutico debido a que permite la interacción entre el autor e intérprete del texto a través de un círculo hermenéutico comprender profundamente la realidad social en todas sus dimensiones (Gadamer, 1989). Se retoma, la técnica de análisis del discurso atiende a la realidad de los textos y permite categorizar los mismos con el ánimo de comprenderlos y estructurar realidades científicas desde la descomposición textual (Santander, 2011).

Sus fuentes de información son la jurisprudencia y los postulados teóricos frente al concepto de verdad. Las técnicas de recolección de información a utilizar son: la revisión documental (Hurtado, 2010) y la técnica de análisis dinámico del Precedente Jurisprudencial desarrollado por López Medina (2009) que permite conocer la evolución histórica y el desarrollo conceptual de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la verdad. La matriz de análisis planteada por Hurtado (2010) será retomada para organizar la información recolectada y posteriormente, someterla a la técnica de análisis discursivo con el ánimo de reconstruir histórica y epistémicamente el concepto de verdad judicial que ha establecido la Corte Constitucional desde su fundación hasta la actualidad.

La verdad

El concepto de “verdad” en el derecho nace de los sistemas de valoración probatoria en los cuales el juez puede constatar la tutela efectiva, existencia o inexistencia de un derecho basado en un análisis racional, divino, emotivo o científico del material probatorio según el momento histórico en el cual la humanidad haya desarrollado su visión del mundo.

Desde la historia del derecho procesal acerca de la verdad, nace la inquietud de conocer, ¿cuál ha sido el criterio que ha manejado la Corte Constitucional colombiana del concepto de “verdad?” y además de ello, ¿qué corriente filosófica de la teoría general del derecho procesal desde su dimensión probatoria rige su obrar jurisdiccional en el ordenamiento jurídico colombiano?

Los problemática teórica que nace del conocimiento de los hechos en el proceso judicial, la justificación de la decisión y la valoración probatoria, hacen parte del estudio de la teoría general de la prueba. Por ello, las preguntas que hacen referencia a expresiones como ¿Qué es la verdad?, ¿Qué es el conocimiento?, y ¿Qué es la certeza?, hacen parte de la epistemología, como ciencia que estudia el conocimiento desde la filosofía general.

Autores como Bonorino & Peña Ayazo (2006) desde la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla han observado que la doctrina jurídica debe plantear dentro sus objetivos “la conexidad de los aportes realizados desde la filosofía del derecho con aquellos que han realizado las disciplinas específicas de corte dogmático sobre el problema de la prueba judicial. De esta forma se podría aumentar el grado de incidencia que las investigaciones filosóficas tienen en las disciplinas jurídicas tradicionales, dedicadas a la descripción y sistematización del contenido de los ordenamientos jurídicos existentes, que por lo general es muy bajo.

La incidencia de las creencias filosóficas sobre la verdad y el conocimiento en la práctica cotidiana del derecho, resaltan la relación existente entre teoría y práctica, observando con ello, la formación de una sola línea convergente que pretende dar soluciones a la vida diaria. Bonorino & Peña Ayazo (2006) observan que dentro del patrón común de teorías que pretenden dar solución al problema de la verdad, los procesalistas han definido dicho concepto desde ciertas concepciones generales sobre la naturaleza del conocimiento humano sin discutir abiertamente porque deben ser aceptadas y sin profundizar en la concepción epistemológica del concepto.

De aquí que nazca la necesidad de develar a la luz de la filosofía del derecho, ¿cuál es el concepto de verdad que la Honorable Corte Constitucional Colombiana como guardadora de la Constitución Política de 1991 maneja a través de su jurisprudencia? Ya que como se ha mencionado a través de la jurisprudencia y la doctrina jurídica sobre el art. 230 de la Carta Magna la vinculatoriedad de sus decisiones jurisprudenciales es obligatoria (Botero, 2010).

La verdad en la filosofía general y en la filosofía del derecho

Nicolás y Frápolli (1997) mencionan que la verdad ha sido uno de los temas más controvertidos de la filosofía en general. Esto, debido a que son temas centrales de la filosofía del conocimiento, lógica y del lenguaje y por ello, desde las diferentes perspectivas y corrientes se ha intentado comprender el problema desde una visión parcial y no sistémica de la verdad en la historia. Frente a dicha problemática se han elaborado teorías definicionales, criteriológicas, tipológicas y relacionadas con el campo de la acción y la práctica, de ahí que Puntel (1987) observe que una teoría “completa” de la verdad deba tener dentro de sí misma: i) la definición del concepto de verdad, ii) la determinación de criterios para llegar a la verdad, iii) la distinción de los tipos de verdad y iv) el lugar sistemático de la verdad y de la teoría de la verdad en el marco del saber y de la acción. Frente a este punto, se observa que no hay ninguna teoría de la verdad que aborde sistemáticamente todas las partes de una teoría sistemática de la verdad, esto, debido a que dependiendo el momento histórico del contexto filosófico se ha intentado comprender el fenómeno desde las diferentes ramas de la filosofía.

De esta forma, en primer momento se hará referencia a las teorías de la verdad que actualmente se encuentran vigentes dentro del campo de estudio. Para ello, se retoma la propuesta de clasificación de Nicolás y Frápolli (1997) debido a que los mismos han seleccionado a aquellos autores que han dado aportes sustanciales y relevantes frente a la problemática de la verdad, entre ellos se distinguen las siguientes teorías:

1. **Teorías de la correspondencia:** Se hace referencia a esta teoría en el sentido aristotélico en el cual existe una “correspondencia (o adecuación) de la mente (o pensamiento, o juicio) con las cosas (o hechos, o realidad). “Decir de lo que es, que es, y de lo que no es, que no es, es lo verdadero”. Sin embargo, dicha teoría ha recibido críticas como la forma de objetivar los sujetos de la relación cognoscente que no atiende a la naturaleza dinámica del ser humano.

2. **Teorías de la redundancia, deflacionistas y pro-oracionales:** Se observa en estas teorías que el lenguaje natural tienen un repertorio de expresiones que pueden sustituirse en muchos contextos por nombres, los cuales sirven para referir anafóricamente a otros términos singulares y que pueden usarse para funciones de generalización.
3. **Teorías de la fenomenología de la verdad:** La fenomenología tiene como referencia incuestionable a Husserl, quien a través de su teoría evidencial de la verdad busca recuperar el momento de la realidad perdido por la lógica de conceptos del idealismo. Dicho autor de manera general mencionaba que la verdad consiste en un cierto tipo de coincidencia, pero no entre la mente y lo real, sino más bien en el cumplimiento o satisfacción de una expectativa.
4. **Teorías de la hermenéutica de la verdad:** Tienen como principal representante a Heidegger, quien retoma la teoría de correspondencia o adecuación entre la proposición y la cosa, el ente y el lenguaje. En este punto, el autor expresa que dentro del conocimiento de la cosa a través de su manifestación se debe guardar el concepto de libertad antes de la adecuación con el fin de que el ente pueda ser lo que es.
5. **Teorías de la coherencia:** Este tipo de teoría se identifica con la concordancia o adecuación de oraciones o cualquier otro portador verdad (creencias, proposiciones, etc.), no con el mundo sino con un conjunto suficientemente amplio de otros portadores.
6. **Teorías pragmáticas de la verdad:** Esta teoría pone de plano la relación entre la verdad y la acción, la importancia de la verdad para la práctica. Dicha “praxis” se entiende bajo el planteamiento de la filosofía de la liberación como realidad histórica y no como lingüística o ciencia pura. Desde una concepción hegeliana – marxista y fenomenológica (X. Zubiri), se toma la praxis como una realidad histórica como una totalidad dinámica, estructural y dialéctica. Por ello, la verdad se construye progresi-

vamente “la verdad no es lo ya hecho, sino que está haciéndose y lo que está por hacer”.

7. **Teorías intersubjetivistas de la verdad:** Las teorías intersubjetivas parten del hecho de que todo conocimiento (y por tanto, toda verdad), consiste en una acción comunicativa, en la cual se comparte algunos supuestos, y se llega a un acuerdo o no acerca de algún hecho o alguna tesis.

Ahora bien, frente al tema de la verdad dentro del proceso judicial se han identificado teorías por doctrinantes del derecho como Echandía (2012) el cual hace referencia a una verdad de tipo material y otra formal. En la primera, existe una correspondencia absoluta de los hechos y los enunciados en la decisión judicial, mientras que en la segunda verdad, se hace referencia a una correspondencia derivada del conjunto de formalismos del proceso judicial.

Por otra parte, Taruffo (2013) critica dichas teorías y observa que frente a este tema solo puede ser posible una verdad de tipo relativa en la cual la sentencia judicial a través de un uso adecuado de los sistemas de valoración probatoria representa el mayor acercamiento o aproximación a la verdad. Al respecto, se puede observar también una verdad judicial de tipo narrativa que hace referencia a aquellas que nacen de una organización lingüística lógica pero alejada de la realidad, cuestión que fuertemente criticada por los doctrinantes contemporáneos del derecho procesal y probatorio.

La verdad en la filosofía general

La revisión de la literatura correspondiente a realizar para comprender la identificación de las diferentes teóricas de la verdad se relacionará a continuación:

1. Las teorías de la correspondencia

El desarrollo epistemológico y ontológico de la teoría de verdad por correspondencia presente dos enfoques, uno débil y otro fuerte. El primero, observa de manera intuitiva la correspondencia mientras que el segundo es más metódico y realista, éste, incurre en una obje-

tivación de la relación cognoscitiva dejando a un lado la humanidad del sujeto cognoscente frente al objeto conocido. Allí se pueden distinguir dos grandes teorías: la teoría semántica y, la no semántica.

- a. **Teoría semántica.** La teoría lógico-semántica propone una definición de verdad que se ajusta a un cálculo de predicados retomando una posición fisicalista y lógico matemática del lenguaje en la cual se protege al mismo de paradojas semánticas, aún en el desarrollo del lenguaje natural según Nicolás y Frápolli (1997) dichas teorías fueron desarrolladas por teóricos como Tarski (1944), Kripke y Quine.

Desde la teoría de la verdad como primitivo semántico se puede observar que las oraciones en su sentido más básico develan un significado de carácter verdadero. Por ejemplo, “la nieve es blanca, si y solo si la nieve es blanca”. Sin embargo, observa Nicolás y Frápolli (1997) que encuadrar dicha teoría de la correspondencia o coherencia sería equivocado, debido a que la verdad está ligada a las actitudes de los seres racionales, tipo de creencia, preferencias, comunicación social y la acción, dicha teoría fue propuesta por Davidson (1990).

De modo que estas teorías desarrollan el pensamiento desde la filosofía del lenguaje y la lógica, debido a que la estructura lógica gramatical juega un papel fundamental en la adecuación entre el texto y la realidad evidenciada por los sujetos cognoscentes. La relación pone como horizonte metodológico de comprensión la estructura lingüística con el fin de comprender la totalidad del fenómeno.

- b. **Teoría no semántica.** Bajo el enfoque de la teoría lógico-empírica, el lenguaje se retoma en su concepción figurativa, es decir, se observa a través del lenguaje como un reflejo de la realidad, toda oración con sentido en un modelo, una representación de un estado de cosas efectivos efectivo o posible. Según Nicolás y Frápolli (1997) los principales exponentes de esta corriente son Russell, Widdgestein, Carnap.

Desde la teoría de las condiciones de la correlación propuesta por Austin, es verdadero el enunciado que tenga correspondencia con un hecho o cosa. La proposición es verdadera cuando existe la correlación entre una convención demostrativa con una descriptiva.

Ahora bien, la teoría del materialismo dialéctico encuentra uno de sus principales exponentes en Schaff el cual observa que desde un punto de vista materialista que el principio de la verdad consiste en “captar la realidad tal cual es”. La verdad es una propiedad de los juicios, y no de las cosas o de los conceptos, o de las representaciones o vivencias. Un juicio es verdadero si se corresponde con o si es adecuado a la realidad objetiva. Esta correspondencia es interpretada como reflejo: el conocimiento es el reflejo subjetivo de la realidad objetiva en la conciencia. Si el reflejo no es distorsionado, estamos frente a la verdad.

De este modo, estas comprenden a la verdad como descripción del objeto, sin fijarse tanto en la estructura lógica de lenguaje utilizado para describir el objeto relacionado con el sujeto cognoscente.

2. Teorías de la redundancia, deflacionistas y pro-oracionales

La teoría por redundancia consiste en decir que el predicado gramatical lógicamente es verdadero ante la relación con el objeto observado. Estas no realizan ninguna función en el lenguaje natural, todo lo que se puede decir utilizando este predicado o cualquiera de sus alternativas, puede decirse sin él. Entre los exponentes de ésta teoría, Ayer, Sellars.

Por su parte, la teoría pro-oracional es un proyecto lógico-semántico de explicación de la verdad. Este se centra en analizar el status lógico y el papel del predicado de los lenguajes naturales. Se desarrolla a través del ejercicio de la analogía. Ejemplo: Miguel ha comprado un carro y “lo” cuida muy bien. Aquí se retoma el enfoque propuesto por Ramsey (1991) y Williams.

De esta forma, estas teorías se relacionan directamente con la filosofía del lenguaje debido a que en la construcción de los textos, la relacionan analógica nos permite comprender por redundancia que de lo que se habla, es de lo que ya se desarrolló en momento anteriores.

3. Teorías de la fenomenología de la verdad

La teoría evidencial planteada por el fundador de la Fenomenología, Husserl (1985), plantea que la verdad consiste en un cierto tipo de “coincidencia”, pero no entre la mente y lo real, sino más bien en el cumplimiento o satisfacción de una expectativa, desarrollada como una coincidencia entre lo que espero y los datos que se hacen presentes en mi conciencia y satisfacen tal expectativa.

Se distinguen tres grados de cumplimiento de dichas expectativas: el “acto signitivo” que carece de plenitud; el “acto intuitivo”, que tiene plenitud, pero como imagen; y la “percepción” que muestra la cosa misma, no solo su imagen; esta, a su vez, también tiene sus grados de perfeccionamiento. La experiencia del cumplimiento de este incontestable darse de las cosas a la conciencia se llama “evidencia”. La verdad es el correlato objetivo del acto de evidencia. La verdad es la “adecuación ideal de un acto relacionante a la respectiva percepción adecuada de la situación objetiva”. La evidencia sería la coincidencia total.

La teoría de la verdad real propuesta por Zubiri concibe que la verdad bajo un enfoque en el cual la sensibilidad y la razón están ligadas. Es cercana a la hermenéutica de Heidegger en la impugnación de la evidencia como último punto de referencia originario. Observa que existe un nivel pre-evidencial de aprehensión real de la realidad. En este punto, la verdad del logos (lógica) y racional deben encontrar concordancia para establecer la verdad. La verdad real es una cualidad de la realidad actualizada, por eso no coinciden verdad y realidad. Puede haber realidad no actualizada, con lo cual carecería de verdad. La verdad real es la ratificación de lo real actualizado. La ratificación es “la fuerza de imposición de la

impresión de realidad. La ratificación es la fuerza de la realidad de la intelección” (Zubiri, 1984).

4. Teorías de la hermenéutica de la verdad

El punto de referencia de esta teoría lo representa Heidegger (1974) el cual retoma la idea de la correspondencia entre el intelecto y la cosa, la proposición y la cosa, el lenguaje y el ente. Sin embargo, dicha correspondencia debe abrirse para la adecuación lingüística, es decir, debe darse solo en un estado de libertad en el cual el ser pueda ser lo que él es. De esta forma, la verdad, se muestra solo en apariencia debido a que en libertad se le deja presentarse como lo quiera ser y una parte de la verdad queda en un estado de no-verdad que es ocultación, misterio y error.

5. Teorías de la coherencia

Esta teoría plantea que la verdad se identifica con la concordancia o adecuación de oraciones o cualquier otro portador de verdad (creencias, proposiciones, etc.), no con el mundo sino un conjunto suficientemente amplio de otros portadores.

Dicha teoría observa que todo está relacionado con un todo, el Todo es lo verdadero. De esta forma, el escepticismo se disipa toda vez que el constructo teórico de las teorías vigentes puede solventar dudas nacientes frente a un aspecto del conocimiento, convirtiéndose así en una teoría de carácter constructivista.

En este punto, Popper (citado por Nicolás y Frápolli, 1997) menciona que dicha coherencia se plantea en una relación lógica con una teoría completa. De este modo, la pirámide planteada por el positivismo lógico encuentran un término de relatividad en el suelo del constructo, toda vez que el mismo es considerado bajo la tesis falsacionista, en la cual el desarrollo de una teoría que evoluciona a través del tiempo identifica sus errores, se deconstruye y se construye continuamente.

Bajo el enfoque teórico de Rescher la verdad a pesar de la distinción criteriológica o definicional debe procurar por desarrollar una

teoría continua o de coherencia ideal que permita contrastar un sistema completo de coherencia.

En Puntel se funda una teoría explicativa-definicional de la verdad que consiste en la reconstrucción sistemático-racional de la verdad en el lenguaje natural.

6. Teorías pragmáticas de la verdad

Estas teorías estudian la relación entre la verdad y la acción, la importancia de la verdad para la práctica.

Para la filosofía de la liberación en América Latina, Ellacuría (1981) plantea que la praxis es la realidad histórica (no acción científica, ni lingüística), entendida como una totalidad dinámica, estructural y dialéctica. La praxis va descubriendo la verdad, “no es lo hecho, sino lo que se está haciendo y lo que está por hacer”. El proceso de búsqueda de la verdad debe ser colectivo, intersubjetivo y comunitario, no solo teórico, sino práctico. La verdad es liberadora, de lo contrario es mera abstracción, esta se alcanza dificultosamente.

Bajo otro punto de vista, la verdad se concibe por el rendimiento práctico que acompaña la verdad y el rasgo de utilidad práctica que acompaña que la acompaña. El rendimiento práctico hace referencia al enfoque constructivista e intersubjetivo a largo plazo que rodea a la verdad. Estas teoría es propuesta por James, Schiller y Dewey.

7. Teorías intersubjetivistas de la verdad

Estas teorías parten de que todo conocimiento (verdad) consiste en acción comunicativa, en la cual se comparten algunos supuestos y se llega a un acuerdo o no acerca de una tesis. De ahí, que todo conocimiento esté lingüísticamente mediado.

Bajo la teoría consensual de la verdad (Habermas, 1989) la misma se enmarca dentro una racionalidad configurada por la teoría de las pretensiones de validez de la comunicación lingüística. Estas son: inteligibilidad (condición de la comunicación misma), verdad y rectitud (pretensiones resolubles en el discurso) y veracidad (solo resoluble en la acción). Esta teoría no solo comprende la verdad de

los enunciados, sino también la rectitud de las normas y valoraciones. La verdad no se plantea en la acción, sino en el discurso, en la forma argumentativa en la que las pretensiones se han problematizado. De ahí que la verdad sea una relación con la justicia del discurso y no del mundo y nosotros (teoría de la correspondencia). Además de ello, al ser intersubjetiva el carácter de validez se adquiere mediante el consenso, en el cual existen reglas lógicas y éticas elementales como no contradecirse y que todos participen. Ahora bien, el horizonte de dicho consenso es la verdad, como una búsqueda conjunta de la misma.

Desde la teoría dialógica de la verdad planteada por Lorenz intenta relacionar la teoría de la correspondencia y la teoría consensual de la verdad bajo el entendido de que los consensos habituales parten de reconstrucciones racionales concebidas como expresiones paradigmáticas las cuales nacen dentro de un ámbito de enseñanza-aprendizaje.

A través de la revisión bibliográfica evidenciada se ha podido categorizar la ficha bibliográfica (Figura 1) con el desarrollo filosófico del concepto de verdad a través de las diferentes ramas de la filosofía.

Conclusiones

Las teorías de la verdad desarrolladas desde la filosofía y la teoría jurídica en cuanto a la identificación de las mismas encuentran especial consonancia con los marcos teóricos desarrollados por los momentos históricos en los cuales el derecho procesal y probatorio ha encontrado diferentes definiciones de la verdad, el modo de obtenerla, los tipos y su relación con la práctica liberadora y emancipadora del ser humano en el mundo.

El establecimiento de verdades absolutas, reales o relativas en la ciencia jurídica, es producto del pensamiento filosófico en el cual, por ejemplo, se hace referencia al conocimiento absoluto del fenómeno a través de la teoría correspondetista, la aproximación a la verdad a través de las teorías hermenéuticas, el apego a la lógica de los predicados en las teorías semánticas, la importancia de la búsqueda de

FILOSOFIA	ENFOQUE TEÓRICO	FORMULACIÓN DE PREGUNTAS
CONOCIMIENTO	DEFINICIONAL	* ¿Qué es la verdad? * ¿Qué se entiende por "verdadero"? * ¿Qué se quiere decir con "x" es verdadero? * ¿Cuál es la esencia de la verdad?
LÓGICA	CRITERIOLÓGICO	* ¿De qué modo se puede verificar si "x" es verdadero?
LENGUAJE	TIPOLÓGICO	* ¿Qué procedimientos son validos para determinar la valides de una proposición? * ¿Qué criterios son validos para distinguir los tipos de verdad?
	VERDAD - ACCIÓN	* ¿Hay verdad sin saber? * ¿Hay vida humana sin verdad? * ¿Qué papel juega la verdad en política, la historia, etc?
	INTEGRAL	Proposición filosófica (Puntel, 1987) Proposición iusfilosofica (Pérez, 2016)

Figura 1. Relación teórica de La Verdad. Parte 1. Fuente: Autores.

TEORÍAS	SUBTEORÍAS	DESARROLLO TEÓRICO
TEORÍAS DE LA CORRESPONDENCIA	* Teorías semanticas	* Teoría lógico - semántica (A. Tarski) * Teoría semántico - formal (E. Tugendhat) * Teoría semántico - fundamental (F. Hindst) * Teoría semántica del realismo interno (H. Putnam) * Teoría semántico - naturalista (W. v. O. Quine) * Teoría semántico - esencialista (S. Kripke) * Verdad como primitivo semántico (D. Davidson)
	* Teorías no semanticas	* Teoría de las condiciones de la correlación (J. Austin) * Teorías lógico - empíricas (B. Russell, L. Widdgestein, R. Carnap) * Teorías dialectico - materialistas (K. Marx, A. Schaff, M. Horkheimer)
TEORÍAS PRO - ORACIONALES	A. Ramsey, P.F. Strawson, D. Grover, C.F.S. Williams.	
TEORÍAS FENOMENOLÓGICAS	Teoría evidencial (E. Husserl, F. Brentano)	
	Teoría perspectivista (J. Ortega y Gasset)	
	Teoría metafórica (P. Ricoeur)	
	Teoría de la verdad real (X. Zubiri)	
TEORÍAS HERMENÉUTICAS	Teoría hermenéutico - ontológica (M. Heidegger)	
	Teoría existencialista (K. Jasper)	
	Teoría linguístico - historica (H. G. Gadamer)	
	Teoría hermenéutico - práctica (M. Foucault)	
	Teoría hermenéutico - linguístico (J. Simon)	
TEORÍAS COHERENCIALES	Teoría lógico - empírica (O. Neurath, C. Hempel)	
	Teoría criteriológica (N. Rescher)	
	Teoría coherencial - sistemática (L. B. Puntel)	
TEORÍAS PRAGMATICAS	Teoría pragmático - funcionalista (W. James)	
	Teoría pragmático - correspondentista (Ch. S. Peirce)	
	Teoría ético - pragmático (S. Haack)	
	Teoría hermenéutico - relativista (R. Rorty)	
	Teoría historico - práctica (I. Ellacuria)	
TEORÍAS INTERSUBJETIVAS	Teoría consensual (K. O. Apel, J. Habermas)	
	Teoría dialógica (K. Lorenz, W. Kamlah)	

Figura 1. Relación teórica de La Verdad. Parte 2. Fuente: Autores.

la verdad material en las teorías pragmáticas o la comprensión de la consensualidad a través de las teorías intersubjetivas, entre otras.

En un punto, se puede llegar a comprender el postulado de Bonorino y Peña (2006) cuando desarrollan la relación indisoluble entre teoría y práctica; estos tópicos convergen en los diferentes momentos históricos para dar solución a determinadas condiciones sociales que hacen necesaria la comprensión de nuevas formas de ver el objeto de estudio.

La verdad en la teoría jurídica a través de la humanidad es producto de la reflexión filosófica acerca de ¿qué es la verdad? Los diferentes momentos históricos lo constatan cuando estos resaltan la solución de conflictos a través de la valoración probatoria que concede la certeza suficiente para que un juez pueda llegar a una resolución justa y adecuada. En este punto, cada momento histórico se relaciona directamente con la valoración de las pruebas, de una forma lógica, racional, emotiva, semántica, real, aproximada, consensual, coherentista, entre otras.

Avanzar en la presente investigación obliga al investigador a comprender el mundo en su totalidad bajo el paradigma de la complejidad, en donde las circunstancias políticas, sociales, económicas, culturales y naturales se relacionan entre sí para definir los diferentes conceptos que nacen para describir la sociedad del presente. El pensamiento a través del tiempo fue, es y será una construcción social determinada por el espacio en el cual la sociedad se desenvuelve ante las circunstancias.

Referencias

- Devis Echandía, (2012) *Compendio de Derecho Procesal Civil*, Edit. Temis S.A., Bogotá, 2012.
- Devis Echandía (2012) *Teoría General de la Prueba*, Edit. Temis S.A., Bogotá, 2012.
- Bonorino & Peña Ayazo (2006) *Filosofía del Derecho*, Escuela Judicial Rodrigo Lara.

- Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, año 2006. Botero Bernal, A. (2010). *Filosofía del derecho e historia del derecho: Espacios para el encuentro*. Historia del Derecho.
- Botero, C (2010) *La Acción de Tutela en el Ordenamiento Jurídico Colombiano*, 2010.
- Devis Echandía, H. (2012). *Compendio de Derecho Procesal*. Bogotá: Temis S.A.
- Camacho, A. (2010) *Manual de Derecho Procesal*, Tomo I, Edit. Temis, Bogotá, 2010.
- Camacho, A. (2010) *Manual de Derecho Procesal*, Tomo II, Edit. Temis, Bogotá, 2010.
- Chiovenda, G. (1997) *Curso de Derecho Procesal Civil*, Edit. Mexicana, México, 1997.
- Chiovenda, G. (1992) *Principios del Derecho Procesal Civil*, Edit. Madrid, Madrid, 1992.
- Constitución Política de 1991, República de Colombia.
- Davidson, D (1990). “Estructura y contenido de la verdad”, en Nicolas J.A./ Frapolli, M. J. (eds.) *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1997 (edit. 1990).
- López, D. (2006) *El derecho de los jueces*. Edit. Legis. Bogotá.
- Ellacuria, I. (1981) *El objeto de la filosofía*. Estudios centroamericanos, pág. 963-80.
- Gaviria Gil, M. V. (2012). *Aproximaciones a la Ciencia del Derecho en Colombia*. Historia y Sociedad.
- Habermas (1989) *Teorías de la verdad, en teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Cátedra, Madrid, 1989.
- Hurtado, J. (2000) *Metodología de la investigación holística*. SYPAL.
- Heidegger, M. (1974) *De la esencia de la verdad*, en ¿Qué es la metafísica? y otros ensayos, Edit. Siglo Veinte.
- Husserl, E. (1985) *Investigaciones lógicas*, Alianza Madrid, 2ª Edición, 1985, esp. Inv. VI., cap. 5. (Edic. Orig. 1905).
- López, H. (2007) *Procedimiento Civil*, Tomo I. Edit. DUPRE, Bogotá, 2007.
- López, H. (2007) *Procedimiento Civil*, Tomo II. Edit. DUPRE, Bogotá, 2007.

- Lorenz, K. (1972) El concepto dialógico de verdad”. En Nicolas J.A./ Frapolli, M. J. (eds.) *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1997 (edit. 1972).
- Martínez, M. (2009). *Metodología de la Investigación Cualitativa*. México: Trillas.
- Nicolás y Frápolli (1997) Estado de la cuestión, teorías actuales de la verdad. *Revista Diálogos filosóficos*, No. 38. Pág. 148-178.
- Nicolás y Frápolli (1997) *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Tecnos, Madrid, 1997.
- Nicolás J.A. (1994) Teoría de la verdad consenso-evidencial y teoría de la verdad fenomenológico- real. *Revista Discurso y realidad*, Trotta, Madrid, 1994, Pág. 144-156.
- Puntel, L.B. (1979) “Verdad” en conceptos fundamentales de Filosofía, Herder, Barcelona, Madrid, 1997.
- Puntel, L.B. (1987) “Verdad” en conceptos fundamentales de Filosofía, Herder, Barcelona, Madrid, 1997.
- Ramsey, F.P. (1991) La naturaleza de la verdad, En Nicolas J.A./ Frapolli, M. J. (eds.) *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1997 (edit. 1927)
- Santander, P. (2011) Por qué y cómo hacer Análisis de Discurso. *Cinta moebio* 41: 207-224 Recuperado de: www.moebio.uchile.cl/41/santander.html
- Taruffo, M. (2013) *Verdad, prueba y motivación de los hechos*. Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral, Edit. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2013.
- Tarski, A. (1944) La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica”. En Nicolas J.A. / Frapolli, M. J. (eds.) *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1997 (edit. 1994).
- Zubiri, X. (1984) La verdad en la intelección sentiente: la verdad real”, en *Inteligencia y Realidad*, Alianza, 1980. Págs. 229-246.

Incidencia del antiformalismo en el plan de estudios y litigación del egresado del Programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta¹

*Gladys Shirley Ramírez Villamizar²,
Máximo Vicuña de la Rosa³*

Resumen

El artículo corresponde al producto de investigación del grupo de investigación Altos Estudios de Frontera, cuyo objetivo fue analizar la incidencia del precedente vinculante en el plan de estudios y en la práctica litigiosa del egresado del Programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, a través del enfoque paradigmático analítico descrip-

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Formación del egresado del Programa Académico de Derecho de la Universidad Simón Bolívar y la incidencia en la litigación en la ciudad de San José de Cúcuta. 2009-2013. Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogada, Universidad Libre Seccional Cúcuta, Especialista en Derecho de Familia, Magister en Educación, miembro del grupo de investigación Altos Estudios de Frontera y Directora del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar-Sede Cúcuta. Autora responsable de la correspondencia sramirez@unisimonbolivar.edu.co
 - 3 Abogado, Universidad Libre Seccional Cúcuta, Especialista en Derecho Procesal y Docencia Universitaria, Candidato a Magister en Educación, profesor del área privado y procesal del Programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar-Sede Cúcuta. Email. mvicuna@unisimonbolivar.edu.co

tivo, bajo la metodología de análisis de contenido del plan de estudios, y recolección de información complementaria mediante una encuesta (escala de Likert de frecuencia simple) aplicada a 140 egresados del programa. Se estableció, que el precedente vinculante como eje temático solo se refleja en un número limitado de las asignaturas, haciendo prevalente el formalismo en la formación profesional del egresado y en su práctica litigiosa; esto supone la necesidad de fortalecer la región profesional de la malla académica en términos de enseñanza del antiformalismo.

Palabras clave: Ejercicio profesional, litigación, precedente vinculante, plan de estudios, sistema jurídico.

Incidence of Antiformalism in the Curriculum and Litigation of Law-Graduates from Universidad Simon Bolívar Cucuta

Abstract

The content of this article is the final product of the research project advance by members of the research group Altos Estudios de Frontera, whose main objective was to analyze the incidence of binding precedent in the curriculum and in the disputed litigious practice of the Law Program graduates at the University Simon Bolívar based at Cúcuta through a paradigmatic analytical descriptive approach as a methodological path who used the content analysis of the curriculum, and collected data through a survey with Likert scale single frequency, in a sample of 140 graduates of the program. It was established that the binding precedent as a central theme is reflected only in a limited number of subjects making formalism prevalent in the training of graduates and its litigation practice; this implies

the need to strengthen the professional academic mesh region in terms of teaching anti-formalism.

Keywords: Professional exercises, litigation, binding precedent, academic curriculum, Law system.

Introducción

La última innovación sobre la norma superior que operó en Colombia introdujo una nueva forma de estudiar el derecho en los centros universitarios del país, requiere a profesores, doctrinantes, operadores judiciales y estudiantes cambiar los paradigmas sobre el sistema de fuentes del derecho planteados hasta al reforma de 1991, incluyendo el nuevo paradigma filosófico-jurídico del precedente vinculante obligatorio (*antiformalismo*) para responder en el aula el interrogante sobre el concepto del derecho.

El precedente en términos generales es aquel mandato de carácter general que surge de la decisión judicial con carácter vinculante y efectos *erga omnes* o como lo enseña Contreras (2011, p. 342), el conjunto de decisiones uniformes respecto a un mismo punto de derecho, lo que equivale a decir que éste nace cuando la *ratio decidendi* se reitera en varias providencias, como requisito para la configuración y obligatoriedad tan pronto se profieran.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia trazó el derrotero que debe seguir el togado al resolver los problemas litigiosos con apoyo en el precedente vinculante, al expresar en la Sentencia (Casación N° 34853, 2012), que la interpretación del derecho por parte de su legítimo intérprete constituye fuente de derecho, como se afirma de la ley, porque el contenido del Artículo 230 de la Constitución Política alude al sometimiento del juez al imperio de la norma, refiriéndose no solo a la expedida por el Congreso; esta tendencia reiterada por la Corte Constitucional en la Sentencia (C-588, 2012), enuncia que en todos los casos, el precedente de las Cortes tiene valor vinculante porque emana de órganos diseñados para la

unificación de la jurisprudencia, en virtud de principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica.

La vinculación del antiformalismo como parte esencial del sistema jurídico colombiano exige a la universidad adecuar el plan de estudio y aplicar reingeniería para estimular la labor docente, direccionándola hacia esta tendencia para lograr que el ejercicio del litigante sea coherente con la realidad social (Tobón, 2008, p.5) e idónea en este nuevo contexto en razón a que debe integrar diferentes saberes para actuar y resolver problemas con sentido de reto, creatividad, comprensión y emprendimiento.

Para determinar la incidencia del antiformalismo en la formación profesional del abogado de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, los investigadores buscaron respuestas a través del análisis de contenido documental, tomando como unidad de estudio el vocablo “precedente vinculante” interpretado por Noriega (2006, p.110) como la fuerza que impone a los órganos estatales los principios determinados por el Tribunal, el deber de seguir de buena fe en los casos idénticos.

Se estudió la vinculación de la unidad de análisis en el micro currículo del programa desde los contenidos analíticos de las asignaturas adoptadas como muestra, y posteriormente se aplicó una encuesta tipo Likert en escala de frecuencia simple a 140 participantes seleccionados aleatoriamente entre 481 egresados del periodo 2009-2013; con este ejercicio se determinó la incidencia en el litigio, desde la visión regional de Cúcuta.

Con la ejecución del proyecto se evidenció que el aporte del precedente al plan de estudios y al ejercicio profesional del litigante es inferior frente al estudio del formalismo, en relación con el número de veces que la unidad de análisis se pudo vincular a los ejes temáticos de las asignaturas y a partir de las respuestas de los encuestados.

Con los resultados obtenidos se busca fortalecer la formación del jurista en el contexto regional, nacional e internacional, pues actualmente la tendencia del derecho interno y latinoamericano se en-

foca hacia la subregla (*ratio decidendi*) emanada de las cortes al observar la legalidad del ordenamiento positivo o para regular nuevos comportamientos sociales, circunstancias relevantes que inciden en el aprendizaje de los estudiantes y desde luego, en el ejercicio profesional de los futuros abogados.

Problema de investigación

El análisis del marco teórico construido originó el siguiente interrogante: ¿De qué manera incide el precedente vinculante en el plan de estudios del Programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta y en la práctica del egresado como litigante?

Metodología

El horizonte metodológico utilizado fue analítico (Herrera, 2008, p.12), porque se partió de un paradigma positivista cuyo objetivo fue establecer la asociación entre variables para objetivizar los resultados a través de una muestra, explicando la realidad del plan de estudios del Programa de Derecho en la Universidad. Se estudiaron los ejes temáticos de las asignaturas de la región profesional mediante el análisis de contenido, para responder a la pregunta formulada en el proyecto.

Siguiendo la ruta metodológica de Aigeneren (2009, pp. 8-25), se tomó como unidad de análisis el estudio del *precedente vinculante* y su incorporación en los ejes temáticos del micro currículo correspondientes al registro calificado del programa (Resolución N°116. 2007), considerando que el precedente tiene fuerza vinculante (Sentencia, C-539, 2011), no sólo en relación con la interpretación de la Constitución sino también de las leyes, porque las sentencias de la Corte Constitucional constituyen una fuente obligatoria de derecho para las autoridades judiciales y administrativas.

De las 53 asignaturas de la región profesional del plan de estudios, se tomó como muestra aleatoria simple 23 de ellas del primero a noveno semestre (Argibay, 2009, pp.13-29); seleccionándose dos y hasta tres asignaturas en función de su mayor concentración de es-

pacios académicos por semestre; garantizando la representatividad muestral, y se analizaron de forma preferencial en cada una sus propósitos de formación, ejes temáticos, metodología, recurso didáctico y referentes bibliográficos empleados por los docentes durante el periodo 2009-2013, como se indica a continuación:

Tabla 1. Asignaturas analizadas en el modelo investigativo

Semestre	Asignaturas elegidas para el análisis 2009-2013
1	Filosofía general, Historia del derecho y Constitucional general.
2	Instituciones jurídicas y Derecho constitucional colombiano.
3	Ideas políticas y Derecho de familia.
4	Administrativo general y Lógica y retórica jurídica.
5	Administrativo colombiano, Relaciones laborales colectivas y Penal general.
6	Derecho internacional humanitario: Derecho civil contratos, Hermenéutica jurídica y Derecho internacional público.
7	Argumentación Jurídica, Derecho penal Especial y Procesal civil general.
8	Técnica de juicio oral y Derecho de menores.
9	Derecho internacional privado y Manejo y negociación de conflictos.

Fuente: Elaboración propia.

Posteriormente se realizó trabajo de campo para obtener información relativa al uso del precedente en el ejercicio profesional de nuestros egresados, aplicando una encuesta en escala de Likert, basada en ítems que adoptaron forma de afirmaciones o juicios, ante los cuales se conminó la reacción de los encuestados pidiéndoles que eligieran uno de cinco puntos expuestos.

Para resolver el primer objetivo, los resultados se procesaron mediante una matriz de análisis de contenido de las asignaturas del plan de estudios, mientras que el segundo objetivo fue resuelto mediante la tabulación de datos proveídos por la encuesta y referencia-

dos a través de porcentajes y gráficos que facilitaran la representación y análisis.

Fundamentos epistemológicos del trabajo de investigación

En el mundo occidental el sistema jurídico se concibe como el instrumento particular que construye la sociedad para resolver sus problemas individuales o colectivos, utilizando el normativismo o el modelo consuetudinario que se administra según los usos y costumbres del conglomerado, para preservar la convivencia pacífica y la protección efectiva de los derechos fundamentales de los individuos; el primero es definido por Fuertes (2007, p.163) como el conjunto delimitado de normas con criterio de validez única, que son identificables a partir de dicho criterio; en el segundo, según Sagástegui (2010, p. 3) como el que deriva en parte de las costumbres de sus pueblos y constituye un conjunto de prácticas que representan la fuente más importante y copiosa de su derecho, manifestado a través de sus Tribunales de Justicia como responsables de dirimir los conflictos.

Sobre el tema, Benítez y González (2007, p.151) expresan que la nueva evolución del constitucionalismo moderno representado en cartas de derechos y con los tribunales garantes, nace la nueva fuente del derecho antiformalista que la comunidad jurídica emplea para enfilar a los jueces en el *formalismo* defendido por la Corte Suprema de Justicia, y el *antiformalismo* por la Corte Constitucional.

El sistema jurídico colombiano se erige sobre el *formalismo* cuyo vértice piramidal es el bloque de constitucionalidad y la carta política, contruidos sobre el principio de obediencia a la norma escrita (Artículo 230 superior). No obstante, el Artículo 241 interpretado en la sentencia (C-131,1993), impone a todos los operadores de la jurisdicción el deber de guardar la integridad y la supremacía de la Constitución, ordenando que las decisiones de la Corte Constitucional se constituyen en cosa juzgada siendo por consiguiente fuente formal del derecho para el juez, por expresa disposición del Artículo 243 *ibídem*.

El antiformalismo se hace evidente cuando la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional interpretan el texto superior como un solo cuerpo y de forma sistemática, para que el efecto de las normas constitucionales (Sentencia, T-030, 2005) se irradie al resto del ordenamiento jurídico, creando en dados casos la *subregla*, con fuerza de cosa juzgada constitucional.

Surge entonces la obligación para los jueces, funcionarios de la administración pública y los particulares de acatar las reglas que constituyen el precedente vinculante, aclarando la Corporación de cierre en la sentencia, (C-634, 2011), que la definición de las reglas de derecho que aplican las autoridades administrativas y judiciales pasa por un proceso interpretativo previo, en que las cortes armonizan el mandato legal particular con el plexo de derechos, principios y valores constitucionales relacionados con el caso, junto con los principios rectores que ordenan la materia correspondiente.

Cuando esta labor es adelantada por las corporaciones de cierre jurisdiccional con la función de unificar la jurisprudencia, la subregla que emana de sus decisiones son obligatorias, agrega la corte, que en términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la *ratio decidendi* de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas.

Con la creación por parte de la Corte constitucional de la línea jurisprudencial sobre el precedente vinculante se desarrolla la tendencia antiformalista, paradigma que impone al togado en su práctica profesional abordar la solución de los litigios particulares no solo aplicando la norma escrita, sino también, la *ratio decidendi*, pues al sentir de la misma corte (Sentencia, C-461, 2013), el precedente tiene carácter obligatorio frente a la toma de futuras decisiones en forma

horizontal y vertical, otorgando seguridad jurídica y confianza legítima de los asociados.

El sistema jurídico mixto operante en nuestro medio demanda un egresado litigante que sea experto en el manejo de la norma y del precedente, con destrezas y habilidades especiales para identificar, interpretar y aplicar adecuadamente la subregla que subyace en las sentencias (*ratio decidendi*); porque esta (Sentencia, SU-1300, 2001), señala la formulación general del principio, regla o razón que constituye la base de la decisión judicial específica con carácter vinculante.

El profesor López (2008, p. 73) en su obra “El derecho de los jueces”, destaca que aunque existe el precedente constitucional, el sistema se aferra a la idea tradicional de la jurisprudencia como fuente auxiliar del derecho. Según él, la doctrina constitucional vigente exige estudiar líneas jurisprudenciales que especifican las subreglas del derecho constitucional, y por lo tanto, la lectura de una línea jurisprudencial bien estructurada prepara al lector para entender un tema social o político que puede resultar complejo o apremiante, así como entender sus opciones y garantizar que las decisiones políticas y sociales de los jueces y abogados sean más eficaces, realistas y comprometidas.

Plan de estudios del Programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta

El Ministerio de Educación Nacional a través del Decreto 1295 (2010), plantea a las instituciones de Educación Superior condiciones mínimas para obtener el registro calificado y autorizar su oferta de programas de calidad. Su Artículo 5° asiente que el plan de estudios debe contener la información que permita verificar los propósitos de formación, perfiles del plan de estudios y estrategias pedagógicas para desarrollar las competencias, que según Olano (2007, p. 386) tienen como objetivo dirigir la actividad del docente hacia el aprendizaje del estudiante, para lograr el desarrollo de ciertos perfiles necesarios para las profesiones que se estudian en las universidades.

En este sentido, el Proyecto Educativo del Programa de Derecho (PEP) estructura el plan de estudios en tres saberes agrupados como: Región Profesional, Región de Ciencias y Competencias Generales, además de la Región Socio-humanística, que conjuntamente fundamentaron el Registro Calificado 2007-2014.

La región profesional tiene como objetivo alcanzar la probidad académica, mediante una secuencia positiva que integra las 16 áreas y 53 asignaturas del saber jurídico, tendientes a que el profesional interprete y argumente apropiadamente en la resolución de conflictos. Esta meta se logra a través del conocimiento profundo y especializado de los docentes respecto al objeto de estudio; porque los maestros según el tratadista Morle (2002, pp. 121-146), revisan constantemente la literatura existente, utilizan el método, el ensayo-error, la razón, la experiencia y la simulación usados aisladamente o en combinación.

Son los docentes, quienes al inicio de cada ejercicio actualizan el contenido analítico de cada espacio académico sin perder de vista el horizonte pedagógico trazado por la institución, que contiene (Beltrán, Quijano y Villamizar, 2008, p. 42) las políticas del discurso pedagógico, el que aunado al cúmulo de experiencias de los docentes los lleva a adoptar en su cotidianidad una serie de actitudes, estrategias, comportamientos y formas de actuar, que se hallan enmarcados dentro de diversas concepciones pedagógicas.

Resultados

En relación con el primer objetivo, relativo a la descripción del sistema jurídico colombiano desde la tendencia *formalista* y *antiformalista*, no cabe duda de su existencia, que del análisis documental realizados al contenido de la norma superior y a la línea jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional, se concluye que nuestro sistema jurídico está compuesto por la tendencia del ius naturalismo (preámbulo de la Constitución), donde se plasma los principios y valores que sirven de guía para la protección de la dignidad humana; un

sistema normativista regulado por el artículo 230 superior y el paradigma del realismo jurídico que fundamenta filosóficamente el antiformalismo liderado por la Corte Constitucional (Artículo 243).

Se estableció que el plan de estudio del programa académico está diseñado para que los estudiantes desde el aula y la actividad extracurricular (créditos académicos), se apropien de las competencias disciplinares con la ayuda del docente, quien desarrolla los contenidos programáticos en las 16 semanas de cada semestre.

El análisis de contenidos realizado sobre las 23 asignaturas seleccionadas aleatoriamente y guiado por los propósitos de formación, eje temático, metodología, recursos didácticos y referentes bibliográficos de cada microcurrículo, permitieron obtener los siguientes resultados en relación con los espacios académicos de la región profesional que involucran la unidad de análisis:

En relación con el segundo objetivo, relativo a la incidencia del *antiformalismo* en el ejercicio profesional del egresado, los resultados revelaron lo siguiente:

La frecuencia de uso de la norma sustantiva y procesal en la solución de controversias en la práctica profesional es empleada mayoritariamente en el 70% de los casos (Figura 1), mientras que la frecuencia de uso del análisis de las líneas jurisprudenciales como método interpretativo para resolver litigios, indica que el 37% y el 32% de encuestados manifiestan respectivamente, que la emplean *casi siempre* y *algunas veces* (Figura 2).

La frecuencia con la que los egresados aplican el *análisis inductivo* del precedente como técnica argumentativa en los estrados judiciales, reveló que el 43% y el 38% asienten en forma respectiva que la emplean *casi siempre* y *algunas veces* (Figura 3), mientras que la frecuencia del *antiformalismo* en la práctica profesional ocupa el 40% de frecuencia de uso en la categoría *algunas veces*, seguida por frecuencias alusivas al *casi siempre* y *casi nunca* que corresponden respectivamente al 21% y el 19% (Figura 4).

Tabla 2. Asignaturas analizadas en el modelo investigativo

Sem.	Asignaturas para el análisis	Eje temático/ precedente vinculante	Semana
1	Filosofía general		
	Historia del derecho		
	Constitucional general	Análisis jurisprudencial	8
2	Instituciones jurídicas	Valor jurídico del precedente jurisprudencial	7
	Derecho constitucional colombiano	Fuentes del derecho constitucional	3
3	Ideas políticas		
	Derecho de familia	Análisis Jurisprudencial en el derecho comparado en Colombia-Venezuela	16
4	Administrativo general		
	Lógica y retórica jurídica		
5	Administrativo colombiano		
	Relaciones laborales colectivas		
	Derecho penal general		
6	Derecho internacional humanitario	Análisis jurisprudencial	11, 12 y 13
	Derecho civil contratos	Lecturas jurisprudenciales	2
	Hermenéutica jurídica	Lecturas jurisprudenciales	14, 15 y 16
7	Derecho internacional público		
	Argumentación y narrativa jurídica	Materialización de la razón práctica en las decisiones judiciales	7
	Derecho penal especial		
8	Procesal civil general		
	Técnica de juicio oral		
	Derecho de menores		

Sem.	Asignaturas para el análisis	Eje temático/ precedente vinculante	Semana
9	Derecho internacional privado Manejo y negociación de conflictos		

Fuente: Elaboración propia.

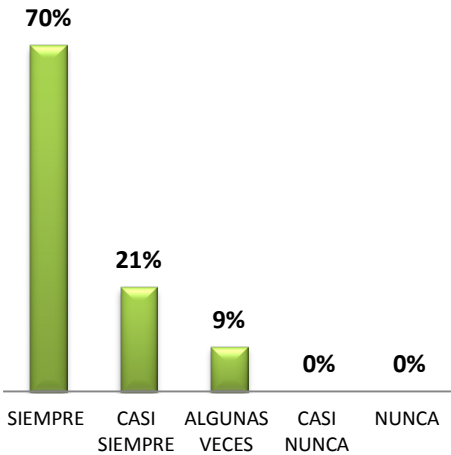


Figura 1. Frecuencia con que el egresado utiliza la norma sustantiva y procesal en la solución de controversias en la práctica profesional.

Fuente: Elaboración propia.

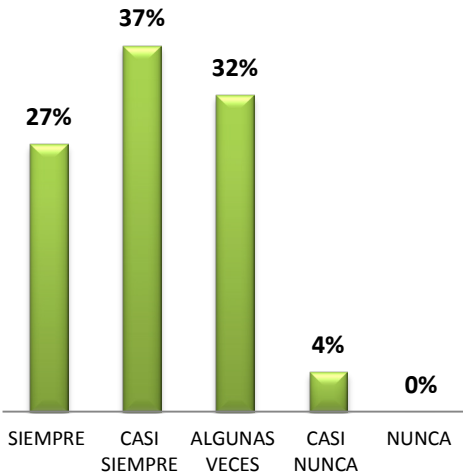


Figura 2. Frecuencia con que el egresado aplica el análisis a las líneas jurisprudenciales como método de interpretación en la solución de litigios judiciales.

Fuente: Elaboración propia.

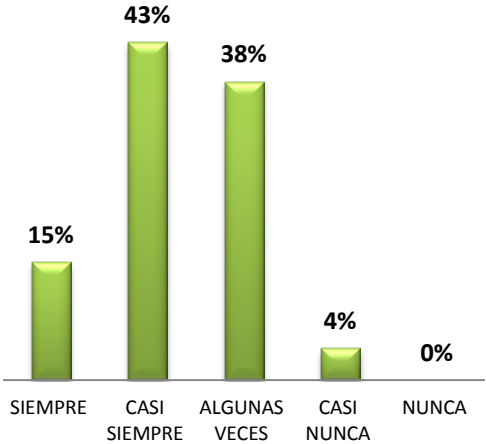


Figura 3. Frecuencia con que el egresado debe aplicar el análisis inductivo del precedente como técnica argumentativa en los estrados judiciales.
Fuente: Elaboración propia.

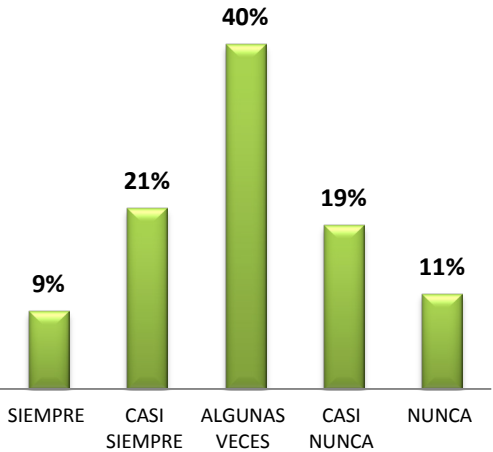


Figura 4. Frecuencia con que utilizan el antiformalismo en la práctica profesional.
Fuente: Elaboración propia.

Los resultados indicaron, que el aprendizaje del antiformalismo como fuente creadora del derecho en la nueva estructura jurídica colombiana, mantuvo menor incidencia frente al formalismo en el plan de estudios del programa de derecho en los términos de este proyecto, impactando en el mismo orden en el ejercicio profesional de los egresados en el campo del litigio.

Discusión

Coherente con la fuente epistemológica que marco el horizonte de este trabajo, que muestra la existencia de tres posturas o tendencias que enmarcan el desarrollo del derecho occidental y que tiene que ver con la presencia del iusnaturalismo, positivismo y el realismo jurídico (antiformalismo), esta última tendencia nos conduce a la resolución de las controversias partiendo del estudio de los fenómenos sociales plasmado en una sentencia, pues según el profesor Novelli (2006, p. 109), el derecho tiene un constante desarrollo y por lo tanto debe atender diariamente la comprensión de la realidad social, para proponer respuestas asertivas y eficientes de justicia.

Estas transformaciones paradigmáticas que emanan de la jurisdicción, incitan a la academia a dinamizar permanentemente los micro currículos a través de fundamentos científicos, y no como una función esencialmente mecánica; al respecto Echevarría (2011, p. 5) afirma que en la medida que los docentes piensen que esta es una labor únicamente técnica, aportan una versión reductiva de las finalidades de la enseñanza jurídica en la universidad, que desconoce el método científico, las finalidades de la ciencia jurídica y de la docencia universitaria.

La investigación demostró que el impacto del *precedente vinculante* como fuente formal del derecho en el plan de estudios, es inferior respecto al *normativismo* considerando que la unidad de análisis solo se evidenció en los ejes temáticos de las asignaturas: Derecho constitucional general, Instituciones jurídicas, Constitucional colombiano, Familia, Internacional humanitario, Contratos, Hermenéutica y argumentación y Narrativa jurídica.

Lo propio ocurrió con la incidencia en el ejercicio profesional del egresado, porque al relacionar los resultados anteriores con las respuestas de los 140 egresados, solo el 9% manifestaron que en el periodo 2008-2013 *siempre* aplicaron el antiformalismo, el 27% aplicó el análisis de líneas jurisprudenciales y el 15% lo empleó como técnica argumentativa; esto significa que esta nueva fuente del derecho se

encuentra por debajo de la media frente al 70% de los encuestados que respondieron que siempre utilizaron el normativismo en la solución de los litigios.

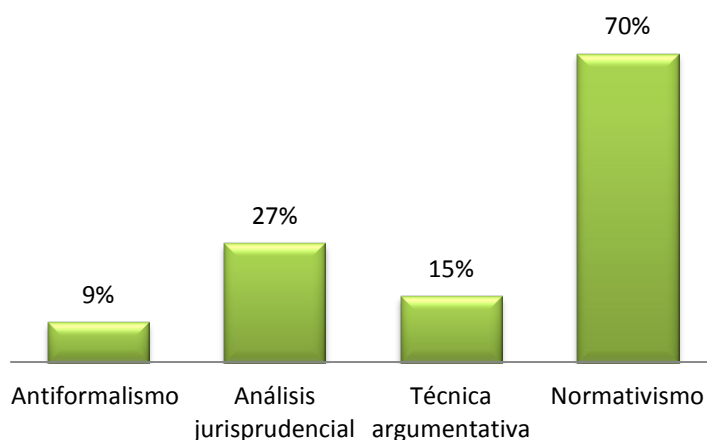


Figura 5. Incidencia del precedente vinculante en el ejercicio profesional del abogado. Fuente: Elaboración propia.

Lo expuesto anteriormente significa que el currículo universitario en lo que atañe a la labor docente debe estar dirigida permanentemente a adaptar el estudio del derecho a los cambios que la sociedad le impone, teniendo en cuenta que al sentir de la Corte siendo el precedente vinculante de estricta aplicación para resolver las controversias dando trato igual a las personas, las didácticas deben estar dirigidas en nuestro caso al estudio conjunto de la norma y del método especial para identificar la subregla que subyace en la *ratio decidendi* elemento de la esencia del antiformalismo ya que a la luz de la hermenéutica constitucional constituye fuente formal del derecho, tema inherente a la formación profesional del abogado.

La indagación de la incidencia del precedente vinculante como fuente formal del derecho en el plan de estudios y el ejercicio profesional del egresado, debe realizarse permanentemente para garantizar que el programa académico se relacione objetivamente con el entorno y sea pertinente respecto a los cambios propuestos en las decisiones de las altas cortes.

Conclusiones

El estudio del marco teórico y de la información obtenida con la aplicación de los instrumentos utilizados en este trabajo investigativo arroja como piedra angular la presencia del iusnaturalismo, el positivismo y del antiformalismo como fuentes primigenias de la esencia del sistema jurídico colombiano.

Como colorario de lo anterior es preciso afirmar que la formación profesional del jurista debe estar diseñada con fundamento en estas tres corrientes paradigmáticas, es decir, el plan de estudios debe estar irradiado en su totalidad por estas corrientes filosófica-jurídicas que inciden necesariamente en el ejercicio profesional del abogado.

Ahora bien, en relación a la ejecución del primer objetivo del proyecto, los resultados señalaron que la presencia y la enseñanza del formalismo en los ejes temáticos de las asignaturas de la región profesional del plan de estudio 2009-2013 es mayor que la del antiformalismo o precedente vinculante.

En el proceso de formación del togado en relación al precedente vinculante y su desempeño profesional como litigante en el municipio de Cúcuta, se estableció que la aplicación es inferior frente al *normativismo*, a la a hora de resolver controversias judiciales.

El programa de derecho de la Universidad Simón Bolívar fortalece el aprendizaje del *antiformalismo* en el claustro universitario, incluyendo en los ejes temáticos los fundamentos epistemológicos en la asignatura de teoría general del derecho que involucra los espacios de filosofía, historia y teoría del derecho en el primer y segundo semestre; Hermenéutica jurídica en tercer semestre y lógica, retórica y argumentación en el quinto semestre.

La labor docente se encamina al uso del método y los recursos didácticos para que los estudiantes se apropien del marco teórico de la nueva tendencia, en lo que tiene que ver con el método de análisis jurisprudencial identificación de la ratio decidendi incorporadas en las sentencias de las cortes, el diseño y construcción de líneas juris-

prudenciales, con la entrada en vigencia de la Resolución 3425 de 2014, por medio de la cual se otorgó el registro calificado al programa de derecho de la universidad para el periodo 2014-2021.

Referencias

- Aigeneren, M. (2009). *Análisis de contenido: Una introducción*. Medellín, Colombia: Centro de Estudios de opinión. (CEO). Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Antioquia.
- Argibay, J. C. (2009). Muestra en investigación cuantitativa. *Revista Subjetividad y Procesos Cognitivos* [en línea]. 1(13). Disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S185273102009000100001yscript=sci_arttext
- Benítez Rojas, V. y González Herrera, G. A. (2007). Kennedy como pretor: Una crítica desde los estudios críticos del derecho a la teoría de la adjudicación judicial y a las teorías jurídicas dominantes en Colombia (Formalismo-antiformalismo). *Revista Universidad Pontificia Universidad Javeriana*. 1. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/9Benitez.pdf
- Beltrán Villamizar, Y., Quijano Hernández, M.H. y Villamizar Acevedo, G.A. (2008). Concepciones y prácticas pedagógicas de los profesores que enseñan ciencias naturales y ciencias humanas en programas de ingeniería de dos universidades colombianas. *Revista Studiositas*. 3(1), pp. 41-45.
- Colombia, Ministerio de Educación Nacional. (2010). Decreto 1295. Por medio de la cual se reglamenta el registro calificado de que trata la Ley 1188 de 2008 y la oferta y desarrollo de programas académicos de educación superior. *Diario Oficial* No. 46.971 del 25 Abril de 2008.
- Contreras Calderón, J. A. (2011). El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho. *Revista Facultad de derecho y ciencias políticas*. 115(41). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n115/v41n115a04.pdf>
- Colombia. Corte Constitucional. (1993). Sentencia C-131. Ref. Exp: D-182. M.P.: Andrés de Zubiria Samper y Lizette Arbeláez Johnson. Norma acusada: Decreto 2067 de 1991, Artículo 2° en sus numerales 2°, 3°, 4° y 5°; y Artículo 23 parcial. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

- Colombia. Corte Constitucional. (1996). Sentencia, C-037. Ref: Exp: P.E.-008. Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, Estatutaria de la Administración de Justicia. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Colombia. Corte Constitucional. (2001). Sentencia, SU-1300. Ref: Exp: T-463299. Tutela de Rodrigo Garavito Hernández vs. El juez regional de Bogotá (hoy Juzgado Especializado). M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Colombia. Corte Constitucional. (2005). Sentencia, T.030. Ref: Exp: T-765622. Acción de tutela incoada por Raúl Solano Conde contra el Juez Décimo Laboral del Circuito de Bogotá. M.P: Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia, C-634. Ref: Exp: D-8413. Autor: Francisco Javier Lara Sabogal. Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 10 (parcial) de la Ley 1437 de 2011. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia, C-539. Ref: Exp: D-8351. Autor: Franky Urrego Ortiz. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 114 (parcial) de la Ley 1395 de 2010. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. M.P: Dr. Luís Ernesto Vargas Silva.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia, C-588. Ref: Exp: D-8864. Actor: Franky Urrego Ortiz. Demanda de inconstitucionalidad: de los Artículos 102 (parcial), 269 (parcial) y 270 (parcial) de la ley 1437 de 2010. M.P: Mauricio González Cuervo.
- Colombia. Corte Constitucional. (2013). Sentencia, C-461. Ref.: Exp: D-9446. Actores: Andrés Felipe Caballero Sierra y otros. Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 17 del Código Civil. M.P: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2012). Sentencia de casación No. 34853. M.P: Fernando Alberto Castro Caballero.
- Echevarría Sáenz, J. A. (2011). Ciencia jurídica, planificación, coordinación y evaluación; el cambio de paradigmas en el tratamiento de la docencia del derecho. IV Congreso de innovación docente en ciencias jurídicas.

- Valladolid, España: Editorial. Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho. Disponible en: <http://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/901/1/Ciencia%20Juridica%2c%20Planificacion.pdf>
- Fuertes-Planas, C. (2007). Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart. *Revista Anuario de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. (8). 2007 (131-186)*. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/AND-H0707110131A/20754>
- Hernández R, Fernández, C & Baptista. P. (2006). *Metodología de la investigación*. (4ª ed.). México: Mc.Graw Hill.
- Herrera, J. (2008). *Investigación cualitativa*. (documento online). Disponible en: <http://juanherrera.files.wordpress.com/2008/05/investigacion-cualitativa.pdf>
- López Medina, D.E. (2006). *Interpretación constitucional: (2ª. Ed.)*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Sala administrativa.
- Novelli, M.H. (2006). Las ideas de Kirchmann acerca de la ciencia jurídica. Consideraciones sobre epistemología y derecho. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Disponible en: <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent299.pdf>
- Olano García, H. (2007). La enseñanza por competencias jurídicas. *Revista Oficial del Poder Judicial* 1/1 2007. 383. Disponible en: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/83955a8043eb7b79a679e74684c6236a/19.+Doctrina+Internacional+++Hern%C3%A1n+Alejandro+Olano+Garc%C3%ADa+\(Colombia\).pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=83955a8043eb7b79a679e74684c6236a](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/83955a8043eb7b79a679e74684c6236a/19.+Doctrina+Internacional+++Hern%C3%A1n+Alejandro+Olano+Garc%C3%ADa+(Colombia).pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=83955a8043eb7b79a679e74684c6236a)
- Resolución 116. (2007). Ministerio de Educación Nacional. Registro Calificado del Programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar, Extensión Cúcuta. 2007-2014. Bogotá: Autor.
- Resolución 3425. (2014). Ministerio de Educación Nacional. Registro Calificado del Programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar, Sede Cúcuta. 2014-2021. Bogotá: Autor.
- Sagástegui Urteaga, P. (2010). *Derecho consuetudinario Andino - Necesidad de su estudio por investigadores jurídicos y aplicaciones*. (Versión online). Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20151008_02.pdf

- Tobón, S. (2008). La formación basada en competencias en la educación superior. El enfoque complejo. Universidad Autónoma de Guadalajara curso Iglu 2008. México. Disponible en: [http://cmapspublic3.ihmc.us/rid=1LVT9TAFX-1VKCoTM-16YT/Formaci%C3%B3n%20basada%20en%20competencias%20\(Sergio%20Tob%C3%B3n\).pdf](http://cmapspublic3.ihmc.us/rid=1LVT9TAFX-1VKCoTM-16YT/Formaci%C3%B3n%20basada%20en%20competencias%20(Sergio%20Tob%C3%B3n).pdf)
- Universidad Simón Bolívar. (2012). Proyecto de Pertinencia e Impacto Social de los Egresados del Programa Académico de Derecho. En: Universidad Simón Bolívar. (2013). Tendencias de los Programas Académicos. Cúcuta, Colombia: Universidad Simón Bolívar.

Capítulo 16

Enfoque de equidad de género: aplicación desde el marco jurídico colombiano¹

*Clara Paola Aguilar²,
Andrea Johana Aguilar Barreto³*

Resumen

Colombia ha afrontado un arduo conflicto armado durante muchos años que inicia a mediados del siglo XX movido por razones políticas, culturales e ideológicas que continuaron por varias décadas en altos niveles de agudización, donde no ha sido ajena la participación de la mujer, pues ha sido una de las víctimas del mismo, sufriendo múltiples ataques de índole físico, psicológico y moral. Bajo este contexto se hace la aproximación al desarrollo normativo frente a la equidad de género se ha tenido.

Palabras clave: Política pública, equidad de género, enfoque de género.

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Políticas Públicas Colombianas frente a la Equidad de género adelantado en la Maestría en Derecho público, elaborada para la Universidad Externado de Colombia, 2016.
 - 2 Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Externado de Colombia. Docente Universidad Simón Bolívar.
 - 3 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.

Gender Equity Approach: Application from the Colombian Juridical Framework

Abstract

Colombia has faced an arduous armed conflict for many years beginning in the mid-20th century moved by political, cultural and ideological factors that continued for several decades at high levels where the participation of women has not been one of the victims of the same, suffering multiple attacks of physical, psychological and moral. In this context, the normative development against gender equity has been.

Keywords: Politics publishes, equity of kind, approach of kind.

Introducción

Antes de hacer una referencia al marco normativo de la equidad de género en el contexto colombiano, se debe hacer un acercamiento a los instrumentos internacionales que sobre la materia se han suscrito y adoptado en la mayoría de los países. Se tiene en primer lugar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Naciones Unidas, 1948, 20 de diciembre) que en su artículo 1° expone que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, y a su vez en el artículo 2° describe que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Así, cada hombre y mujer goza de los mismos derechos y garantías; y, por tanto, de la misma dignidad, y en ese sentido no es posible hacer tratamientos diferenciales o eliminar alguno de los derechos como producto de distinciones, entre estas, el sexo. Pero valga señalarse que antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ya existía en 1946 la Comisión de la Condición Jurídica

dica y Social de la Mujer y cuyo propósito era la promoción de los derechos y hacer seguimiento a las situaciones de las mujeres (Fritz y Valdés, 2006).

En coherencia, Colombia ha desarrollado una línea cronológica tendiente al reconocimiento e implementación del enfoque de género, como se observa en el Cuadro 1.

Cuadro 1. Cronología Jurídica Colombiana frente a la equidad de género

Ley	Objeto
Ley 51 de 1981	Ratifica la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW–.
Ley 82 de 1993	Expide normas destinadas a ofrecer apoyo estatal a la Mujer Cabeza de Familia, dando inicio a la adopción del enfoque de equidad de género.
Ley 248 de 1995	Ratifica la Convención Interamericana de Belém do Pará para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.
Ley 294 de 1996	Se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.
Ley 575 de 2000	Reforma parcialmente la Ley 294 de 1996.
Ley 581 de 2000	Reglamenta la adecuada y efectiva participación de la Mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del Poder Público.
Ley 679 de 2001	Expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución.
Ley 731 de 2002	Se dictan normas para favorecer a las mujeres rurales.
Ley 750 de 2002	Se expiden normas sobre el apoyo, especialmente en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a las mujeres cabeza de familia.

Cuadro 1 (Continuación)

Ley	Objeto
Ley 800 de 2003	Por la cual se aprueba la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños.
Ley 823 de 2003	Dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres.
Ley 1009 de 2006	Crea con carácter permanente el observatorio de asuntos de género.
Ley 1023 de 2006	Vincula el núcleo familiar de las madres comunitarias al sistema de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones.
Ley 1257 de 2008	Dicta normas de sensibilización, prevención y sanción de las formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los códigos de procedimiento penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones y sus respectivos decretos reglamentarios.
Ley 1413 de 2010	Regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país y como herramienta fundamental para la definición e implementación de políticas públicas
Ley 1448 de 2011	Dicta medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Establece normas específicas para las mujeres en los artículos 114 al 118.
Ley 1496 de 2011	Garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones.
Ley 1542 de 2012.	Garantiza la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer y eliminar el carácter de querellable y desistible de los delitos de violencia intrafamiliar en asistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal.

En el contexto colombiano, las normas relacionadas con la equidad de género se desprenden del mismo marco constitucional de 1991. La Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, 20 de julio) expresa se refiere en varios de sus artículos a la igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres, así como a acciones específicas de empoderamiento de la mujer. El artículo 13 indica que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación [...]” y más adelante se describe que el Estado deberá procurar la promoción de las condiciones para una real y efectiva igualdad.

Entonces, se tiene, por un lado, un principio base de interpretación del sistema jurídico, es decir, una regla para la comprensión de las relaciones humanas que tienen incidencia en el ámbito jurídico, y por otro, una imposición al Estado para que a través de normas y políticas específicas promueva el trato igualitario entre los ciudadanos enfocándose en criterios como el sexo, la raza, el origen, la lengua, la religión, la opinión política o la filosofía.

Desde el ámbito constitucional, se encuentra el artículo 40 relacionado con la participación del ciudadano en la conformación, ejercicio y control del poder político. Este derecho en cabeza de todo hombre y mujer se concreta, entre otras cosas, en la capacidad de elegir y ser elegido, el acceso a las diversas formas de participación ciudadana, hacer parte de movimientos o partidos políticos, entre otros. En favor de la mujer, la norma citada menciona: “las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”. En relación con ello se expidió la Ley 581 de 2000 (Congreso de la República, 2000, 31 de mayo) también denominada “Ley de Cuotas” y que tiene por objeto propiciar la efectiva participación de la mujer en el poder público, es decir, las ramas y órganos del Estado.

A nivel familiar, el artículo 42 se refiere a la igualdad de derechos y deberes de la pareja, y se prohíbe las diversas formas de violencia que amenacen la armonía y la unidad del núcleo familiar. Y el artículo

43 enfatiza en la igualdad de los derechos y oportunidades para el hombre y la mujer, y añade que en el embarazo y después del parto, la mujer goza de un especial asistencia y protección por parte del Estado:

La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

De otra parte, en el artículo 43 que “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades, la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”, así mismo el artículo 13 que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”, y finalmente en concordancia el artículo 7 “se reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

En materia laboral, el artículo 53 expresa que son principios mínimos laborales la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, la remuneración mínima y vital móvil, la proporcionalidad en cantidad y calidad de trabajo, la estabilidad laboral, la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles, la primacía de la realidad, entre otros. Adicional a estos se encuentra la protección especial a la mujer y a la maternidad, los cuales favorecen a la materialización de la equidad y el denominado enfoque de género.

Igualmente, en el ámbito constitucional, con el artículo 93 sobre el bloque de constitucionalidad, la equidad de género es reconocida y adoptada, siguiendo la tendencia mundial, promulgando en este sentido convenios. Entre ellos cuatro convenios clave de la OIT: el Convenio C-100 sobre igualdad de remuneración (1951), el Convenio C-111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958), el Convenio C-156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981) y el Convenio C-183 sobre la protección de la materni-

dad (2000). Los Convenios 100 y 111 también se cuentan entre los ocho Convenios fundamentales la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT, y observando que en la Carta de las Naciones Unidas se reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y siendo un objetivo del milenio la de promover la igualdad entre los géneros y promover la autonomía de la mujer, al igual que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979) y la creación del fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) quien es la agencia de las de las Naciones Unidas responsable de impulsar y promover el avance y el bienestar de las mujeres.

A nivel legal, en el contexto rural se expide la Ley 731 de 2002 (Congreso de la República, 2002, 14 de enero) y que tiene por propósito mejorar las condiciones de vida de las mujeres del sector rural. Para ello, se adoptan medidas para favorecer a las mujeres, especialmente, aquellas que se encuentran en una situación económica desfavorable o en desventaja respecto de los hombres.

En el año 2003 se expidió la Ley 823 (Congreso de la República, 2003, 7 de julio) la cual sirve como “marco institucional [para] orientar las políticas y acciones por parte del gobierno para garantizar la equidad y la igualdad de oportunidades de las mujeres, en los ámbitos público y privado”. Como se observa, esta norma va más allá y gestiona herramientas para una equidad de género efectiva, real y palpable. El artículo 3° de esta norma indica que el plan de igualdad de oportunidades estará orientado a:

- a) Promover y garantizar a las mujeres el ejercicio pleno de sus derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales y el desarrollo de su personalidad, aptitudes y capacidades [...];
- b) Eliminar los obstáculos que impiden a las mujeres el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos y el acceso a los bienes que sustentan el desarrollo democrático [...]; y c) Incorporar las políticas y acciones de equidad de género e igualdad de oportunida-

des de las mujeres en todas las instancias y acciones del Estado, a nivel nacional y territorial.

En otras palabras, se debe hacer una inclusión del enfoque de género en todos los planes y programas del Estado colombiano en sus diversos niveles territoriales. Se puede inferir un compromiso desde el legislativo por cerrar las brechas entre hombres y mujeres en materia de oportunidades y participación pública y privada. A su vez, el Documento Conpes 91 de 2005 (Departamento Nacional de Planeación –DNP–, 2005, 14 de marzo) se suma al conjunto de iniciativas que tienen por objeto la materialización de las normas constitucionales en materia de equidad de género. El tercer objetivo de desarrollo es “promover la equidad de género y la autonomía de la mujer”. Este objetivo se estructura en tres metas que giran en torno a los ámbitos de la violencia de género, el mercado laboral y la participación.

También se encuentra en este ámbito la Ley 1257 de 2008 (Congreso de la República, 2008, 4 de diciembre) la cual representa un avance del ordenamiento interno, pues es la materialización del compromiso asumido por Colombia para erradicar toda forma de violencia contra la mujer, tomando como base los lineamientos y mecanismos establecidos en la Declaración de Beijin. Esta tiene por objeto “**la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres**”.

En esta ley se estipulan cuáles son los derechos que tiene la mujer, pero sobre todo cuales son los que tiene cuando son víctimas de la violencia y se establecen las medidas que debe tomar el gobierno para garantizarlos, delegando funciones a sus autoridades a nivel nacional y regional. **Para ello se reforma el Código Penal y se dictan otras disposiciones. Conforme al artículo 1° de la Ley, esta iniciativa busca:**

[...] la adopción de normas que permitan garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en

el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, y la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización.

También se debe referenciar la Ley 1413 de 2010 (Congreso de la República, 2010, 11 de noviembre) cuyo objeto es “regular la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país”. En otras palabras, la Ley busca visibilizar la labor de la mujer en el desarrollo y crecimiento del país, pues la variable asociada al cuidado realizado por las mujeres no había sido considerada para la interpretación de la dinámica económica en el país.

De otra parte, una de las principales herramientas jurídicas con las que cuenta el Estado colombiano para atacar esta problemática es la ley 1148 de 2011 “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, en la que se constituye el enfoque diferencial, que no es más que el reconocimiento de la existencia de “poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual, situación de discapacidad” (art. 13). En el segundo inciso del artículo 13 *ibídem*, explica, que el Estado prestara especial protección y garantías a los grupos más expuestos en el conflicto armado, entre esos a la mujer. En coherencia, el artículo 28 numeral 12 establece el “Derecho de las mujeres a vivir libres de violencia”. Del mismo modo un acápite muy importante de la citada ley, evidencia la prelación especial que brinda el Estado a las mujeres inmersas en el conflicto armado, como lo son; “las normas para las mujeres en los procesos de restitución”.

La Ley 1450 de 2011 (Congreso de la República, 2011, 16 de junio) por el cual se expide el Plan de Desarrollo 2010-2014, que expresó la voluntad del Gobierno Nacional para adoptar “una política pública nacional de Equidad de Género para garantizar los derechos humanos integrales e interdependientes de las mujeres y la igualdad de género, teniendo en cuenta las particularidades que afectan a los

grupos de población urbana y rural, afrocolombiana, indígena, campesina y Rrom, señala en el artículo 177 la función del Gobierno Nacional en la construcción y adopción a la política nacional de equidad de género a fin de:

[...] garantizar los derechos humanos integrales e interdependientes de las mujeres y la igualdad de género, teniendo en cuenta las particularidades que afectan a los grupos de población urbana y rural, afrocolombiana, indígena, campesina y Rom. La política desarrollará planes específicos que garanticen los derechos de las mujeres en situación de desplazamiento y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

Y en el artículo 179 conmina al Gobierno Nacional a la adopción de la Política Nacional para la prevención de todas las formas de violencia y discriminación contra las mujeres, por lo que:

[...] se deberá acoger las recomendaciones de los organismos internacionales de protección de los DD.HH. y las obligaciones contenidas en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”. Esta política deberá ser concertada con las organizaciones de mujeres.

De otra parte, no solo el marco normativo del conflicto armado ha posicionado jurídicamente el enfoque de género en Colombia, se observa un importante avance legislativo sobre este tema. De hecho, la ley 1542 de 2012 “por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, en el que su objetivo principal es eliminar el carácter de querellables y desistibles los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal. Se puede deducir de lo anterior, que el legislador tuvo la intención de brindarles más herramientas a la mujer y a las personas que la rodean, para que pudieran denunciar las conductas constitutivas de delito en contra de ellas, especialmente la de inasistencia alimentaria. En ese contexto, se podría pensar,

que la anterior ley no abarcaría situaciones en el conflicto armado, sin embargo, tiene un ámbito de aplicación, en el entendido que, ese tipo de delitos, se pueden presentar en el conflicto armado.

Revisando el marco normativo más reciente, se observa un avance normativo considerable a través de la ley 1761 de 2015 “por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones”. Castiga con más severidad a quien incurra en este nuevo tipo penal, pensando única y exclusivamente en proteger a la mujer, por razón de su género.

Estos acontecimientos normativos anteriormente mencionados, acerca de la mujer víctima del conflicto armado en el país, se está empezando a afianzar el camino para reparar el impacto y efectos que ha dejado el conflicto sobre las mujeres colombianas. Por ello, actualmente en Colombia, se está promoviendo la participación activa de las mujeres en los procesos de toma de decisiones, en el marco de las reparaciones a víctimas de violación de sus derechos humanos.

Pronunciamientos jurisprudenciales frente a la equidad de género

Ahora bien, la jurisprudencia también se ha referido al tema de equidad de género brindando elementos de interpretación importantes que han servido en la reconstrucción del ordenamiento legal. La sentencia T-426 de 1998 de la Corte Constitucional (1998, 18 de agosto) se refiere a la especial protección de la mujer trabajadora en estado de embarazo o en lactancia generando una estabilidad laboral reforzada, garantía que se fundamentan en la Constitución y los tratados internacionales relacionados con la materia:

La reciente jurisprudencia de esta corporación ha dejado en claro que la mujer embarazada tiene derecho a gozar de una especial protección en su trabajo, pues la Constitución y los tratados internacionales imponen al Estado y a la sociedad la obligación

de respetar el derecho de la mujer, en embarazo o en período de lactancia, a gozar de una “estabilidad laboral reforzada”.

En la sentencia C-371 de 2000 (Corte Constitucional, 2000, 29 de marzo) se realiza una revisión del Proyecto de Ley que da lugar a la legislación relacionada con la participación de las mujeres en el poder público (Ley de Cuotas). Entre otras cosas, esta sentencia se refiere al concepto de igualdad formal, las acciones afirmativas y la cuota como acción afirmativa en favor de la mujer. Respecto del primero señala:

Si bien la igualdad formal no es reacia a que se establezcan diferencias en el trato, pues ella debe ser interpretada conforme a la conocida regla de justicia según la cual hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, sí supone que todos los individuos, como sujetos de derechos, deben ser tratados con la misma consideración y reconocimiento, y que, ante todo, un tratamiento distinto, debe justificarse con argumentos de razonabilidad y proporcionalidad.

En cuanto a las acciones afirmativas la Corte señala que se trata de una posibilidad para que las entidades públicas y las autoridades puedan reducir los tratos diferenciales injustificados:

Las acciones afirmativas, incluyendo las de discriminación inversa, están expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables. (Corte Constitucional, 2000, 29 de marzo).

Y en cuanto a la cuota como acción afirmativa la Corte encuentra que se trata de una estrategia que se adecua al orden constitucional en la medida que se interpreta como un mínimo que no afecta a otros grupos:

La cuota es, sin duda, una medida de acción afirmativa –de discriminación inversa–, que pretende beneficiar a las mujeres, como grupo, para remediar la baja participación que hoy en día tienen en los cargos directivos y de decisión del Estado. Esta cuota es de naturaleza “rígida”, pues lejos de constituir una simple meta a alcanzar, es una reserva “imperativa” de determinado porcentaje; aunque entendido éste como un mínimo y no como un máximo. Así mismo, la Corte entiende que es una cuota específica y no global. Es decir que se aplica a cada categoría de cargos y no al conjunto de empleos que conforman el “máximo nivel decisorio” y los “otros niveles decisorios” (Corte Constitucional, 2000, 29 de marzo).

En la sentencia C-310 de 2007 (Corte Constitucional, 2007, 3 de mayo), el Tribunal Constitucional se refiere al trabajo doméstico reiterando el principio laboral de interpretación “a trabajo igual, salario igual”, en especial, lo relacionado con el tema de las prestaciones sociales de las trabajadoras de servicio doméstico. En esta sentencia, la Corte revaloriza la labor de la mujer en las actividades domésticas, y expresa: “pese a la influencia que en los últimos tiempos han tenido las políticas de género, aún hay quienes creen, sin razón, que basta con “ser mujer” para ejercer tareas del hogar socialmente poco valoradas”.

En el contexto del conflicto armado interno y género, la Corte Constitucional se ha referido al problema en el Auto 031 de 2007 (Corte Constitucional, 2007, 24 de mayo), el Auto 092 de 2008 (Corte Constitucional, 2008, 14 de abril) y el Auto 008 de 2009 (Corte Constitucional, 2009, 26 de enero). Con el Auto del 2007, la Corte Constitucional se refiere por primera vez a la necesidad de adoptar medidas para afrontar el fenómeno del desplazamiento interno atendiendo al enfoque o perspectiva de género y al estado de cosas inconstitucionales. Por ello, se ordena el traslado del enfoque de género desarrollado por la Corte Constitucional a la política que tiene por objeto la atención de la población en situación de desplazamiento y a los informes de los funcionarios que tienen por función la implementación de la política.

En el Auto del 14 de abril de 2008, la Corte Constitucional la corte Constitucional le exige al Estado que adopte las medidas requeridas para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del conflicto armado y en situación de desplazamiento forzado. Se menciona en este pronunciamiento el efecto desproporcionado del conflicto armado sobre la mujer y se ordena la construcción de trece (13) programas específicos para la atención de la mujer con el fin de contrarrestar los riesgos sobre los Derechos Humanos de este grupo social. Son diez (10) riesgos identificados por la Corte Constitucional en este Auto:

(i) el riesgo de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual; (ii) el riesgo de explotación o esclavización para ejercer labores domésticas y roles considerados femeninos en una sociedad con rasgos patriarcales; (iii) el riesgo de reclutamiento forzado de sus hijos e hijas por los actores armados al margen de la ley, o de otro tipo de amenazas contra ellos; (iv) los riesgos derivados del contacto o de las relaciones familiares o personales -voluntarias, accidentales o presuntas- con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales que operan en el país o con miembros de la Fuerza Pública; (v) los riesgos derivados de su pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas de mujeres, o de sus labores de liderazgo y promoción de los derechos humanos en zonas afectadas por el conflicto armado; (vi) el riesgo de persecución y asesinato por las estrategias de control coercitivo del comportamiento público y privado; (vii) el riesgo por el asesinato o desaparición de su proveedor económico o por la desintegración de sus grupos familiares y de sus redes de apoyo material y social; (viii) el riesgo de ser despojadas de sus tierras y su patrimonio con mayor facilidad por los actores armados ilegales dada su posición histórica ante la propiedad; (ix) los riesgos derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las mujeres indígenas y afrodescendientes; y (x) el riesgo por la pérdida o ausencia de su compañero o proveedor económico durante el proceso de desplazamiento (Corte Constitucional, 2008, 14 de abril).

A través del Auto 092/08 menciona que las mujeres están expuestas en el marco del conflicto armado, a riesgos por razón de su género, los cuales son; violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual, explotación o esclavización para ejercer labores domésticas, reclutamiento forzado de sus hijos e hijas por los actores al margen de la ley, despojo de sus tierras y su patrimonio, condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las mujeres indígenas y afrodescendientes.

Por último, el Auto 008 de 2009 hace referencia a la situación y condiciones en que se encuentra la población víctima de desplazamiento, y reitera el estado de cosas inconstitucionales por la incapacidad del Estado en brindar respuesta efectiva al grave problema del conflicto armado interno. Por tanto, se conmina a las autoridades a seguir avanzando en el diseño de políticas, programas y acciones que permita la protección de los derechos fundamentales de las víctimas.

Política pública nacional de equidad de género en Colombia

La política pública (en su concepción más amplia) hace referencia al conjunto base de principios, establecidos por norma general de manera legislativa, que dirigen el accionar de un gobierno, especialmente de los diversos estamentos que componen su rama ejecutiva/administrativa, para tratar con un grupo de problemas establecidos, tanto en el corto como en el largo plazo. Pero es importante añadir a esta perspectiva de política pública una nueva dimensión atendiendo al carácter político de los hombres: la permanente participación del ciudadano. Por esta razón, López (2007) considera que las políticas públicas en gran parte del siglo XX estaban centradas en la acción estatal, pero que en los últimos años son formas de enlazar al Estado, al gobierno y al ciudadano.

Por otro lado, la Fundación Nacional para la Superación de la Pobreza y Fondo de las Américas (2000) ha mencionado que el concepto manejado de política pública no busca la participación activa de la

ciudadanía y por ello explica que la política pública “corresponde a lo que se define como participación en el Estado (...) más que como promoción de la autonomía de la sociedad civil, en cuanto creación de un espacio de decisiones públicas distinto del Estado y del mercado”. En otros términos, la noción de política pública que se ha manejado, excluye en la práctica, la participación de la sociedad civil en lo que respecta a la posibilidad de designar medidas y acciones coherentes con las necesidades de la población.

Las políticas públicas desde una noción positiva deben entenderse como una conciencia colectiva de los objetivos que pueden lograrse y una movilización de todos los actores sociales y económicos para lograrlo. Así, las políticas públicas son un mecanismo de participación ciudadana que hacen un aporte desde el pueblo y desde el carácter público del Estado que es la sociedad civil en sí misma, generando propuestas para el conjunto en general desde cada uno de los grupos sociales que componen el total de la población civil.

En este orden de ideas, las políticas públicas son “la expresión decantada y genuina del interés general de la sociedad” (Oszlak, 1980), es decir que en el interés popular tienen su nacimiento (en lo público) pero sólo será en el aparato burocrático donde se diseñarán e implementarán (en la política). Oszlak (1980) considera que en “la vinculación entre política y administración se tiende a destacar la bondad de la primera y la naturaleza intrínsecamente oblicua o anómala de la segunda”, por cuanto el aparato burocrático es un ámbito tendiente a la corrupción. Sabsay (2001) citado por Croce (1999, p. 188), al igual que Oszlak (1980), se refieren a la dirección de la política pública que, por esencia, debe ir enfocada a la satisfacción de las necesidades sociales, al decir que estas “son aquellas líneas de acción que apuntan a satisfacer el interés público y tienen que estar dirigidas o encaminadas hacia el bien común”.

De una forma más sincrética, Muller (2002), afirma que una política pública “se presenta bajo la forma de un programa de acción gubernamental en un sector de la sociedad o en un espacio geográfico”. Algo similar estima Dye (1998) citado por Vargas (2004) para

quien las políticas públicas son “los proyectos gubernamentales y las actividades administrativas propuestas y gestionadas desde el Estado (a través de un gobierno y de una administración pública) con la finalidad de satisfacer las necesidades de una sociedad en el presente y también en el futuro”. También para Valencia y Álvarez (2008) “las políticas públicas se relacionan con el conjunto de instituciones que toman decisiones para resolver problemas y desajustes sociales” dentro de una nación.

La política pública debe ser concebida no solo como la simple determinación inicial de principios de acción estatal, sino como una sumatoria de tres factores progresivos, a saber: “a) el diseño de una acción colectiva intencional, b) el curso que efectivamente toma la acción como resultado de las muchas decisiones e interacciones que comporta y, en consecuencia, c) los hechos reales que la acción colectiva produce” (Aguilar, 1993). La política pública trasciende su formulación, al entrar en la realidad, y por lo tanto su estudio debe abarcar igualmente la manera en que dicha formulación se materializa al ser implementada, y las consecuencias que genera a su vez dicha materialización en la realidad social.

Cabe destacar a Muller (2002) quien percibe la política pública como todo un proceso de mediación social, aspecto que se ha querido resaltar en estas páginas, al hacer hincapié en el carácter político del ser humano, la nueva dimensión de la política y la necesaria inclusión del ciudadano en los asuntos políticos. En efecto, la política pública aborda un desajuste social y su gestión se realiza en relación con un sector global. Así las cosas, la política pública resulta un instrumento de igualdad, de concesión y sobretodo de participación para la solución de problemáticas de amplia afectación social.

Uno de los problemas centrales de las sociedades actuales es el desequilibrio de participación entre los hombres y mujeres en las diferentes esferas y áreas. Por ello, los Estados contemporáneos han buscado diferentes estrategias y acciones para promover la igualdad y la equidad de género a fin de eliminar todas las formas discriminatorias que coloquen en desventaja a las mujeres, quienes desde el

punto de vista histórico han sido excluidas y llevadas a un segundo plano en términos de participación.

En el marco de la equidad de género, las políticas públicas sobre este tema tienen un enfoque primordial hacia las mujeres, ya que, la inequidad de género es hoy por hoy uno de los flagelos que genera mayor desigualdad y problemas, además de amplios costos a la sociedad. Las desigualdades en cuanto al género son resultado directo de visiones tradicionales arraigadas en la cultura sobre el papel y el lugar que ocupan las mujeres en la sociedad, en base a prejuicios y discriminaciones. La inequidad de género, con sus connotaciones dentro de la historia, está como el génesis de varias de las problemáticas que afectan el valor y el principio de la igualdad social, principalmente con afectación de la mujer.

Las concepciones tradicionales de cabeza de hogar, de familia, de división sexual del trabajo, de responsabilidades, entre otras, han sido la fuente de la que han bebido siglos de discriminación y de exclusión contra la mujer. La marcada vulnerabilidad del sexo femenino no coincide con los ideales culturales basados en la acumulación, el lucro y el consumo, que requieren de mano de obra fuerte físicamente como la de los varones como base de la producción y organizadores de la sociedad. Es así como se ha constituido una cultura patriarcal centrada en el hombre, en la que a las mujeres se les violan constantemente sus derechos y se les impide su realización plena (Organización Internacional del Trabajo et al., 2013).

Es esta una cultura que segrega a las personas de género femenino, cargada de prejuicios y desigualdades, una cultura que reprime y tacha la mal ponderada capacidad de la mujer, sometiéndola, anulándola o apartándola; en síntesis, una cultura que impide el ejercicio de los derechos humanos a una parte considerable de la sociedad. Avanzar hacia la igualdad de género, el cumplimiento del rol y el respeto de los derechos humanos es el horizonte hacia el que se encaminan las políticas públicas para la equidad de género, las cuales, no persiguen otro objetivo que restituir los derechos y dar el valor que

le es inherente a hombres y mujeres por igual desde el mismo momento de nacer (Benavente y Valdés, 2014).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 es clara en reconocer la igualdad de todas las personas en términos de derechos y garantías. Es decir, ya desde hace más de 65 años se ha reconocido la igualdad como un derecho intrínseco a la misma naturaleza humana:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición [...]. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos (hombres y mujeres) tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja la Declaración [...].

A pesar de que el derecho a la igualdad esté contemplado como un derecho universal e inalienable de todos los hombres y mujeres en el mundo y en otros múltiples acuerdos y tratados internacionales, es evidente que la cultura patriarcal de la cual es víctima por género la mujer, impone un orden inicuo generador de múltiples desigualdades, v. gr. económicas, de poder, de garantía de los derechos, entre otras. Las mujeres han padecido durante siglos la exclusión, discriminación, persecución y constante violación a sus derechos humanos. Por esto, los diferentes Estados han buscado a través de la política pública, establecer acciones estatales para enfrentar esta situación en campos o niveles como la educación, el empleo o el trabajo, el reconocimiento de determinados derechos, la participación en escenarios políticos, entre otros.

Reconocer a la mujer como individuo activo de la sociedad está en dirección contraria a la subordinación cultural y social que ejercen sobre el género femenino determinados grupos en diferentes sociedades en el mundo: “La violencia contra las mujeres es una injusticia de reconocimiento, cuya superación no depende de medidas de redistribución, sino que exige la reestructuración de las relaciones de

reconocimiento, construyendo nuevos patrones culturales igualitarios, que cuestionen y transformen los patrones culturales androcéntricos dominantes” (Benavente y Valdés, 2014).

En países como Brasil y Uruguay se han establecido políticas públicas encaminadas a enfrentar la violencia en contra del género femenino. Estas políticas están orientadas a la justicia de género ya que por un lado, promueven la autonomía física de la mujer y por otro, buscan la terminación de la desigualdad y la discriminación de género combatiendo los aspectos que generan la violencia contra las mujeres. Las políticas del Estado Plurinacional de Bolivia y de Costa Rica, dan respuesta a la situación de desigualdad en la esfera política, expresada en la dificultad de las mujeres para participar en aspectos políticos y sociales en igualdad con los hombres (Benavente y Valdés, 2014).

La política pública en Chile busca reconocer las mujeres como ciudadanas con iguales derechos que las personas de género masculino, así como establecer oportunidades de trabajo en ámbitos donde los varones eran los únicos en desempeñar cargos u oficios. En México, la política pública de equidad de género asegura que una parte del presupuesto federal sea destinado a programas y actividades para las mujeres, en pro de su bienestar, su desarrollo y a la búsqueda de equidad con el género opuesto (Benavente y Valdés, 2014).

En Colombia, la política pública de equidad de género, exalta el aporte de las mujeres en desarrollo de las sociedades colombianas a través de dos documentos marcos que constituyen la ruta hacia el propósito que permite integrar socialmente a la mujer en el desarrollo del país: los lineamientos de la Política Pública Nacional de Equidad de Género para las Mujeres y los Lineamientos del Plan Integral para Garantizar a las Mujeres una vida Libre de Violencias 2012-2022. Con estas políticas el Estado Colombia ha buscado minimizar la brecha entre el reconocimiento de derechos y el ejercicio de estos para la mayoría de las mujeres en Colombia, con especial énfasis en mujeres que se encuentran en situación de vulnerabilidad extrema (Alarcón, 2012). El Estado colombiano busca reconocer a través de la política pública que las mujeres, como individuo social, aportan des-

de todas las perspectivas al crecimiento de la Nación (Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, 2012).

La política pública nacional de género se fundamenta en los siguientes principios orientadores: igualdad y no discriminación, interculturalidad, reconocimiento de la diversidad y de las diferencias desde un enfoque de derechos, autonomía y empoderamiento, participación, solidaridad, corresponsabilidad y sostenibilidad. El objetivo general de la política se describe en los siguientes términos:

Asegurar el pleno goce de los derechos de las mujeres colombianas garantizando el principio de igualdad y no discriminación, teniendo en cuenta las particularidades urbana y rural, afrocolombiana, negra, palenquera y raizal, indígena, campesina, Rom, así como a las mujeres de diversas opciones sexuales y a aquellas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, como las mujeres en situación de desplazamiento, discapacidad, las mujeres cabeza de familia, las madres gestantes y las víctimas de diversas formas de violencia basadas en género. (Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, 2012, p. 55)

Como se observa, la política nacional gira en torno a la visión del logro de la igualdad desde la perspectiva de género y la no discriminación, pues se debe recordar que la igualdad también tiene otros enfoques como el de raza, origen, ideología, credo, etcétera. Resulta fundamental la diferenciación que se realiza entre las mujeres del sector rural y el sector urbano, así como la diferenciación étnica. Se destaca también otras situaciones que generan vulnerabilidad como el desplazamiento, la discapacidad, el rol de madre cabeza de familia, el embarazo y la lactancia, entre otras.

La política pública formula un conjunto de estrategias fundamentales para el logro de los objetivos de la política pública en favor de la equidad de género:

- a. Plena participación de las mujeres en el mercado laboral con igualdad de oportunidades.
- b. Conciliación de la vida familiar y laboral.

- c. Protección de los derechos de las mujeres en riesgo o víctimas de desplazamiento forzado y otras violencias contras las mujeres en el marco del conflicto armado.
- d. Reconocimiento y fortalecimiento de las mujeres y sus diferentes formas organizativas en la construcción de la paz.
- e. Fomento a la participación de las mujeres en instancias de poder y toma de decisiones.
- f. Garantías a las mujeres en todo su ciclo vital del enfoque diferencial en el sistema de salud y en los derechos sexuales y reproductivos.
- g. Garantías a las mujeres en todo su ciclo vital del derecho a la educación con enfoque diferencial.
- h. Promoción y fortalecimiento del acceso a la propiedad y a los recursos productivos.
- i. Disminución de los factores de riesgo y/o vulnerabilidad de las mujeres frente a hábitat y ambiente.
- j. Movilización y comunicación para la transformación cultural.
- k. Fortalecimiento institucional.

Sin importar el territorio donde se establezcan las políticas públicas de equidad de género, están encaminadas a la aceptación de la diversidad, a la restitución (en algunos casos) y protección de los derechos humanos, a dar solución a diferentes problemáticas sociales generadas por la discriminación y desigualdad hacia la mujer. En común tienen que desde diversas perspectivas buscar combatir la desigualdad de género y brindar mayor autonomía a las mujeres. La igualdad acarrea diferentes formas de convivir en base a la tolerancia y el respeto de los derechos con el fin de menoscabar los espacios que existen entre el pleno goce de derechos entre hombres y mujeres.

En Colombia, la política pública de equidad de género, exalta el aporte de las mujeres en desarrollo de las sociedades colombianas a través de dos documentos marcos que constituyen la ruta hacia el propósito que permite integrar socialmente a la mujer en el de-

sarrollo del país: los lineamientos de la Política Pública Nacional de Equidad de Género para las Mujeres y los Lineamientos del Plan Integral para Garantizar a las Mujeres una vida Libre de Violencias 2012-2022. Con estas políticas el Estado Colombia ha buscado minimizar la brecha entre el reconocimiento de derechos y el ejercicio de estos para la mayoría de las mujeres en Colombia, con especial énfasis en mujeres que se encuentran en situación de vulnerabilidad extrema (Alarcón, 2012). El Estado colombiano busca reconocer a través de la política pública que las mujeres, como individuo social, aportan desde todas las perspectivas al crecimiento de la Nación (Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, 2012).

La constitución de la Plataforma de Acción de Beijing en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y el desarrollo de las políticas de género (CEPAL, 2010), constituyen sin lugar a duda muestra de la conciencia que la sociedad y las entidades gubernamentales han tomado sobre la necesidad de promover la equidad de género. Sin embargo, la División de Asuntos de Género de la CEPAL manifiesta “América Latina, en un 35% de los países hay un ministerio de igualdad de género o una entidad con rango ministerial en esta área, en un 20% se han creado concejos o institutos adscritos a la presidencia o cuyo titular es directamente responsable ante el presidente y en un 45% existen entidades adscritas a un ministerio. En el Caribe, el 90% de las entidades dependen de un ministerio. Existe un grupo menor de países que aún no cumple con el compromiso adquirido en Beijing de crear organismos destinados a la puesta en marcha de políticas para el logro de la igualdad de género al más alto nivel”.

Específicamente en Colombia se ha dado respuesta compromiso adquirido en Beijing, y para el caso de Cúcuta se crea la Secretaría de la mujer, la cual evoluciona a la secretaria de equidad de género. Esta oficina. Al igual que otras entidades territoriales como Bogotá, Atlántico, Medellín, entre otras evidencias que en la región se cuenta con estadísticas que permitan conocer la realidad frente a la equidad de género, permitiendo así, divulgar las acciones implementadas pueden resultar descontextualizadas y poco efectivas para lograr la equidad.

La formulación y ejecución de la Política Pública Nacional de Equidad de Género para las Mujeres, es un compromiso del Gobierno, que se encuentra consagrado en el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2010-2014 “Prosperidad Para Todos”. El PND consagra en los artículos 177 y 179 la obligación de construir de manera participativa, una Política nacional integral de Equidad de Género para garantizar los derechos humanos integrales e interdependientes de las mujeres y la igualdad de género. La adopción de estos artículos fue posible por la incidencia política de las redes y organizaciones nacionales de las mujeres en el Consejo Nacional de Planeación.

Atendiendo a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo, en septiembre de 2012, el Gobierno Nacional lanzó los Lineamientos de la política pública nacional de equidad de género para las mujeres y del Plan integral para garantizar una vida libre de violencias, constituyéndose en el referente para el diseño y puesta en marcha de acciones sostenibles para la superación de brechas y la transformación cultural, que en el horizonte de los próximos 10 años, contribuyan al goce efectivo de los derechos de las mujeres en nuestro país. Estos lineamientos fueron contruidos a través de un proceso participativo en diálogo con las redes y organizaciones nacionales de mujeres y con el apoyo y acompañamiento de la comunidad internacional.

Con fundamento en los principios, objetivos y ejes desarrollados en los mencionados lineamientos, fue construido el documento CONPES Social 161 de 2013 que presenta la Política Pública Nacional de Equidad de Género y precisa el plan de acción indicativo para el período 2013-2016.

Para la operativización del Plan de Acción Indicativo del CONPES 161, se creó una Comisión Intersectorial mediante Decreto 1930 de 2013, que también adoptó la Política. La Comisión es la máxima instancia rectora de la Política Nacional de Equidad de Género para las mujeres, y está integrada por los representantes de las entidades involucradas. Actualmente el Plan indicativo se encuentra en implementación para su primer año.

Conclusión

Desde el nivel nacional, se puede señalar que se ha avanzado de manera significativa en los últimos 15 años en materia de reconocimiento de la mujer como sujeto de derechos y actor fundamental del país en el marco del desarrollo. Lo mismo puede decirse, aunque por menos tiempo, en la visibilización de las mujeres en el contexto del conflicto armado interno. Como lo ha señalado la Corte Constitucional de manera oportuna y pertinente, la mujer sufre de manera desproporcional y diferencial los efectos del conflicto armado debido a los riesgos que su rol, papel y función social generan con ocasión de su sexo. Pues bien, la política es amplia en materia de equidad de género y el enfoque de género, lo cual ha sido fortalecido con la creación de entidades de orden nacional y territorial que tienen por funciones la materialización de los objetivos trazados en la política pública nacional de equidad de género.

Se puede asegurar que existe suficiente normatividad que contemple la equidad de género, pero es evidente que los derechos positivizados no son coherentes con la realidad, las cifras oficiales así lo demuestran, las mujeres además de soportar de manera directa e indirecta los efectos de la realidad nacional, deben sumar a su condición situaciones de discriminación y desigualdades de género. La política pública de equidad de género del Estado no ha mejorado las condiciones reales de la mujer Colombiana, por lo tanto se necesita una política pública integral que tenga aplicabilidad, que contemple la existencia de organizaciones democráticas e independientes, veedoras del ejercicio de estos derechos, que se vinculen al diseño de acciones y programas de las diferentes estructuras del Estado y territorios que garanticen la igualdad de oportunidades, también la sociedad colombiana debe abandonar las concepciones machistas y lograr transformaciones culturales, para de manera conjunta hombres y mujeres, promuevan una conciencia nacional que perciba la importancia de la mujer para construir un mejor país y alcanzar el progreso social en equidad.

Referencias

- Aguilar, L. (1993). *Problemas públicos y agenda de gobierno*. México: Miguel Ángel Porrúa.
- Alarcón, Y. (2012). Comentario a la política pública de equidad de género para las mujeres. *Vniversitas*, (125), 11-14.
- Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer (2012). *Lineamientos de la Política Pública Nacional de Equidad de Género para las Mujeres*. Bogotá D.C.: Presidencia de la República de Colombia / Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer.
- Benavente, M. y Valdés, A. (2014). *Políticas públicas para la igualdad de género*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Colombia. Congreso de la República (2000, 31 de mayo). Ley 581 del 31 de mayo de 2000. *Diario Oficial* No. 44.026, del 31 de mayo de 2000.
- Colombia. Congreso de la República (2002, 14 de enero). Ley 731 del 14 de enero de 2002. *Diario Oficial* No. 44.678, del 16 de enero de 2002.
- Colombia. Congreso de la República (2003, 7 de julio). Ley 823 del 7 de julio de 2003. *Diario Oficial* No. 45.245, del 11 de julio de 2003.
- Colombia. Congreso de la República (2008, 4 de diciembre). Ley 1257 del 4 de diciembre de 2008. *Diario Oficial* No. 47.193, del 4 de diciembre de 2008.
- Colombia. Congreso de la República (2010, 11 de noviembre). Ley 1413 del 11 de noviembre de 2010. *Diario Oficial* No. 47.890, del 11 de noviembre de 2010.
- Colombia. Congreso de la República (2011, 10 de junio). Ley 1448 del 10 de junio de 2011. *Diario Oficial* No. 48.096, del 10 de junio de 2011.
- Colombia. Congreso de la República (2011, 16 de junio). Ley 1450 del 16 de junio de 2011. *Diario Oficial* No. 48.102, del 16 de junio de 2011.
- Colombia. Corte Constitucional (1998, 18 de agosto). Sentencia T-426 del 18 de agosto de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional (2000, 29 de marzo). Sentencia C-371 del 29 de marzo de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

- Colombia. Corte Constitucional (2007, 24 de mayo). Auto 031 del 24 de mayo de 2007. M.P. Manuel José Cepeda.
- Colombia. Corte Constitucional (2007, 3 de mayo). Sentencia C-310 del 3 de mayo de 2007. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Colombia. Corte Constitucional (2008, 14 de abril). Auto 092 del 14 de abril de 2008. M.P. Manuel José Cepeda.
- Colombia. Corte Constitucional (2009, 26 de enero). Auto 008 de 2009. M.P. Manuel José Cepeda.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación -DNP- (2005, 14 de marzo). Metas y estrategias de Colombia para el logro de los objetivos de Desarrollo del Milenio – 2015. Documento Conpes 91 del 14 de marzo de 2005. Bogotá: DNP.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2010. Panorama Social de América Latina 2010. Recuperado: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1236/S2011800_es.pdf?sequence=4&isAllowed=y
- Croce, A. (1999). Políticas Públicas de educación: Estado y ONGs. Colección, 7(11), 187-197.
- Fritz, H. y Valdés, T. (2006). Igualdad y equidad de género: aproximación teórico-conceptual. Santiago de Chile: Fondo de Población de las Naciones Unidas.
- Fundación Nacional para la Superación de la Pobreza y Fondo de las Américas (2000). Desarrollo con ciudadanía y democracia participativa: un nuevo trato entre el Estado y la sociedad civil. Santiago de Chile: Mimeo.
- León, M. (1999). Poder y empoderamiento de las mujeres. Región y Sociedad, 11(18), 189-197.
- León, M. (2001). El empoderamiento de las mujeres: encuentro del primer y tercer mundos en los estudios de género. La ventana, 13, 94-106.
- López, M. (2007). El asunto de las políticas públicas. Luna Azul, (24), 59-67.
- Muller, P. (2002). Las políticas públicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Naciones Unidas (1948, 10 de diciembre). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

- Naciones Unidas (1966, 16 de diciembre). Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.
- Naciones Unidas (1979, 18 de diciembre). Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDICM). Resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1979.
- Naciones Unidas (1993, 25 de junio). Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14-25 de junio, Viena, Austria.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas (2013). Declaración y Programa de Acción de Viena. 20 años trabajando por tus derechos. Santiago de Chile: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Organización Internacional del Trabajo, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y ONU Mujeres (2013). Trabajo decente e igualdad de género. Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL, FAO, ONU Mujeres, PNUD, OIT.
- Oszlak, O. (1980). Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas. Estudios CEDES, 3 (2). Recuperado el 09/10/2015 de http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catadmdes/Material/OSZLAK_Oscar_Politicasy_regimenes_politicos.pdf
- Valencia, G. y Álvarez, Y. (2008). La ciencia política y las políticas públicas: notas para una reconstrucción histórica de su relación. Estudios Políticos, (33), 93-121.
- Vargas, B. (2004). Políticas públicas locales y desarrollo. Esan-Cuadernos de difusión, 9 (17), 47-59.

Capítulo 17

Justicia especial para la paz: control de convencionalidad en la calificación de la conducta punible asociada al conflicto armado colombiano¹

Máximo Vicuña de la Rosa²,
Brenda Neliet Jaimes Sánchez³

Resumen

La investigación desarrollada por el semillero de investigación holístico, aborda la aplicación oficiosa de los magistrados de la sala de definición de situaciones jurídicas del control de convencionalidad, en la calificación de la conducta punible relacionada con el conflicto armado en la justicia transicional. Se desarrolló bajo un enfoque epistemológico positivista y la senda paradigmática cualitativa –histórica– hermenéutica, empleando como instrumento la matriz de análisis documental aplicada en las senten-

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: La aplicación oficiosa del control de convencionalidad en la calificación de las conductas punibles relacionadas con el conflicto armado en Colombia Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogado, Universidad Libre Seccional Cúcuta, Especialista en Derecho Procesal y Docencia Universitaria, Candidato a Magister en Educación, profesor del área privado y procesal del Programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar-Sede Cúcuta.: Email. mvicuna@unisimonbolivar.edu.co
 - 3 Estudiante de noveno semestre y miembro activo del Semillero de investigación Holístico del Programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. b_jaimes@unisimon.edu.co

cias hito que son proferidas por la Corte IDH y la Corte de cierre constitucional colombiana. Se estableció que nuestro sistema jurídico permite que los jueces apliquen directamente el precedente emanado de las cortes anteriormente relacionadas en la definición de las conductas ilícitas, dentro de la jurisdicción especial para la paz, adoptando el bloque de constitucionalidad como fuente del derecho en Colombia.

Palabras clave: Control de convencionalidad, justicia transicional, bloque de constitucionalidad, conducta punible, conflicto armado en Colombia.

Special Justice for Peace: Control of Conventionality in the Qualification of the Punishable Conduct Related to the Armed Conflict in Colombia

Abstract

The research carried out by the Holistic research hotbed addresses the informal application of the judges of the Room of defining legal situations of control of conventionality in the classification of punishable conduct related to armed conflict in transitional justice. It was developed under a positivist epistemological approach and the paradigmatic path-historical-hermeneutic, using as an instrument the matrix of documentary analysis applied in the landmark sentences that are pronounced by the Inter-American Court and the Constitutional Court of Colombia. It was established that our legal system allows judges to directly apply the precedent emanating from the previously related courts in the definition of illicit conduct, within the special jurisdiction for peace, adopting the constitutionality block as a source of law in Colombia.

Keywords: Conventionality control, transitional justice, constitutionality bloc, punishable conduct, armed conflict-Colombia.

Introducción

Es una realidad social la situación de violencia generalizada que por varios años ha venido azotando al pueblo colombiano, originada por grupos subversivos que pretenden la toma del poder político que ostenta el gobierno legítimamente constituido con el fin de imponer por medio de las armas el estilo de sociedad que idealizan.⁴

Es precisamente el movimiento irregular denominado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo “FARC-EP”⁵ uno de los protagonistas y con quien los representantes del gobierno nacional acordaron en la ciudad de La Habana (Cuba) poner fin al conflicto bélico que ha originado actos de barbarie y desolación en la población civil violentando los derechos humanos de miles de víctimas, acuerdo que no fue refrendado por la mayoría del caudal electoral de pueblo colombiano en el plebiscito celebrado el 2 de oc-

4 En el documento final No. 12.11.2016 producto del resultado del plebiscito y en lo que tiene que ver con el acuerdo No. 5 de la Reparación de las Víctimas y la justicia Especial para la Paz se lee: “El conflicto armado que tiene múltiples causas ha ocasionado un sufrimiento y un daño a la población sin igual en nuestra historia. Son múltiples las colombianos y colombianas víctimas del desplazamiento forzado, cientos de miles de muertos, decenas de miles de desaparecidos de toda índole y un amplio número de familias, colectivos y población afectada a lo largo y ancho del territorio, incluyendo comunidades indígenas, afrocolombianas, negras, palanqueras, raizales, y rom, en razón a sus creencias religiosas, partidos políticos, movimientos sociales y sindicales, población LGBTI y gremios económicos, entre otros, sin olvidar otras formas menos visibles pero no menos dolorosas de victimización, como la violencia sexual, las afectaciones psicológicas, o la simple convivencia con el miedo (p.126).

5 FARC-EP. Artículo 1º de los Estatutos. Las Fuerzas Armadas de Colombia Ejército del Pueblo, como la expresión más elevada de la lucha revolucionaria por la liberación nacional, son un movimiento político militar que desarrolla su acción ideológica, política, organizada, propagandística y armada de guerrillas, conforme a la táctica de combinación de todas las formas de lucha de masas, por el poder para el pueblo.

tubre de 2016, precisamente por ser la Justicia Especial para la Paz uno de los puntos que mayor cuestionamiento originó.

Los miembros del semillero trazaron como objetivo, determinar los estándares referenciales para los magistrados de la Sala de Situaciones Jurídicas en la Justicia Especial para la Paz, al momento de calificar las conductas punibles como delitos políticos cometidos por los miembros de este grupo y relacionadas con el conflicto armado.

Para el logro de esta meta, se utilizó como fundamento epistemológico el enfoque positivista siguiendo el paradigma cualitativo histórico-hermenéutico, porque se interpretaron los criterios expuesto por la doctrina sobre el control de convencionalidad y el precedente vinculante contenido en las sentencias hito de la Corte IDH y de cierre constitucional colombiana. Como técnica se aplicó el análisis documental mediante la utilización de la matriz como instrumento para cada una de las sentencias.

Se estableció, que nuestro sistema jurídico inicialmente no impuso a los operadores jurídicos la obligación de aplicar en sus decisiones el precedente vinculante de la Corte IDH y Penal Internacional cuando ajusta el derecho interno al bloque de constitucionalidad. Pero con el advenimiento de la nueva Carta que reconoció el bloque de constitucionalidad como nueva fuente del derecho, es imperativo la aplicación directa y oficiosa del control de convencionalidad efectuado por la Corte IDH a la convención y la interpretación que del estatuto de Roma hace la Corte Penal Internacional. Se concluye, que los estándares contenidos en este precedente internacional deben ser acatados por los magistrados de la Sala de Definiciones Jurídicas al momento de calificar las conductas ilícitas cometidas por los miembros de los grupos subversivos relacionadas con el conflicto armado en Colombia (delitos políticos y conexos).

Problema de investigación

Enarbolando el bloque de constitucionalidad como fuente del derecho, el control de convencionalidad que ejerce la Corte IDH, la interpretación que efectúa la Corte Penal Internacional al estatuto

de Roma y la incidencia en la Justicia Especial para la Paz en la etapa del posconflicto colombiano, los miembros del semillero formularon el siguiente interrogante: ¿De qué manera se pueden hacer efectivos los estándares establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Estatuto de Roma, en la calificación de las conductas punibles como delitos políticos relacionados con el conflicto armado colombiano, en la Justicia especial para la Paz?

Diseño metodológico

Para determinar la viabilidad de la aplicación del precedente vinculante emanado de las cortes en la forma planteada en la formulación del problema, el trabajo se consolidó metodológicamente utilizando el enfoque cualitativo, porque como lo expresan Bonilla y Rodríguez (1997, p. 16), se exploró el contexto estudiado para lograr las descripciones más detalladas y completas posibles de la situación, con el fin de explicar la realidad subjetiva que subyace a la acción de los miembros de la sociedad.

Epistemológicamente el trabajo tuvo un enfoque positivista guiado por el paradigma histórico-hermenéutico, que según Leiseca (cp. Delgado, 2010, pp. 9-18), establece que el objeto esencial de la historia es reseñar los sucesos pasados, el sujeto de la historia es el hombre y su fin, presentar a los hombres actuales el relato y consecuencias de los hechos del pasado, para que por el estudio y comparación de esos hechos encuentren enseñanza y guía en su labor del porvenir.

Hermenéutico, porque se interpretaron preceptos jurídicos nacionales e internacionales, criterios expuestos sobre el control de convencionalidad, la justicia transicional y el precedente vinculante de las sentencias de la Corte IDH y constitucional colombiana, utilizando como técnica para la recolección de la información el análisis documental que permitió conocer las fuentes a través de la aplicación de una matriz con cada una de las sentencias hito de las respectivas cortes.

Es pertinente además señalar que, desde el punto de vista metodológico, se referenció el método de análisis jurisprudencial propuesto por López (2002, Cap. 3) en su obra “El derecho de los jueces”, en lo que tiene que ver con la forma de construcción de líneas jurisprudenciales con el fin de alcanzar los resultados perseguidos con ocasión del objetivo propuesto.

Control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Convención Americana suscrita en San José de Costa Rica el 7 de noviembre de 1969, es concebida como la piedra angular del sistema normativo internacional de derechos Humanos en América, en torno de la cual gira la protección de estos derechos en los Estados Partes.

En términos generales, el preámbulo de esta norma incide en el establecimiento y consolidación del sistema democrático en América, sostén de libertad y justicia social, fundamentado en el respeto a la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales sin sujeción exclusiva a un determinado territorio.

Para el logro de los fines que persigue la norma supralegal el Artículo 2º convencional impone a todos los Estados partes el deber de adoptar un sistema jurídico interno de carácter constitucional y legal apoyados en normas de procedimiento que se ajusten a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Emerge entonces la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como organismo jurisdiccional encargado de velar por la protección y efectividad de los derechos Humanos, siendo además, la máxima autoridad para desentrañar el sentido y alcance a las disposiciones de la convención y por vía de resolución judicial ordenar el restablecimiento de los derechos individuales lesionados por el Estado parte y en algunos casos especiales, exigir se ajuste el derecho interno a la norma internacional.

De la función interpretativa que realiza la Corte IDH, surge el control de convencionalidad como uno de los aportes importantes

al sistema Interamericano de los derechos humanos, que propende por la defensa de la democracia elemento de la esencia para la convivencia pacífica social de los Estados; control que realiza como Tribunal Jurisdiccional produciendo sentencias hito que fortalecen las líneas construidas en torno a cada derecho y que constituye precedente vinculante para los Estados signatarios.

El doctrinante Rincón (2013, p. 205), afirma que el control de convencionalidad es una herramienta jurídica muy importante y que consiste en la actividad judicial operativa respecto de los hechos y de las leyes que hace efectivo el carácter normativo y legal de la Convención Americana de Derechos Humanos y de todos aquellos tratados que comprenden el Sistema Interamericano de Defensa de estos derechos. El concepto de control de convencionalidad se encuentra ligado necesariamente a la forma de interpretación de la Convención; esto de forma similar a como en el derecho interno el control de constitucionalidad es inherente a la interpretación de la carta magna.

En el ámbito del derecho internacional la figura de control de convencionalidad se consideraba del resorte del poder Judicial del respectivo Estado signatario de la Convención, como lo afirmó la Corte IDH en ocasión a la resolución del litigio *Almonacid y otros vs. Chile* (Corte IDH, 2006), en la que se refirió a la obligación que tienen los Jueces y Tribunales de los Estados de estar sometidos al imperio del ordenamiento jurídico interno. En este caso, la Corte sostuvo que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención, los jueces, como parte del aparato judicial, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

En otras palabras, cuando los jueces de cada Estado toman decisiones para resolver posibles violaciones de derechos humanos en casos particulares deben oficiosamente realizar el control de convencionalidad verificando que la norma que aplica se encuentre en consonancia con las normas convencionales. Además, al desarrollar

esta función, aplicaran la *interpretación* que hace la Corte sobre la convención y la CPI sobre el Estatuto de Roma.

Esta posición, es producto del criterio expuesto en la Opinión Consultiva (OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994) cuando la Corte hablo de la responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, remitiéndose a lo dispuesto en el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, donde se dice que ningún Estado puede justificar el incumplimiento de un tratado bajo las disposiciones de su derecho interno; siendo esta providencia fundadora de línea, que en palabras del profesor Diego López Medina (2002, p. 67) son las que la Corte aprovecha para hacer enérgicas y muy amplias disertaciones sobre el derecho constitucional.

La Corte IDH en desarrollo de la línea jurisprudencial sobre la aplicación del control convencional, y su acatamiento por el derecho interno de los Estados, estableció, según el caso de los trabajadores cesados del Congreso, denominado Aguado Alfaro y otros vs. Perú (Corte IDH, 2006), estableció de manera clara y precisa los presupuestos procesales para su viabilidad, afirmando que los jueces deben aplicarlo *Ex officio*, es decir, por iniciativa de los miembros del órgano judicial del estado y sin quedar al arbitrio de los particulares.

Siguiendo esta postura epistemológica en la sentencia proferida para resolver el caso de las personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (Corte IDH, 2014), recordó a los asignatarios, que en el ámbito de su competencia todas las autoridades y órganos de un Estado tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad de manera directa sin esperar actuación o requerimiento particular.

Este mismo ente jurisdiccional en sentencia proferida en el Caso de Liakat Ali Alibux vs. Suriname (Corte IDH, 2014), sostuvo que los argumentos expuestos por los accionantes sobre la vulneración del derecho a la protección judicial por no existir un Tribunal Constitucional interno en el Estado demandado; que si bien reconocía la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos consti-

tucionales y los derechos fundamentales, la convención no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana les *compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles*.

En definitiva, en la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el Caso Gelman vs Uruguay (Corte IDH, 2014), la Honorable Corte formuló la subregla en el sentido de señalar, que cuando existe una sentencia internacional proferida con carácter de cosa juzgada, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos al tratado y a la sentencia de la Corte, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia.

Es a partir de estas posturas que la Corte IDH en la línea jurisprudencial estableció por vía de hermenéutica los estándares que deben seguir los jueces cuando apliquen el control de convencionalidad en sus decisiones internas: *i.* que en la decisión del caso particular verifique la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de las Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado se parte. *ii.* Es una obligación que le corresponde a toda autoridad pública aplicarla en el ámbito de sus competencias. *iii.* Que dicho control debe ser realizado de manera oficiosa y sin que medie petición de parte y *iv.* Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la misma convención.

En conclusión, en el sistema jurídico interamericano impera la tendencia de aplicar de manera oficiosa el control de convencionalidad que emana de la Corte IDH como guardián de la CADH, por parte de todos los operadores jurídicos en el derecho interno de los Esta-

dos partes y además, la imposición de la figura jurídica procesal de la cosa juzgada internacional que implica, el imperativo cumplimiento de las decisiones de la Corte no solo para el Estado responsable de las conductas violatorias de los derechos humanos sino que también, constituye un precedente vinculante para todos aquellos que hacen parte de la convención.

Control de convencionalidad en el sistema jurídico colombiano

En relación a la aplicación del control de convencionalidad en Colombia, Quinche (2009, pp. 163-190), advierte que algunos jueces, forzados por las circunstancias, han incluido como variable real de sus decisiones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a los estándares y reglas articulados por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Plantea que, en materia relacionada con los derechos de las víctimas del conflicto dentro del proceso penal y los sujetos de especial protección, acontece el ejercicio involuntario del control de convencionalidad, en el sentido que las reglas y estándares del Sistema Interamericano han permitido evitar la impunidad total de los crímenes realizados por los paramilitares y la realización parcial de algunos derechos como el de la verdad.

El Artículo 93 superior preceptúa, que los convenios internacionales ratificados por el Congreso de la República que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno, así como los derechos y deberes consagrados en la constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En esta dirección, el Artículo 241 *ibídem* atribuye a la Corte Constitucional la importante función de ser el guardián de la integridad y supremacía de la norma superior, otorgándole la facultad para decidir de manera definitiva sobre la exequibilidad de los convenios internacionales y de las leyes que los aprueben. Desde su instalación ha venido desarrollado la línea jurisprudencial en torno a la prevalencia

de los tratados, convenios internacionales y sobre la vigencia de las decisiones de la Corte IDH y Corte Penal Internacional en el derecho interno.

En la Sentencia C-295/93 (Colombia, Corte Constitucional, 1993), interpretó el contenido normativo del Artículo 93 superior afirmando que esta norma no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos, sino cuando tales instrumentos internacionales prohíben su limitación en los estados de excepción. Recomienda la Corte, que este Artículo debe ser interpretado de manera sistemática con el Artículo 214-2 *ibidem*⁶, que prohíbe la suspensión de los derechos humanos y libertades fundamentales durante los estados de excepción.

Para hacer efectivo los postulados plasmados en las normas internacionales la Corte Constitucional señala que esta se efectúa a través del bloque de constitucionalidad, entendido (Colombia, Corte Constitucional, 1995, SC-225/95) como aquellas normas y principios que, sin aparecer expresamente en el articulado del texto superior, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Carta magna por diversas vías.

Tomando esta ruta diseñada entre otras, en la Sentencia C-370/06 (Colombia, Corte Constitucional, 2006) que estableció la relevancia del precedente vinculante de la Corte IDH como fuente

6 Artículo 214 Superior. Los Estados de Excepción a que se refieren los Artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: 1. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción. 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

de Derecho Internacional para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la CADH; la Sentencia T-653/12 (Colombia, Corte Constitucional, 2012) que enmarcó la función jurisdiccional de esta Corte IDH dentro del Artículo 22 de nuestra Constitución pues reconoce la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento y la Sentencia C-327/16 (Colombia, Corte Constitucional, 2016), que cerró la línea jurisprudencial al afirmar que la jurisprudencia proferida por organismos internacionales, y en este caso en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede afirmarse que de igual manera, las providencias de la Corte IDH y de la Corte Penal Internacional sirven como criterio relevante a tener en cuenta para fijar el alcance y contenido de los derechos y deberes que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico interno.

Debe entenderse entonces, que las providencias que profieren los Honorables magistrados de la Cortes mencionadas, no solo producen eficacia jurídica con efectos *inter partes* en el ámbito internacional porque son obligatorias para el Estado en los casos de sentencias condenatorias, sino también en el sistema jurídico interno del Estado, afectando incluso el ordenamiento interno en casos especiales cuando se ordena acomodarlo a los parámetros normativos de la convención y el Estatuto de Roma.

Puesto de esta manera el estado de las cosas, fue a través de la Ley 16 de 1972 (Congreso de la República, 1972) que se incorporó al sistema jurídico colombiano la Convención Americana de Derechos Humanos, convirtiéndose de esta manera, como lo afirmara Uprimny (2005, p. 2), en una norma constitucional que no aparecen directamente en el texto constitucional. Explica, que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales o al menos supraleales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita.

Con este mismo criterio, el Congreso de la República incorporó en el bloque de constitucionalidad: la Convención de Ginebra con la

Ley 5 de 1960; la convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 mediante la Ley 32 de 1985; el Estatuto de Roma de la CPI de 1998 mediante la Ley 742 de 2002, declara exequible por la Corte Constitucional con la Sentencia (C-578/02).

Precedente vinculante de las cortes nacionales e internacionales en la justicia especial para la paz en Colombia

Para evitar la impunidad en la frecuente violación de los derechos humanos en el continente americano, aparece el control de convencionalidad como elemento de la esencia de la Justicia Transicional⁷ y Especial para la Paz en la etapa de posconflicto en Colombia. Comenta el doctrinante Hernández (2014, p. 1), que, aún para facilitar la reincorporación de los exguerrilleros y su regreso a la política, muchas de las acciones de la guerrilla no se pueden catalogar como delitos políticos o conexos.

El parágrafo 2° del artículo 1° del acto legislativo No. 1 de 2012 (Colombia, Corte Constitucional, 2013), por medio de la cual el Congreso de la República estableció el instrumento jurídico procesal de justicia transicional dentro del marco normativo del Artículo 22 superior, declarado a través de la Sentencia C-579/13 (Colombia, Corte Constitucional, 2013), que en ningún caso se podrá aplicar el instrumento de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno, ni a cualquier miembro de un grupo armado que una vez desmovilizado siga delinquiendo.

7 El Artículo 8° de la Ley 1448/11 (Colombia, Congreso de la República, 2011) define la Justicia Transicional como “los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el Artículo 3° de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.

Debe entenderse entonces, que la justicia transicional es un instrumento de orden sustancial en tanto busca la garantía y protección de los derechos humanos y de alto contenido procesal, porque se constituye en el instrumento expedito que señala el camino del debido proceso a las personas o grupo de personas que han ejecutado delitos políticos en el enfrentamiento armado con el fin de quebrar el orden político y social para imponer un sistema de gobierno diferente.

Son estas conductas ejecutadas por los combatientes en la confrontación bélica las que originan violación de los derechos humanos en la población civil, que luego son catalogadas por el orden jurídico interno e internacional como *delitos políticos*; calificación que direcciona la aplicación de los beneficios que otorga la ley a los candidatos de la Justicia Especial para la Paz, en aras de lograr la conclusión del conflicto armados interno y la reinserción de estas personas a la vida civil, respetando desde luego, los principios de *verdad, justicia, reparación y no repetición*.

En esta línea argumentativa, son los delitos políticos y conexos los que deben calificar los magistrados de la sala de definición de situaciones jurídicas dentro del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales⁸, entre otras, la establecida en el literal (d) del numeral 50 del acuerdo No. 5 que trata de la reparación a las víctimas del conflicto armado, facultad que deben ejercer siempre y cuando esta conducta esté relacionada con el enfrentamiento armado para que el postulante se haga merecedor de los beneficios y bondades que otorga la justicia especial para la paz.

8 Conforme a los resultados del plebiscito donde la oposición obtuvo resultados positivos, los representantes del gobierno nacional, la guerrilla y los vencedores del NO, concertaron el acuerdo definitivo No. 12-11-2016, siendo el No. 5 el que define los postulados sobre las Víctimas del conflicto armado dentro del sistema integral de verdad, justicia, reparación y la garantía de no repetición dentro del sistema de justicia de la jurisdicción especial para la paz y compromiso sobre derechos humanos.

Ahora bien, en buena hora, del acuerdo primigenio de La Habana se excluyeron los elementos que mayor conmoción y desconfianza causaron y que tienen que ver con la autonomía e independencia de la Justicia Especial para la Paz frente al ordenamiento jurisdiccional ordinario interno.

El nuevo acuerdo establece en el numeral 19 del título II que para hacer efectivo la aplicación del marco jurídico de referencia en el SIVJRNR⁹ de la justicia especial para la paz¹⁰ se tendrán en cuenta las normas del derecho internacional en materia de derechos humanos DIDH, las disposiciones del derecho internacional humanitario DIH, las normas de carácter internacional que conforman el bloque de constitucionalidad, la Constitución, el código penal Colombiano y desde luego, el precedente vinculante de las Corte IDH, Corte Penal Internacional y la Corte Constitucional Colombiana.

Exige además este acuerdo a los Magistrados del Tribunal para la Paz y los que integran las salas especiales, que al momento de tomar decisiones deben presentar en sus providencias la sustentación adecuada fáctica y jurídica sobre los elementos de juicio tenidos en cuenta para la calificación de las conductas ilícitas catalogadas como delitos políticos relacionado con el conflicto armado.

Siguiendo este referente jurídico, es el Código Penal Colombiano, (Ley 599/00) el que tipifica las conductas que se dirigen a vulnerar el régimen democrático, constitucional y legal del Estado,

9 SIVJRNR: Hace relación al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición dentro del campo de la reparación a las víctimas en el sistema de justicia especial para la Paz.

10 Jurisdicción Especial para la Paz. De conformidad con el numeral noveno del acuerdo final suscrito en la Habana, es una jurisdicción que ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia en especial respecto a las conductas consideradas como graves infracciones al derecho internacional Humanitario o graves infracciones a los derechos humanos. Entrará en vigor en los términos establecidos en el acuerdo final y se aplicará únicamente a las conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigencia.

determinado como tales, el de rebelión (Artículo 467)¹¹; sedición (Artículo 468)¹²; asonada (Artículo 469)¹³; comparación (Artículo 471)¹⁴ y seducción, usurpación y retención ilegal de mando (Artículo 472)¹⁵ siendo la dogmática del derecho penal la que califica estos comportamientos como *delitos políticos*.

Salta a la vista que el objetivo principal del gobierno nacional no es otro, que lograr la terminación del conflicto armado con el Grupo subversivo FARC-EP y los que en la época del posconflicto se adhieran, a través de un sistema jurídico especial, que desde luego debe ser temporal y para ser aplicado a las personas que de una u otra forma se encuentran vinculadas al grupo subversivo.

La normatividad de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Estatuto de Roma y el código penal, no incorporan de manera expresa una definición precisa de que debe entenderse por

-
- 11 Código Penal Colombiano. Artículo 467. Rebelión. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de seis (6) a nueve (9) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
 - 12 Código Penal Colombiano. Artículo 468. Sedición. Adicionado por el Art. 71, Ley 975 de 2005. Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
 - 13 Código Penal Colombiano. Artículo 469. Asonada. Los que en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones, incurrirán en prisión de uno (1) a dos (2) años.
 - 14 Código Penal Colombiano. Artículo 471. Conspiración. Los que se pongan de acuerdo para cometer delito de rebelión o de sedición, incurrirán, por esta sola conducta, en prisión de uno (1) a dos (2) años.
 - 15 Código Penal Colombiano. Artículo 472. Seducción, usurpación y retención ilegal de mando. El que, con el propósito de cometer delito de rebelión o de sedición, sedujere personal de las fuerzas armadas, usurpare mando militar o policial, o retuviere ilegalmente mando político, militar o policial, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.

delitos políticos, quedando los Estados con la potestad de determinar a nivel interno las conductas que pueden ser consideradas como tales, como de manera tácita lo da a entender el código penal con las conductas ilícitas arriba mencionadas

Los criterios que deberán tener en cuenta los magistrados de la Sala de Definiciones Jurídicas, para calificar la conducta punible como delitos políticos relacionados con el conflicto armado, han generado en nuestra cultura jurisprudencial diferentes interpretaciones que desde luego van a incidir en las decisiones que tomarán los jurisconsultos.

Los integrantes de las mesas de negociaciones de La Habana en el texto del nuevo acuerdo no incluyeron de manera expresa y concreta los parámetros o estándares a tener en cuenta para calificar las conductas comprometidas en el conflicto armado como delitos políticos, no obstante utilizar esta calificación en muchas oportunidades en el extenso contenido del documento.

Es entonces el precedente vinculante de las altas cortes y el bloque de constitucionalidad, los encargados de sortear para la Justicia Especial para la Paz este inconveniente de tipo interpretativo de vital importancia porque constituye el factor objetivo y determinante de la competencia de los Magistrados de la Sala de Definiciones jurídicas para tramitar este tipo de proceso.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia 26945 (Colombia, CSJ, SCP, 2007, pp. 31-75) de segunda instancia, fijó de manera magistral los elementos que estructuran el delito político en Colombia afirmando que:

El bien jurídico debidamente tutelado es el régimen constitucional y legal, porque el rebelde o el sedicioso se levanta contra de las instituciones para derrocarlas o perturbar su funcionamiento; la conducta típica del rebelde o sedicioso se encauza a un supuesto fin colectivo de bienestar pues busca derrocar al gobierno legítimo para instaurar uno que cree justo e igualitario o perturbar la operatividad jurídica del régimen vigente; el dolo que motiva al actor se dirige a socavar la institucionalidad proponiendo un

nuevo orden o perturbando el existente y promoviendo otro en el que se mejore la dirección de los intereses públicos; el sujeto pasivo del delito político es el Estado, la institucionalidad, el gobierno que se pretende derrocar o su régimen constitucional o legal suprimido o modificado, de donde se tiene que el rebelde puede ser investigado y juzgado en cualquier lugar del territorio nacional; la culpabilidad predicable del delincuente político se constata al establecer que conocía la obligación de acatar y respetar las instituciones estatales y decidió participar en su destabilización buscando su caída y por último, que la calificación de la conducta como delito político descarta que la misma pueda ser señalada como crimen de lesa humanidad, genocidio, crimen de guerra y violaciones graves de derechos humanos.

Vista de esta manera los elementos estructurales del punible político, la Corte Constitucional Colombiana señaló en la Sentencia C-577/14 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2014), que los beneficios que deben aplicarse a los sujetos activos de estas conductas. Permitir que a los condenados por estos ilícitos les otorguen amnistía o un indulto; ejemplo de ello, es la consagración que desde 1991 se hizo en el numeral 17 del Artículo 150 de la Constitución; Impedir que sean extraditados, tal y como lo prevé el tercer inciso del Artículo 35 de la Constitución y, aceptar que participen en política, específicamente para que puedan acceder a cargos públicos y ejercer el derecho de sufragio.

Resalta esta línea jurisprudencial el elemento diferenciador entre el delito político y el común que determina entre otras cosas, la competencia de los jueces en el campo de la investigación penal. Se parte de la teoría de los *finés perseguidos por los autores* y que se refiere a los móviles altruistas del grupo rebelde, porque la causa que origina este comportamiento es la concepción filosófica-política de cómo se concibe y se estructura la sociedad y de la forma como debe ser gobernado buscando el bienestar social, mientras que, para los delitos comunes, los fines se direccionan en obtener un provecho personal.

Esta tesis se hizo evidente en la Sentencia C-052/93 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 1993) cuando la CJS señaló que los delitos políticos son susceptibles de amnistía o indulto precisamente porque en la realización del tipo penal va envuelta una motivación supuestamente altruista, en la que el sujeto activo pretende modificar la sociedad para su mejoramiento, existiendo una diferencia básica respecto del delito ordinario, en la que el actor siempre obra guiado por fines egoístas y muchas veces perversos. Concluye con la Sentencia C-577/14 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2014), afirmando de manera categórica, que en Colombia, el concepto de delito político carece de una definición unívoca de rango constitucional, toda vez que hasta ahora esta se ha centrado en la oposición a los delitos comunes u ordinarios y en su conceptualización por vía de exclusión.

A nivel interamericano se formularon algunos criterios para tener en cuenta por los Estados a la hora de adoptar una eventual definición de delito político y conexo. Aquellos fueron propuestos por el Comité Jurídico Interamericano (1959, p. 124), organismo entonces adscrito a la Organización de Estados Americanos, en el sentido de indicar, que son infracciones contra la organización y funcionamiento del Estado incluyendo las infracciones conexas, cuando esta se realiza: (1) para ejecutar o favorecer el atentado configurado con la agresión al sistema político del estado y (2) para procurar la impunidad por delitos políticos.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados plantea unos criterios diferenciadores, manifestando que ante todo debe tenerse en cuenta su naturaleza y la finalidad de la conducta (1992, párr. 152), es decir, si se ha cometido por verdaderos motivos políticos y no simplemente por razones personales o con ánimo de lucro, existiendo de por medio un nexo causal estrecho y directo entre el delito cometido, la finalidad y el objeto político invocados. Además, el elemento político del delito debe predominar sobre su carácter de delito de derecho común.

Los anteriores presupuestos son importantes y útiles para los magistrados de las Sala de Definición de Situación jurídica para de-

terminar su competencia al efectuar la calificación dentro del marco de la Justicia Especial para la Paz y arropar en su jurisdicción a las personas que reclaman la incorporación a la vida civil y la oportunidad de poder participar en las actividades políticas, pero desde luego, sin dejar a un lado su relación con el conflicto Armado.

En este escaño, es importante entonces dilucidar el concepto de conflicto armado tema propio del Derecho Internacional Humanitario, pues este se encarga de manera específica de regular la protección de los derechos humanos que tiene relación con la utilización de la fuerza entre Estados o dentro del mismo Estado ejercida contra la autoridad por grupos armados.

Los participantes en los diálogos de Paz si bien no definieron como antes se dijo el delito político, si lo hicieron aunque de una manera muy abstracta y confusa con el concepto de conflicto armado, afirmando en el inciso 3° del numeral 9° del capítulo referente a la Jurisdicción Especial para la Paz, que las conductas ilícitas tienen vinculación con el conflicto violento cuando la conducta se realiza en ocasión directa o indirecta al enfrentamiento o que este, haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible.

Este concepto afortunadamente se encuentra bien definida en nuestra jurisprudencia constitucional, pues en la Sentencia T-087/14, la Corte expreso, que la noción de conflicto armado interno al que han hecho referencia tanto el Ejecutivo, como el Congreso y los jueces recoge un fenómeno complejo que no se agota en la ocurrencia de acciones violentas de un determinado actor armado, en el uso de precisos medios de combate, o en la ocurrencia del hecho en un espacio geográfico específico, sino que recogen la complejidad de ese fenómeno, en sus distintas manifestaciones y aún frente a situaciones en donde las actuaciones de los actores armados se confunden con las de la delincuencia común o con situaciones de violencia generalizada.

Expresa la corte, que a pesar de los esfuerzos del legislador por fijar criterios objetivos para determinar cuándo se está ante un situa-

ción completamente ajena al conflicto armado interno, no siempre es fácil hacer esa distinción en abstracto, sino que la complejidad del fenómeno exige que el operador jurídico en cada caso concreto se evalúe el contexto en que se producen tales acciones y se valoren distintos elementos para determinar si existe una relación necesaria y razonable con el conflicto armado interno.

Concluye entonces la colegiatura con la Sentencia T-364/15 (Corte Constitucional, 2015), fijando de manera concreta este concepto, cuando afirma, que la jurisprudencia ha entendido que “el conflicto armado” debe interpretarse de manera amplia, así, lejos de entenderse bajo una óptica restrictiva que la limite a las confrontaciones estrictamente militares, o a un grupo específico de actores armados con exclusión de otros, ha sido interpretada en un sentido amplio que incluye toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano.

Estos criterios fueron tenidos en cuenta por el legislador al expedir la Ley 1448 de 2011 (Colombia, Congreso de la República, 2011) que constituyen parámetros interpretativos obligatorios para los operadores jurídicos encargados de dar aplicación concreta a la Ley que se aprobará para la Justicia Especial para la Paz.

Resultados y discusión

Con la aplicación de la matriz de análisis documental a las diferentes documentos jurisprudenciales estudiados, los miembros del semillero establecieron respecto del problema formulado, que inicialmente las decisiones internacionales sobre el control de convencionalidad de la Corte IDH y las tomadas por la Corte Penal Internacional no eran obligatorias para nuestro sistema jurídico. Hoy, los magistrados y jueces tienen la obligación de aplicar de manera oficiosa el precedente emanado de las cortes para ajustar el derecho interno a las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

El control de convencionalidad por ser considerado por la doctrina internacional como autentico dentro de la función hermenéutica que efectúa la Corte IDH, origina lineamientos o estándares a tener en cuenta para la efectiva protección de los derechos humanos, que al sentir de la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-500/13, se atribuye a las autoridades judiciales la función de interpretar auténticamente el tratado en desarrollo de funciones expresamente asignadas en su texto, revelando la necesidad de que los órganos estatales encargados de aplicar tales normas consideren tal interpretación.

Es por ello que la doctrina jurisprudencial constitucional destaca que “en la medida en que la carta señala en el Artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”. También ha señalado que “la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad.

Igualmente se estableció, que con la entrada en vigencia del Artículo 93 superior el bloque de constitucionalidad constituye una nueva fuente del derecho, lo que permite la aplicación directa por los jueces del control de convencionalidad siendo las decisiones de la Corte IDH obligatorias cuando se trate de la calificación de las conductas punibles que tengan relación con el conflicto armado; tomando como termómetro la Sentencia C-225/95 que define el bloque de constitucionalidad como aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución.

Se evidenció, que la reiterada doctrina constitucional sostiene que los derechos humanos reconocidos en la Convención America-

na, el convenio de Viena, de Ginebra y el Estatuto de Roma hacen parte de la nueva fuente del derecho denominada bloque de constitucionalidad, lo que implica que este *corpus* internacional se entiendan incorporados al sistema jurídico colombiano y, por consiguiente, constituyen *“un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, y por ende el precedente vinculante emanada de las Corte Internacionales.*

El estudio arroja de manera clara que la calificación de los delitos políticos debe estar bajo la óptica permanente del derecho internacional para evitar la impunidad frente a la aplicación de las instituciones del indulto y la amnistía que en muchas ocasiones han propuesto gobiernos de facto e incluso de otros que arropados bajo el amparo de la democracia han violado los derechos humanos en situaciones de conflicto interno.

Se identificaron los lineamientos procesales constitucionales y legales sobre el concepto de conflicto armado que deberán tener en cuenta los operadores judiciales al momento de decidir sobre la aplicación de la Justicia Especial para la Paz a los combatientes que perteneciendo a grupos armados pretendan reincorporarse a la vida civil por esta vía. Indica la Corte Constitucional, que para efectos de establecer en casos concretos si un determinado conflicto ha trascendido el umbral de gravedad necesario para ser clasificado como un conflicto armado interno, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios: la intensidad del conflicto, y el nivel de organización de las partes.

Para determinar la presencia de un conflicto armado las cortes internacionales han establecidos estándares como la seriedad de los ataques; el incremento en las confrontaciones armadas, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un período de tiempo; el aumento en las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas. En cuanto a la organización de los grupos enfrentados,

las cortes internacionales la han apreciado de conformidad con criterios tales como la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación, y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas.

Se concluye afirmando, que normativa y jurisprudencialmente se ha establecido que en Colombia, el conflicto armado interno es una realidad consolidada que cumple con las condiciones objetivas del Artículo 3° común a los convenios de Ginebra de 1949 y el Artículo 1° del Protocolo II de 1977, lo que viene a significar, que no podrán ser desconocidas al momento de la calificación de las conducta catalogadas como delitos políticos relacionados con el conflicto armado.

Del análisis jurisprudencial se determinó, que en los conflictos armados internos, las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario vinculan tanto a los miembros de las fuerzas armadas, como a los grupos armados irregulares, con fundamento en el contenido del Artículo 3 común del Convenio de Ginebra, como en los tratados aplicables a conflictos armados no internacionales, como la Convención de La Haya y el Protocolo II (enmendado) a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.

Conclusiones

Analizado el acervo documental recaudado el semillero de investigación presenta las siguientes conclusiones:

1. El Artículo 93 de la Constitución Política ordena que los tratados, convenios internacionales ratificados que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción; la Convención Americana de Derechos Humanos, la convención de Ginebra, convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, el Estatuto de Roma, deben entenderse incorporados al sistema jurídico interno Colombiano a través del bloque de constitucionalidad.
2. Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional constituyen precedente vinculante obligatorio para los Magistrados de la Sala de Definicio-

nes Jurídicas de la Justicia Especial para la Paz como lo ordena la Sentencia C-500/13, cuando afirma que, en la medida en que la Carta señala en el Artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, es indudable que la *jurisprudencia de las instancias internacionales*, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales

3. El precedente vinculante de la Corte IDH y Penal Internacional al tenor de la Sentencia C-067/03, debe aplicarse de manera oficiosa porque además de ser fuentes del derecho constituyen un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano.
4. El control convencional jurisdiccional que por vía de interpretación hace la Corte IDH de la CADH, es auténtica y precedente de obligatorio cumplimiento, con fundamento en el Artículo 93 superior y la subregla formulada por la jurisdicción constitucional en la Sentencia T-653/12, teniendo en cuenta que esta función se enmarca dentro del Artículo 22 superior que reconoce la paz como un derecho.
5. Los lineamientos procesales necesarios para la calificación de las conductas ilícitas denominados delitos políticos, deben estar bajo la óptica permanente del derecho internacional para evitar la impunidad, que se puede originar con la aplicación del indulto y la amnistía a personas inmersas en delitos comunes, de lesa humanidad y crímenes de guerra.
6. En Colombia existe un conflicto armado interno que según la Sentencia C-781/12 de la Corte Constitucional, es una realidad consolidada que cumple con las condiciones objetivas extraídas del Artículo 3° común a los convenios de Ginebra de 1949 y el Artículo 1° del Protocolo II de 1977, lo que significa que estas normas deben aplicarse en la Justicia Especial para la Paz y no podrán

ser desconocidas por los magistrados de la Sala de Definiciones de Situaciones Jurídicas a los postulantes de esta jurisdicción.

7. Existen estándares procesales constitucionales aplicables al concepto de conflicto armado en la Justicia Especial para la Paz a las personas que perteneciendo a grupos armados pretendan reincorporarse a la vida civil. Señala la Corte, que para efectos de establecer en casos concretos si un determinado conflicto ha trascendido el umbral de gravedad para ser clasificado como un conflicto armado interno, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios: (i) la intensidad del conflicto, y (ii) el nivel de organización de las partes. Al apreciar la intensidad de un determinado conflicto.
8. Los Magistrados de la Sala de Definiciones de Situaciones Jurídicas al calificar la conductas punible como delito político y conexos ejecutado en el conflicto armado deberán tener en cuenta y aplicar de manera oficiosa el bloque de constitucionalidad y el precedente vinculante emanados del control de convencionalidad que efectuó la Corte IDH a la Convención Americana de Derechos Humanos, los establecidos en la Convención de Ginebra, Viena y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Identificadas las conductas punibles ejecutadas por los postulantes a la aplicación de la Justicia Especial para la Paz, los Magistrados de dicha Sala, deberán establecer el cumplimiento de los estándares procesales establecidos en la Sentencia C-577-14, o que en adelante determina el derecho interno, los tratados y convencidos internacionales que el Estado Colombiano aprueba o ratifique.

Referencias

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (ACNUR). (1992). Manual de procedimientos y criterios para la determinación de la condición de refugiado. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf?view=1>

- Bonilla Castro, E. y Rodríguez Sah, P. (1997). *Más allá del dilema de los métodos. La investigación en ciencias sociales*. Buenos Aires: Editorial Norma. Ediciones Unidades.
- Colombia, Congreso de la República. (1960). Ley 5/1960: Por medio de la cual se aprueba la Convención de Ginebra. Diario Oficial No. 30.318 del 31 de agosto de 1960.
- Colombia, Congreso de la República. (1985). Ley 32/1985. Por medio de la cual se aprueba la convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Diario Oficial No. 36.856 de 13 de febrero de 1985.
- Colombia, Congreso de la República. (2000). Ley 599/2000, por medio de la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000.
- Colombia, Congreso de la República. (2002). Ley 742 /2002, por medio de la cual se aprueba el estatuto de Roma. Diario Oficial No. 44.826 del junio 7 de 2002.
- Colombia, Congreso de la República. (2013). Acto legislativo No. 1 de 2012, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de Justicia Transicional en el marco del Artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.
- Colombia, Congreso de la República. (2011). Ley 1448/2011, por medio de la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.096 del 10 de junio de 2011.
- Colombia, Corte Constitucional. (1993). Sentencia. C-295/93. Ref: Exp: No. D-210. Normas acusadas: Artículos 1 parcial, 2 parcial y 7 parcial de la ley 9 de 1989. Demandante: Jaime Barreto Niño. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (1993). Sentencia C-052/93. Salvamento de Voto. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero. M.P.: Dr. Jaime Sanín Greiffenstein. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (1995). Sentencia. C-225/95. Ref: Exp: No. L.A.T.-040. Revisión constitucional del “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)” hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16

- de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2002). Sentencia, C-578/02 Ref: Exp: LAT-223. Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998). M.P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2003). Sentencia. C-067/03. Re: Exp: D-4111. Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 21 (parcial) de la Ley 734 de 2002, Nuevo Código Disciplinario Único. Actor: María Soleyn Mantilla de Arroyave. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra
- Colombia, Corte Constitucional. (2006). Sentencia. C-370/06. Ref. Exp. D-6032. Demanda de inconstitucionalidad contra los Artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37 numerales 5 y 7, 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 y 71 de la Ley 975 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, y contra la ley en su integridad. Demandante: Gustavo Gallón Giraldo y otros. M.P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2012). Sentencia (T-653/12). Ref: Exp. T-3408860. Acción de tutela interpuesta por Eliécer Lobo Pacheco y otros contra el Ministerio de Relaciones Exteriores. M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-579/13. Ref: Exp. D-9499. Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2012 (parcial). M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-500/14. Ref: Exp. D-9958. Actor: Nixon Torres Carcamo. Demanda de inconstitucionalidad contra el Numeral 1º (parcial) del Artículo 44 de la Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”. M.P.: Mauricio González Cuervo. Bogotá.

- Colombia, Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-577/14. Ref: Exp: D-9819. Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 1º (parcial) y el Artículo 3º del Acto Legislativo 1 de 2012. Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del Artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Demandante: Rafael Giovanni Guarín Cotrino. M.P.: Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-087/14). Ref: Exp.T-4.089.405. Acción de tutela instaurada por Edwin de Jesús Duque Isaza contra la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación a las Víctimas. M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2014). Sentencia (T-364/15). Ref: Exp. T-4.798.744. Accionante: Rafael Jiménez Melo. Accionado: Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. M.P.: Dr. Mauricio González Cuervo. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2015). Sentencia (T-364/15). Ref: Exp. T-4.798.744. Accionante: Rafael Jiménez Melo. Accionado: Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. M.P.: Dr. Mauricio González Cuervo. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-327/16. Ref. Ex. D-11058. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 90 (parcial) del Código Civil. Demandantes: Alexander López Quiroz y Marco Fidel Marínez Gaviria. M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Colombia, Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Penal (2007). Sentencia de segunda instancia No. 26945. M. P.: Dr. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobada Acta N° 117. Bogotá.
- Colombia (Presidencia de la República), Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y Representantes de la Oposición. (2016, Noviembre 11). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Celebrado entre los representantes del Gobierno nacional, la guerrilla FARC-EP y los representantes de la oposición. La Habana (Cuba): Autor. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/12-1479102292.11-1479102292.2016nuevoacuerdofinal-1479102292.pdf>

- Comité Jurídico Interamericano (1959). Estudio sobre delitos políticos, Organización de Estados Americanos, 1959. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/678/11.pdf>
- Comité Jurídico Interamericano. (1953). Recomendación e informes. Documentos oficiales, Vol. VI. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/memoria_catalogo_informes_resoluciones_1953-42.pdf
- Convención Americana de Derechos Humanos. (1969). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (B-32). San José de Costa Rica. 7 al 22 de noviembre.
- Convención de Viena (1969). Artículo 27. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>
- Corte IDH. (2006). Caso Almonacid Arellano Vs Chile. (2006). (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 26 de septiembre. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/Articulos/seriec_154_esp.pdf
- Corte IDH. (2006). Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 24 de noviembre. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/Articulos/seriec_158_esp.pdf
- Corte IDH. (2013). Caso Gelman Vs Uruguay. (Supervisión de cumplimiento de sentencia). Sentencia de 20 de marzo. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf
- Corte IDH. (2012). Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs Guatemala. Sentencia 20 de noviembre. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/Articulos/seriec_253_esp1.pdf
- Corte IDH. (2014). Caso de Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/Articulos/seriec_276_esp.pdf
- Corte IDH. (2014). Caso de las personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de agosto. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/Articulos/seriec_282_esp.pdf
- Delgado García, G. (2010). Conceptos y metodología de la investigación histórica. *Revista Cubana de Salud Pública*, 36(1), pp. 9-18.

- Diálogos de la Habana. (2016). Borrador Conjunto 15.12.2015.5. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: “Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición”, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos. Disponible en: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/especiales/Documents/20150921-declaracion-proceso-paz/docs/Punto5-Victimas.pdf>
- FARC-EP. (1978). Estatutos aprobados en la sexta conferencia de la FARC-EP. Disponible en: <http://www.farc-ep.co/pdf/Estatutos.pdf>
- Hernández Galindo, J.G. (2014). ¿Qué es y que nos es delito político? Razón. Pública.com. Disponible en: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/8126-%C2%BFqu%C3%A9-es-y-qu%C3%A9-no-es-un-delito-pol%C3%ADtico.htm>
- López Medina, D.E. (2002). El derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de las sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del Derecho Judicial. Bogotá: Ediciones Uniandes. Facultad de Derecho, Serie Lex Nova. Legis.
- Quinche Ramírez, M.F. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 12(163). julio-diciembre. <http://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>
- Rincón Plazas, E. R. (2013). ¿Cómo funciona el control de convencionalidad?: definición, clasificación, perspectiva y alcances. Revista Iter. Ad Veritatem, 11. Disponible en: http://www.juecesyfiscales.org/images/stories/Articulos/COMO_FUNCIONA_EL_CONTROL_DE_CONVENCIONALIDAD.pdf
- Uprimny, R. (2005). Bloque de constitucionalidad en Colombia. Universidad Nacional. ENS Colombia Curso de formación de promotores en derechos humanos, Libertad Sindical y trabajo decente. Disponible en: [http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad\(Uprimny\).pdf](http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad(Uprimny).pdf)

Capítulo 18

La oralidad: herramienta jurídica del juez en la administración de justicia¹

*Andrea Johana Aguilar Barreto², Dora Gómez Rodríguez³,
Yurley Karime Hernández Peña⁴*

Resumen

A partir de este artículo se analizar la oralidad como herramienta jurídica del juez que mediante la aplicación de este sistema, es decir audiencias públicas orales, logra efectivizar principios procesales como: intermediación, celeridad, concentración y contradicción los cuales no solo son garantistas de un debido proceso, sino que a partir de la comparación de ordenamientos jurídicos como Estados Unidos, España, Francia y México vislumbra por ir más allá, en tanto que establece garantizar un respeto a los derechos humanos tal como lo menciona la convención americana cuando establece el derecho a ser oído, en un plazo razonable, ante un juez o tribunal com-

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: La oralidad y su inmersión en sistema judicial colombiano del semillero holístico, de la Universidad Simón Bolívar.
 - 2 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.
 - 3 Abogado en formación. Programa de derecho, Universidad Simón Bolívar.
 - 4 Licenciada en Biología y química, Universidad Francisco de Paula Santander, Magister Docencia de Química. Universidad Pedagógica Nacional, Doctorando en ciencias de la Educación. Universidad Simón Bolívar sede Barranquilla.

petente donde se brinden las debidas garantías, situación que no se da con el sistema escritural, claro está que lo que pretende no es abandonarlo sino que, por el contrario sea un apoyo que logre aportar un trámite pronto y oportuno a todo el problema de la congestión judicial que en ultimas lo que ha ocasionado es un retraso en la funcionalidad de la rama judicial y la vulneración de principios que promueven el respeto a un debido proceso; No obstante para esto se tendrá en cuenta la ley 1437 de 2011 donde se implanta como tal la oralidad pero particularmente con un llamativo plan de descongestión plasmado en su artículo 305 y la ley 906 de 2004 puesto que es en esta materia donde la práctica de esta herramienta ha dado mejores resultados.

Palabras clave: Oralidad, administración de justicia, principios procesales, debido proceso

The Orality: Juridical Tool of the Judge in the Administration of Justice

Abstract

From this article to analyze the orality as juridical tool of the judge who by means of the application of this system, that is to say oral public hearings, achieves efectivizar procedural beginning as: immediacy, speed, concentration and contradiction which not only are garantistas of a due process, but from the comparison of juridical classifications like The United States, Spain, France and Mexico glimpses for going beyond, while it establishes to guarantee a respect to the human rights such as the American convention mentions it when it establishes the right to be heard, in a reasonable term, before a judge or competent court where there are offered the due guarantees, situation that one does not give with the system escritural, clear is that what he claims is not to leave it but, on the contrary it is a support that achieves to contribute a prompt and opportune step to the whole problem of the judicial congestion that in you finalize what it has

caused is a delay in the functionality of the judicial branch and the violation of beginning that promote the respect to a due process; Nevertheless for this the law will be born in mind 1437 of 2011 where the orality is implanted as such but particularly with a showy plan of decongestion formed of his article 305 and the law 906 of 2004 since it is in this matter where the practice of this tool has given better results.

Keywords: Orality, administration of justice, procedural beginning, due process.

Introducción

En vista de la transformación que sufrió el sistema jurídico en Colombia con la reforma constitucional de 1991, y con la creación de la Corte Constitucional como organismo autónomo e independiente, con la facultad de interpretar las normas constitucionales, que originan el precedente constitucional se logró pasar de un Estado de derecho a un Estado social de derecho, donde el ingrediente social es el que permite como pieza clave del siglo XXI que aun más personas puedan acceder a la administración justicia para hacer valer la defensa y reconocimiento de sus derechos.

No obstante, todo el sistema del ordenamiento jurídico cuenta con entes jurisdiccionales, entendiendo por jurisdicción, aquella discrecionalidad por parte del aparato judicial para la toma de decisiones, es por ello que en Colombia se cuenta con la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción constitucional, la jurisdicción de paz, la jurisdicción indígena, la jurisdicción penal militar, en especial la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual estaba reglamentada por el Decreto 01 (1984), esto es todo un sistema escritural, que poco a poco genero un retraso en la funcionalidad de la rama judicial de manera que ante esta problemática surgió la Ley 1437 (2011), que reglamenta el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo que implanto como tal el sistema de oralidad, específicamente en su artículo 305 donde hay todo un plan de descongestión, lo que implicaría que, la aplicación de este sistema genere grandes cambios en relación con los principios procesales como lo son: inme-

diación, celeridad, contradicción y concentración teniendo en cuenta que, estos principios están contemplados en la Ley 1564 (2012), que reglamenta el nuevo código general del proceso que anteriormente estaba reglamentado por el Decreto 1736 (2012).

De igual manera se tendrá en cuenta la Ley 906 (2004), que reglamenta el código de procedimiento penal, teniendo en cuenta que en materia administrativa se analizará su implantación organizada bajo la estructura de una norma artículo 305 y en materia penal reconociendo que es aquí donde la aplicación de la oralidad tiene un mayor recorrido en la realidad.

Finalmente, cabe resaltar que a través de la eficacia de estos principios no solo se busca acceder a una eficiente administración de justicia sino que en cumplimiento al debido proceso contemplado en el artículo 29 de la constitución nacional, se logre dar un trámite pronto y oportuno a cada una de las etapas procesales y fundamentalmente la administración de justicia logre resolver con idoneidad cada uno de los retos y desafíos de la sociedad actual implementándose así esta maravillosa herramienta en las demás jurisdicciones.

Métodos y materiales

Según Rodríguez (1996)⁵, el enfoque pertinente en esta investigación es el cualitativo, porque a partir de este no se busca estudiar la realidad, sino que tiene por objetivo construirla y entenderla. De manera que define este enfoque como una categoría de diseños de investigación que extrae descripciones a partir de observaciones que adopta la forma de narraciones, notas de campo, grabaciones, entrevistas, etc.

Para dar cumplimiento al propósito de analizar la oralidad como herramienta jurídica del juez que mediante la eficacia de los principios procesales garantiza una efectiva administración de justicia en San José de Cúcuta, de igual forma para el cumplimiento de la misma

5 Rodríguez, G. en el año (1996) en su artículo “metodología de la investigación cualitativa”.

se ha planteado Identificar la oralidad como un instrumento jurídico del juez que sirve para administrar justicia, caracterizar que los principios procesales constituyen un sentido garantista del debido proceso y establecer si la aplicación del sistema de oralidad efectiviza los principios procesales.

No obstante, la importancia de la investigación realizada tiene un enfoque cualitativo porque permite generar un registro narrativo de los fenómenos que son estudiados mediante la observación de manera que, se busca analizar la naturaleza de la realidad, su sistema de relaciones y su estructura dinámica, esto a través de un método fenomenológico que consiste en la captación por la conciencia no solo de cualidades sensibles al contacto con el exterior, sino de la aprehensión intuitiva de esencias inteligibles, el cual plantea una investigación sistemática de la experiencia.

Es de esta manera que se logra conocer la interpretación que le da el juez a la oralidad, entendiéndola como un instrumento que efectiviza los principios procesales en tanto que al aplicarlos oportunamente son garantistas de un debido proceso así mismo, a través de la fenomenología se destaca el énfasis sobre lo individual y sobre la experiencia subjetiva tal como lo planteamos analizar tanto en los jueces de lo contencioso administrativo como en los jueces penales municipales, aplicando la técnica de la entrevista semi-estructurada observando así su lenguaje, permitiéndole describir, comprender e interpretar de manera holística su contexto, por ello es idóneo realizar un cuestionario de preguntas que al emplearlo como instrumento de investigación permita comprender las opiniones que toman cada uno de ellos respecto de la problemática ya planteada para darle una solución de fondo que genere cambios sociales, culturales y jurídicos.

Con la realización de este trabajo se pretende establecer una perspectiva holística del sistema de oralidad en tanto que:

1. Desde el punto de vista jurídico, se logra contribuir a identificar que la aplicación de normas como la Ley 1437 (2011, artículo 305) que buscan darle solución a grandes problemáticas como lo es

la congestión judicial, en donde se podrían estar amenazando o vulnerando derechos no queden como lo llaman en letra muerta sino que cumpla su finalidad en la realidad.

2. Desde el punto de vista global, se logra hacer un análisis comparativo de la concepción de este sistema a partir de ciertas unidades conforme a otros ordenamientos jurídicos como Estados Unidos, España, Francia y México quienes la aplican, de manera que se pueda identificar los avances y los posibles errores a evitar en el ordenamiento jurídico Colombia.
3. Desde el punto de vista académico, expone las razones para repensar la formación del abogado hacia las nuevas tendencias del derecho, puesto que las exigencias de la sociedad, le apuntan a que los estudiantes empiecen a prepararse en la aplicación de la oralidad, la cual implica una formación de fondo en áreas como lógica y retórica jurídica, oratoria y lectura jurídica.

La oralidad como un instrumento jurídico del juez que sirve para administrar justicia

La oralidad como sistema novedoso dentro de la administración de justicia, que se implementa de manera progresiva teniendo amplio impacto en el área penal.

El sistema penal acusatorio colombiano establecido por el acto legislativo 003 de 2002 que modificó el artículo 250 de la constitución nacional, estableciendo un sistema penal con tendencia acusatoria y regido por la oralidad como regla general, precepto constitucional que fue desarrollado por la ley 906 de 2004, donde estableció el trámite del proceso penal en su totalidad, el cual está dividido en dos estadios procesales, el primero una etapa de investigación y el segundo el juzgamiento, en donde la primera de ellas se distingue por ser la etapa de indagación que se inicia con la noticia criminal, en la cual las diferentes diligencias judiciales se llevan a cabo ante el juez de control de garantías, figura innovadora y característica del nuevo sistema y la otra una preparatoria al juicio oral iniciada con la presentación del escrito de acusación

ante el juez de conocimiento, seguida de una serie de audiencias posteriores, como la audiencia de formulación de acusación, preparatoria y concluyendo con la audiencia del juicio oral; rigiéndose las dos etapas por los principios de igualdad, imparcialidad, legalidad, oralidad, contradicción, inmediatez, entre otros, en donde el juez es un tercero neutral que adquiere el deber legal de garantizar los derechos fundamentales de las partes.

Referente al juicio oral (Guerrero Peralta, 2007), aduce que la nueva disposición del proceso penal constitucionaliza el juicio oral y debe desarrollarse en concordancia con el debido proceso, en lo que se refiere a la asistencia jurídica dentro del juicio, a la publicidad del procedimiento, al plazo razonable para ser juzgado y a la presentación y controversia probatoria.

Así mismo, sobresalta los rasgos constitucionales de esta etapa dentro de las que sobresalen: Primero, el principio de publicidad (Guerrero Peralta, 2007), que opera de manera general en el entendido que la administración de justicia es de interés público, y por lo tanto cualquier ciudadano puede comparecer pasivamente a el juicio, a menos que la ley lo restrinja; y la publicidad personal, que aplica en relación a los sujetos procesales e intervinientes, concediéndole una serie de garantías para la manifestación de manera directa de las partes e intervinientes; noción que relaciona el derecho fundamental de principio de audiencia para las partes, pero especialmente para el procesado, ya que este precepto constitucional se encuentra directamente relacionado con el derecho a la defensa en la etapa de juicio.

Un segundo rasgo de gran relevancia y en esencia del juicio oral, el más importante, la práctica de las pruebas (Guerrero Peralta, 2007); que, en concordancia con la Carta Magna, compone directamente el derecho fundamental del debido proceso, ya que faculta a la defensa para presentar pruebas y controvertir las que la fiscalía presente en su contra, con el fin de prevalecer la presunción de inocencia que atañe al procesado. Controversia que se debe dar en virtud del principio

de intermediación, para que el juzgador adquiriera la convicción del juicio oral y fundamente según lo percibido la decisión.

Tercero, el principio de concentración, el cual establece ese carácter de continuidad que caracteriza la audiencia, salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, que sean insuperables, caso en el cual se podrá suspenderse durante el lapso de tiempo que dure el fenómeno.

Por último, ilustra el principio de juicio público con todas las garantías, el cual es una característica común de todo el proceso penal (Guerrero Peralta, 207), aduciéndolo como la vía más apta para darle contenido a la noción de igualdad de armas, ya que ese precepto supone el cumplimiento de una serie de requisitos y formalidades que permiten a la parte Acusada la posibilidad de establecer una defensa en condiciones de igualdad de armas con el ente encargado de la persecución penal, así mismo exige que el órgano acusador mantenga un equilibrio y equidistancia de las acusaciones y de las defensas concediendo a ambas la posibilidad de someter a debate contradictorio no solo sus tesis, sino, lo que es más importante, sus pretensiones probatorias.

Ahora bien, con respecto al juicio oral Urbano Martínez (2012)

que en razón a la forma como ha evolucionado el régimen probatorio del proceso penal en el constitucionalismo colombiano, hoy el proceso penal es sinónimo de juicio” es decir, que el espacio en el que se construyen los fundamentos de la decisión judicial atinente a la responsabilidad o inocencia del acusado, es la prueba surgida en un debate público y transparente, ante los ojos del administrador de justicia. Y fundamentada en los parámetros establecidos por la constitución política debido a que “el núcleo básico del régimen probatorio del proceso penal ha sido sustraído de la órbita de definición del legislador y ha sido desarrollado directamente por el constituyente.

Establece además que, en el juicio oral, se adecua doctrinal, jurisprudencial y legalmente la teoría de la carga dinámica de la prue-

ba, debido a que en la práctica se aplica como la principal garantía de salvaguardar la presunción de inocencia del procesado:

debido a que en un sistema adversarial o de partes en el que la fiscalía ya no está vinculada por el principio de investigación integral, limitándose su deber a plantear su teoría del caso y a allegar las pruebas que la soporten [...], se hace mucho más evidente la obligación de la defensa de presentar la prueba que desnaturalice o controvierta las pruebas que soportan la teoría del caso de la fiscalía, superándose así la presencia pasiva de la defensa pues esta debe comprometerse con la investigación de lo que resulte favorable al acusado (Martínez, 2012).

Es claro que la implantación de la oralidad se llevó a cabo como propuesta innovadora debido a que ha sido necesaria para combatir la congestión judicial existente, esto a causa de que los principios procesales aunque se estaban aplicando no resultaban siendo efectivos, ya que su aplicación no era pronta en relación una con otras es por esto que es fundamental remitirse a autores que de manera conceptual demuestren la importancia que tienen tanto los principios como la oralidad en la efectiva administración de justicia para lograr entender el gran problema de la congestión judicial y con ello la vulneración del derecho a un debido proceso.

La oralidad y los principios generales

Con la transición que sufrió el proceso penal colombiano, se configuró en un proceso con tendencia acusatoria, con una estructura integrada por la acusación, la defensa y el juez, proceso que el legislador constitucionalizó y dejó su desarrollo subordinado a los diferentes tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia; convirtiéndose en una sistema de justicia rogada, en donde la fiscalía es revestida por mandato constitucional del principio acusatorio y por ende la carga de la prueba es de su resorte, encomendándosele la función en virtud del mencionado principio de liderar el ejercicio de la acción penal, es por ello q se presenta a continuación una revisión de los principios generales presentes en ella.

Según Nisimblat N.⁶, por principio se entiende en estricto sentido, como el comienzo, base, origen, razón fundamental por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes como norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.

En el principio de inmediación el juez debe estar en permanente contacto con el proceso y con las partes ya que al juez le corresponde socializar, en sentido subjetivo, con todo aquello que hace parte de la actividad judicial, aquí aparece el juez como rector y conductor de la actividad procesal puesto que el juez que no conoce el proceso ni a las partes que en él intervienen, no tiene las herramientas necesarias para fallar.

En el principio de concentración, se entiende antes que el proceso se presenta ante los sentidos del juez como una obra teatral, en toda obra existe una trama, un argumento, un desarrollo, una historia y un desenlace, el proceso judicial, sea escrito, sea oral, no es cosa distinta que la representación histórica de algo que ocurrió, visto desde el mundo de quien lo narra, se expone cómo el proceso se presenta ante el juez como una función, como una representación, buena o mala, en que los actores dan lo mucho o lo poco que tienen para narrarle un hecho al cual él, y solo él, asignará una consecuencia jurídica, que bien puede ser el resultado del correcto entendimiento de lo ocurrido en el proceso, la simple conjetura acerca de lo que pudo percibir durante el debate procesal. Si el juez no ha presenciado la función y tan solo se la han contado o resumido en unas líneas (el expediente), poco o nada podrá.

De igual manera el principio de contradicción, implica que toda persona tiene el derecho a controvertir los hechos y las alegaciones que se formulen en su contra, de rango constitucional, la contradicción hace parte inescindible del debido proceso. Un alegato incontrovertido, una prueba no conocida, un dictamen no socializado, impiden la realización efectiva del derecho al debido proceso. Lo no

6 Nisimblat Nattan, en su artículo “los principios rectores del procedimiento y del proceso en Colombia”.

controvertido no es pleno y solo aquello que sea pleno será objeto de debate.

Así mismo en el principio de celeridad, afirma Carnelutti⁷ “Cuando oímos decir que la justicia debe ser rápida, tenemos ahí una fórmula que se debe tomar con beneficio de inventario; el clisé de los llamados hombres de Estado que prometen a toda discusión del balance de la justicia que esta tendrá un desenvolvimiento rápido y seguro, plantea un problema análogo al de la cuadratura del círculo. Por desgracia, la justicia, si es segura no es rápida, y si es rápida no es segura. Preciso es tener el valor de decir, en cambio, también del proceso: quien va despacio, va bien y va lejos. Esta verdad trasciende, incluso, de la palabra misma “proceso”, la cual alude a un desenvolvimiento gradual en el tiempo: proceder quiere decir, aproximadamente, dar un paso después del otro”. Al juez le corresponde impedir que el proceso se paralice, de manera que sea un impulsor activo del proceso.

De acuerdo a lo expuesto por Jiniesta⁸ La oralidad es concebida como una idea símbolo, la democratización y humanización del proceso y un conjunto de principios porque:

La oralidad como idea símbolo constituye la fuente de inspiración para emprender una serie de reformas legislativas que incluyan sistema de admisión y valoración libre y crítica de la prueba –la libre valoración y convicción del juez solo puede darse en el seno de un proceso oral–, la intermediación entre el acervo probatorio y el juez decisor y la introducción de una o varias audiencias para sustanciar la causa.

La oralidad, democratización y humanización del proceso, contribuye a la democratización de la justicia y del derecho, puesto que, se requiere un juez que además de un rol activo -director

7 Carnelutti citado por Nisimblat Nattan en su artículo “Los principios rectores del procedimiento y del proceso en Colombia”.

8 Jiniesta Ernesto en su artículo “La oralidad en el proceso contencioso administrativo”.

e impulsor del proceso-, esto es, que dirija, ordene y agilice el proceso, asuma un papel asistencial interactuando con las partes para determinar y delimitar el objeto del proceso, los hechos controvertidos y la prueba admisible y pertinente, esto es, colaborando en la búsqueda de la verdad real y asegurando una igualdad real entre las partes, de tal manera que la parte victoriosa sea la que probablemente tiene la razón y no la que posee más medios económicos para pagar a un representante hábil que complique el proceso en aras de los intereses de su representado y resista la lentitud del proceso.

La oralidad: un conjunto de principios en tanto que, requiere de intermediación entre el juez y las personas cuyas declaraciones debe recoger y valorar, sólo el juez que ha asistido directa y personalmente a la evacuación de la prueba puede pronunciar la sentencia, sin intermediarios como los jueces instructores o actuarios, además comprende del principio de concentración puesto que la causa se debe sustanciar en un período único que incluya una sola audiencia o el menor número posible de audiencias sucesivas y, significa, especialmente, el dictado de la sentencia después de la clausura del debate oral, así como indudablemente comprende de la celeridad pues esta se garantiza por cuanto las declaraciones escritas entre personas lejanas están separadas por intervalos que permiten la respuesta correspondiente, mientras que entre los presentes que hablan la respuesta sigue a la pregunta.

No obstante según Parra⁹ (2013), al decir “principio de la oralidad”, compréndase en una fórmula necesariamente breve y representativa de toda aquella serie de consecuencias, el principio de la oralidad no puede limitarse a una discusión oral en la audiencia, la audiencia oral que tiene lugar mucho tiempo después de la instrucción no tiene sentido, “la discusión oral supone un debate oral” es decir, lo que se quiere es que haya un debate oral sobre lo que necesaria-

9 Parra Quijano, Jairo en su artículo “Juicios orales en Colombia: Divagaciones sobre el proceso oral”.

mente debe haber, que es en la recepción de la prueba e inmediatamente la audiencia oral.

El principio de la oralidad no implica prescindir de los escritos, y dice Chioventa¹⁰ algo que resulta estelar para nuestro planteamiento: Puesto que la escritura, como medio perfeccionado que es, de expresar el pensamiento y de conservar su expresión eternamente, no puede dejar de tener en el proceso el lugar que tiene en todas las relaciones de la vida. Pero precisamente exige que no tenga sino el lugar que le compete según las condiciones de la vida moderna y según la utilidad efectiva que pueda dar lugar a los juicios.

Ahora bien, en todos los casos en que es preciso medir la espontaneidad de las declaraciones de alguien, sea parte, sea testigo, sea perito, es evidente que el contacto directo y personal de éstos con el juez, pone al juez en situación de apreciar mejor la declaración. Y si la verdad de los hechos debe resultar de un contradictorio, sea de parte, testigos o peritos, la confrontación pierde toda eficacia en el escrito que la reproduce.

Además agrega, que aun en las cuestiones meramente jurídicas y en aquellas en que el material de hecho resulta todo de documentos, la discusión oral entendida, no como declamación académica, sino como una concisa oposición de razones a razones, puede llevar a una definición ciertamente más pronta y probablemente mejor que la madurada en el interior del juez con la sola ayuda de los escritos. La mayor rapidez, la mayor facilidad de entenderse recíprocamente, la selección que la defensa hablada hace, naturalmente, en las razones y argumentos, haciendo sentir la eficacia de las buenas y la inutilidad de las malas; la sinceridad de la impresión del que escucha, explican la importancia que el debate oral tiene en las relaciones públicas y privadas de la vida moderna.

10 Chioventa Jose, citado por Parra Quijano, Jairo en su artículo “Juicios orales en Colombia: Divagaciones sobre el proceso oral” capítulo II *Jose chioventa y la oralidad*.

Teniendo en cuenta a Palacios¹¹ este autor establece que los principios procesales constituyen pautas o directivas que provienen de un plano supra normativo y, por lo mismo, pueden ser enmarcadas dentro de los aportes de la filosofía del derecho procesal como normas rectoras que orienta ante la ausencia de la ley, Según Palacios son las directivas u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal. La doctrina tradicional viene mencionando desde antiguo que estas reglas o directivas tienen específicas funciones puesto que sirven para establecer como se ha de conformar la base previa sobre la que se habrán de estructurar las normas procesales, facilita el estudio comparativo entre diversos ordenamientos procesales, ya sea vigente o bien derogado y ayudar en la hermenéutica del derecho procesal. En tanto, expresan valoraciones jurídicas vigentes en un grupo social determinado, constituyen importantes instrumentos auxiliares en la función interpretativa.

Conclusiones

La oralidad no es un discurso oral, es más que un sistema procesal, que a partir de la concepción de ordenamientos jurídicos que lo aplican como Estados unidos, España, México y Francia demuestran que es un factor determinante en una efectiva administración de justicia además también dice la Corte Suprema de Justicia Colombiana: La oralidad convertida en principio, la inmediación y la concentración, no presentan ruptura. Y no existe ruptura cuando, además, son asegurados por el empleo de medios técnicos que permitan la fidelidad de lo acontecido en los diversos pasos procesales. Medios que, sin asomo de lesión, permiten en segunda instancia y en sede de casación su examen y valoración.

Los jueces que aplican esta herramienta no son meros espectadores de la actividad procesal, su rol es activo y requiere de un compromiso con la eficacia de principios como: la Inmediación, concen-

11 Palacios en su artículo “Principios procesales”.

tración, celeridad y contradicción propios de del desarrollo de una efectiva administración de justicia con garantías.

De igual forma ha sido pertinente que se estudie la oralidad entendiéndola no como un discurso oral, sino como un instrumento jurídico e idóneo del juez que le facilita dar agilidad a cada una de las etapas procesales garantizando el debido proceso y solucionando de raíz la dificultad que existe en la funcionalidad de la rama judicial, así mismo es la oralidad el instrumento de aprendizaje de los estudiantes de derecho el cual permite comprender lo que implica todo un sistema para el ordenamiento jurídico y de la misma forma, es la oralidad una oportunidad para generar un debate oral de razones a razones, donde el juez escucha a las partes y de acuerdo a sus poderes facultativos aplique la lógica formal y material para emitir juicios valorativos, en donde el conocimiento y el razonamiento sean fundamento de los argumentos jurídicos frente a cualquier decisión que se tome.

No obstante, con la realización de esta investigación se busca identificar, caracterizar y establecer que, al implementarse este sistema no se está abandonando el sistema escritural, sino que resulta ser un apoyo para que la administración de justicia actué pronta, oportuna y eficazmente; por lo tanto con la investigación se pretende además que la comunidad académica Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, contribuya al mejoramiento de la calidad en los estudiantes de derecho, mediante el estudio minucioso de esta herramienta de manera que, su aplicación implique un reto para el egresado y el día de mañana genere una transformación social en la comunidad nort santandereana.

Referencias

- Colombia. (2004) congreso de la república. Ley 906. código de procedimiento penal. Web:http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/4_Nacionales/1_Normas_basicas/2_Regimen_penal_ejec_penas/Ley%20906%20de%202004,%20C%C3%a9digo%20procedimiento%20penal.pdf
- Colombia. (2011) Congreso de la república. LEY 1437. código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Web:<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley143718012011.pdf>
- Colombia. (2012). Congreso de la república. LEY 1564. Código general del proceso. Web: <http://www.minminas.gov.co/minminas/downloads/UserFiles/File/Coactivos2012.pdf>
- Jiniesta E. (1999) “La oralidad en el proceso contencioso administrativo”. Web: http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/ORALIDAD%20EN%20EL%20PROCESO%20CONTENCIOSO%20ADMINISTRATIVO.PDF
- Nisimblat N. (2016) “los principios rectores del procedimiento y del proceso en Colombia”. Web:http://nisimblat.net/images/LOS_PRINCIPIOS_RECTORES_DEL_PROCESO_POR_NATTAN_NISIMBLAT.pdf
- Palacios, Gozaini, Couture, Clemente Díaz, Remigio, De la Vega de Opl, entre otros. (S/F) “Principios procesales”. Web:http://www.ucasalvm.com.ar/derechophp/.admin/archivos/4e00f1705aebbPrincipios_Procesales.pdf
- Parra J. (2013) “Juicios orales en Colombia: divagaciones sobre el proceso oral”. Web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3330/10.pdf>
- Rodríguez Gómez, G: (1996) “metodología de la investigación cualitativa” Málaga: ediciones aljibel. Web:http://metodosdeinvestigacioninterdisciplinaria.bligoo.com.co/media/users/10/528344/files/53953/INVESTIGACION_CUALITATIVA_Rodriguez_et_al.pdf

Capítulo 19

La política pública educativa: desarrollo en el contexto Colombiano¹

Andrea Johana Aguilar Barreto²

Resumen

Las políticas públicas como las acciones de un gobierno que desarrolla unos objetivos de interés público, y que por tanto surgen como decisiones sustentadas en un proceso de diagnóstico y análisis de factibilidad, en procura de atender de manera efectiva las problemáticas sociales, en materia de educación ser analizadas desde los denominados planes de desarrollo. Este documento pretende dar cuenta del desarrollo de estos instrumentos en materia educativa dentro de la política pública colombiana, creados constitucionalmente, considerando la educación el proceso ideal y herramienta fundamental para el desarrollo de los pueblos y construcción social.

Palabras clave: Desarrollo político, educación, gestión educativa y política pública.

1 Capítulo resultado del proyecto institucional de investigación “Gestión Pública de Educación en el Departamento Norte de Santander” de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta.

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

Public educational policy: development in the Colombian context

Abstract

Public policies such as the actions of a government that develops objectives of public interest, and which therefore arise as decisions based on a process of diagnosis and feasibility analysis, in an attempt to effectively address social issues in education Be analyzed from the so-called development plans. This document intends to give an account of the development of these instruments in educational matters within the Colombian public policy, created constitutionally, considering education the ideal process and fundamental tool for the development of peoples and social construction.

Keywords: Educational management, education, political development, public policy.

Introducción

La figura del Estado ha sido estudiada y analizada ampliamente por diversos autores desde múltiples criterios y existe un consenso en que se ha superado la división que existía entre Estado y sociedad, cambio originado en el sistema liberal económico (Subirats, 1988. p. 173). Antes de la reconciliación entre Estado y sociedad, esta última era concebida como una estructura ajena a la primera por lo que no se admitía ninguna relación de la sociedad con alguna de las tres ramas del poder público. Los individuos interactuaban con reglas internas propias y el Estado no interfería en ello. La evolución de la sociedad y del Estado condujo a que se elaborara una noción diferente, una perspectiva más integradora. Ahora en el lenguaje político es imposible delimitar conceptualmente el término sociedad civil sin determinar el significado de Estado.

La sociedad civil indica Bobbio (1987) puede tomarse en dos sentidos: uno positivo y otro negativo. Respecto del negativo, la sociedad civil resulta ser “la esfera de las relaciones sociales que no está regulada por el Estado”; y desde la perspectiva positiva se trata del “lugar donde se manifiestan todas las instancias de cambio de las relaciones de dominio, [es decir] donde se forman los grupos que

luchan por la emancipación del poder político [...]”. Refiriéndose a Marx, Portelli (1994, p. 14) define la sociedad civil como el “conjunto de la estructura económica y social en un periodo determinado”, a la cual Bobbio (1987) denominó infraestructura y, en contraposición a ella, caracterizó el Estado como la supraestructura. En la infraestructura o sociedad civil emergen y se desarrollan los conflictos de diversa índole (económicos, sociales, religiosos) y frente a ellos la superestructura o Estado deben responder para remediar, prevenir o reprimir (Bobbio, 1987) desde el poder coactivo que le asiste (Rodríguez, 2004).

En la segunda mitad del siglo XIX los postulados de las teorías del industrialismo, marxista, de los grupos de interés y de presión, el rol de la burocracia, la centralización del Estado y el papel del gobierno (Ochando, 1999), sumado a la actividad de la clase obrera y el enfrentamiento a los efectos del capitalismo cimentaron las bases del Estado de bienestar en reemplazo del deteriorado Estado liberal. A comienzos del siglo XX y con motivo de la Gran Depresión (1929-1939), el Estado de bienestar adquiere mayor relevancia en la medida que se convierte en una respuesta a las demandas de la sociedad civil (Rodríguez, 2004, p. 17). Frente a cada una de estas demandas, las políticas públicas se convierten en las herramientas que permiten acercar el Estado a la sociedad civil.

En general, las políticas públicas son relevantes para el campo de estudio de las ciencias sociales y la ciencia política, y ello ha tenido un creciente desarrollo desde la década de los años 60, periodo preciso en el que la figura del Estado de bienestar comienza a decaer. Debido a que las funciones del Estado son amplias, las actividades que realiza dicha superestructura adquieren una amplia tipología, lo que se traduce en diversas políticas públicas, y es allí donde se justifica el análisis sistemático de las mismas. Menciona Pallares (1988, p. 142) que la construcción del conocimiento de las políticas públicas se realiza a partir de planteamientos como: “qué políticas desarrolla el Estado en los diferentes ámbitos de su actividad, cómo se elaboran y desarrollan y cómo se evalúan y cambian”.

Una de las demandas sociales de mayor exigencia para los Estados son las relacionadas con el derecho a la educación ya que esta constituye un ideal y una herramienta fundamental para el desarrollo

de los pueblos. En los últimos años se han despertado múltiples manifestaciones en toda América Latina y otras partes del mundo en donde se exige a los Estados el diseño e implementación de políticas educativas para la educación que atiendan a la naturaleza pública del derecho.

Materiales y métodos

El desarrollo del presente trabajo se consolidó metodológicamente utilizando el enfoque cualitativo, como lo expresan Bonilla y Rodríguez (1997. p.16), se explora el contexto estudiado para lograr las explicaciones más detalladas y completas posibles de la situación, con el fin de explicar la realidad subjetiva que subyace a la acción de los miembros de la sociedad.

Mediante el enfoque Hermenéutico, donde se interpreta la evolución preceptos jurídicos nacionales e internacionales, criterios expuestos sobre el control de convencionalidad, la justicia transicional y el precedente vinculante de las sentencias de la Corte IDH y constitucional colombiana, utilizando como técnica para la recolección de la información el análisis documental que permitió conocer las fuentes a través de la aplicación de una matriz con cada una de las sentencias hito de las respectivas Cortes.

Es pertinente además señalar que, desde el punto de vista metodológico, se referenció el método de análisis jurisprudencial propuesto por López (2002, Cap. 3) en su obra “El derecho de los jueces”, en lo que tiene que ver con la forma de construcción de líneas jurisprudenciales con el fin de alcanzar los resultados perseguidos con ocasión del objetivo propuesto.

Si bien un amplio sector de investigadores contribuye a la literatura estudiando las políticas públicas, lo cierto es que pocos se dedican al análisis de las políticas que se enmarcan en el orden social, incluyendo las educativas. En este espacio se busca ahondar en las políticas públicas educativas del departamento Norte de Santander haciendo énfasis en sus características y componentes, implicaciones, dificultades de gestión y alcances y logros, para lo cual se recurre al análisis documental como método de estudio y bajo la lógica del paradigma histórico hermenéutico y el enfoque cualitativo. En la tabla 1 se identifican los

documentos que son objeto de análisis a fin de dar una descripción de las políticas públicas educativas en el Norte de Santander.

Tabla 1. Documentos objeto de análisis

No	Título / Autor	Año
1	Plan de formación docente 2010-2013. <i>Secretaría de Educación, Departamento Norte de Santander</i>	2010
2	Perfil sobre la situación de Norte de Santander en materia educativa. <i>Ministerio de Educación Nacional</i>	2011
3	Plan de desarrollo departamental de 2008 “Un Norte para Todos”. <i>Gobernación del Norte de Santander</i>	2008
3	Plan de desarrollo departamental de 2012 “Un Norte pa’lante”. <i>Gobernación del Norte de Santander</i>	2012
4	Plan de desarrollo departamental de 2016 “Un Norte Productivo para Todos”. <i>Gobernación del Norte de Santander</i>	2016

Fuente: Elaboración propia

Las políticas públicas y las políticas públicas educativas

Delimitar la naturaleza y alcance del constructo *política pública educativa*, infiere un esfuerzo previo de análisis sobre los términos *política* y *política pública*. La palabra *política*, desde su carácter etimológico, proviene del latín *politicus* (Real Academia Española, 2003), el cual evoca conceptos como ciudadano, civil, ordenamiento de las ciudades, etc. Constituye un término amplio, complejo y en constante definición, cuyo punto de partida se encuentra en el pensamiento platónico y aristotélico de la antigua Grecia (Lindblom, 1991, p. 9). En efecto, tanto para Platón como Aristóteles, las cuestiones políticas fueron parte de su objeto de estudio, es decir, temas como la organización de los hombres, la justicia y la gobernanza, constituyeron problemas filosóficos relevantes. Nociones como *pólis* (ciudad), *politeía*

(ciudadanía), *polítes* (ciudadano), etc., hacen parte del concepto de política (Bobbio, Matteucci y Pasquino, 2005, p. 1215), en otras palabras, del proceso de organización de los hombres y mujeres, en procura alcanzar mayores niveles de bienestar, y cuya finalidad le corresponde al gobierno de la *polis*.

Con el advenimiento de la modernidad, el sentido original de la política ha sido reconfigurado, asociándose el mismo a las actividades que son propias al Estado moderno. En este orden, se distinguen dentro de este espectro las actividades relacionadas con el ordenamiento y la protección del territorio, la organización de los grupos sociales, la distribución de los recursos, la tarea legislativa, la defensa del gobierno constituido, entre otras (Bobbio, Matteucci y Pasquino, 2005, p. 1215), las cuales se relacionan con el ejercicio del poder político. El poder político hace parte de la tipología del poder y es entendido como aquel que “procede de la actividad de coordinar a los individuos y regular los patrones de su interacción” (Thompson, 1998, p. 32), atribuido a la institución paradigmática del poder político: el Estado, y que en otras épocas le correspondía a otras instituciones como el Estado-Nación.

En este orden de ideas, la política constituye tanto una ciencia (*ciencia política*) como una práctica, relacionada con las actividades que le son propias al Estado y a su administración pública, así como a la naturaleza humana, pues el hombre representa un ser político, toda vez que hace uso de la política para alcanzar fines más elevados, esto es, dar sentido y durabilidad al mundo (Arendt, 1997, p. 27). Ahora bien, la política en cuanto representa el instrumento a través del cual se adecua el comportamiento de los hombres a normas preestablecidas, razón por la que el término se relaciona con la noción *lexis* y *praxis*. En este contexto surge el término política pública, como un factor o elemento relativo a la política y las decisiones de gobierno (Lahera, 2004, p. 5), y cuya función es acercar al Estado y la sociedad civil a través de acciones que den respuesta a los problemas y necesidades de los grupos sociales.

Bobbio (1987, p. 15) describe que el Estado y la sociedad civil representaron hasta hace poco una dicotomía, es decir, dos nociones excluyentes, donde la segunda no tenía relación alguna con la primera. De este modo, los individuos interactuaban con reglas internas y propias, y el Estado no interfería en las mismas. La evolución conceptual tanto

del término Estado como sociedad civil, ha permitido que se genere una perspectiva integradora, por lo que en el lenguaje político actual es imposible definir el concepto de sociedad civil sin determinar la noción epistemológica de Estado. Y en el marco de este acercamiento, las políticas públicas han representado un papel esencial en la construcción de vínculos o puentes entre la actividad del Estado y los problemas, necesidades e intereses de la sociedad:

La política y las políticas públicas son entidades diferentes, pero que se influyen de manera recíproca. Ambas se buscan en la opacidad del sistema político. Tanto la política como las políticas públicas tienen que ver con el poder social. Pero mientras la política es un concepto amplio, relativo al poder en general, las políticas públicas corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos. (Lahera, 2004, p. 7).

De acuerdo a lo anterior, las políticas públicas se mueven en la dinámica de la política, es una manifestación del poder político usado por el Estado y procura por generar respuesta a los asuntos que son relevantes para la sociedad civil. Sin embargo, estas primeras observaciones son insuficientes para delimitar de manera clara y precisa la noción de política pública, la cual desde los años 70 ha sido incorporada de forma dinámica dentro de los estudios de las ciencias sociales (Parsons, 2013, p. xxiv).

Respecto de las políticas públicas, la literatura es muy amplia y diversa, razón por la que las posturas varían, contribuyendo a que la noción conceptual relacionada con política pública no resulte homogénea entre los autores (Espinoza, 2009, p. 3). En efecto, Lahera (2004, p. 7) asume la política pública como las decisiones de los gobiernos como parte del quehacer de las autoridades y en otra de sus obras explica que dichas políticas se concretan en los programas de acción de la autoridad “investida de poder público y de legitimidad gubernamental” (Lahera, 2002, p. 13). Por su parte, Oszlak (1980, p. 2) considera las políticas públicas como el resultado de una “expresión decantada y genuina del interés general de la sociedad” y Croce (1999, p. 189) afirma que el objetivo de las políticas es satisfacer el interés general, en otras palabras, el bien común.

Las anteriores contribuciones conceptuales permiten definir algunas de las características de las políticas públicas: a) corresponden a planes y acciones diseñadas por las autoridades de turno; b) las autoridades gozan de un poder político, es decir, de instrumentos que posibilitan que sus intereses sean impuestos; c) parten del interés general o bien común, representando en las necesidades y requerimientos de las comunidades; d) tienen la capacidad de acercar el Estado a la sociedad civil. Otros autores ofrecen otros enfoques y nuevos elementos estructurales y característicos de las políticas públicas. Por ejemplo, Lahera (2002, p. 14) indica que las políticas públicas pueden surgir tanto del gobierno como del Estado, es decir, o bien de la autoridad elegida de forma democrática o desde todos los poderes que integran el Estado. Así, pueden identificarse políticas de gobierno o políticas de Estado, y en este punto debe resaltarse que las políticas sobre la educación, deberían considerarse como políticas de Estado (Pilonieta, 2010, p. 43).

Así mismo, Parsons (2013, p. 16) expresa que la orientación de las políticas públicas debe ser:

- a) multimetódica, b) multidisciplinar, c) orientado a los problemas; d) preocupada por trazar el mapa contextual del proceso, las opciones y los resultados de las políticas, y e) en busca de la integración de los conocimientos dentro de una disciplina más amplia, con el fin de analizar las elecciones y la toma de decisiones [...]

Aguilar (1993, p. 11) describe que la política pública es una sumatoria de factores progresivos, en donde la acción colectiva toma relevancia. En efecto, para este autor son factores de la política pública “a) el diseño de una acción colectiva intencional, b) el curso que efectivamente toma la acción como resultado de las muchas decisiones e interacciones que comporta y, en consecuencia, c) los hechos reales que la acción colectiva produce”. Aquí en este escenario se observa como elementos estructurales las acciones diseñadas, la implementación y los resultados. Las políticas públicas retoma “la forma en que se definen y construyen cuestiones y problemas, y a la forma en que llegan a la agenda política [...]” (Parsons, 2013, p. 31). De estos aportes resalta la noción de política pública como proceso, el cual surge desde los problemas propios de

la comunidad e incorporados en una agenda política, a fin de adoptar medidas pertinentes. En el mismo espectro, se encuentra Lindblom (1991, p. 19) para quien la política pública hace referencia a procesos, decisiones, resultados, entre otros, y donde se manifiesta el conflicto de intereses.

Por lo anterior, parte de los estudios sobre políticas públicas, están centrados en los procesos que siguen las políticas públicas para su diseño, implementación y evaluación, y por ende, el análisis de las mismas. Subirats (1989, p. 15) describe que el análisis de las políticas públicas parte de una valoración de las manifestaciones de los problemas, es decir, sus efectos, y a partir de la definición de los problemas específicos, se genera un análisis prospectivo que permite identificar las posibles alternativas para superar los problemas hallados. En esta etapa, se realiza un análisis de los efectos de las alternativas y se toman las decisiones. Estas decisiones son implementadas y sus resultados son evaluados respecto de los problemas que dieron origen al diseño de la política pública. En resumen, el análisis de las políticas públicas exige una revisión crítica de: a) los problemas y sus efectos, b) las alternativas; c) las decisiones; d) la implementación; e) la evaluación de los resultados.

En este mismo orden, Parsons (2013, p. 16) detalla que el análisis de las políticas puede enfocarse, o bien en el proceso de las políticas, o bien, en los factores determinantes del proceso de las políticas públicas. El primer tipo de análisis involucra los problemas, las decisiones, la formulación de las políticas y la evaluación e implementación de las mismas, es decir, los mismos elementos resultados por Subirats (1989, p. 15). El segundo tipo de análisis agrupa el uso de técnicas e instrumentos para la investigación y el estudio de los problemas, las decisiones, la evaluación y la implementación. En este sentido, las políticas públicas no pueden ser el resultado de una decisión sin fundamentos o elementos que sostengan la posible viabilidad de su implementación, porque de lo contrario, la misma estaría condenada a fracasar.

Ahora bien, las políticas públicas pueden ser clasificadas de acuerdo a las áreas en las que se inscriben: salud pública, bienestar social, vivienda, educación, etc. En cada una de estas esferas, surgen, de forma cada vez más aguda, problemas de toda índole, y debido a la reducción

progresiva de todo lo social a la esfera económica como producto del modelo neoliberal, poco se advierte el diseño e implementación de políticas públicas efectivas para la superación de los problemas y las necesidades de las comunidades. Y en efecto, esto se debe a que las políticas públicas actuales responden a una posición ideológica y política del Estado, por ello señala Contreras (1997):

Las políticas no solo crean marcos legales y directrices de actuación. También suponen la expansión de ideas, pretensiones y valores que paulatinamente comienzan a convertirse en la manera inevitable de pensar. Al fijar unas preocupaciones y un lenguaje, establecen no sólo un programa político, sino un programa ideológico en el que todos nos vemos envueltos. (p. 174)

De este modo, parte de las políticas públicas que más influencia han tenido de las directrices de organismos multilaterales en el marco del modelo económico predominante, han sido aquellas relacionadas con el tema de la educación. Y es lógico este fenómeno, pues la educación ha servido como engranaje para la reproducción de los sistemas económicos y la adaptación de sujetos a las reglas ya impuestas desde hace décadas por la lógica del mercado. En el caso colombiano, parte de la evidencia que resalta es la calificación de la educación como un servicio más que como un derecho fundamental. Como explica Pérez (2005): “[...] llama la atención sobre la necesidad de que las políticas educativas se diseñen e implementen con fundamento en el contenido del derecho a la educación y las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado colombiano en la materia” (p. 142). De acuerdo a lo anterior, se debe destacar entonces: a) la política educativa en Colombia adolece de serios malestares desde la misma concepción de la misma, pues ha sido reducida la educación a un servicio; b) la política educativa se concreta en múltiples normas contenidas en la Constitución Política de 1991, leyes, decretos y resoluciones.

Ahora bien, en Colombia las políticas educativas siempre han estado reglamentadas y fundamentadas en la normatividad vigente: Constitución Política y Ley General de Educación, entre otros documentos ligados al sistema educativo. En tal sentido, se evidencia cómo a partir de la década de los ochenta, los lineamientos educativos han instaurado una tendencia a forjar procesos de mercantilización

educativa por la vía de la privatización, la formación posgradual, la reforma en los sistemas de dirección y la gestión en la universidad. Por otro lado, haciendo una breve cronología, estas políticas fueron mejorándose en los años noventa y su tendencia de priorización se dirigió hacia los niveles de Educación Básica y Media.

En los últimos 15 años en Colombia las reformas educativas se han fundamentado en modelos basados en la competitividad, la eficiencia económica y la lógica del mercado debido al sometimiento frente a la deuda externa. De esta forma, la escuela se convierte en el escenario perfecto para gerenciar las directrices de los organismos financieros internacionales, haciendo de la educación un instrumento sujeto como un individuo apto para competir ante las exigencias del mundo de hoy. En este sentido, la expresión “aprender a aprender” se ha ido instaurando en los currículos de las instituciones educativas y en las dinámicas de las aulas de clase. Por ello, los intentos por transformar en acciones concretas dicha propuesta han llevado a la generación y aplicación de nuevas normas como las políticas de emprendimiento y su articulación dentro del currículo.

La planificación del desarrollo o los planes de desarrollo como instrumentos de las políticas públicas.

El artículo 339 de la Constitución Política de 1991 (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) señala que “habrá un Plan Nacional de Desarrollo en cada entidad del orden nacional”, el cual estará integrado por una parte general y un plan de inversiones. La primera de estas debe contemplar los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de mediano plazo, y las estrategias y orientaciones de orden económico, ambiental y social adoptadas por el Gobierno. La segunda parte -plan de inversiones-, contendrá “los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal”.

Al igual que en el orden nacional, las autoridades administrativas de los departamentos y municipios deben elaborar y adoptar planes

de desarrollo que permitan, por un lado, garantizar la eficiencia de los recursos disponibles, y por otro, cumplir a cabalidad con las funciones asignadas en la Constitución y la Ley conforme al artículo Superior ya citado. El principal objetivo de los planes de desarrollo es brindar respuestas a las necesidades y urgencias de los entes territoriales y su población en las más diversas dimensiones (social, económica, cultural, ambiental, política, entre otras). Un aspecto fundamental de los planes de desarrollo departamentales y municipales es que los mismos deben estar en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo, siendo este último un marco de referencia para los planes territoriales. De allí que el primero establezca metas, objetivos y estrategias de largo plazo a través de lineamientos y políticas públicas, y los otros comprendan planes a mediano y corto plazo ubicándose en el nivel operativo.

En este orden de ideas, la Ley 152 de 1994 (Congreso de la República, 1994, 15 de julio) expresa en su artículo 31 que los planes de desarrollo de las entidades territoriales deben estructurarse en una parte estratégica y un plan de inversiones a corto y mediano plazo, y en atención a los términos y condiciones establecidos por las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y/o Municipales. Las entidades territoriales al elaborar los planes de desarrollo tienen autonomía para establecer las metas, los objetivos y las estrategias que se consideren oportunas y pertinentes para la mejora de las condiciones socio-económicas y ambientales del territorio. Claro que esta autonomía no es absoluta pues la actuación de las entidades territoriales en cuanto a planificación del desarrollo debe ajustarse a las competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico y a la disponibilidad de recursos así como lo señala el artículo 32 de la Ley en mención.

El espíritu del legislador y el constituyente de 1991 fue facultar a cada entidad territorial para que planificara su proceso de desarrollo reconociendo las particularidades y los elementos característicos de cada espacio geográfico. Sin embargo, los planes de desarrollo han sido adoptados como un simple requisito pues la norma exige su formulación en cada periodo de administración. De este modo, se pueden observar territorios del país donde la pobreza, la inequidad, la exclusión, la desigualdad, la inseguridad, la informalidad, entre otros fenómenos, se manifiestan como problemas estructurales a pesar de cumplirse ya cerca de 25 años desde que se expidió Constitución Política.

Esta realidad conlleva a múltiples reflexiones, una de estas focalizada en las diferencias que se perciben entre algunos entes territoriales y otros en materia de desarrollo. Y en parte, dicho fenómeno se debe al impacto de los planes de desarrollo diseñados y ejecutados por los entes territoriales en cada periodo de administración, pues muchas veces estos sólo son formulados para dar cumplimiento a un requisito constitucional y legal.

Valga señalar que el Plan de Nacional de Desarrollo sólo sirve como referencia para el logro de objetivos macro, y por ello, la planificación en los departamentos y municipios debe estar direccionada, especialmente, por las características propias del nivel local. En efecto, parte de la labor impulsada en los últimos años ha consistido en la revalorización del desarrollo territorial partiendo de los factores endógenos locales y la incorporación social de los más excluidos (Perry y Lederman, 2005). Esto sugiere un enfoque de *abajo-arriba* que determine los factores que diferencia a un territorio específico de los otros y que pueden ser usados para el desarrollo territorial local (Moncayo, 2004; Moncayo, 2001; Furió, 1994). Los departamentos y municipios en donde no se ha logrado reconocer los planes de desarrollo como instrumentos de planificación del territorio a mediano y corto plazo, se debe en primer lugar, a la baja capacidad de las autoridades de turno para identificar aquellos elementos que caracterizan y enmarcan la vida económica, social, política y cultural de sus pobladores, y la relación de estos con el espacio que habitan.

Un elemento esencial en el desarrollo territorial es la planificación del mismo a partir de una serie de etapas: (i) la recolección y el análisis de la información que sirva como base para el proceso; (ii) el diagnóstico, el análisis y la definición de problemas claves; (iii) la definición de los objetivos que se persiguen y las soluciones alternativas que hay para abordar los problemas y alcanzar los objetivos; (iv) el diseño de planes de acción, implementación, monitoreo y retroalimentación. En esta labor es fundamental reconocer que (i) los planes deben ser integrales y multi-sectoriales, (ii) las instituciones locales cumplen una función esencial por su conocimiento particular del territorio en términos de oportunidades y restricciones, (iii) los gobiernos centrales pueden o bien limitar el desarrollo local o bien impulsarlo a partir de las leyes y reglamentaciones de orden nacional, (iv) los activos económicos deben

ser tenidos en cuenta en especial para las zonas rezagadas (Perry y Lederman, 2005).

Cada uno de los factores o elementos señalados son un indicio sobre las posibles causas por las que los planes de desarrollo terminan siendo una simple formalidad. Por lo general, los planes de desarrollo territorial se diseñan y formulan a partir de lineamientos y directrices de orden nacional, pero no logran ser aterrizados y contextualizados en cada espacio geográfico. Uno de los principales objetivos en esta materia es procurar la formulación de planes de desarrollo que respondan a la visión nacional, pero también a las particularidades y capacidades locales. En consecuencia, los planes de desarrollo presentan inconsistencias y poca viabilidad desde el mismo momento de su formulación, pues no se cuenta ni se busca construir diagnósticos serios y profundos sobre cada uno de los campos asociados al desarrollo: salud, educación, vivienda, trabajo, seguridad, entre otros.

Esto se convierte en un problema estructural en la formulación de los planes de desarrollo pues al no contar con información real, completa y veraz, no se logra identificar las necesidades y los requerimientos claves del territorio sobre los cuales debe girar la planificación estratégica. A su vez, este problema conlleva a que los grupos poblacionales afectados por determinados problemas no sean tenidos en cuenta al momento de confeccionar las estrategias y las acciones de los planes de desarrollo. Como resultado de ello, los planes de desarrollo terminan siendo un conjunto de acciones descontextualizadas que responden a un momento determinado.

Ahora bien, Moncayo (2004) señala que uno de los elementos que ha adquirido mayor fuerza dentro de la agenda emergente es el reconocimiento de un desarrollo que va más allá del crecimiento o la estabilidad económica. En otras palabras, variables sociales y medioambientales de diversa índole han sido incorporadas progresivamente dentro del concepto de desarrollo, y en este sentido ha tenido especial aporte los enfoques “del desarrollo humano, del desarrollo sostenible, de la competitividad sistémica y la economía neoinstitucional” (p. 18), los cuales confluyen en la idea de que se debe evitar seguir haciendo más de lo mismo (Schejtman y Berdegú, 2004). Este es otro de los problemas que ostentan varios de los planes de desarrollo pues estos tienden a focalizarse en aspectos económicos y del mercado,

desconociendo perspectivas sociales, políticas o ambientales.

Moncayo (2004) hace un análisis de cada una de las teorías y enfoques emergentes sobre desarrollo territorial (“la re-espacialización del acontecer socio-económico y político), a partir de cuatro perspectivas: política, económica, institucional y ambiental. En cada una de estas nuevas perspectivas lo local adquiere mayor fuerza, es decir, la idea de un desarrollo con direccionalidad abajo-arriba cambiando la noción que sostenía la economía neoclásica sobre un desarrollo global preeminentemente económico. Así mismo, estas perspectivas ponen de manifiesto nuevos factores y elementos de análisis, como el espacio, las instituciones y la dimensión ambiental (Moncayo, 2004), aunque ninguno de estos enfoques descritos han podido definir plenamente las razones por las cuales se presentan disparidades entre una región y otra (Moncayo, 2001; Becerra y Pino, 2005).

Conclusiones

Dentro de los factores que limitan la efectividad de los planes de desarrollo está la falta de voluntad política y la corrupción. El primero se materializa en la baja capacidad de los gobernantes y las autoridades en dar respuesta a las necesidades y los problemas de la población, es decir, en la falta de interés por asegurar el bien común. A su vez, la forma en que se manejan los cargos de elección popular conduce a que se generen compromisos muy diversos con diferentes sectores y actores, por lo que los planes de desarrollo terminan favoreciendo a determinados grupos. Ahora bien, la corrupción se presenta en mayor grado dentro del ámbito de la contratación estatal en donde se manipulan los procesos reglados para obtener beneficios privados. Entonces, la autonomía de los entes territoriales se convierte en una desventaja pues se facilita que se generen hechos de corrupción.

También se debe resaltar la poca capacidad de los gobernantes para retomar las buenas prácticas de las administraciones anteriores y continuar con los planes y proyectos implementados en estos periodos. Sí se entiende que la planificación del desarrollo comprende un proceso complejo y de largo alcance, es lógico que se deba considerar los planes anteriores pues estos sirven de base para una nueva planificación. Esta deficiencia es producto de la falta de voluntad política, la corrupción, el clientelismo y la

inobservancia de los diferentes enfoques de planificación territorial.

Frente a todos estos problemas relacionados con los planes de desarrollo, surge una visión nueva sobre el desarrollo territorial, uno de tipo endógeno y local donde se prioriza los problemas de la comunidad, la participación de los grupos sociales en la planeación del desarrollo, y el reconocimiento de sus oportunidades y limitaciones en términos sociales, ambientales, políticos y económicos:

Frente al modelo de crecimiento concentrado y desarrollo desde arriba, ha ido definiéndose en los últimos años el paradigma de desarrollo auto centrado y difuso basado en la utilización productiva de los recursos locales. Todas las comunidades territoriales [...] disponen de un conjunto de recursos (económicos, humanos, institucionales y culturales), que constituyen las potencialidades de desarrollo endógeno de un área. (Furió, 1994, p. 103).

Se puede estar frente al nacimiento de un nuevo paradigma de desarrollo territorial donde se observa: (i) el carácter local de los procesos tanto de acumulación, innovación y formación de capital social; (ii) el análisis del territorio como un elemento que explica los procesos de desarrollo; (iii) la revalorización del territorio como una estructura activa y dinámica; la interacción de afectación bidireccional entre actividades funcionales y territoriales (Moncayo, 2004, p. 46). Hace falta un mayor compromiso cívico, el desarrollo de nuevas reglas de juegos, novedosas instituciones que hagan frente de manera efectiva a las problemáticas de la población y una planificación que incluya los diversos enfoques y perspectivas sobre desarrollo aplicada a los planes territoriales.

Referencias bibliográficas

- Aguilar, L. (1993). *Problemas públicos y agenda de gobierno*. México: Miguel Ángel Porrua.
- Arendt, H. (1997). *¿Qué es la política?* Barcelona: Paidós.
- Becerra, F. y PINO, J. (2005). Evolución del concepto de desarrollo e implicaciones en el ámbito territorial: experiencia desde Cuba. *Economía, Sociedad y Territorio*, 5(17), 85-119.

- Bobbio, N. (1987). *Estado, gobierno y sociedad*. México: FCE.
- Bobbio, N., Matteucci, N. y Pasquino, G. (2005). *Diccionario de política* (vol. 2). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política del 20 de julio de 1991. Gaceta Constitucional No. 116, del 20 de julio de 1991.
- Colombia. Congreso de la República (1994). Ley 152 del 15 de julio de 1994. Diario Oficial No. 41.450, del 20 de julio de 1994.
- CONTRERAS, J. (1997). *La autonomía del profesorado*. Madrid: Morata.
- CROCE, A. (1999). Políticas Públicas de educación: Estado y ONGs. *Colección*, 7 (11), 187-197.
- ESPINOZA, O. (2009). Reflexiones sobre los conceptos de “política”, políticas públicas y política educacional. *Archivos Analíticos de Políticas Educativas*, 17(8).
- FURIÓ, E. (1994). El desarrollo económico endógeno y local: reflexiones sobre su enfoque interpretativo. *Estudios Regionales*, (40), 97-112.
- LAHERA, E. (2002). *Introducción a las políticas públicas*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
- LAHERA, E. (2004). *Política y políticas públicas*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- LINDBLOM, C. (1991). *El proceso de elaboración de políticas públicas*. Madrid: MAP.
- MONCAYO, E. (2001). *Evolución de los paradigmas y modelos interpretativos del desarrollo territorial*. Santiago de Chile: CEPAL.
- MONCAYO, E. (2004). *Nuevos enfoques del desarrollo territorial: Colombia en una perspectiva latinoamericana*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- OCHANDO, C. (1999). *El Estado de bienestar*. Barcelona: Ariel.
- OSZLAK, O. (1980). Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas. *Estudios CEDES*, 3(2).
- PALLARES, F. (1988). Las políticas públicas: el sistema político en acción. *Revista de Estudios Políticos*, (62), 141-162.
- PARSONS, W. (2013). *Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*. México: Flacso.
- PERRY, G. y LEDERMAN, D. (2005). *Más allá de la ciudad: la contribución del*

campo al desarrollo. Washington: Banco Mundial.

PILONIETA, G. (2010). *Modificabilidad Estructural Cognitiva y educación*. Bogotá: Magisterio.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2003). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: RAE.

RODRÍGUEZ, G. (2004). *El Estado de bienestar en España: debates, desarrollo y retos*. Madrid: Fundamentos.

SCHEJTMAN, A. y BERDEGUÉ, J. (2004). *Desarrollo territorial rural*. Santiago de Chile: RIMISP.

SUBIRATS, J. (1989). *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*. Madrid: MAP.

THOMPSON, J. (1998). *Los media y la modernidad. Una teoría de los medios de comunicación*. Buenos Aires: Paidós.

Capítulo 20

La teoría de “inconstitucionalidad por sustitución” a la luz de jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana

*Kristhell Karem García Vargas,
Paola Yalitza Jaimes Ibañez,
Andrea Johana Aguilar Barreto*

Resumen

El presente capítulo representa una aproximación a la teoría de la Inconstitucionalidad por sustitución, a partir de un ejercicio investigativo que desde el enfoque cualitativo, con diseño hermenéutico adelanto un análisis jurisprudencial, con el fin de identificar la naturaleza del concepto de “sustitución de la Constitución”, reconocer los criterios definidos por la Corte Constitucional en la cualificación de los principios Estructurales de la Constitución Política y finalmente reconocer los mecanismos de reforma han motivado la declaratoria de sustitución de la Constitución por violación de principios estructurales.

Palabras clave: Sustitucional constitucional, declaratoria sustitucional, principios estructurales.

The Theory of “Inconstitutionality by Substitution” in the Light of Jurisprudence of the Colombian Constitutional Court

Abstract

The present chapter represents an approximation to the theory of the Unconstitutionality for substitution, from an exercise investigativo that from the qualitative approach, with hermeneutic design I advance a jurisprudential analysis, in order to identify the nature of the concept of “Substitution of the constitution”, to recognize the criteria defined by the Constitutional Court in the qualification of the Structural beginning of the Political Constitution and finally to recognize the mechanisms of reform they have motivated the declaration of substitution of the Constitution for violation of structural beginning.

Keywords: Sustitucional Constitucional, declaration sustitucional, structural Beginning.

Introducción

A través de la creación del nicho citacional se logran identificar algunos elementos, el primero de ellos radica el concepto mismo de “sustitución a la Constitución”, como una idea general de sustitución constitucional para comprender el concepto desde un nivel hermenéutico, es necesario realizar la interpretación jurisprudencial; así, arquimédicamente se encuentra la sentencia C-249 del 2012, de donde se desprende la sentencia hito C 551 de 2003, que establece el origen del concepto de sustitución, entendiendo esta definición como la eliminación o afectación material de algún elemento constitucional esencial ó definitorio de la misma, así, esta eliminación o afectación

bien puede ser, inherente ó transversal a la norma suprema nacional, con miras a constituirse en esencia misma de la constitución en sí y permear en calidad de característica la identidad Constitucional, por decisión legítimamente emanada de un órgano constituido con poder de reforma, que en todo caso es considerado como un órgano legislativo secundario que excede en su competencia para reformar, al punto de sustituir, destruir, suprimir o revocar en su totalidad la carta política. (Sentencia C 551 de 03, F.j 29 a 40).

Posteriormente, se observa cómo, con ocasión del fallo C-816 de 2004, la corte sostiene en coherencia con la doctrina vigente que existe una obligación en la formulación de los cargos de sustitución y una competencia para analizar los mismos, sin embargo, este fallo se ubica en el extremo contrario a las decisiones que se ha analizado, pues en esta ocasión el tribunal constitucional colombiano se abstiene de efectuar un juicio o test de sustitución aun ante la incertidumbre del tema, la novedad de la doctrina y las dudas conceptuales derivadas de las mismas, se trata de una sentencia en la cual se resuelve con ocasión de la decisión sobre los cargos de procedimiento al fallo con los que se resuelve la inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional colombiana, haciéndose con respaldo de la doctrina de la economía procesal siendo innecesario evaluar una eventual sustitución de la carta.

En tanto en la sentencia C-141 de 2010, declaró la inconstitucionalidad de la ley 1354 de 2009, que convocó al pueblo a un referendo que permitiera la reelección presidencial por segunda vez, en aquella ocasión se detectaron varias irregularidades en desarrollo del proceso legislativo, y se realiza en ese momento el test de sustitución a la Constitución con los elementos integrales del mismo, lo cual permite depurar y consolidar las cargas argumentativas de la doctrina y aplicar el nivel de solidez teórica y conceptual que implica esta misma, después de todo, en los fallos C- 558 de 2009 y C-141 de 2010 se evidencia la importancia en materia de debate democrático de un adecuado espacio para la reflexión en lo público, particularmente cuando se crea discusión en torno temas de constitucionalidad.

Aunado a lo anterior, la doctrina de la teoría inconstitucionalidad por sustitución desde el punto de vista conceptual, en materia de límites a la legitimidad de la Corte Constitucional y el aspecto de los controles constitucionales a actos igualmente supremos, cuando lo abstracto se lleva a lo concreto encuentra sus limitaciones pragmáticas en la estipulación concreta de los elementos definitorios que afectarían la identidad del texto constitucional, pues magistrados como Sierra Porto y Mauricio Cuervo manifiestan que por esta indeterminación, es necesario que se avance en el ámbito de los vicios de competencia, en la identificación de parámetros objetivos, determinables con claridad en el sistema jurídico, explícitos y no implícitos, para que entonces, a partir de una base sólida, se determine si en realidad el Congreso de la República está incurriendo en un vicio de competencia o no.

Criterios definidos por la Corte Constitucional en la cualificación de los principios estructurales de la Constitución Política

Determinando el punto arquimédico de la teoría de inconstitucionalidad por sustitución, se ha comprobado que a partir de la sentencia C 551 de 2003 se plantea la aproximación teórica, y habiendo establecido el ámbito de la sustitución como reemplazo total o parcial de la Constitución, es preciso señalar la metodología que debe aplicar la Corte para abordar el examen de un acto reformativo de la Constitución cuando se haya planteado un cargo por sustitución de la Constitución, en este sentido las sentencias C-970 y C-971 de 2004 delinearon una aproximación a la Metodología para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con cargos por sustitución de la Constitución, a través del cual establece unos criterios que permitan identificar los principios estructurales de la constitución.

En este sentido, reitera la Corte Constitucional que no se trata, de un examen de fondo en torno al contenido del acto reformativo de la Constitución, sino de un juicio sobre la competencia del órgano

encargado de adelantar la reforma, pues se trata de un juicio autónomo en el ámbito de la competencia, que permite establecer si el órgano que expidió la reforma era competente para hacerlo. De esta manera se estaría frente a una verdadera reforma constitucional, susceptible de control sólo en relación con los vicios en el trámite de formación del correspondiente acto reformatorio. Si, por el contrario, hay un vicio de competencia, quiere decir que el órgano respectivo, por la vía del procedimiento de reforma, habría acometido una sustitución de la Constitución, para lo cual carecía de competencia, y su actuación habría de ser invalidada.

Posteriormente la Sentencia C 1040 del año 2005, materializó la aproximación metodológica de la Corte para la identificación de elementos definitorios de la Constitución a través del “Test de sustitución”, contando con los siguientes criterios:

- i) identificar el elemento esencial que presuntamente ha sido reemplazado; ii) demostrar que dicho elemento esencial subyace a varias disposiciones constitucionales; iii) explicar por qué ese elemento es esencial; iv) probar que el contenido de tal elemento no puede ser abarcado por una sola disposición constitucional; v) demostrar que el elemento identificado no implica la creación de una cláusula pétrea vi) evidenciar que el elemento ha sido reemplazado por uno nuevo; vii) hacer presente que este nuevo elemento contradice el elemento esencial o guarda tantas diferencias con el que resulta incompatible con otros elementos esenciales de la Constitución (sentencia C 1040 de 2005. P. 60).

Sin embargo, aunado en lo anterior, la sentencia C 574 del 2011, constituye el precedente más reciente sobre la materia en mención, haciendo un completo inventario de esas decisiones y de las criterios jurisprudenciales por ellas fijadas, con base en las cuales fijó un grupo de presupuestos metodológicos sobre el mencionado juicio, que por su especial pertinencia para el presente análisis, son reiterados en este fallo del modo siguiente:

1. Para determinar si la Constitución fue sustituida por otra, parcial, total, transitoria o permanentemente, se debe rea-

lizar el juicio de sustitución, fundado en dos premisas y una conclusión. En primer lugar, la premisa mayor (i) en donde se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución; en segundo término la premisa menor (ii) en donde se analiza si este nuevo elemento esencial reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, finalmente, la síntesis (iii) en donde se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles.

2. Para la verificación del cumplimiento de la premisa mayor la Corte debe comprobar, a través de una lectura transversal e integral de la Constitución, si dicho elemento que se establece como sustituido es un elemento estructural o axial de la Constitución. Este elemento estructural puede estar reflejado o contenido en varios artículos de la Constitución o en elementos del bloque de constitucionalidad, que se pueden determinar a través del análisis histórico o sistemático de la Constitución. Para construir dicha premisa es necesario para el demandante en su acción y para la Corte en su estudio: (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta Política y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada.
3. Mediante el llamado test de la eficacia el juez constitucional puede comprobar: (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular, (ii) que el cambio no dio lugar a que se establecieran normas ad hoc o particulares, y (iii) que no se hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la misma.

4. Teniendo en cuenta lo anterior se puede afirmar que dentro de la clasificación de los límites al poder de reforma constitucional, la Corte Constitucional, a través de la teoría de la inconstitucionalidad por sustitución, ha reconocido que existen unos límites intrínsecos al poder de reforma, ya que estos se encuentran reflejados en la Constitución misma o en los elementos del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, estos límites intrínsecos al poder de reforma no deben confundirse con elementos intangibles ni inmanentes, como en las Constituciones que establecen cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas, ya que el análisis de sustitución que se realiza a través de la metodología planteada en la jurisprudencia descrita tiene como finalidad comprobar que se produjo evidentemente una sustitución de la Constitución so pretexto de la reforma. Esta sustitución como se ha dicho, puede ser total, parcial, temporal o permanente y se refiere a principios estructurales o axiales que hacen parte de la arquitectura constitucional de la Carta Política.” (Sentencia C-574 de 2011, p. 6).

Mecanismos de reforma han motivado la declaratoria de sustitución de la Constitución por violación de principios estructurales

C- 970 de 2004
C- 971 de 2004
C- 757 de 2008
C- 1040 de 2005
C- 588 de 2009
C-141 de 2010.

Sentencias que han hablado sobre la competencia de la Corte para hacer el control de los Actos Legislativos por vicios de competencia o por inconstitucionalidad por sustitución.

La sentencia C 970 y C 971 del año 2004 motivo la declaración de inconstitucionalidad por sustitución del acto legislativo 02 del 2004, respecto del principio de separación de poderes en cual se enmarcaba dentro del elemento definitivo de supremacía constitucional, pues buscaba facultar al Presidente de la República para expedir las

normas legales, si oportunamente no lo había hecho el congreso, necesarias para el funcionamiento del sistema penal acusatorio a cuyo establecimiento atiende el propio acto legislativo.

De otro lado, en la sentencia C 757 de 2008 se relacionó el principio de bicameralismo como expresión del principio de separación de poderes, a través del cual se motivaba la declaración de inconstitucionalidad por sustitución del acto legislativo 01 de 2007. Así mismo, en la sentencia C-588 de 2009 se buscó la inconstitucionalidad del acto legislativo 01 de 2008 en tanto el principio estructural de carrera administrativa, acceso y ascenso a los cargos públicos se estaban apartando de los fines esenciales de la administración pública en relación con el principio de méritos y el principio de igualdad.

Aunado a lo anterior, se estableció la sentencia c 141 de 2010, a través del cual se declara la inexequibilidad de la ley 1354 del año 2009 que convocaba a un referendo constitucional para aceptar la reelección presidencial, en esta sentencia la corte estipulo como elementos definitorios “Colombia es una democracia participativa, representativa y pluralista”, esto, como eje de esquema democrático en el sentido que toda autoridad es rotatoria y no hay previstos cargos de elección popular vitalicios los cuales encuentran sus bases en el principio de separación de poderes, alternancia del poder, el control de poderes y el principio de igualdad.

De acuerdo a la afirmación anterior, es importante resaltar que a partir de la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma y el paso a la democracia de mayorías a las democracias constitucionales, se resuelve la tensión entre el principio democrático y la supremacía constitucional, pues, en la determinación de los principios estructurales se puede decir que aunque la Corte Constitucional no haya establecido de manera directa y detallada a través de la jurisprudencia cuales son los principios y valores consustanciales a esta, no pueden ser sustituidos por el poder de reforma.

En conclusión los mecanismos que han motivado esta sustitución constitucional son tanto el acto legislativo como el referendo luego de haber realizado el análisis jurisprudencial, exaltando con

especial importancia la sentencia C- 572 -04 respecto a la aclaración del voto el magistrado Uprimmy afirmaba que el congreso mediante vía de acto legislativo, no puede alterar la estructura básica, ni el contenido esencial de la constitución, en este sentido manifestaba que solo por vía de referendo y asamblea nacional constituyente era posible entrar a modificar incluso la estructura básica de la carta, sin embargo en la sentencia C- 141 de 2010 se evaluó la constitucionalidad de un referendo para permitir la segunda reelección inmediata del presidente, el cual fue declarado inconstitucional por vicios procedimentales y por qué dicha reforma habría dado lugar a la sustitución de la constitución, dijo la Corte que aunque el referendo sea de origen popular, “el pueblo también está atado a la Constitución de 1991 y por lo tanto no puede modificar sus elementos definitorios cuando actúa en el ejercicio del poder de reforma”. Llegados a este punto y habiendo descartado el acto legislativo y el referendo, es posible analizar la relevancia jurídica de la asamblea nacional constituyente como único mecanismo de reforma constitucional

Relevancia jurídica de la Asamblea Nacional Constituyente como único Mecanismo idóneo de Reforma constitucional

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, manifestó que el Estado colombiano debe ajustar el ejercicio coordinado de las ramas del poder público a los principios, valores y preceptos constitucionales, así como a las obligaciones contenidas en los instrumentos internacionales, a cuyo cumplimiento se comprometió de manera soberana.

Estos dos elementos (i) principios y valores consustanciales a la constitución y (ii) elementos que surjan del bloque de constitucionalidad que la identifican son los límites competenciales del poder de revisión que están en cabeza del congreso de la república cuando se trata de la reforma ordinaria mediante acto legislativo (artículo 375), del congreso con la ratificación del pueblo cuando se trata de

referendos (artículo 378), y del congreso con ratificación popular cuando se trata de una convocatoria a una asamblea constituyente para la reforma (Artículo 376), sobre este tipo de modificación la doctrina como se ha determinado en la revisión jurisprudencial, ha discutido que el artículo 376 de la constitución política ha establecido dos posibilidades de reforma, por una parte la posibilidad reglada de reformar la constitución mediante la convocatoria de una asamblea constituyente en un tema particular y parcial, en este caso no se trataría de una asamblea constituyente propiamente dicha, sino de una asamblea constitucional, por otro lado, cuando esa misma asamblea tenga una competencia general para cambiar integralmente la constitución dando lugar a una “auto-ruptura constitucional” se trataría de la convocatoria a un proceso constituyente. En el primer caso cuando la asamblea nacional constituyente se convoca para reformar un aspecto determinado de la constitución y no la constitución en su integridad la Corte tendría competencia para verificar si se está sustituyendo la constitución de 1991 por otra integralmente diferente. En la Sentencia C- 574 de 2011 se indicó lo siguiente:

Teniendo en cuenta esta diferenciación, la única posibilidad para hacer una transformación total de la Carta Política es a través de la Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente del artículo 376 de la constitución política siempre que sea convocada expresamente para proferir una nueva Carta. Sin embargo, sobre esta posibilidad también se ha establecido por parte de la doctrina que el poder constituyente no es absoluto, ilimitado y soberano en su labor, ya que tiene que cumplir con una serie de limitaciones propias de su labor que ya habían sido anunciadas por Siéyes en el Capítulo V. de ¿qué es el tercer Estado? y que se refiere a que (i) tiene que hacer una Constitución y no otra cosa, (ii) tiene que actuar por un tiempo limitado, (iii) y no puede defraudar la voluntad de los representados. Así mismo tendría que tener en cuenta los pre-compromisos en materia de tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas del *Ius Cogens*, si quiere seguir estableciendo una Constitución democrática liberal y no otra cosa, circunstancias que la Corte Consti-

tucional tendrá que evaluar en su momento (Numeral 4.43 de la Sentencia C- 574 de 2011, Henao Pérez).

Cabe resaltar que el planteamiento anterior se enmarca dentro del ámbito de la democracia de mayorías a la democracia constitucional y que resuelve la tensión entre el principio democrático y el principio de supremacía constitucional, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que se constituye en un vicio de forma que el órgano de reforma ejerza funciones del órgano constituyente y suplante de este modo su competencia confundiendo en un mismo órgano la potestad de reforma con la potestad constituyente y de acuerdo a lo expresado por Manuel Fernando Quinche Ramírez, informante clave de la investigación en mención, señala que en casos como el colombiano, las dinámicas de las reformas si han venido siendo, asaltadas, usadas, cogidas, por el presidencialismo, hace que el tipo de reformismo constitucional colombiano, asuma una nueva dinámica, pero además una nueva dinámica que en algunos elementos sea perversa, pues el proyecto de reforma usualmente lo radica el presidente, la reforma se la aprueba su coalición de gobierno, y finalmente, que fue un exceso en el caso del proyecto de reforma fallido a la administración de justicia, se llegó al exceso de que el presidente sancionara el proyecto, eso daría un completo dominio presidencial sobre la reforma y un poco entraría en intención con la idea esa de que el constituyente secundario que es el que representa al pueblo va a ser el que hace la reforma, porque en ultimas serian reformas iniciadas por la presidencia, aprobada por la coalición del que apoya al presidente y finalmente de dominio presidencial.

Dworkin (1993) expone que los sistemas jurídicos no se componen solamente de reglas, sino que, además, están integrados por principios. Estos últimos, es decir, los principios, conforman la directriz política, término con el cual Dworkin hace alusión “al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado” (1993, p.72). Así pues, un principio es “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia

de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1993, p. 7).

En tal sentido, concebir el ordenamiento jurídico compuesto exclusivamente por reglas y principios es una visión fragmentaria del mismo que lo convierte en inaplicable.

Al respecto, cabe resaltar la teoría de la sustitución, no determina elementos axiales definitorios de la constitución que se configuren dentro de sus principios estructurales, en tanto como dice sierra porto recurre a parámetros oscuros y de difícil identificación, que finalmente están librados a la voluntad del juzgador en su determinación, para establecer si se ha incurrido en excesos en el ejercicio de la competencia del Congreso de la República. Esta circunstancia, que afecta el proceso que adelanta el Tribunal constitucional, deriva de que los ejes definitorios no están expresos en el texto constitucional, y mucho menos pueden encontrarse definidos en el ordenamiento jurídico.

Por esta indeterminación, es necesario que se avance en el ámbito de los vicios de competencia, en la identificación de parámetros objetivos, determinables con claridad en el sistema jurídico, explícitos y no implícitos, para que entonces, a partir de una base sólida, se determine si en realidad el Congreso de la República está incurriendo en un vicio de competencia o no.

En este punto, valdría la pena señalar a la Corte Constitucional que como parámetro de determinación de los límites del poder de reforma de la Constitución se recurra al sustento normativo que ofrece el derecho internacional con carácter de *ius cogens*, por ser este el único que ofrece parámetros de identificación determinables para el ejercicio de la soberanía.

Ahora bien establecer unos ejes definitorios podría verse interpretada como la petrificación del texto constitucional.

En este sentido, es pertinente analizar la relevancia jurídica de la asamblea nacional constituyente como único mecanismo idóneo para reformar el texto constitucional pero no como está concebida

actualmente sino como una integración entre poder legislativo primario y secundario y la Corte Constitucional, principalmente el legislativo primario debiere establecerse compuesto por gran censo de académicos que permitan dilucidar en la pertinencia de la reforma en cuanto no se desvirtuó la democracia, pues efectivamente la asamblea entraría hacer cambios estructurales.

Ahora bien, eso no exime del fenómeno de reformismo que se ha acelerado en los últimos 10 años, en tanto a la actualidad se han efectuado más de 40 reformas constitucionales, y unas cuantas del 2003 hacia adelante que no se dieron por el límite de la Corte al legislativo en considerar que a manera de reforma estaban camuflando sustituciones. Habría que pensarlo bien por que como está planteada la asamblea existiría peligro una confrontación de poderes, por ello en base dinamismo político que se atraviesa y para evitar gastos presupuestales, pudiere eliminarse el primer paso de aprobación de ley y luego votación para que se dé una asamblea más directa pero que no confluya en la rediscusión del legislativo sino en la voluntad de constituyente originario en la viabilidad de la reforma de manera tal que la estructura de la constitución no se vea afectada y evitar caer en el debilitamiento de la democracia.

Así, por ejemplo, Agudelo (2013) señala que la Corte Suprema de India, en numerosos fallos, ha concluido que el poder de reforma constitucional tiene límites competenciales, a pesar de que esa Constitución no consagra ninguna prohibición expresa al poder de reforma, ni ninguna cláusula pétrea. En efecto, el artículo 368 de la Constitución establece que el parlamento puede modificar la Constitución si la reforma es aprobada por una mayoría calificada en el parlamento (2/3 partes de los asistentes, con la participación de la mayoría absoluta de los miembros). La única restricción explícita establecida por esa constitución es que si la reforma versa sobre la estructura federal del Estado indio, entonces deberá ser aprobada también por la mitad de las legislaturas de los Estados. En tal contexto, la Corte Suprema, en jurisprudencia reiterada, ha señalado que el poder de reforma no puede ser igualado al poder constituyente originario,

por lo que se entiende que ese poder de reforma es limitado y debe preservar la constitución existente, adaptándola a los cambios históricos. El parlamento puede, según la Corte Suprema de India, revisar la Constitución siempre y cuando no afecte su “estructura básica”, pues la identidad esencial de la Carta debe ser preservada, a pesar de las reformas.

Conclusiones

Se puede determinar que la corte hasta ahora no ha delimitado de manera estricta cuáles son aquellos principios o valores consustanciales a la Constitución que no pueden ser sustituidos o derogados por el poder de reforma.

Sin embargo ha venido exponiendo, una serie de principios estructurales que no pueden ser sustituidos, eliminados, remplazados o derogados so pretexto de la reforma a través del análisis de cada caso concreto. Aquellos elementos que pueden entenderse como axiales o consustanciales a la Constitución de 1991 y que de derogarse o suprimirse integralmente supondrían un cambio o sustitución de la Constitución por otra diferente, pudiéndose determinar los siguientes: (I) separación de poderes, (ii) carrera administrativa, (iii) igualdad, (iv), bicameralismo, (v) democracia, (vi) alternancia del poder y (vii) control de poderes.

Estos elementos definitorios o axiales que ha establecido la Corte constitucional a través de sus pronunciamientos en su mayoría se resalta el respeto por la democracia y el balance de poderes, lo cual concuerda con el cuestionamiento que se realizaron Hermann Heller y Gustav Radbruch (1996) acerca del poder de reforma constitucional, señalando que es ilimitado y si puede llegar incluso a destruir o sustituir aquellos elementos estructurales de cada Constitución en particular y del concepto de Constitución en general, por lo cual no se debe prescindir jamás de la legitimidad democrática.

Dicho claramente si no se sabe qué es un elemento esencial, cuáles son, como se relacionan difícilmente se encuentra la cone-

xión entre ellos, su reemplazo o incompatibilidad. Sin embargo, la enumeración de determinados principios o valores como esenciales de la Constitución implicaría la petrificación de las cláusulas que los contienen o su supra positivización, lo cual no correspondería a la Constitución como norma de normas.

Se considera, por tanto, acertado que la Corte Constitucional no haya cerrado la gama de elementos esenciales o haya entrado a realizar un catálogo de los mismos, pero estos se irán estableciendo a medida que surja casos en concretos que motiven la inconstitucionalidad por sustitución llegando a estipularlos de manera pétrea, pues la corte constitucional para la resolución de estos casos recurre a la línea jurisprudencial planteada por la misma corporación, tal como ocurrió en la India donde se definió como elemento esencial el Estado Federal.¹

En tal sentido, se considera que se afectarán las características de la democracia constitucional cuando se altere gravemente la división de poderes (incluyendo en estos el principio de legalidad), los derechos fundamentales o la democracia deliberativa.

De acuerdo a las conclusiones planteadas, se hace necesario dar el siguiente paso en materia de la Teoría de la inconstitucionalidad por sustitución, el paso no es otro que la reglamentación definitiva o el replanteamiento orgánico de la asamblea nacional constituyente como único mecanismo de reforma; pues el principal problema por el que actualmente atraviesa la teoría de la inconstitucionalidad por sustitución es la incertidumbre de los elementos definitorios de la constitución que dejan a la merced de la interpretación del tribunal constitucional su ámbito de aplicación pues:

La democracia deliberativa es un intento de institucionalizar tanto como sea posible el discurso como un medio para la toma de decisiones públicas. Por esta razón, la articulación entre el pueblo y el parlamento tiene que determinarse no solo por deci-

1 HIDAYATULLAH, Mohammed. *Constitutional law of India*. Liverpool. Bar Council of India Trust. 1984.

siones y votos, sino también por los argumentos esgrimidos en sustento de las decisiones. De esta forma, la representación del pueblo por el parlamento es, al mismo tiempo, volitiva o decisional, y argumentativa o discursiva” 94

Se recomienda entonces una vez estudiada la relevancia jurídica en base a la protección misma de la democracia y la seguridad jurídica que garantiza la voluntad del constituyente originario, seguir avanzando en otros espacios académicos en el planteamiento estructural de una asamblea nacional constituyente reformadora e integradora con el tribunal constitucional que garantice de forma directa la protección de la identidad del texto constitucional.

Referencias

- Cajas Sarria, Mario Alberto, “La reforma constitucional límites de la Corte al Congreso”¹, en: *Precedente*, 2004, pp. 14-48.
- Ramírez Cleves, Gonzalo A. El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo, en: *Revista de Derecho del Estado*, No 18, p. 3-31
- Sierra Porto, Humberto Antonio, “Las reformas constitucionales. Transformaciones explícitas e implícitas del Estado colombiano” en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* N° 331, pp. 65 a 76.

Ley antibullying: pertinencia y aplicabilidad en la realidad educativa colombiana¹

*Andrea Johana Aguilar Barreto²,
Deissy Vanessa Camargo Cardenas³,
Nubia Socorro Combariza Gallo⁴,
Leyda Torrado Cardenas⁵*

Resumen

El presente artículo ahonda en el fenómeno del matoneo como una problemática de estadísticas crecientes y efectos constantes que afecta a niños, niñas y adolescentes en edad escolar. El bullying, también conocido como matoneo, tiene consecuencias sobre la salud, el bienestar emocional y el rendimiento escolar de los estudiantes, malogrando el ambiente de aprendizaje y fomentando la deserción escolar. El gobierno nacional en aras de frenar los altos índices estadísticos que señalan el matoneo como una fuente generadora de violencia e intimidación creciente, en el 2013 es-

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Analisis de la pertinencia educativa de la Ley antibullying en el contexto educativo colombiano, Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.
 - 3 Abogada, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 4 Abogada, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 5 Abogada, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.

tableció la Ley 1260, a través del cual se creó el Sistema nacional de convivencia escolar y formación para el ejercicio de los derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar. El análisis realizado sobre esta Ley expuso que a casi dos años de su publicación, el matoneo no muestra una disminución significativa en sus estadísticas que respalde la efectividad de la norma.

Palabras clave: Matoneo, bullying, sistema educativo, prevención.

Antibullying Law: Relevancy and Applicability in the Educational Colombian Reality

Abstract

The present article goes deeply into the phenomenon of the matoneo as a problematics of increasing statistics and effects constant that affects children, girls and teenagers in school age. The bullying, also known like matoneo, has consequences on the health, the emotional well-being and the school performance of the students, spoiling the environment of learning and promoting the school desertion. The National Government in altars of stopping the high statistical indexes that indicate the matoneo as a generating source of violence and increasing intimidation, in 2013 established the Law 1260, across which there was created the National System of School Conviviality and Formation for the exercise of the Human rights, the education for the sexuality and the prevention and mitigation of the school violence. The analysis realized on this Law exposed that to almost two years of his publication, the matoneo does not show a significant decrease in his statistics that the efficiency of the norm endorses.

Keywords: Matoneo, bullying, educational system, prevention.

Introducción

El bullying, también conocido como matoneo o acoso escolar, se define como “un proceso complejo de victimización de otra persona que va más allá de las simples discusiones o malas relaciones entre compañeros, y que se diferencia de éstos por su naturaleza, su duración, su intensidad, sus formas, sus protagonistas, sus consecuencias y sus ámbitos” (Rivera, 2011). El presente artículo ahonda en el fenómeno del matoneo como una problemática de estadísticas crecientes y efectos constantes que aqueja a niños, niñas y adolescentes en edad escolar.

El comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su informe de agosto de 2013, ha emitido una alerta global en los casos de intimidación, maltrato y suicidio entre escolares; en este sentido los sectores implicados en la atención y prevención del Bullying en cada uno de los países donde existe un marcado historial acerca de este delito, convocando a desarrollar constantemente programas que contribuyan a contrarrestar el mismo.

En Colombia, se afirma que alrededor del 20% de los menores entre los 6 a los 16 años, sufre de acoso escolar, identificándose como causas generadoras de éste la homofobia y la xenofobia, principalmente. El bullying tiene consecuencias sobre la salud, el bienestar emocional y el rendimiento escolar de los estudiantes, malogrando el ambiente de aprendizaje y fomentando la deserción escolar. Aunque en Colombia, los índices de suicidio por bullying son bajos, en el último quinquenio se ha establecido una relación clara y en aumento entre matoneo y suicidio. El gobierno nacional en aras de frenar los altos índices estadísticos que señalan el acoso escolar como una fuente generadora de violencia e intimidación creciente, en el 2013 estableció la ley 1260, a través del cual se creó el sistema nacional de convivencia escolar y formación para el ejercicio de los derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar. El análisis realizado sobre esta Ley expuso como resultado la ineficacia de la misma.

A pesar de las sanciones señaladas en caso de su incumplimiento y de la promoción y cobertura que se le dio por el Decreto 1965 del 2013, el matoneo, a casi dos años de la promulgación de la ley, no muestra una disminución significativa que respalde su efectividad. Por otra parte, el análisis hecho determinó dos aspectos fundamentales en los cuales la ley no hace énfasis. Dentro de la comprensión del fenómeno del bullying resultan de suma importancia señalar las causas que lo generan e identificar el suicidio como posible consecuencia de los casos de matoneo. Revisada la Ley, se concluyó que la misma extiende su objeto omitiendo la importancia de tratar flageolos como la homofobia, la xenofobia y el odio por los gustos de los demás, que resultan los causantes directos y principales de más del 60% de los casos de bullying en Colombia. Por otra parte, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2013), señala la clara relación que existe entre matoneo y suicidio infantil y juvenil, sin embargo, este hecho es pasado por alto dentro del contenido de la Ley a pesar de que en Colombia existe una clara evidencia que demuestra que durante los últimos años, aún después de la publicación de la Ley, menores de edad han terminado con su vida por no soportar la presión psicológica que el matoneo ejerce sobre sus vidas.

Bullying: ¿y ahora quien podrá defenderse?

La burla, el rechazo, la agresión física, los insultos, el sometimiento, la manipulación, la amenaza, entre muchas otras formas de manifestación se agrupan dentro de un fenómeno que se ha convertido en tendencia desde hace algunos años hasta la actualidad, el bullying. También conocido como matoneo, el bullying se define como la opresión física y psicológica recurrente de unas personas más débiles por parte de otra más fuerte (Farrington, 1993). Aunque principalmente el término se ha desarrollado para identificar los comportamientos abusivos entre niños y jóvenes escolares, Campos (2010) señala que también es utilizado para “analizar y denunciar la opresión sufrida por otras colectividades, minorías o pueblos ocupados”, por lo Smith y Sharp (1994) definen bullying como abuso siste-

mático del poder. En este orden de ideas, cabe aclarar que “bullying” no es un término que aplique para las relaciones de poder dentro de ambientes laborales. El hostigamiento laboral dentro de la psicología social de las organizaciones, es conocido como “mobbing” (Peralta, 2004).

En Colombia

El bullying no es un fenómeno nuevo dentro de las escuelas colombianas, no porque en los últimos años se haya hecho popular el término y en qué consiste según su definición, significa que anterior a esto no se presentara. Colombia es un país con una cultura generalizada de violencia, durante los últimos 50 años varias generaciones de infantes han crecido en medio de conflictos, guerras, luchas de poder e infinidad de inequidades y problemáticas sociales con las cuales han aprendido a convivir. Debido a esto, gran parte de los niños y niñas de este país se desarrollan cobijados con la filosofía que para uno más fuerte hay otro aún más fuerte, por lo que dentro de su perfil psicológico el establecer lo que piensa y siente como orden para los demás, es imperativo. Parra et al. (1990) realizó investigaciones sobre el tema del matoneo en las instituciones educativas en Colombia, señalando que existe una relación muy fuerte entre acoso escolar y entorno familiar; y entre las actitudes hostiles en el aula de clase y la situación social y cultural del país; “el asunto de la violencia en la escuela está relacionado directamente con el contexto social en el cual el estudiante se desenvuelve, los valores y principios que en ella se transmiten y el papel que los docentes ejercen en ella”.

Gallego (1991) citado por la oficina de innovación educativa con uso de nuevas tecnologías (2013) soporta lo expuesto anteriormente apuntando que los niños y niñas que se ubican como víctimas o victimarios dentro del bullying como fenómeno, vienen a ser el resultado de “entornos sociales donde el uso de la fuerza y la intimidación tienen un papel protagónico, que le transmiten a los muchachos la falsa sensación de control de situaciones y de poder”. De acuerdo a lo anterior, familia, sociedad y escuela en conjunto podrían ser los

promotores principales de las prácticas de bullying en diversos ámbitos y formas. Promotores no porque inciten a un niño a atacar a otro, sino por el ambiente que ofrecen para el desarrollo de un niño o niña durante las diferentes etapas del crecimiento hasta su juventud, no llevan implícitos una cultura de paz que les permita ofrecer amor a su prójimo.

Para el año 2005, según los resultados de las pruebas Saber aplicadas a estudiantes de quinto y noveno de colegios públicos y privados en todo el país, el 28% de los estudiantes de quinto dijo haber sido víctima de bullying en los meses anteriores, el 21% confesó haber sido victimario y el 51% haber sido testigo sin denunciar o intervenir en el hecho (Ministerio de Educación Nacional, 2012). Para el año 2014, en base a los resultados de las mismas pruebas, más de la mitad de los niños o niñas sostuvieron que sus compañeros discriminan a otros (52% admite ser testigo). 35% afirmó haber sido víctima y 22% manifestó haber intimidado a alguien (Agencia Pandi, 2014). Esto conlleva a destacar:

1. Que más del 50% de los niños hasta noveno grado están involucrados dentro de formas de bullying, bien sea como víctimas o victimarios.
2. Aunque el aumento en el porcentaje del año 2005 al 2014 parece leve, las formas de bullying han evolucionado y existen medios que han denunciado que el matoneo ha servido como una forma de coacción para que algunos jóvenes se integren a grupos delincuenciales (Agencia Pandi, 2014).
3. El acoso escolar, el bullying o el matoneo, como se le quiera llamar, no ha disminuido en casi una década, por el contrario, ha mantenido como una constante a la que los estudiantes deben enfrentarse dentro del ambiente escolar.

Friends United Foundation es una asociación que desde hace varios años atrás ha venido estudiando el fenómeno del bullying en Colombia y a su vez, ha promovido campañas para combatirlo. A través de diversas investigaciones ha señalado la gravedad del asunto en la

actualidad, afirmando que 1 de cada 5 niños en edades escolares es víctima de bullying; del total de niños victimizados por este fenómeno, el 35% reciben maltratos físicos y el 65% maltratos psicológicos; y como dato alarmante los datos de la Fundación señalan que 3 de cada 5 niños víctimas de matoneo considera el suicidio como una salida opcional a su opresión y de esos 3, 1 ejecuta un plan para acabar con su vida (Colprensa, 2012; Agencia Pandi, 2014; Restrepo, 2014). Las causales de bullying terminan siendo diversas según en el contexto desde que se analice. *Friends United Foundation* señala que en niños y niñas en edades escolares las principales causas vendrían a ser (El Espectador, 2013):

Bullying homofóbico (30%): de todos, la homofobia resulta la principal forma de discriminación y causal de matoneo a escolares no solo en Colombia, sino a nivel mundial. El hecho de señalar a alguien como homosexual se ha convertido en una forma de desprestigio bastante fuerte; molestar a alguien por sus preferencias sexuales exponiendo su vida dentro de contextos burlescos y sarcásticos es una de las formas más comunes de acoso que pueden recibir niños y niñas en Colombia. No siempre un niño debe mostrar tendencias homosexuales para ser víctima de bullying homofóbico, la sociedad ha estigmatizado tanto la condición de las personas homosexuales, que el simple hecho de que un niño sea en extremo consentido, le acarrea burlas homofóbicas por parte de otros. El bullying homofóbico expone constantemente a un niño o una niña a situaciones de exclusión, aislamiento, amenaza, insultos y agresiones por parte de sus iguales. Los agresores se valen de la homofobia, el sexismo, y los valores asociados al heterosexismo para descalificar y deshumanizar a cualquier persona que sea percibida o representada fuera de los patrones de género normativos (Platero y Gómez, 2007).

En Colombia los dos casos más recientes que ejemplificarían lo descrito anteriormente serían el caso de Sergio Urrego y Gerónimo Ángel. En el caso del primero, tras hacerse pública su relación con otro joven, las directivas de la institución educativa donde cursaba 11 grado buscaron imponer orientación psicológica a su conducta,

la cual calificaron de inaceptable, además de poner inconvenientes para su graduación. Por su parte, la familia del compañero sentimental de Sergio le acusó de acosador en el ánimo de convertir al joven en una especie de victimario. Todo esto trajo consigo una ola de burlas homofóbicas por parte de los demás integrantes del plantel que desembocaron en que Sergio Urrego, de 16 años, decidiera quitarse la vida lanzándose de la terraza de un centro comercial en agosto de 2014 en Bogotá (El Tiempo, 2014). En el caso del segundo, un joven que no se declara homosexual, recibió a través de internet una cantidad incontable de ataques, cargados de frases homofóbicas tras presentarse en un ‘*reality show*’ que se trasmite a través de cadena nacional. Con mucha entereza el joven afrontó las burlas, sin embargo, en entrevistas posteriores a salir del show admitió que en más de una ocasión contempló rendirse y abandonar el concurso (Romero, 2014).

Bullying racial (25%): se da por motivos de color de piel, origen étnico o creencias culturales o religiosas. Colombia es uno de los países más regionalizados de América Latina (Leal, 2012), existen 5 regiones las cuales se destacan unas de otras por las grandes diferencias en su acento, comida típica, costumbres, entre otros aspectos sociodemográficos. Cuando un niño es víctima de bullying por causa racial, no solo sufre insultos por su tono de piel, sino soporta ataques contra sus conductas religiosas, su forma de vestir, su acento. Esto, dentro del ámbito educativo, desfavorece la integración, distancian-do a los mestizos de los blancos, a los blancos de los negros, a los católicos de los evangélicos, a los de la costa de los del interior, y así sucesivamente, favoreciendo sentimientos de miedo y rechazo a lo desconocido, desconfianza y odio (Ministerio de Educación y Ciencia, 2006). Un caso bastante comentado en Colombia, es el de Alexander Larranondo, quien con tan solo 12 años decidió intervenir entre un grupo de jóvenes que acosaban a una niña de color en el municipio de Itagüí. La molestia de los jóvenes fue tanta por su intervención que le propinaron una brutal golpiza que le causo una serie de lesiones mortales. Días después, a causa de una sepsis generalizada el niño falleció (Arias, 2012).

Bullying barrista (20%): es una especie de bullying que sufre una persona por ser hincha, fanático, seguidor o gustar de una figura específica. El más común en Colombia es el que se da entre barras bravas de equipos nacionales, es más, de este han resultado graves hechos de intolerancia con víctimas mortales (El Espectador, 2013), como es el caso de Fernando Reyes, quien por vestir una camisa de determinado equipo, fue insultado y burlado por tres hinchas de un equipo rival. Al no ceder ante las burlas de los tres jóvenes, uno de ellos lo apuñaló en el corazón, causándole la muerte instantánea (El Tiempo, 2011).

Otras causales de bullying en Colombia, que resultan significativas dentro de los jóvenes son el rechazo por alguna discapacidad con un 10% y el matoneo por aspecto físico con un 10%. Señala *Friends United Foundation* que los abusadores usan varios métodos para violentar a sus víctimas: delitos informáticos, lesiones personales, inducción al suicidio o hurto, maltrato verbal, entre otros. Por otra parte, los delitos sexuales, que agrupan intentos de violación y el uso de fotografías para material pornográfico, son comúnmente utilizados para maltratar la moral y honra de menores de edad de género femenino (El Espectador, 2013).

Una de las principales consecuencias del acoso escolar es la deserción. Los niños encuentran en dejar de asistir al centro educativo la solución al matoneo, y es que alrededor del 41% de los causantes del bullying se encuentran dentro de los muros escolares. Datos de la Encuesta Nacional de Deserción Escolar del 2009, muestran que el 13% de los estudiantes desertan del colegio por el maltrato recibido por parte de sus compañeros; el 15% por el conflicto y la violencia que se vive dentro del establecimiento educativo y el 13% por el maltrato o acoso que perciben por parte de profesores y directivos. Aunque no siempre, la deserción acaba con acoso, ya que se ha documentado que la popularización del uso de la redes sociales, ha potenciado el fenómeno del matoneo creándose una nueva cepa de este, el ciberbullying.

Las redes sociales permiten a una persona mantener oculta su identidad a través de la creación de un perfil con datos y fotos falsas.

Esto, que se ha convertido en tendencia en páginas como twitter, facebook o instagram, permite que los abusadores se enmascaren anónimamente tras internet para maltratar a sus víctimas de diversas formas. Este fenómeno, derivado del bullying y conocido como ciberbullying (acoso cibernético) ha crecido en Colombia durante el último quinquenio, dejando víctimas que han conocido la fama a través de internet en forma de pesadilla. Discriminación, insultos, burlas, aislamiento y todo tipo de amenazas por medio del Internet, resultan del matoneo que una persona puede recibir a través de internet.

Las nuevas tecnologías y las redes sociales son una herramienta de gran utilidad, pero en muchos casos se convierten en un instrumento de acoso e intimidación. Este fenómeno se conoce como *ciberbullying* y afecta sobre todo a menores que no solo son intimidados en las aulas, sino también fuera de ellas. El problema con el *ciberbullying* es que de una sola burla se pueden llegar a enterar los amigos de la víctima, los amigos del agresor, y los amigos de los amigos de esos amigos. Es un problema que no termina con el tiempo, puesto que lo que se cuelga en internet, nunca se borra (Trejos, 2011).

Las cifras de ciberbullying en Colombia, evidencian un fenómeno creciente, que se populariza a al mismo paso que las nuevas tecnologías. Los niños entre 12 y 13 años son los más propensos a sufrir este tipo de acoso. El 12,1% de los chicos entre 10 y 18 años en Colombia, ha experimentado alguna forma de ciberbullying, el 13,3% de los chicos en ese mismo rango de edad, reconoce haber realizado bullying a través de su celular, más de 6 mil denuncias han sido interpuestas por padres de familia en Colombia desde marzo de 2014 a causa de este fenómeno (Pantallas Amigas, 2012).

Ley 1620 de 2013: “Ley antibullying”

Debido a las múltiples casos que día a día se presentan en los planteles educativos del país, donde unos, en apariencia y carácter

más fuertes, someten a otros constantemente, el gobierno nacional el 15 de marzo de 2013 expide la Ley 1620 “por la cual se crea el sistema nacional de convivencia escolar y formación para el ejercicio de los derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar”. En el artículo 1 de esta ley, se expone como objetivo

Contribuir a la formación de ciudadanos activos que aporten a la construcción de una sociedad democrática, participativa, pluralista e intercultural, mediante la creación del sistema nacional de convivencia escolar y formación para los derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar, que promueva y fortalezca la formación ciudadana y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes de preescolar, básica y media y prevenga y mitigue la violencia escolar y el embarazo en la adolescencia.

Entonces, la popularmente conocida como “Ley antibullying” no solo fue diseñada para prevenir y disminuir los casos de matoneo en las Instituciones Educativas de Colombia, sino forjar un sistema de convivencia escolar a nivel nacional donde los derechos de los estudiantes como seres humanos sean respetados y promocionados por los diferentes entes que conforman el sistema institucional, la sociedad y la familia. La ley, no solo enfoca acciones contra el maltrato físico, verbal y psicológico al que puede someterse un individuo por parte de otro niño, niña, joven o persona mayor, sino hace señalamientos que promueven la preservación de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de todos los menores que se encuentren en edad escolar.

En el artículo 2, la ley presenta el marco teórico sobre el cual se soporta, definiendo “bullying” como una

[...] conducta negativa, intencional metódica y sistemática de agresión, intimidación, humillación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza o incitación a la violencia o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico o

por medios electrónicos contra un niño, niña, o adolescente, por parte de un estudiante o varios de sus pares con quienes mantiene una relación de poder asimétrica, que se presenta de forma reiterada o a lo largo de un tiempo determinado. También puede ocurrir por parte de docentes contra estudiantes, o por parte de estudiantes contra docentes, ante la indiferencia o complicidad de su entorno.

A su vez, ofrece una definición para ciberbullying, señalando que es una “forma de intimidación con uso deliberado de tecnologías de información (internet, redes sociales virtuales, telefonía móvil y videojuegos online) para ejercer maltrato psicológico y continuado”. Ambas definiciones centran su constructo en la forma en cómo y de qué manera puede darse el matoneo a un menor, sin embargo, no ahonda en las causales señaladas con anterioridad, como homofobia, xenofobia, diferencia de gustos, creencias religiosas, discapacidades o características físicas (El Espectador, 2013). No obstante a esto, la ley establece las graves consecuencias que deben soportar los niños, niñas y jóvenes víctimas de acoso en los diferentes ámbitos de su vida: “el acoso escolar tiene consecuencias sobre la salud, el bienestar emocional y el rendimiento escolar de los estudiantes y sobre el ambiente de aprendizaje y el clima escolar del establecimiento educativo”, sin embargo omite que el suicidio también es una consecuencia del bullying y la más grave y preocupante (Hay-Mackenzie y Rudd, 2002).

Aunque las cifras de suicidio por bullying en Colombia son bajas en comparación a otros países, es preocupante que las políticas implementadas para la atención de casos de matoneo no sean lo suficientemente efectivas para evitar que un menor decida suicidarse en vez de buscar ayuda (Cifuentes, 2014). Señala Aja (2014) que para el 2013 la tasa de suicidio en Colombia era de 3,5 casos por cada 100.000 habitantes, alrededor de 1680 personas se quitaron la vida en lo corrido de ese año, de donde la tasa más elevada la comprendían personas entre los 15 a los 24 años de edad, ósea, jóvenes que podrían estar en proceso de finalizar su secundaria, próximos a ini-

ciar su etapa universitaria o en el comienzo de sus estudios superiores. Al ahondar en las posibles causales del deceso, buena parte de estos habían sido víctimas de bullying.

En el artículo 4°, la ley expone los objetivos del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para los Derechos Humanos que se crea mediante la misma, señalando un total de ocho que ahondan en la necesidad de construir ciudadanía mediante la educación para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los niños, niñas y adolescentes (NNA). Además, se expone el deber de garantizar la protección integral de NNA a través del fomento de educación en y para la paz y de “mecanismos de prevención, protección, detección temprana y denuncia de todas aquellas conductas que atenten contra la convivencia escolar, la ciudadanía y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes”. La ley, no deja de lado entre los objetivos del sistema “contribuir a la prevención del embarazo en la adolescencia y a la reducción de enfermedades de transmisión sexual”.

Los artículos del 5 al 13, dan forma al sistema, lo estructuran y establecen sus participantes, derogando funciones específicas para cada uno de ellos. Del artículo 14 al 22, la ley integra a todos los entes activos del sistema educativo nacional (entre esos la familia), como miembros diligentes del Sistema Nacional de Convivencia Escolar, estableciendo las diferentes formas en que cada uno desde su campo de acción, pueda intervenir positivamente para que la paz como una cultura de convivencia dentro de las instituciones educativas y fuera de ellas, pueda ser asumida por niños, niñas y jóvenes a lo largo del territorio nacional. Mediante el capítulo V, en los artículos del 28 al 34, la ley enlista las diferentes herramientas que le permitirán al Sistema Nacional de Convivencia Escolar alcanzar sus objetivos, estableciendo los protocolos de atención integral a situaciones que afecten la sana convivencia por acoso o violencia escolar. Por último, de los artículos 35 al 40, capítulo VI, se exponen las infracciones administrativas y sanciones a los diferentes entes que conforman el sistema y que no se encaminen dentro de lo estipulado por la ley, a su

vez, también señala incentivos para que todo lo señalado y ordenado dentro de la ley, se cumpla satisfactoriamente y a cabalidad.

El 11 de septiembre del 2013, en respaldo a la Ley 1620, el Ministerio de Educación Nacional expide el Decreto 1965 “por el cual se reglamenta la Ley 1620 de 2013, que crea el Sistema Nacional Convivencia Escolar y Formación para el ejercicio de los Derechos Humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar”. El fin de la promulgación de este decreto, es hacer que la “Ley antibullying” llegué a los diferentes establecimientos públicos y privados de educación preescolar, básica y media en Colombia, para la promoción, prevención, atención y seguimiento de lo contemplado en la ley.

Análisis de la efectividad de la ley 1620 de 2013: ¿Funciona el ordenamiento jurídico?

En un país donde los niños y las niñas se levantan en medio de una sociedad donde impera la “ley del más fuerte” (Maldonado, 2003; Rojas, 2007; Ferro, 2013), el bullying no terminaría siendo otra cosa que un resultado alterno a las muchas problemáticas sociales que a causa del conflicto interno y la cultura violenta del país, se han generado y magnificado en las últimas décadas. La aparición de la Ley 1620 es la respuesta a los miles de casos de niños, niñas y jóvenes que día tras día debían soportar los abusos constantes de quienes lograban imponerse sobre ellos. El Gobierno Nacional construyó una norma legislativa a fin de disminuir, o en el mejor de los casos acabar, con el matoneo en los centros educativos del país. En el ánimo de que la ley se cumpliera se establecieron sanciones a fin de que las directivas académicas se vieran en la obligación de llevar a cabo acciones enfocadas a manejar el bullying en las Instituciones. Independientemente si ley cumple con su objetivo o no, resulta positivo que exista, pues significa el interés del Estado por frenar el fenómeno y contribuir al bienestar mental, físico y sexual de los niños, niñas y jóvenes en formación escolar: “Con la 1620, el Estado cumple con

su tarea de elevar la importancia y atención que debe otorgársele a la intimidación escolar y a la educación sexual y reconoce a los estudiantes como sujetos de derechos humanos, sexuales y reproductivos” (Acosta, Cuellar y Martínez, 2013).

Acosta, Cuellar y Martínez (2013) señalan que la principal normativa de Colombia referente a niños, niñas y jóvenes, establece la necesidad de disponer de normas para garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades, además de conferirles medidas especiales de protección integral para un desarrollo pleno y armonioso, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (Ley 1098 de 2006). La ley 1620 busca conformar un equipo de trabajo conjunto en cabeza del Ministerio de Educación Nacional, para que dentro de las instituciones educativas se trabaje en pro de incentivar la sana convivencia entre estudiantes, haciendo de escuelas, colegios y demás centros de aprendizaje, espacios sanos y libres de intimidación, donde los niños puedan desarrollarse a plenitud, sin acciones por parte de iguales o superiores que les trastornen la paz dentro de su entorno. Los planes de acción del Estado evidencian la preocupación por detener la formación de agentes violentos dentro de las escuelas, pero es difícil que solo con impartir normas en base a la paz se promueva un cambio cultural que minimice la intolerancia de la sociedad sobre determinados aspectos; “los niños no solamente van a los colegios para aprender matemáticas y sacar altos puntajes, sino para formarse como seres respetuosos de las diferencias” (Bastidas, 2014).

En este punto, resulta entonces oportuno destacar dos aspectos en los que la ley definitivamente se queda corta en cuanto a las bases teóricas que llevaron a su creación. Remitiéndonos a las cifras, según el Ministerio de Educación Nacional se estima que en Colombia hay alrededor de 10’400.000 niños y niñas con edades entre los 5 y los 16 años que comprenden el rango normal de escolarización básica, secundaria y media (El Tiempo, 2013). Si 1 de cada 5 niños es o ha sido víctima de intimidaciones y malos tratos de manera deliberada y repetitiva, por parte de sus compañeros, se supondría que 2’080.000 menores en Colombia, aproximadamente, sufren de matoneo en los

centros educativos del país. Ahora bien, si cruzamos este dato con los de las investigaciones de *Friends United Foundation* donde se señalan el porcentaje de niños que reciben bullying por determinada causa tendríamos que:

- Alrededor de 624.000 niños en Colombia son víctimas de bullying por homofobia.
- Alrededor de 520.000 niños en Colombia son víctimas de bullying por xenofobia.
- Alrededor de 416.000 niños en Colombia son víctimas de bullying por las cosas que le apasionan.
- Alrededor de 416.000 niños en Colombia son víctimas de bullying por discapacidades y/o por su aspecto físico.
- Y alrededor de 104.000 niños en Colombia son víctimas de bullying por razones varias no señaladas anteriormente.

Llevado a las cifras según sus causas, la ley 1620 está bastante limitada para proteger los derechos y libertades de los menores en el país, sobretodo y en gran manera, cuando un niño durante las diferentes etapas de su desarrollo muestra inclinaciones homosexuales, y por esto, es víctima de burlas, malos tratos, humillaciones y demás vejámenes por parte de sus iguales y/o superiores. En Colombia, el artículo 13 de la Constitución Política de 1991 señala que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación”, sin embargo, todos los proyectos de ley que han cursado en el congreso en pro de garantizar estos “derechos, libertades y oportunidades” de las personas con tendencias homosexuales, se han sido rechazados para su aprobación en su mayoría. Para que el bullying por homofobia pueda ser detenido, Colombia requiere instancias que fomenten una cultura de tolerancia en el pueblo hacia lo diferente, tal como lo señalan (Acosta, Cuellar y Martínez, 2013): “para que la Ley 1620 contra la intimidación escolar resulte efectiva en el manejo del bullying por homofobia, debe venir acompañada de cambios culturales”. En-

focar esfuerzos en la prevención de violencia y promoción de la convivencia pacífica en la escuela resultaría más efectivo si el Gobierno Nacional encaminara acciones en contra de las causales específicas del bullying que promuevan cambios latentes dentro de la sociedad.

Ahora bien, otro aspecto descuidado por la norma dentro de su constructo, es no considerar el suicidio como consecuencia del bullying. En países como Inglaterra, algunos autores especialistas en el fenómeno del matoneo, han acotado el término “*bullycide*” que vendría a ser algo como –suicidio por intimidación– (Marr y Field, 2001). En Colombia, ya son varios los casos en los que los que por culpa del bullying, los menores eligen el suicidio como la forma de dar solución o fin al matoneo. La puesta en marcha de la Ley 1620 en el año 2013, no solo no ha detenido el bullying, ni siquiera lo ha disminuido según las estadísticas, más si se han presentado múltiples casos donde el acoso hacia un menor llega a tal extremo que el suicidio termina siendo la única salida para su tormento, y esta es una consecuencia que la Ley ni contempla, ni busca tratar. En Colombia, según el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2013), no está claramente establecida qué tan alta es la incidencia del matoneo sobre el número de suicidios de niños, niñas y adolescentes, sin embargo, se afirma que dicha incidencia existe, y eso basta para que los organismos gubernamentales estén más alertas y dispongan acciones enfocadas a prevenir el crecimiento de suicidios por bullying.

Conclusiones

Es innegable la preocupación del Estado colombiano por frenar el fenómeno del matoneo dentro de las Instituciones Educativas y a nivel social a través de los medios de comunicación especialmente la internet. Con la publicación de la Ley 1260 en el 2013, queda expuesta la inquietud de los entes gubernamentales por la multiplicidad de casos que hasta esa fecha se venían dando. Dentro de su visión, un mal ambiente escolar generado por el acoso, trae amplio número de consecuencia negativas en los procesos de aprendizaje, lo que conlleva a los estudiantes a reiterarse de los planteles educativos, por eso,

dentro de todo lo que dictamina la Ley, se busca hacer de los centros educativos lugares donde la sana convivencia permita que todos los estudiantes, sin distinción alguna, puedan aprender y desarrollarse como buenos ciudadanos.

Sin embargo, a través del análisis realizado en este artículo se concluye que todo el constructo de la Ley puede estar mal cimentado teniendo en cuenta que la raíz del bullying es la intolerancia, la intolerancia nace de la falta de aceptación por lo diferente, lo diferente para el caso de Colombia significa en primera medida, más de 600.000 niños que por una u otra razón sufren de bullying por homofobia.

No basta con querer formar ambientes pacíficos, si en el caso del bullying, para que la paz se imponga sobre este, se debe generar cultura de aceptación, aspecto en el que claramente el congreso y quienes lo conforman, no han trabajado ni mucho ni poco. La ley antibullying resulta totalmente ineficaz y seguirá siendo así, por ignorar las causas por las cuales más de 2 millones de escolares en Colombia reciben burlas, maltrato y golpes a diario.

Referencias

- Acosta, M.; Cuellar, L. y Martínez, J. (2013). Colombia: El bullying por homofobia debe salir del closet. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, Fundación Sentido.
- Agencia Pandi (2014). El 'bullying' no es un juego de niños (en línea). Casa Editorial ElTiempo. Disponible en: <http://www.semana.com/vida-moderna/articulo/el-bullying-matoneo-no-es-un-juego-de-ninos/375864-3>
- Aja, L. (2014). Acoso escolar y suicidio: lo evidente detrás de lo aparente, pp. 157-168. En: Cifuentes, S. (2014). Comportamiento del suicidio, Colombia, 2013. Bogotá D.C.: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
- Arias, W. (2012). John Alexander murió por una infección: Medicina Legal (en línea). El Espectador. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/vivir/john-alexander-murio-una-infeccion-medicina-legal-articulo-341973>

- Bastidas, S. (2014). Hacia el logro de un cambio cibercultural: Creación de un ambiente virtual de información y dialogo para afrontar problemas de acoso escolar. Proyecto de aula. Especialización en informática y multimedia en educación. Facultad de Ingeniería. Fundación Universitaria Los Libertadores. Pradera.
- Campos, A. (2010). *Violencia Social*. San José: EUNED-ILANUD.
- Cifuentes, S. (2014). Comportamiento del suicidio, Colombia, 2013. Bogotá D.C.: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia. Constitución Política de 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 1098 de noviembre 08 de 2006. Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 1620 de marzo 15 de 2013. Diario Oficial No. 48.733 de 15 de marzo de 2013.
- Colombia. Ministerio de Educación Nacional. Decreto 1965 del 11 de septiembre de 2013. Diario Oficial 48910 de septiembre 11 de 2013.
- Colprensa (2012). Colombia es uno de los países con mayores cifras de ‘matoneo’ (en línea). Vanguardia. Disponible en: <http://www.vanguardia.com/actualidad/colombia/148157-colombia-es-uno-de-los-paises-con-mayores-cifras-de-matoneo>
- El Espectador (2013). Tres de cada cinco víctimas de “bullying” en Colombia piensan en suicidio. Recuperado el 24/03/2015 de: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/tres-de-cada-cinco-victimas-de-bullyingen-colombia-pien-articulo-457937>
- El Tiempo (2011). Mataron a joven por vestir camiseta de Millonarios. Recuperado el 24/03/2015 de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8892940>
- El Tiempo (2014). Colegio de joven que se suicidó en Bogotá, en la mira del Mineducación. Recuperado el 24/03/2015 de: <http://www.eltiempo.com/bogota/suicidio-de-estudiante-sergio-urrego-gobierno-investiga/14501101>
- El Tiempo (2013). 1,2 millones de niños no van al colegio en Colombia. Recuperado el 26/03/2015 de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13290655>

- Farrington, D. (1993). Understanding and preventing bullying. *Crime and Justice*, 17: 381-458.
- Ferro, J. (2013). Educación y cultura (1). Barranquilla: Universidad del Norte.
- Hay-Mackenzie, F. y Rudd, M. (2002). Tackling the Bullies: In the Classroom and in the Staffroom. *Australia & New Zealand Journal of Law & Education*, 7(2): 87-140.
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2013). Quitarse la vida cuando esta aun comienza: Suicidios NNA en Colombia en el año 2013. *Boletín Epidemiológico Trimestral*, 6(8): 1-14.
- Leal, F. (2012). Por qué la guerra en Colombia (en línea). Razón Pública. Disponible en: <http://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/2808-por-que-la-guerra-en-colombia.html>
- Maldonado, C. (2003). Biopolítica de la guerra. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Universidad Libre.
- Marr, N. y Field, T. (2001). *Bullycide: Death at Playtime – An Expose of Child Suicide Caused by Bullying*. Londres: Success Unlimited.
- Ministerio de Educación Nacional (2012). Uno de cada cinco estudiantes ha sido víctima de acoso escolar en el país (en línea). Casa Editorial El Tiempo. Disponible en: <http://www.mineducacion.gov.co/observatorio/1722/article-300080.html>
- Ministerio de Educación y Ciencia (2006). *La convivencia en las aulas: problemas y soluciones*. Madrid: Ediciones Gráficas Ariel, S.L.
- Oficina de Innovación Educativa con Uso de Nuevas Tecnologías (2013). La intimidación escolar, más que una agresión. Recuperado el 24/03/2015 de: <http://www.colombiaaprende.edu.co/html/micrositios/1752/w3-article-313922.html>
- Pantallas Amigas (2012). Incidencia/Prevalencia del ciberbullying. Recuperado el 24/03/2015 de: <http://www.ciberbullying.com/cyberbullying/incidencia-del-ciberbullying/>
- Parra, R.; González, A.; Moritz, O.; Blandón, A. y Bustamante, R. (1992). *La Escuela Violenta*. Bogotá D.C.: Tercer Mundo Editores.
- Peralta, M. (2004). El acoso laboral –mobbing– perspectiva psicológica. *Revista de Estudios Sociales*, (18): 111-122.

- Platero, R. y Gómez, E. (2007). *Herramientas para combatir el bullying homofóbico*. Madrid: Talasa.
- Restrepo, M. (2014). *Victimarios en el matoneo terminan siendo víctimas* (en línea). *El Mundo*. Disponible en: http://www.elmundo.com/portal/noticias/poblacion/victimarios_en_el_matoneo_terminan_siendo_victimas.php#.VRHlz_yG9UU
- Rivera, M. (2011). *Las Voces en la Adolescencia Sobre Bullying desde el escenario escolar*. Bloomington: Palibrio.
- Rojas, C. (2007). *Conflictos morales y derechos humanos en Colombia*. Manizales: Universidad de Caldas.
- Romero, M. (2014). *Hijo de Juan Pablo Ángel, víctima de matoneo en las redes sociales* (en línea). *El Herald*. Disponible en: <http://www.elheraldo.co/tendencias/hijo-de-juan-pablo-angel-victima-de-matoneo-en-las-redes-sociales-168383>
- Smith, P. y Sharp, S. (1994). *School Bullying: Insights and Perspectives*. Londres: Routledge.
- Trejos, S. (2011). *De la pared de los sanitarios al muro de Facebook*. *Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, 106(603): 62-65.

Capítulo 22

Método de Sara Cobb en la conciliación: alcances, beneficios y limitaciones frente a la solución de conflictos¹

*Andrea Johana Aguilar Barreto²,
Karime Griselda Lizcano Gómez³,
Juan Gregorio Ascanio Bayona⁴,
Yuly Paola Machuca Martínez⁵*

Resumen

El presente artículo ha tenido por propósito fundamental realizar una revisión documental con un enfoque cualitativo de la teoría denominada “Método Circular Narrativo de Sara Cobb”, en el campo de la conciliación. A partir de una metodología de revisión de textos y documentos científicos, el tema es abordado en el presente estudio a fin de comprender los alcances, beneficios y limitaciones del método propuesto por Sara Cobb.

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Análisis de la aplicabilidad del método de Sara Cobb en los procesos conciliatorios adelantados en Consultorio Jurídico de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.
 - 3 Abogada, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 4 Abogado, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 5 Abogada, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.

Para conseguir lo anterior se realizó inicialmente una aproximación teórica al concepto de conflicto, seguido de las especificaciones jurídicas en torno al tema de conciliación en Colombia, explicando finalmente los principales aportes de la autora referenciada. Finalmente se señalan algunas conclusiones sobre el tema.

Palabras clave: Conciliación, método, solución, circular, narrativa, conflicto, mediadores.

Sara's Method Cobb in the Conciliation: Scopes, Benefits and Limitations Opposite to the Solution of Conflicts

Abstract

The present document has had for fundamental intention realize a documentary review with a qualitative approach of the theory called “Sara Cobb’s Circular Narrative Method”, in the field of the conciliation. From a methodology of review of texts and scientific documents, the topic is approached in the present study in order to understand the scopes, benefits and limitations of the method proposed by Sara Cobb. To obtain the previous thing a theoretical approximation was realized initially to the concept of conflict, followed of the juridical specifications concerning the topic of conciliation in Colombia, explaining finally the principal contributions of the indexed authoress. Finally some conclusions distinguish themselves on the topic.

Keywords: Conciliation, method, solution, circular letter, narrative, conflict, mediators.

Introducción

Es de amplio conocimiento público la fama de país violento que tiene Colombia frente a la comunidad internacional. Si bien los colombianos suelen intentar demeritar dichos rumores alegando que se deben en mayor medida a publicidad negativa infundada, la verdad es que, al revisar las estadísticas mundiales, Colombia siempre tiende a aparecer como uno de las naciones con mayor índice de crímenes violentos en el globo (Sánchez y Núñez, 2011). Peor aún, aunque pueden presentarse periodos de disminución, al hacer una revisión de la criminalidad anual y de los actos de violencia se evidencia que estos, en vez de disminuir, presentan una tendencia al alza según Palacios y Safford (2002).

Frente a esta situación, y a pesar de los múltiples estudios en el campo, no existe un consenso claro respecto a las causas generadoras de la violencia al interior de la nación colombiana (Bello, 2008), aunque se suele señalar al conflicto armado y la inequidad social como fuentes primarias. Sin embargo, algunos autores también mencionan en este punto que la falta de capital social, entendida en su sentido sociológico como la falta de una adecuada comunicación e interacción entre los diversos grupos humanos (Uprimny, 2001), se convierte en un importante factor detonador de violencia, que debe ser tomado en amplia consideración a la hora de establecer políticas para afrontar dicho problema.

La alta tasa de actos violentos y homicidios en Colombia que tienen como motor la intolerancia, pareciera convertirse en una prueba fehaciente de tal afirmación según Sánchez, Díaz y Formisano (2003). Lo anterior llevaría a establecer que además de las causas tradicionales que se suelen referenciar, el conflicto armado y la pobreza, la falta de cultura ciudadana y de una adecuada educación para la convivencia se ha convertido en uno de los principales móviles para la agresión entre los colombianos lo cuales se convierten en una cifra más ante el aparato judicial.

Es por lo anterior que desde los orígenes de la sociedad organizada, en su papel de herramienta reguladora de la conducta social humana, el derecho ha estado obligado a mantenerse en constante movimiento para adecuarse a los continuos cambios de la sociedad y a las nuevas exigencias que van surgiendo con el paso del tiempo. Así, si bien la creación de sistemas judiciales constitucionalmente institucionalizados, instaurados como una rama del poder público de carácter independiente y autónomo, fue uno de los más grandes logros jurídicos conseguidos en el periodo que siguió a la revolución francesa, en la segunda mitad del siglo XX empezó a evidenciarse una creciente sobrecarga de dichos sistemas, originada por la enorme cantidad de litigios a los que tenían que hacer frente de manera constante.

Este gran flujo de procesos, con la correspondiente congestión judicial originada por ellos, llevo a buscar formas no-procesales de solucionar los conflictos, buscando no sólo la descongestión de los tribunales y juzgados, sino además brindar a las partes en conflicto una forma más cómoda, cercana y eficiente de solucionar sus desavenencias. Es así como comienzan a instaurarse dentro de los diferentes ordenamientos legales y constitucionales, métodos alternativos de solución de conflictos tendientes a evitar que estos lleguen a estancias judiciales.

Pero, ¿en qué consisten, de manera concisa, dichos métodos alternativos? ¿Cuál es su aplicación? Dada la amplitud de tales métodos, resulta difícil dar una definición detallada de los mismos, que los englobe a todos; sin embargo, y de manera general, se puede decir que métodos alternativos de solución de conflictos son todos aquellos que ofrecen alternativas paralelas a sistema estatal de administración de justicia, para resolver las controversias entre las personas, naturales o jurídicas (Cuadra Ramírez, 2010). Es decir, son métodos a los cuales las partes que tienen una desavenencia pueden acudir para solucionarla, de manera personal y cercana, sin necesidad de asistir a instancias judiciales, ni a un proceso excesivamente formal.

Hay que decir que, en sí mismos, los métodos alternativos de resolución de conflictos no son una idea nueva, algunos incluso re-

montan su origen a épocas tan remotas como la romana y/o han mantenido su aplicación al interior de pequeños grupos culturales. Lo que sí resulta novedoso es su institucionalización, es decir, su incorporación legislativa a la estructura del aparato judicial y su aplicación sistemática como parte de una política estatal que promueve su aplicación.

Ahora bien, una vez fundamentados y aprobados los mecanismos de resolución de conflictos en la legislación nacional surgió también la necesidad de cambiar de paradigma respecto a la orientación teórica que deber guiar la ejecución decada de sus componente, siendo así que en la década de 1990 según West y Turner (2005), surgió la teoría de la comunicación humana fundamenta en los principios del dialogo como medio para solucionar las desavenencias de los miembros de un grupo en sus propios núcleos familiares en donde se origina el conflicto.

A la par de la teoría de la comunicación surgieron otra serie de conceptos académicos tendientes a nutrir este concepto, Sara Cobb, Doctora en comunicación por la Universidad de Massachussets. Directora del Instituto de Análisis y Resolución de Conflictos (ICAR), de la Universidad George Mason, fue pionera en este tema, razón por la cual elaboró una teoría denominada “El modelo circular narrativo”, con el objetivo de profundizar en el tema de la resolución de conflictos, con nuevos planteamientos para hacer efectiva su socialización. Este novedoso tema es el abordado en presente estudio, en el cual se hace un análisis del modelo mencionado, a fin de comprender los alcances, beneficios y limitaciones del método propuesto por Sara Cobb en la conciliación.

Método

El tipo de investigación corresponde a una revisión documental. Para Ávila (2006) este tipo de investigación “consiste en la selección y recopilación de información por medio de la lectura y crítica de documentos y materiales bibliográficos de bibliotecas, hemerote-

cas, centros de documentación etc.”. Por su parte, Vélez y Galeano (2000) definen la investigación documental como aquella donde “se recupera y trasciende reflexivamente el conocimiento acumulado sobre determinado tema para develar desde ella, la dinámica y lógica presentes en la descripción, explicación o interpretación que el fenómeno en cuestión hacen los teóricos o investigadores”.

La relación existente entre el enfoque cualitativo y la investigación documental es valiosa para este trabajo investigativo, pues permitirá reconocer cuales son los aportes significativos dados por el el modelo circular narrativo”, a la conciliación en Colombia desde una óptica que abarca lo jurídico como lo social. Esta importante relación es expuesta por Vélez y Galeano (2000) cuando afirman que: “Para la investigación cualitativa, el trabajo documental, no es sólo una fuente o técnica de recolección de información, se constituye en una estrategia de investigación con particularidades propias en el diseño del proyecto, la obtención de información, el análisis e interpretación”. Igualmente el documento tendrá un alcance descriptivo-interpretativo ya que pretende indagar y puntualizar el conocimiento de las características más importantes de las conceptualizaciones, metodologías y métodos que se han elaborado en investigaciones y artículos sobre la conciliación y la teoría del conflicto, temáticas que serán abordadas con propiedad en lo sucesivo del documento.

Teoría del conflicto

El funcionamiento ideal de una sociedad depende de múltiples factores, entre los que se encuentra el cumplimiento de roles por parte de individuos o grupos. La puesta en escena de estos roles por parte de los hombres al interior de las sociedades implica la estabilidad de las relaciones o bien, la gestación de conflictos. El conflicto, no es un término nuevo desde el ámbito social de los sujetos y supone un fenómeno natural de la condición humana. Por ello, si bien no sorprende los desacuerdos y las contradicciones, si causa asombro las respuestas violentas frente a las situaciones de inconformidad.

No se puede eliminar el conflicto de la vida de los hombres pero si transformar la forma como se manejan y se les da tratamiento. El conflicto es ante todo un proceso interactivo que se desarrolla en un contexto específico (Fisas, 2006, p. 29). En efecto, se trata de un fenómeno en constante movimiento donde varía la intensidad del mismo de acuerdo con la situación y personas involucradas. Para Zárate (2004) el conflicto es un proceso que tiene:

[...] una dinámica propia y se caracteriza por el choque o cruce de los intereses entre las personas, las cuales manejan percepciones que en algunos casos son diferentes sobre el mismo conflicto, se involucran sentimientos y emociones. En el que influyen (...) el contexto social, cultural, [educativo] y económico [...]. (p. 42).

En la misma línea describe el conflicto Fernández (2011), para quien el conflicto es “una situación de confrontación de dos o más protagonistas, entre los cuales existe un antagonismo motivado por una confrontación de intereses” (p. 20) y añade que la agresividad se hace presente cuando se encuentran ausentes instrumentos mediadores. Es así como en el conflicto se evidencia una lucha de intereses por diversos motivos (creencias, deseos, valores, necesidades, pensamientos, entre otros), en donde se da una gran acumulación de sentimientos y emociones.

En estos escenarios, se presenta un desequilibrio de poder (Monclús, 2005, p. 16). Para Fisas (2006, p. 30) en el conflicto existe un litigio de intereses, litigios por un desacuerdo entre objetivos y medios, litigios sobre los valores, litigios por la identidad colectiva y litigios irracionales (odio y venganza). Sin embargo, valga aclarar que los conflictos no aducen a aspectos negativos pues representan ajustes que se dan al interior del sistema o, en su defecto, a un rompimiento del orden social preestablecido, en donde es necesaria una estructura social diferente. Fernández (2011) describe que el conflicto “desde la perspectiva ecológica, [...] es un proceso natural que se desencadena dentro de un sistema de relaciones [...]” (p. 21) y por lo tanto constituye una oportunidad. En efecto, como explica Funes (2000):

El conflicto está culturalmente cargado de una connotación negativa, el tipo de vínculo que posea el grupo, sus motivaciones y su comunicación pueden darle a la resolución del conflicto una dimensión positiva, ya que es parte integral del sistema, es decir, no es exclusivo de grupos mal cohesionados o con vínculos patológicos, sino que es intrínseco a la vida de los grupos, sólo que será destructivo o constructivo dependiendo del tipo de relación y comunicación que posea cada grupo y de las actitudes que asuman hacia el conflicto. El conflicto no es malo en sí mismo (p. 93).

Por lo tanto, si el conflicto corresponde a un elemento de permanente presencia dentro de las comunidades institucionalizadas, el trabajo se centra en el abordaje efectivo de los mismos a fin de regular las interacciones de los actores involucrados. Los efectos del conflicto conducen a los hombres a optar actitudes de temor, aislamiento, silencio, imposición de la voluntad, agresividad, etc., cuando no se es formada a la persona para su actuación positiva en estos fenómenos. Es por lo anterior que resulta significativo el aporte de las nuevas teorías de la comunicación y los modelos para atender las conciliaciones ya que estos permiten interpretar el conflicto como una oportunidad de transformar la sociedad para mantener su cohesión, la armonía y las buenas relaciones, siendo un asunto relevante para el ejercicio de las labores sociales y humanas de profesionales en el área.

Hacia la conciliación

Actualmente existen procedimientos que buscan la solución a los conflictos entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas o con el nombramiento de agentes negociadores, o mediante la intervención de un tercero imparcial como lo son la negociación, la conciliación, mediación y el arbitraje; estas técnicas de negociación representan un papel importante para hacer efectivo el acceso a la justicia, pues los sistemas jurídicos de gran parte no han sido adecuados para resolver los conflictos individuales y colectivos que se vuelven cada vez más intensos y se multiplican.

Por eso, existen numerosas quejas, reclamos que muestra que existe una marcada crisis afectando a la administración de la justicia en términos generales, especialmente en las demoras de los actos conciliatorios. Por eso, las soluciones para enfrentar estas dificultades son complejas y exigen profundos cambios estructurales. La reforma de la justicia ha de hacerse globalmente, valiéndose de todos los medios legales, materiales y personales que están a disposición. En este contexto, los mecanismos complementarios de solución de conflictos de los centros de conciliación están llamados a convertirse en pieza clave del nuevo modelo de justicia. En este caso la conciliación tiene como finalidad un acto jurídico donde las partes recurren a un tercero neutral para ayudarles a resolver el conflicto que se limita a señalar los caminos idóneos para la posible solución del conflicto.

Los métodos alternativos de solución de conflictos en Colombia

Para poder llegar a los métodos alternativos de mejor forma, es necesario, hacer una corta clasificación, y dividirlos en métodos de autocomposición y métodos de hetero-composición. Los primeros hacen referencia a aquellos en que las partes por sí mismas buscan la solución a su problema, a veces con una ligera guía o moderación externa, realizada por un tercero. Siendo el ejemplo más claro la mediación, definida por Urquidi (1999, p. 19) como “un proceso mediante el cual las partes en conflicto, asistidas por un tercero neutral, buscan identificar opciones reales y alternativas viables para dirimir su controversia y llegar a un acuerdo que ofrezca soluciones de mutua satisfacción”. Cabe resaltar que la función del tercero se limita al acercamiento de las partes en conflicto, sin intervenir directamente en la resolución del mismo.

En cuanto a los métodos de hetero-composición, además de las partes en conflicto, se tiene la presencia necesaria de uno o más terceros, con capacidad de proponer arreglos o soluciones a las partes, para su consideración, e incluso de imponerlas dependiendo del método elegido. Dos son aquí los principales referentes, el arbitra-

je y la conciliación. En el primero, las partes exponen su caso y sus argumentos a un tercero (o terceros), llamado árbitro, que ha sido elegido por ellos, y quien actúa como juez para las partes, tomando una decisión. En la conciliación, por su parte, nos encontramos a primera vista con un método similar a la mediación, pero en el cual el tercero presente, llamado conciliador, capacitado de antemano para ejercer como tal, no sólo sirve como simple puente entre las partes en disputa, sino que tiene la capacidad de proponer acuerdos y soluciones, a la vez que tiene la obligación de velar por el equilibrio en las decisiones que se tomen. Sobre esta última, la Corte Constitucional Colombiana (1993) ha manifestado:

Se ha entendido por la doctrina la conciliación como un medio no judicial de resolución de conflictos mediante el cual las partes entre quienes existe una diferencia susceptible de transacción, con la presencia activa de un tercero conciliador, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o por él mismo, buscan la forma de encontrar solución y superar el conflicto de intereses existente (Corte Constitucional Colombiana, 1993. Sentencia C-226 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero).

Resaltando en su postulado la capacidad activa que tiene el conciliador de intervenir en la solución del conflicto, al punto de formular sus propios arreglos a las partes. En el caso colombiano, la conciliación aparece en la Ley 446 de 1998, norma mediante la cual se introducen en la legislación los métodos alternativos de resolución de conflictos, en la cual el legislador además de determinar la aplicabilidad y trámite de la conciliación, estableció en su articulado una serie de situaciones jurídicas en las cuales antes de poder acudir al sistema judicial, se hacía obligatorio recurrir a la misma como requisito de procedibilidad. Esto permitió que la figura se diera a conocer dentro del panorama jurídico colombiano, y empezara a expandirse.

Esto último permitió que la conciliación, se fuera posicionando como uno de los métodos alternativos de solución de conflictos más recurrentes al interior de la nación, ya que su flexibilidad, sencillez

y cercanía con las partes en disputa terminó por hacerlo bastante popular entre la población, especialmente entre las personas naturales. Igualmente, en dicha norma el legislador teniendo presente la necesidad de descongestión judicial que acompaña a los métodos alternativos, estableció la capacidad de crear centros de conciliación no sólo a entes públicos como las secretarías de trabajo o las personerías municipales, sino también a las entidades privadas que cumplieran con los requisitos establecidos por la norma. De esta forma, los centros de conciliación de las cámaras de comercio empezaron a hacerse recurrentes, sobretodo en asuntos referentes a conflictos de tipo comercial.

Si bien el carácter estructurado y funcional de las cámaras de comercio fue transmitido a dichos centros de conciliación, haciéndolos eficientes y confiables, su asistencia a ellos se vio bastante limitada. Esto debido a que la legislación había habilitado a los centros privados para cobrar tarifas (legalmente establecidas) por la prestación de sus servicios, a pesar de considerarse parte de entidades sin ánimos de lucro, debido a los gastos en que dichos centros debían incurrir con motivo de sostenimiento, planta física y capacitación. Lo cual a su vez restringía la utilización de los centros privados a aquellas personas con suficiente capacidad de pago.

Es por esto que, desde un principio, se estableció que los centros de conciliación de carácter público ofrecerían de forma gratuita sus servicios a los miembros de los estratos uno, dos y tres. Buscando así que las personas de menos capacidad económica tuvieran igual acceso a dicho método alternativo de resolución de conflictos. Sin embargo, y dado la mayor proporción de la población de dichos estratos con referencia a los individuos de mayor capacidad de pago, llevo a que tales centros gratuitos de conciliación se vieran rápidamente obligados a atender un número mucho mayor de usuarios que los centros privados.

Es por esto que posteriormente, y con la promulgación de la Ley 640 de 2001, dedicada de forma específica a la conciliación, se buscó expandir el número de centros públicos de conciliación sin costo,

resaltando el carácter obligatorio de la prestación gratuita del servicio por parte de los centros de conciliación creados por entidades públicas, a la vez que abría las puertas para que un número mayor de dichas entidades abrieran centros de conciliación.

Así, si bien dicha ley eliminó parte del articulado de la Ley 446 de 1998, disminuyendo el número de casos en los cuales la conciliación constituía requisito obligatorio de procedibilidad, era evidente el deseo del legislador de continuar con la expansión de la conciliación, aumentando para ello el número de centros capacitados para prestar el servicio de manera gratuita, demostrando de esta forma la penetración de la figura en la realidad jurídica, y el deseo del Estado de aumentar aún más su utilización.

El modelo circular narrativo de Sara Cobb

Sara Cobb, presenta el modelo circular-narrativo, el cual centra en traer a la gente a la conciliación; buscando transformar las historias conflictivas en otras que sean más positivas y que permitan a las partes salir de sus posiciones, todo con el fin de ayudar a las partes a hablar en forma diferente para que interactúen e distinta forma y logren cambios que posibiliten vías de acuerdos. Se debe primero cambiar la forma de comunicación (de una comunicación conflictiva y agresiva) que define la relación (de enfrentamiento y conflicto), a una nueva forma de comunicación (de respeto y aceptación) la cual definirá una relación distinta (de rendimiento y de colaboración) para que luego puedan encontrarse algunas vías o formas de solución de conflictos.

Teniendo claridad sobre el tema de la conciliación y su incorporación en el sistema jurídico, es importante abordar la teoría propuesta por Sara Cobb. El modelo propuesto según señala Romero (2001), es circular por cuanto “parte de una concepción circular tanto de la comunicación como de la casualidad y se denomina narrativo, porque la categoría de narrativa es central tanto desde el punto de vista analítico como propositivo”. Por su parte Munuera Gómez (2007),

señala que el modelo circular-narrativo se cimienta en los siguientes componentes teóricos:

En primer lugar la psicología del yo, y en particular en la formulación de Erikson y White. El mediador se propone reforzar y facilitar el aprendizaje de las funciones del yo a través de liberar, estimular, orientar la motivación de la persona para cambiar. El mediador, busca junto con la persona reducir sus temores y su ansiedad, para ello apoya y estimula su esperanza de mejora, disminuyendo la tendencia a recurrir a mecanismos de defensa inoperantes, aumentando con ello la zona del yo liberada de conflicto, permitiéndole implicarse en la tarea de resolución de las dificultades presentes (p. 8).

Lo anterior significa que el método circular proporciona un papel fundamental al mediador, ya que en él responsa la posibilidad de generar tranquilidad, sosiego o una nueva visión del conflicto a los participantes del mismo. Esta narrativa se utiliza en la intervención en mediaciones y conciliaciones de gran complejidad. La intervención busca trabajar el conflicto no desde sus puntos malos sino haciendo una redefinición del conflicto desde lo bueno que tiene el que el problema se haya presentado y las capacidades de las personas para solucionarlo, es decir que busca no enfocar el dialogo desde las debilidades, sino como la oportunidad de generar un cambio que es necesario porque todo conflicto en el fondo lo que lleva es una necesidad no cubierta, un interés insatisfecho que se manifiesta en las posturas que tiene cada uno de los involucrados, es por ello que la metodología de Sara Cobb, se fundamenta en los pasos mostrados en el Cuadro 1.

Cada una de estas parte teóricas ha sido explicado de manera asertiva por parte de Sara Cobb, destacando la forma en que debe realizarse cada uno de los momentos importantes de la sesión, y rescatando “la importancia de tener sesiones privadas con ambas partes desde la neutralidad, por considerar que es la forma más adecuada de comprender mejor a cada uno y de buscar los intereses comunes. de la siguiente manera:

Cuadro 1. Metodología del modelo circular narrativo

Recepción de las partes.
Sesión (es) de intervención con objetivos predeterminados
en cada una de ellas

- Sesión pública:
 - Establecimiento de las reglas de juego
 - Identificación del problema (según el modelo de Harvard o de Cobb)
- Sesiones privadas:
 - Desarrollo de los intereses y las necesidades
 - Brainstorming
- Caucus:
 - Evaluación del panorama
- Sesión pública:
 - Invención/ Revisión de las opciones
 - Construcción del acuerdo
- Implementación y control del acuerdo
- Evaluación

Fuente: Munuera Gómez (2007).

- **Identificación del problema.** Escuchar la solicitud de la familia. Explicar el procedimiento que se llevará a cabo y ajustar un primer encuentro.
- **Preparar la intervención con anticipación (sesión privada).** Se recomienda no esperar a estar en la intervención para averiguar lo que sucede. Se debe realizar un encuentro privado acorde a los datos aportados por el solicitante, con detalle, para empezar a hacerse una idea general del problema que debe ser tratado durante la intervención, y de la actitud y naturaleza de las partes. De ser posible, y sin que eso limite de antemano posición de forma rígida, se deben plantear de antemano varias posibles soluciones al conflicto, que puedan ser aportadas en caso de ser necesario.
- **Encuadre.** Es muy fácil ponerse, ya sea de forma voluntaria o involuntaria, del lado de una de las partes. Si bien puede llegar

a ser inevitable sentir más empatía por una de las partes, hay que recordar en todo momento que la función del mediador no es defender ninguna de las causas, sino servir de intermediario neutral entre las partes para que estas puedan llegar la solución de un conflicto que las enfrenta y que, por lo tanto, debe escuchar a ambos lados y pensar en el equilibrio. Por lo tanto en esta fase es importante: conocer los vínculos o afectos entre los integrantes de la familia y sobre todo entre progenitores y los jóvenes, identificando la imagen del joven sobre sí mismo y sus relaciones sociales.

- **Definición de problemas.** Se debe tener siempre un trato amable, cortés, hacia todas las partes, para fomentar un clima favorable para el dialogo. Si el mediador se mantiene tranquilo, es mucho más probable que las partes también lo hagan. No hay que dejar que la propia atención se aleje de la intervención. Es indispensable escuchar de forma atenta y amable a todas las partes y preguntar y/o pedir aclaraciones, cuando sea necesario. Cuanta más información se tenga, más fácil será proyectar una posible solución. De igual forma, si las partes se sienten escuchadas con cuidado, su actitud mejorará, y aumentarán las posibilidades de una concordancia exitosa.

El mediador no debe convertirse, en afán de que las partes lleguen por si mismas a un acuerdo, en un simple espectador. Si no que debe servir como un moderador activo, dando la palabra de forma alternada a ambas partes, manteniendo el orden y evitando las disputas o las agresiones. De igual forma, si las partes no pueden llegar por si mismas a un acuerdo, el mediador debe plantear posibles soluciones, buscando que todas las partes se sientan satisfechas.

- **Negociación.** Si bien es necesaria la participación activa del mediador, deber recordarse que los verdaderos protagonistas de la intervención son las partes. Debe dejárseles exponer su caso de manera clara, y plantear sus propias posibles soluciones. Mien-

tras más impuesta parezca para las partes la posible avenencia, menos estarán dispuestas a aceptarla.

El principal trabajo del mediador es acercar a las partes. Antes que cualquier otra cosa, la función del interventor es acercar a las partes, y ayudarlas a superar su animosidad y limar asperezas, para que de mutuo acuerdo lleguen a la solución de un problema que las enfrenta. Es muy probable que las partes sean inicialmente reacias a hablar y/o a escuchar a la contraparte, por lo cual el conciliador debe buscar calmar los ánimos y fomentar la comunicación.

De acuerdo a la teoría de Cobb, no hay que dejar que el deseo de obtener una solución pronta se convierta en aliciente para la impaciencia. Presionar de forma excesiva a las partes hará que reaccionen de forma negativa, lo que podría llevarlas a que se cierren a conciliar. Hay que darles el tiempo suficiente para que se expresen y, no sobra volver a repetirlo, escuchar siempre a las partes de forma atenta y amable. De ser necesario, es necesario hacer pausas breves para que las partes puedan calmarse, o tener breves diálogos privados con sus respectivos representantes. Hay que tratar de buscar un punto de equilibrio. No debe andarse a las carreras, pero tampoco se debe permitir que la intervención se extienda demasiado, ni que se repitan una y otra vez los mismos argumentos.

- **Redacción y firma de acuerdos.** Una vez acordados diferentes temas se presentan y se leen a la familia los acuerdos alcanzados hasta el momento. Pueden ser “casi” definitivos o pueden aprovecharse los logros para animar a negociar y acordar aquellos en los que hay más dificultades o estancamientos.
- **Evaluación.** El mediador está llamado a diseñar una estrategia sostenible en el tiempo para generar una posición positiva de las partes intervinientes.

Ahora bien, la metodología propuesta por Cobb, viene sucedida por el planteamiento de una serie de estrategias que permiten llegar

la conciliación de una forma adecuada, estas técnicas se esgrimen como indica Cafkhuff, citado por Munuera (2007):

Desde la atención física, disposición para encontrar al otro y cuidar los aspectos físicos en la medida de lo posible; cuyos mensajes están codificados en gran medida mediante el lenguaje no verbal (distancia prudente, contacto visual proporcionado, pequeña inclinación hacia el otro, etc. son determinantes porque son en sí mismos mensajes comunicacionales que transfieren a las personas que están siendo escuchadas.

Las técnicas más representativas citadas por Cobb son las siguientes:

Cuadro 2. Técnicas de escucha activa, citadas por Sara Cobb (2011)

La técnica del reflejo del sentimiento.	Es la más importante, y, como su nombre indica, consiste en reflejar verbalmente como en un espejo los sentimientos expresados por el cliente. Hay distintas modalidades de reflejo, el más eficaz es aquel que responde al sentimiento transmitido por las palabras de la persona, poniendo de relieve aspectos de su campo fenoménico que se hallan en el trasfondo de sus expresiones. Requiere mucha habilidad para comunicar en el momento preciso, y sin la más leve distorsión, aquellos sentimientos medulares que van al núcleo del conflicto. La devolución de los sentimientos recogidos en mediación es aconsejable realizarla una vez creado un adecuado clima empático entre las partes.
La técnica del reflejo de contenido	(Total, parcial, o palabras clave) recoge el contenido de los hechos. Al que no tiene experiencia le puede parecer inútil o inadecuado, repetir lo que la persona transmite. Pero, analizándolo bien, la respuesta empática es el resultado de un proceso activo que requiere una gran atención. Supone concentrarse intensamente en la persona, en lo que dice, poniéndose en su lugar para ver las cosas desde su punto de vista.

Cuadro 2 (Continuación)

Clarificación	Explicitar, aclarar el mensaje que la persona envía, ayudándole a seleccionar o eliminar opciones, por ejemplo: ¿Siente pena o culpa? Sería una pregunta clarificadora.
Resumen	Para cerrar entrevistas dejando una síntesis de los contenidos, sentimientos y tareas propuestas así como para introducir el tema tangencial de la intervención.
Confrontación	Permitir la exploración de alternativas, no abandonando el mediador el hilo conductor de la escucha activa, por ejemplo: ¿Seguro que no siente nada? Paráfrasis, en esta técnica se refleja lo que la persona “hace con su vida”, la escucha se realiza sobre la conducta global de la persona: ¿Por qué no se permite ser feliz?
Parafraseo	Expresiones que vienen a confirmar a la persona que pide ayuda que el profesional le sigue y le escucha: ¡ah, ah! ¡hum!, etc. Estas técnicas, no se reducen a repetir las palabras, conceptos y sentimientos que las personas traen a mediación. Exigen del mediador una concentración en el mundo fenoménico del cliente, en donde reside la causa principal de su desajuste psicológico, y una búsqueda activa de sus sentimientos básicos y de los significados implícitos en los mismos.

Fuente: Munuera, P. (2007) citando a Sara Cobb.

Estas estrategias en la realidad colombiana, tienen como fin aumentar el acceso de la población nacional a la conciliación como forma de resolver sus conflictos garantizando que estos encuentren la solución a las problemáticas que revisten a cada uno, así como explica Munuera Gómez (2007), la comprensión y usanza de este modelo fomentará que los mediadores o conciliadores estén suficientemente especializados para asegurar que aquellos que acudan a mediación puedan reconocer las dificultades que tienen y estén abiertos a asumir su propia participación en los mismos, ya que “las técnicas presentadas en este modelo son utilizadas indistintamente por diferentes profesionales que tienen como objetivo conseguir el “em-

powerment” de la persona, puesto que no existen prohibiciones que limiten el uso de las técnicas a una determinada profesión”.

Conclusiones

La figura de la conciliación ha ido cobrando una presencia cada vez mayor dentro del accionar jurídico en Colombia, impulsada especialmente por su carácter de requisito procedimental, establecido por la Ley, para variados procesos. Sin embargo, esto mismo ha llevado a que la figura sea vista de forma principal como un requisito a cumplir para poder llevar adelante el proceso judicial, y no como una herramienta idónea, por si misma, para llegar a acuerdos y evitar dichos procesos, razón por la cual la metodología de tipo social o educativa aun no es del todo familiar para los conciliadores en el territorio nacional.

Es por ello que siguiendo las recomendaciones de Sara Cobb, se hace necesario desarrollar estrategias que permitan integrar la herramienta de la conciliación de forma óptima a la cultura jurídica del país y a la capacitación que deben recibir los funcionarios que la materialices, buscando incrementar tanto el nivel de satisfacción de los usuarios, como el conocimiento de los mismos sobre la naturaleza y alcances de la figura, superando de esta forma la percepción agríndice que, con respecto de la conciliación, impera en estos momentos.

El método circular narrativo por lo propuesto por Sara Cobb, por tanto debe gestionarse en una adecuada infraestructura, con capacitaciones idóneas para los profesionales en el área, con una organización impecable y especialmente la sistematización de la información, para que haya fuentes de información y calidad total en el servicio ofrecido a en los centros de conciliación vigentes en Colombia.

Existe una tendencia general a favorecer la implementación de la Técnica narrativa de Sara Cobb pues no se trata solo de traer solución a un conflicto o llegar solo al acuerdo, sino tratar que las partes terminen en armonía y así tener un mejor entorno de convivencia social y afectiva, contribuyen con el reto de generar negociaciones.

La técnica permite una mejor comunicación entre las personas involucradas y la identificación real del problema para así lograr contribuir a solucionar los conflictos. Cada conciliación implica diferentes ánimos y para cada conciliación puede que no sirva el mismo método. Si un conciliador está preparado en diferentes técnicas de conciliación le será de más apoyo a las partes en conflicto a la hora de proponer y llegar a la solución del conflicto.

Referencias

- Ávila, H. (2006). Introducción a la metodología de la investigación. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2006c/203/>
- Bello, M. (2008). La violencia en Colombia: Análisis histórico del homicidio en la segunda mitad del Siglo XX. Disponible en: http://www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol50_1/04laviolencia.pdf
- Colombia. Corte Constitucional (1993). Sentencia C-226 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-226-93.htm>
- Cuadra, J. (2010). Medios alternativos de resolución de conflictos como solución complementaria de administración de justicia. México: Suprema Corte de Justicia. Recuperado de: http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/134/Becarios_134.pdf
- Fernández I., (2011). Prevención de la violencia y resolución de conflictos el clima escolar como factor de calidad. Madrid: Narcea.
- Fisas, V. (2006). Cultura de paz y gestión de conflictos. Barcelona: Icaria.
- Monclús A. (2005); La violencia escolar: perspectivas desde Naciones Unidas. Revista Iberoamericana de Educación, (38), 13-32.
- Munuera, P. (2007). El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas. Portularia, 12 (1-2), 85-106.
- Palacios, M. y Safford, F. (2002). Colombia: país fragmentado, sociedad dividida: su historia. Editorial Norma.
- Romero, C. (2001). Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural. Migraciones, (10), 59-110.

- Sánchez, F. y Núñez, J. (2011). Determinantes del crimen violento en un país altamente violento: el caso de Colombia. Presencia.
- Sánchez, F., Díaz, A. y Formisano, M. (2003). Conflicto, violencia y actividad criminal en Colombia: un análisis espacial. CEDE.
- Uprimny, R. (2001). Violence, Power and Collective Action. En: Violence in Colombia: 1990-2000. USA: Scholarly Resources Inc.
- Urquidi, E. (1999). Mediación. Solución de conflictos sin litigio. México: Centro de Resolución de Conflictos de Querétaro.
- Vélez, O. y Galeano, M. (2000). Estado del arte sobre fuentes documentales en investigación cualitativa. Medellín: Centro de Investigaciones Sociales y Humanas Universidad de Antioquia.
- West, R. y Turner, L. (2005). Teoría de la Comunicación. Análisis y Aplicación. Madrid: McGrawHill.
- Zárate, C. (2006). Metodología para la implementación del proyecto Cultura de Paz en establecimientos escolares de Llalagua. La Paz: PADEP-GTZ.

Capítulo 23

Movilidad y accidentalidad vial: justificación y logros de las medidas de restricción de motocicletas en Cúcuta¹

*Andrea Johana Aguilar Barreto²,
Nancy Teresa Capacho Miranda³,
Sandra Milena Cáceres Serrano⁴,
Diego Armando Castro Castro⁵*

Resumen

Las motos se han convertido en una especie de fenómeno que actualmente está presente en todas las ciudades y pueblos de Colombia. En cinco años, el número de motos en el país se ha duplicado, a la vez que se han doblado las cifras de accidentalidad. Los accidentes en moto tienen alcances de epidemia y sin importar que tan grande o pequeña sea la ciudad, el exceso de motocicletas que circulan por las calles siempre va a ser un problema. Este artículo delimita su investigación en el municipio de Cúcuta, capital de

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Análisis de reporte de accidentalidad vial en Cúcuta. Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.
 - 3 Abogada, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 4 Abogado, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 5 Abogada, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.

Norte de Santander, al nororiente de Colombia y frontera con la República Bolivariana de Venezuela. Allí, a diferencia de otras ciudades colombianas, no solo el tráfico de motos nacionales influye en el caos vehicular, sino por su estatus de frontera, miles de motocicletas con placas venezolanas circulan a diario por la capital nortesantandereana. En un análisis de las medidas de restricción y preventivas que el gobierno municipal ha adoptado a fin de frenar y enfrentar las diferentes problemáticas surgidas por un incontrolable volumen de motocicletas en la ciudad, se concluyó que aunque desde la alcaldía se han enfocado acciones y se han publicado normas que rigen y organizan el tránsito de motos, motocarros, tricimotos y cuatrimotos, aún hace falta trabajar en aspectos que regulen la movilidad de vehículos y motocicletas con placas venezolanas por la calles de la ciudad y su área metropolitana.

Palabras clave: Transporte, restricción de circulación de motocicletas, prevención, movilidad.

Mobility and Road Accidentality: Justification and Achievements of the Restriction Measures of Motorcycles in Cúcuta

Abstract

The motorcycles have turned into a species of phenomenon that nowadays is present in all the cities and peoples of Colombia. In five years, the number of motorcycles in the country has doubled, simultaneously that have doubled the numbers of accidentalidad. The accidents in motorcycle have scopes of epidemic and without mattering that so big or small it is the city, the excess of motorcycles that circulate along the streets always is going to be a problem. This ar-

title delimits his investigation in Cúcuta's municipality, the capital of North of Santander, to the nororiente of Colombia and border with the Republic Bolivariana of Venezuela. There, unlike other Colombian cities, not only the traffic of national motorcycles influences the traffic chaos, but for his status of border, thousands of motorcycles with Venezuelan plates circulate daily along the capital nortesantandereana. In an analysis of the measures of restriction and preventive that the Municipal Government has adopted in order to stop and to face the different problematic ones arisen by an uncontrollable volume of motorcycles in the city, one concluded that though from the Mayorality actions have focused and have published procedure that govern and organize the traffic of motorcycles, motocarros, tricimotos and cuatrimotos, still it is necessary to be employed at aspects that regulate the mobility of vehicles and motorcycles with Venezuelan plates for her be quiet of the city and his Metropolitan Area.

Keywords: Transport, restriction of traffic of motorcycles, prevention, mobility.

Introducción

Colombia es un Estado social de derecho y dentro de la Constitución Política de Colombia garantiza a sus conciudadanos en su artículo 24 la libre locomoción con las restricciones impuestas por las leyes; además como fines del estado se garantiza que por medio de las autoridades las cuales están instituidas para la protección de los ciudadanos en su vida, honra y bienes; en este sentido nace la ley 769 del año 2002, código nacional de tránsito quien a su vez determina quienes son autoridades de tránsito en el ámbito nacional, departamental, municipal y la función a cumplir, dentro de las cuales se encuentran los alcaldes que de acuerdo a las políticas tienen la potestad de emitir decretos como la restricción a la movilidad dentro de determinadas zonas y horarios.

De otra manera y teniendo en cuenta el crecimiento que trae consigo la globalización nos damos cuenta que este fenómeno ha

permitido el crecimiento del parque automotor en los diferentes países, para lo cual los mismos deben adoptar medidas que permitan la utilización de estos medios de manera segura sin que se ponga en riesgo la vidas de los conciudadanos; este tipo de transporte se ha caracterizado por ser un tipo de Transporte ágil, práctico y económico dentro de las ciudades teniendo en cuenta las características con que cuenta y los espacios que ocupan siendo un punto a su favor en las zonas urbanas.

Contrario a esto el incremento significativo del uso de vehículos clase motocicleta empezó a traer a su paso las consecuencias y lo que en un principio se vio con buenos ojos en cuanto a economía y agilidad resultó contrastar con la seguridad de quienes utilizan estos medios motorizados pues los mismos no ofrecen sistemas de seguridad para conductores y ocupantes de cuyo resultado en los accidentes es la integridad humana la cual se ve afectada en los accidentes de Tránsito los cuales no se requiere que sean de gran magnitud e irresponsabilidad para que su resultado sea una lesión de sus ocupantes o en el peor de los casos la muerte.

El incremento significativo se convierte en preocupación de las autoridades del nivel municipal y es por ello que los alcaldes como autoridades de tránsito Entran a evaluar y a tomar determinaciones referentes al control motorizados que según las estadísticas se convirtieron en la población más vulnerable, estableciendo distintas medidas tendientes a reducir la accidentalidad mediante la restricción a la locomoción.

Método

El desarrollo de este documento está enmarcado en el enfoque cuantitativo y es de tipo descriptivo. Como parte de la metodología se ha realizado un análisis documental sobre las normas y medidas adoptadas por el gobierno local del municipio de San José de Cúcuta con el propósito de identificar la justificación y los logros de las mismas.

En coherencia con la caracterización del enfoque orientador, la ciencia debe valerse exclusivamente de la observación directa, de la comprobación y la experiencia, los cuales se toman como fuente para la recolección de la información analizada. El conocimiento debe fundarse en el análisis de los hechos reales, de los cuales debe realizar una descripción lo más neutra, lo más objetiva y lo más completa posible ya que se desarrolla en este estudio en un contexto social de la ciudad de Cúcuta el cual busca contrastar si la autoridad que impuso una restricción ha cumplido con los fines propuestos con el Decreto número 0413 del 26 junio del 2014 por medio del cual se reglamenta la circulación de motocicletas, motocarros, tricimotos y cuatrimoto el cual es utilizado como herramienta para afrontar la problemática dada en materia de seguridad vial. Ya que está condicionando un derecho como lo es la libre locomoción que está garantizado en un marco constitucional, pero restringido legalmente; por ende, utilizando esta metodología se procede a analizar la medida de restricción a la locomoción en motocicletas, implementada por la administración municipal, el contexto de la comunidad objeto de estudio y su interacción. La presente investigación es de tipo no experimental, entendida como aquella en la cual el investigador no tiene el control sobre la variable independiente.

La movilidad vial y restricciones a la movilidad

El transporte se denomina como el “movimiento de personas y bienes a lo largo del espacio físico, mediante los modos terrestre, aéreo o marítimo, o alguna combinación de éstos” (Duque, 2007). En este sentido, el transporte no es un producto o actividad final sino un medio para satisfacer las necesidades. Pensar un modelo social y económico con la ausencia del transporte resulta imposible. De esta manera, dentro del sistema económico fundamental, todo lo relacionado con el transporte es esencial en el desarrollo de las naciones en todos los sentidos. Para Duque (2007) “la revolución industrial no hubiera podido prosperar sin el concurso y el desarrollo de los transportes; ni la tecnología del transporte habría logrado

desarrollarse sin los productos industriales que le proporcionó la revolución industrial”.

De igual manera, Causado Rodríguez et al. (2009) menciona que “el transporte ayuda a distribuir regionalmente la población, industrias e ingresos, especializa la logística de la distribución y origina economías internas en sectores específicos, hecho que promueve economías externas en los sectores económicos en general”. Finalmente, se debe asumir el transporte también como un servicio público que permite atender las necesidades y demandas de los pobladores, en un contexto de desarrollo económico y social. El transporte público puede ser suministrado tanto por empresas públicas como privadas, y comprende los medios de transporte en que los pasajeros no son los propietarios de los mismos, resultando ser un servicio suministrado por terceros. El Sistema de Transporte Masivo consiste en la integración de una serie de medios de transporte que actúan conjuntamente para desplazar grandes cantidades de personas en lapsos cortos de tiempo.

Desde la década de los noventa hasta la actualidad, la demanda de medios de transporte ha aumentado de forma desmedida y constante, esto ha generado caos en el tránsito vial, específicamente en ciudades grandes de Colombia, donde a diario una numerosa cantidad de habitantes necesitan movilizarse a diario entre 2 a 6 rutas por día. La congestión no se hace esperar, y las demoras, los accidentes, los problemas ambientales y de salud se han convertido en parte de la cotidianidad de la ciudadanía. En Colombia, empezando por la capital, la congestión vehicular ha hecho que el tema de la movilidad sea cada día más insoportable en las principales ciudades del país. El Club de Ciclismo del Banco de la República (2008) señala que el problema ya es a cualquier hora y en cualquier lugar de la ciudad, pues prácticamente todas las vías permanecen atestadas de vehículos, y al finalizar la semana el caos empeora, pues los sábados y domingos no existen restricciones que controlen el volumen de carros de vehículos particulares que circulan por la ciudad. Desplazarse de un sitio hasta otro en Bogotá se convierte en una odisea de casi dos horas

cuando se supone que gracias a la infraestructura vial, no debería demorar más de media hora.

Ahora bien, analizando la problemática de movilidad, las motocicletas han sido promotoras de gran parte de los problemas viales y de congestión que se generan en el país. El Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2012) informó que para el 2011, la motocicleta era el segundo medio de transporte automotor más empleado por los colombianos para desplazarse de la casa al trabajo, de hecho para ese mismo año se estimaba que alrededor del 17,8% de los hogares colombianos tenían una motocicleta como medio de transporte, y de estos, el 10,1% tenían más de una moto, cifras que considerablemente superan a las de los automóviles. Entonces, podría decirse que las motocicletas se han convertido en un fenómeno dentro del conjunto que comprende la movilidad dentro de las ciudades principales del país. Explican Thomson y Bull (2002) que ese aumento explosivo surge de un mayor acceso a de las clases sociales medias y bajas a las motocicletas.

[...] –al elevarse el poder adquisitivo de las clases de ingresos medios y bajos–, más acceso al crédito, reducción de los precios de venta, más oferta de motos usadas, crecimiento de la población, menos habitantes por hogar y escasa aplicación de políticas estructuradas en el transporte urbano.

Dicha teoría, se respalda en datos económicos de quienes poseen motocicletas en Colombia, pues 69% devengan solo entre menos de uno a dos salarios mínimos legales vigentes (El Tiempo, 2011). Torres y Angarita (2013) explican que las motos vistas como un fenómeno que se suma a los problemas de movilidad del país, se convierten en un aspecto preocupante debido a los múltiples ámbitos en los que influyen, pues no solo contribuyen a la congestión y el caos vehicular, sino al crecimiento alarmante de las cifras de accidentalidad.

El fenómeno de las motos que se ve en todas las ciudades y pueblos de Colombia –en cinco años su número se duplicó, hasta las 4,8 millones que hoy aparecen en el Runt– ha venido aparejado

de un aumento en la accidentalidad, que tiene ya “alcances de epidemia”. Los números son contundentes. Mientras en todo el mundo, en promedio, una de cada cuatro personas que mueren en accidentes de tránsito conducía o iba como pasajero en una moto (23%), en Colombia esa proporción llega casi a la mitad: supera el 44 por ciento (Torres y Angarita, 2013).

Si se habla de un fenómeno creciente, que ni siquiera una ciudad tan grande como Bogotá es capaz de soportar sin ver consecuencias que afecten el sistema de movilidad vial, ¿cómo afrontaran ciudades más pequeñas en tamaño y desarrollo la problemática que significan las motocicletas para el país? Este artículo busca analizar los logros que han obtenido la vigilancia y restricción de las motocicletas en Cúcuta, Norte de Santander, al nororiente colombiano. Donde no solo el tráfico de motos nacionales influye en el caos vehicular, sino por tratarse de una zona de frontera, miles de motocicletas con placas de la República Bolivariana de Venezuela circulan a diario por la capital nortesantandereana.

Resultados y discusión

Según las estadísticas manejadas por la policía vial, los accidentes de tránsito se han convertido en una causa de morbi-mortalidad importante en la ciudad de Cúcuta Norte de Santander, sobre todo en horario nocturno o altas horas de la noche y de la madrugada, esto debido entre otras causales al aumento en el número de motocicletas matriculadas en la ciudad, la facilidad de manejo que permiten estos vehículos y que en muchas ocasiones se les da un uso irresponsable.

Cúcuta es una ciudad que debido a su crecimiento presenta problemas de movilidad, costoso para la mayoría de su población. La falta de planificación en los procesos de expansión territorial, la carencia de alternativas eficientes y modernas de transporte colectivo se suma como causas entre otras a la problemática, agravando el sistema de transporte público.

El alto porcentaje que de los ingresos destinan los hogares al transporte, hacen que para poder acceder al trabajo, la educación, salud, recreación, entre otros, recurren a la motocicleta como medio preferido de transporte. Así, los problemas relacionados con los motociclistas no pueden tratarse únicamente con represión, incautaciones y multas, las autoridades competentes han procurado en materia vehicular optar por la prevención.

La Policía Nacional de Colombia tiene el compromiso de contribuir al mejoramiento de las condiciones de seguridad y convivencia ciudadana del país, al ser una Institución confiable, competente y sólida, sustentada en el profesionalismo, la motivación y el comportamiento ético de sus integrantes; al mismo tiempo, debe posicionarse como una entidad integrada a la comunidad, en la decisión de construir las realidades de la convivencia pacífica y segura, desde la perspectiva que ofrece la corresponsabilidad social y la legitimidad organizacional. La solicitud del SOAT, el certificado de revisión técnico-mecánica, el uso del casco y chaleco reflectivo, son medidas en pro de la misma seguridad del motorizado, en otros casos también se debe reconocer que por la misma rapidez del transporte la moto es utilizada para la comisión de delitos, lo que entra a justificar medidas como la prohibición del parrillero hombre.

Sin embargo, la movilidad y las restricciones a esta, entendida como un derecho han sido objeto de estudio en el sistema jurídico colombiano. La declaración de inconstitucionalidad de esta restricción denota un entendimiento profundo de los aspectos sociales y económicos de cada una de la ciudad que ha optado por su implementación. Pero más allá de aprobar las medidas por la lógica social, comprenderlas desde su efectividad contribuye a una conducción segura, y un respeto de normas de tránsito más efectivo a partir de comprensión.

Los problemas de movilidad en esta ciudad son un problema relativamente reciente que exige comprender comprender que el área metropolitana de Cúcuta es un conglomerado urbano muy dinámico que requiere movilizar cientos de miles de personas diarias, además

del tránsito del comercio internacional por nuestras vías. Cuando se construían al tiempo varios puentes de la ciudad y se recuperaban los andenes del centro, se pensaba que al culminar las obras se volvería a la normalidad en esa materia, pero quedó claro que más allá de los inconvenientes generados por esos proyectos, la ciudad tiene que comenzar a mirar con estudios técnicos y responsabilidad su movilidad interna.

Aspectos como la semaforización masiva, la apertura de nuevas vías, el ordenamiento del tránsito, la organización de las rutas de transporte público, la racionalización del uso del carro, la preservación del medio ambiente, la cultura ciudadana en la conducción, comienzan a figurar en la agenda pública de la ciudad y las autoridades públicas, los gremios y el sector privado tienen el deber de discutir y concertar una serie de medidas que mejoren los índices de movilidad ahora que estamos a tiempo, antes que las cosas empeoren y Cúcuta colapse. Sin embargo, la iniciativa clave en el mediano y largo plazo, absolutamente indispensable para el futuro, es la construcción de un sistema de transporte masivo. No se puede olvidar que por la condición de frontera se tiene una cultura del uso del carro similar a la de Venezuela, la gasolina económica y además son muchos los vehículos flotantes que ingresan diariamente a la capital, por lo que la reducción de este uso brindando alternativas de transporte público bien diseñadas es un imperativo para los próximos 20 o 30 años.

Existe una creciente venta ilegal de motos venezolanas en el área metropolitana de Cúcuta, César Darío Camacho Suárez, gerente de Suzuki Mundo Cross, afirmó que se negocian en promedio 1.300 motos al mes, aproximadamente, 100 corresponden a motos con placas venezolanas que circulan por el área metropolitana. Y según Ardila Lozada, secretario de Transporte, en Cúcuta circulan alrededor de 65.000 motos. —El año pasado (2014) ingresaron 4.000 con placa venezolana; si este número sigue creciendo vamos a tener serios problemas de desempleo en la ciudad.

Ante la falta de planificación de la ciudad y la carencia de alternativas eficientes y modernas de transporte colectivo, la ciudadanía

acaba viéndose obligada a tener moto para movilizarse y poder acceder a educación, salud y recreación.

Caos vehicular: restricciones y estrategias para el desarrollo de la movilidad en Cúcuta

Si se trata de analizar el caos generado por el exceso de motos circulando por las vías de una ciudad, San José de Cúcuta resulta la mejor plaza, ya que el fenómeno de las motos no solo se da por las que ruedan matriculadas bajo placas colombianas, sino por las miles que ingresan a diario desde la República Bolivariana de Venezuela y las que desde allí entran para ser usadas por ciudadanos colombianos. De Cúcuta, son varios los aspectos que se deben considerar antes de entrar a analizar si las medidas tomadas para el control de automotores en la ciudad, han logrado mejoras en la movilidad vial. San José de Cúcuta es una ciudad relativamente pequeña si se compara con ciudades como Medellín, Cali, Bogotá, Bucaramanga o Barranquilla, 1.176 km². Se estima que en la actualidad es habitada por alrededor de 850.000 personas. Su infraestructura vial no es muy desarrollada, las calles del centro de la ciudad cuentan con dos carriles ambos en la misma dirección, del mismo modo las avenidas. Tiene dos puntos que conectan con la República Bolivariana de Venezuela, San Antonio y Pedro María Ureña, ambos municipios pertenecientes al estado Táchira (Alcaldía de Cúcuta, 2012).

Para el caso de la movilidad vial, hasta el 2013, San José de Cúcuta no tenía normas que controlaran el acceso y circulación de motos venezolanas al territorio colombiano, lo mismo para los vehículos. Esto provoca que durante el día la ciudad se sature por un volumen flotante de motos que entran desde Venezuela a la capital de Norte de Santander. Aparte “el mercado de motos local en Cúcuta se ha sumado a la larga lista de productos que muchos colombianos encuentran más baratos al otro lado de la frontera” (Cogollo, 2013), por lo que es muy común que un cucuteño tenga una motocicleta de placas venezolanas para desplazarse por la ciudad. Tal magnitud de vehículos, circulando por las no muy amplias calles de Cúcuta, hacen que el

conducir se vuelva bastante desesperante, esto, sumado a aspectos como “(1) la falta de adecuada planeación urbana, semaforización y señalización vial; (2) a la ausencia de autoridad que difunda normas, prevenga y disuada comportamientos que puedan ocasionar accidentes y pérdidas de vidas humanas, sancionando con ejemplar rigor, insobornable aplicación de la ley y prontitud al infractor, y, (3) al desconocimiento de las normas de tránsito, irresponsabilidad, falta de tolerancia e imprudencia de numerosos conductores y peatones” (Entrena, 2015), hacen que el sistema móvil de San José de Cúcuta sea uno de los más caóticos del país.

En Cúcuta se movilizan 140.000 automotores de los cuales 65.000 son motos, lo que pone la balanza de carros vs motos en un 54/46, 54% personas con automotor en Cúcuta se movilizan en automóvil y 46% de las personas con automotor en Cúcuta se movilizan en motocicleta (Mora, 2013; Bejarano, 2014), a esto, se suman un número indeterminado pero considerable de vehículos entre autos y motos que ingresan desde Venezuela, “la ciudad no está preparada para tener esa cantidad de parque automotor [...] el tema de infraestructura vial de la capital de Norte de Santander, se quedó corto frente al crecimiento urbanístico de la ciudad fronteriza con Venezuela, [...] Cúcuta sigue siendo muy pequeña, los espacios de las vías siguen siendo los mismos de hace 20 años” (Ardila, 2014).

Ahora bien, otro tema adyacente que resulta como consecuencia de la excesiva cantidad de motos que hoy por hoy andan sobre las carreteras cucuteñas, es el incremento en las cifras de accidentes de tránsito, donde en su mayoría, un motociclista resulta involucrado. Según el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, durante el 2012 murieron 5.693 personas en accidentes automovilísticos. De ese total, el 44.12% de los muertos transitaban en moto. Ahora bien, el informe también señala que no solo los conductores de motocicletas pierden la vida, ya que el 35% de los peatones que murieron en accidentes de tránsito durante ese mismo año fueron atropellados por motos. Lo descrito anteriormente concuerda con un estudio realizado por Sánchez y Díaz (2014), donde se señala que

en la capital del departamento Norte de Santander, la etiología de fracturas maxilofaciales estaría dada principalmente por accidentes en motocicleta en mayor frecuencia (33,44%) (Colprensa, 2013).

Lo anterior sitúa a Cúcuta en la lista de ciudades con mayor cantidad de accidentes de tránsito (Colprensa, 2013), y a su vez, refleja que la clara necesidad de establecer que normas que brinden mayor control sobre las motocicletas, ya que las tendencias señalan que su presencia en las vías es cada vez mayor, contribuyen caóticamente al congestionamiento de las vías, aumentan las cifras de accidentes de tránsito y resultan en gran frecuencia las causantes de mortalidad y/o daños físicos y psicológicos severos a conductores y transeúntes. A partir de Enero de 2015 en el ánimo de frenar el volumen flotante de motos que ingresan indiscriminadamente desde la República Bolivariana de Venezuela, la Alcaldía de Cúcuta determinó que en lo sucesivo las motos de placas venezolanas deben tener SOAT (Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito), licencia de conducción autenticada por el gobierno colombiano, título de propiedad y certificado sobre emisión de gases para pasar la frontera (Banca y Negocios, 2014). Durante el último quinquenio el gobierno local ha venido trabajando en varias medidas de restricción para las motocicletas en Cúcuta y así contribuir a la mejora de la movilidad vial de la capital nortesantandereana.

Aplicación de acciones y estrategias en el municipio de Cúcuta

En el ánimo de frenar un poco el exceso de motos y el caos y accidentalidad que las mismas generan en Cúcuta y toda su área metropolitana, la Alcaldía Municipal ha puesto en marcha varias medidas y restricciones a fin de que las motocicletas no signifiquen un obstáculo para la movilidad de la ciudad y generen problemáticas a la sociedad. Desde el 2010, el gobierno local empezó a dar los primeros pasos a fin de frenar los múltiples aspectos negativos generados por el volumen exagerado de motos en la capital nortesantandereana. Considerando los altos índices de accidentes de tránsito que se presentaban en motocicletas por conductores en estado de embria-

guez, el gobierno municipal expidió el Decreto 0082 de 2010, a través del cual la Alcaldía prohibió la circulación desde las 11 p.m. hasta las 5 a.m. de motocicletas, motocarros, tricimotos y cuatrimotos en jurisdicción de municipio de San José de Cúcuta, todos los días de la semana (El Tiempo, 2010a).

Ese mismo año, la mandataria de turno expidió el Decreto 105 de 2010. Considerando los altos índices de denuncias donde las motos eran señaladas como el vehículo para cometer actos ilícitos, la Alcaldía de Cúcuta prohibió el tránsito de motocicletas con parrillero hombre. La medida buscaba garantizar plenas condiciones de seguridad a los ciudadanos, quienes constantemente eran víctimas de robos, hurtos y demás actos criminales por parte de bandidos motorizados. Aunque la medida causó molestia, las sanciones que dentro del decreto se estipulaban para los que incumplieran la norma, hicieron que la gente de Cúcuta terminara por aceptar lo impuesto como una medida para la promoción de la seguridad en la ciudad (El Tiempo, 2010b). A través de ese mismo decreto se proferían restricciones y medidas preventivas que debían tener en cuenta los cucuteños para la jornada electoral que para aquel entonces se avecinaba.

El 29 de Febrero de 2012, la Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta, considerando crear mejores condiciones de fluidez vehicular y seguridad, tendientes a reducir los altos índices de accidentalidad y promover beneficios a la comunidad en general, expidió el Decreto 088 de 2012, donde poniendo a pruebas varias normas, decidió ordenar varias restricciones a motocicletas, motocarros, tricimotos y cuatrimotos:

- Prohibir el tránsito nocturno de cualquier especie de motocicleta.
- Prohibición de acompañante del género masculino durante las 24 horas.
- Prohibición de acompañante del género femenino que esté en estado de embarazo.

- Prohibición de acompañante de niños y niñas menores de 10 años.
- Prohibición de acompañante mayor niños y niñas mayores de 14 años.
- Prohibir el tránsito de pasajeros en motocarros, tricimotos y cuatrimotos.
- Prohibir el tránsito de motocarros, tricimotos y cuatrimotos por las calles y avenidas principales de la ciudad.
- Establecimiento del uso obligatorio del casco para conductor y parrillero y uso obligatorio de chaleco refractivo después de las 6:00 p.m.

Todas estas medidas en mayor o menor medida contribuyeron a reducir parte de los aspectos negativos que las motos generaban en la ciudad, por lo que en Junio de 2013, la Alcaldía Municipal expidió el Decreto 0347 de 2013, a fin de realizar pruebas pilotos para determinar la posibilidad de la ampliación y/o disminución de restricciones en materia de tránsito, en base a las reglamentaciones señaladas anteriormente. La cantidad de motos en Cúcuta para ese año creció considerablemente debido al bajo costo del bolívar fuerte, moneda oficial de Venezuela, por lo que a un colombiano, exactamente aun cucuteño, le resultaba muy económico adquirir una moto en la República Bolivariana. Entonces Cúcuta empezó a soportar el volumen de motos con placa colombianas, más el volumen de motos con placas venezolanas, más las motos que sin ninguna medida entraban y salían por la frontera desde Venezuela hasta el área metropolitana de la ciudad.

Para el 2013 eran casi 65.000 motos movilizándose, número que a la fecha seguramente ha aumentado. La crisis que invadió Venezuela incrementó los costos de las materias primas, por lo que después de una época en que las motos fabricadas en Venezuela salían tres veces más económicas que las motos producidas en Colombia, las motocicletas en Venezuela subieron los precios tanto que al cambio el costo era muy similar al de una motocicleta colombiana. Esto detu-

vo un poco el comercio desmedido que se presentaba entre Cúcuta y el vecino, sin embargo, ya era tarde. Demasiadas motos circulaban por Cúcuta y la imprudencia de los conductores motorizados los hacían responsables de buena parte de las infracciones y accidentes de tránsito que se presentaban a diario en la capital nortesantandereana, además, el uso de motocicletas venezolanas para fines ilícitos aumentó (García, 2014).

La alcaldía en busca de una solución “salomónica” donde los intereses de los motociclistas no se vieran afectados, considerando las necesidades de la sociedad cucuteña y teniendo en cuenta los buenos resultados de la prueba piloto de normas de tránsito para motocicletas, expidió por un año a partir del 26 de Junio de 2014, una serie de normas a fin de controlar el caos vehicular causado por las motos en la ciudad. La lista de restricciones y prohibiciones había aumentado y en su mayoría, todas eran contundentes para generar orden en la movilidad y seguridad de la ciudad. El Decreto 0413 de 2014 por el cual la Alcaldía de Cúcuta reglamenta la circulación de motocicletas, motocarros, tricimotos y cuatrimotos, ordena para los habitantes de Cúcuta y su área metropolitana que:

- Está prohibido circular de 11:00 p.m. a 5:00 p.m. todos los días, sin excepción. De esta prohibición se hacían excepciones para miembros de la Fuerza Pública, aprendices de conducción y personas con permiso de la Secretaria de Tránsito para circular en motocicletas en dichos horario.
- Está prohibido llevar acompañante de género masculino en el puesto del parrillero durante las 24 horas del día.
- Está prohibido llevar acompañante de género femenino que se encuentre en estado de embarazo, niños de menores 10 años o iguales o mayores a esta edad que no alcancen a tocar los pedales de la moto con los pies.
- Está prohibido llevar acompañante de género masculino mayor de 14 años.

- Está prohibido transportar pasajeros en motocarros, tricimotos y cuatromotos.
- Está prohibido la circulación de motocarros, tricimotos y cuatromotos por calles y avenidas principales de la ciudad.
- Está prohibido estacionar cualquier clase de moto en: andenes, calles o avenidas, puentes, frente hidrantes o acceso a garajes, en carriles a una distancia mayor a 30 cm del costado de la vía.
- Está prohibido transportar objetos de tamaños considerables en motocicletas.
- Todo conductor de moto debe usar casco durante las horas permitidas de tránsito y después de las 6:00 p.m. deberá usar chaleco reflectivo, lo mismo para acompañante.
- Se debe conducir motocicletas con zapato cerrado.
- El conductor de motocicletas, motocarros, tricimotos y cuatromotos que incumpla con estas normas incurrirá en las sanciones pecuniarias y de inmovilización del vehículo.

Hasta la fecha, dichas normas establecidas mediante el Decreto 0413 de la Alcaldía de Cúcuta siguen vigentes. Los agentes de tránsito luchan por hacer que la ciudadanía las acate y las cumpla. Se supone que a la fecha, el número de motocicletas en Cúcuta asciende a 80.000, de las cuales se estima que 20.000 son procedentes de la República Bolivariana de Venezuela (García, 2014).

Logros alcanzados y retos por alcanzar

El municipio de Cúcuta ha respondido a la problemática que suscita el exceso de motorizados como puede y deber responder un ente gubernamental municipal, estableciendo normas a través de decretos para que los ciudadanos cumplan en pro de una mejora. No se puede señalar que considerando los múltiples accidentes de tránsito en los cuales se ven involucradas motocicletas, el gobierno municipal haya omitido algo en este aspecto. Ha sido enfático en proteger a niños, mujeres embarazadas, al conductor a través del uso obligatorio de casco y chaleco reflectivo. La restricción nocturna a partir de las

23 horas hasta las 6 horas ha contribuido que personas en estado de embriaguez sigan perdiendo la vida de forma trágica en accidentes motociclísticos.

Debido a los índices de delincuencia motorizada, los decretos municipales han señalado que en estos vehículos no se movilicen dos hombres, ya que generalmente los ilícitos son cometidos por una pareja, ambos del género masculino, en moto. Los retenes constantes de la policía de tránsito han logrado establecer un orden a través del cumplimiento de las normas y en lo que respecta a invasión del espacio público por motocicletas, el levantamiento de vehículos en el centro de la ciudad por parqueo en zonas no autorizadas es constante por parte de los agentes.

Ahora bien, existen las normas, y las Alcaldía apoyándose en la policía, las secretaría de tránsito y haciendo valer las respectivas sanciones por el incumplimiento de la norma ha fomentado una cultura en lo que va corrido de los últimos años, de respeto por el uso del casco, por no transportar parrilleros hombres, mujeres embarazadas o niños y por tener los papeles al día para evitar sanciones, sin embargo, nada de esto controla el exagerado volumen de motos que se mueven por la ciudad día a día. Asoempresas y empresarios del servicio público organizaron mesas de trabajo con el comercio cucuteño a finales de 2014, para solicitar a la Alcaldía de Cúcuta establecer normas que regulen el tránsito de motos venezolanas en la ciudad. Dichas organización asegura que la Policía Metropolitana de Cúcuta no sabe cuántas motos con placa venezolana circulan por la ciudad ni quiénes son los propietarios (García, 2014). Tal situación conlleva a que actos ilícitos como robos y asesinatos, se lleven a cabo sin que la placa del vehículo sirva como un indicio para establecer un culpable.

Entonces, aunque gobierno municipal ha atendido parte de las necesidades de la ciudadanía con respecto a las consecuencias de las motos como un fenómeno en masa, ha descuidado el control sobre las motocicletas que circulan con placas de la República Bolivariana de Venezuela, por la ciudad. Este es un aspecto clave en el que el Gobierno Municipal debe enfocar esfuerzos, pues de por sí

el volumen de motos con placas colombianas circulando por Cúcuta ya es bastante grande como para que a este, se le sume otro número casi igual de motos provenientes de Venezuela, sin que ningún estamento o ente controle esta situación. Ahora bien, otro aspecto que definitivamente se debe trabajar es en culturizar al cucuteño en que las normas deben respetarse. A pesar de las sanciones, los comparendos y aún, el levantamiento del vehículo, la gente en Cúcuta indiferente que su moto sea de placas colombianas o venezolanas, no ayuda con el propio orden de la situación vial de la ciudad. Los accidentes de tránsito siguen ocurriendo y en su mayoría, se deben a la imprudencia de conductores de motocicletas.

El Decreto 0413 de 2014 tiene funciones primordiales: primero, hacer unas restricciones específicas que no hay en el Código Nacional de Tránsito y que buscan promover la seguridad vial. El decreto prohíbe manejar vehículos automotores sin usar zapatos cerrados, andar sin chaleco después de las 6:00 p.m., o sacar cuatrimotos a la vía pública, pero esto no se cumple. La falta que más cometen los motociclistas es parquear en lugares públicos como andenes, puentes y zonas oficiales, donde en un día pueden ser sancionadas más de 90 personas, otra cosa es que la Policía de Tránsito sólo tiene 15 unidades de vigilancia y tiene que vigilar más de 60 mil motos, entonces, si la gente no tiene cultura, la labor de organizar la ciudad se hace más difícil (Ardila, 2015)

Entonces, como posibles recomendaciones para mejorar la movilidad vial del municipio de San José de Cúcuta y contribuir al orden que puede generar el control sobre el volumen excesivo de motocicletas la cual se enfrenta la ciudad actualmente, se podría considerar que:

1. Aplicar pico y placa para motocicletas que circulan en el área urbana de Cúcuta, de la misma forma como se hace con automóviles.
2. Realizar un censo de vehículos (carros y motocicletas) con placa venezolanas que sean propiedad de ciudadanos colombianos y que habiten en Cúcuta, su área metropolitana y los municipios

de Norte de Santander en los cuales los automotores venezolanos tengan libre circulación.

3. Congelar la expedición de nuevas licencias para moto, por lo menos durante el periodo de censo.
4. Inmovilizar las motos por periodos de tiempo iguales o mayores a un mes, según se incumpla lo establecido en el Decreto 0413 de 2014 y posteriores con el mismo fin.
5. Decretar para los conductores de motocicletas con placas venezolanas (indiferente que sea de nacionalidad colombiana o venezolana) la tenencia de SOAT, licencia de conducción autenticada por el gobierno colombiano, título de propiedad del vehículo y certificado sobre emisión de gases para pasar la frontera.

Lo anteriormente enlistado junto a lo decretado actualmente por el gobierno local, podría fomentar cultura en la ciudadanía cucuteña y advertir a propios y extranjeros sobre la necesidad de orden vial que requiere Cúcuta y su área metropolitana en cuestiones de tránsito y transporte.

Referencias

- Alcaldía de Cúcuta (2012). Nuestro Municipio: Información General. Recuperado el 25/03/2014 de: http://www.cucuta-nortedesantander.gov.co/informacion_general.shtml
- Ardila, J. (2014). Cúcuta quedó pequeña para número de parque automotor: Secretaría Transito (en línea). Caracol Radio. Disponible en: <http://www.caracol.com.co/noticias/regionales/cucuta-quedo-pequena-para-numero-de-parque-automotor-secretaria-transito/20141020/nota/2469617.aspx>
- Ardila, J. (2015). Nadie respeta el decreto para la movilidad de motos (en línea). La Opinión. Disponible en: http://www.laopinion.com.co/demo/index.php?option=com_content&task=view&id=444718&Itemid=27#.VRXLDY6hvgM

- Banca y Negocios (2014). Alcaldía de Cúcuta coloca restricciones para el paso de motos venezolanas. Recuperado el 25/03/2014 de: <http://bancaynegocios.com/alcaldia-de-cucuta-coloca-restricciones-para-el-paso-de-motos-venezolanas/>
- Bejarano L. (2014). Con normalidad transcurre el día sin moto y carro en Cúcuta (en línea). Diario de la Frontera. Disponible en: <http://www.diariodelafrontera.com.co/prueba/index.php/locales/item/513-con-normalidad-transcurre-el-dia-sin>
- Causado, E.; Hoz, B. y, Cantillo, L. (2009). Dinámica del transporte público terrestre automotor en la ciudad de Santa Marta 2005 – 2006. *Revista Clío América*, 3(6): 257-281.
- Club de Ciclismo del Banco de la República (2008). La movilidad en Bogotá: Una verdadera pesadilla. Recuperado el 25/03/2015 de: <http://www.ciclobr.com/movilidad.html>
- Cogollo, A. (2013). Sin Dios ni Ley llegan las motos venezolanas por la frontera (en línea). Publiar. Disponible en: <http://www.publimotos.com/website/index.php/actualidades/1162-sin-dios-ni-ley-llegan-las-motos-venezolanas-por-la-frontera>
- Colprensa (2013). Cúcuta, en la lista de las ciudades con más accidentes de tránsito (en línea). La Opinión. Disponible en: http://www.laopinion.com.co/demo/index.php?option=com_content&task=view&id=413898&Itemid=27#.VRWkh46hvgM
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2012). Encuesta Nacional de Calidad de Vida 2011. Bogotá D.C.: DANE.
- Duque, G. (2007). Introducción a la Economía del Transporte. Recuperado el 25/03/2015 de: <http://www.galeon.com/economiaaytransportes/intecnm-transp.pdf>
- El Tiempo (2010a). Restricciones para las motocicletas en Cúcuta durante las noches. Recuperado el 25/03/2014 de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7219667>
- El Tiempo (2010b). Prohíben el parrillero en las motos que transiten por las calles de Cúcuta. Recuperado el 25/03/2014 de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7401529>

- El Tiempo (2011). El exceso de motos, un nuevo problema para la movilidad bogotana. Recuperado el 25/03/2015 de: http://www.eltiempo.com/Multimedia/especiales/esp_video/motosenbogot/
- Entrena, S. (2015). El Caos Vehicular (en línea). La Opinión. Disponible en: http://www.laopinion.com.co/demo/index.php?option=com_content&task=view&id=454538&Itemid=39#.VRWU2Y6hvgN
- García, J. (2014). Motos, sin permiso nocturno (en línea). La Opinión. Disponible en: http://www.laopinion.com.co/demo/index.php?option=com_content&task=view&id=444059&Itemid=27#.VRW8146hvgM
- Mora R. (2013). Contrabando de motos pone en riesgo más de 100 empleos (en línea). La Opinión. Disponible en: http://www.laopinion.com.co/demo/index.php?option=com_content&task=view&id=412419
- San José de Cúcuta. Alcaldía de San José de Cúcuta. Decreto No. 0082 del 12 de febrero de 2010.
- San José de Cúcuta. Alcaldía de San José de Cúcuta. Decreto No. 105 del 12 de marzo de 2010.
- San José de Cúcuta. Alcaldía de San José de Cúcuta. Decreto No. 088 del 29 de Febrero de 2012.
- San José de Cúcuta. Alcaldía de San José de Cúcuta. Decreto No. 0347 del 27 de Junio de 2013.
- San José de Cúcuta. Alcaldía de San José de Cúcuta. Decreto No. 0413 del 26 de Junio de 2014.
- Sánchez, N. y Díaz, J. (2014). Etiología y prevalencia de las fracturas maxilofaciales en el departamento de Norte de Santander. Periodo 2009-2013. Tesis de grado. Facultad de Odontología, Universidad Antonio Nariño. Cúcuta.
- Thomson, I. y Bull, A. (2002). La congestión del tránsito urbano: causas y consecuencias económicas y sociales. Revista de la CEPAL, 76: 109-121.
- Torres, J. y Angarita, P. (2013). La muerte en las vías viaja en moto (en línea). Casa Editorial El Tiempo. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13052542>

Prueba testimonial: valoración desde el aporte del testigo común en materia penal¹

*Andrea Johana Aguilar Barreto², Franklin Buitrago Vivas³,
Sandra Patricia Díaz García⁴, Alexander Duran Martínez⁵*

Resumen

El presente documento se centra en poder determinar las problemáticas que pudiese presentar el testimonio común y su valoración en el juicio oral, la práctica de la prueba testimonial ante el Juez penal, la apreciación, valoración y confiabilidad que pueda ofrecer su testimonio, ya que la prioridad de la justicia es la administración de la tutela judicial efectiva a la que tienen derecho todos los colombianos, como uno de los fines esenciales del Estado, garantizarle a los colombianos que las decisiones judiciales motivadas en la sentencia condenatoria o absolutoria, sean acordes a la verdad y la realidad controvertida en todas las etapas del proceso. Bajo estos idea-

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Análisis de la prueba testimonial en el derecho penal colombiano, Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.
 - 3 Abogada, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 4 Abogado, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 5 Abogado, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.

les se analizan los criterios de valoración probatoria, frente a la confiabilidad que ofrece el testimonio común en la audiencia de juicio oral y público, concluyendo con posibles recomendaciones al problema jurídico, sin olvidar que todo Juez de la República de Colombia siempre estará sometido a las disposiciones de la ley, la doctrina y la jurisprudencia, garantizando los principios que rigen la oralidad para la toma de decisiones judiciales.

Palabras clave: Prueba testimonial, valoración probatoria, testigo común, derecho penal.

Testimonial Test: Valuation from the Contribution of Common Witness in Criminal Matters

Abstract

The present document centres on being able to determine the problematic ones that the common testimony and his valuation could present in the oral judgment, the practice of the nominal test before the penal Judge, the appraisal, valuation and reliability that could offer his testimony, since the priority of the justice is the administration of the judicial effective guardianship to which they have all the Colombians right, as one of the essential ends of the State, him to guarantee to the Colombians that judicial decisions motivated in the condemnatory judgment or absolutoria, are identical to the truth and the controversial reality in all the stages of the process. Under ideal these there are analyzed the criteria of evidential valuation, opposite to the reliability that offers the common testimony in the hearing of oral and public judgment, concluding with possible recommendations to the juridical problem, without forgetting that every Judge of the Republic of Colombia always will be submitted to the dispositions of the law, the doctrine and the jurisprudence, guaranteeing the beginning that govern the orality for the capture of judicial decisions.

Keywords: Nominal test, evidential valuation, common witness, criminal law.

Introducción

El operador judicial se convierte en agente directo y principal de la administración de justicia en Colombia, le son asignada entre sus funciones analizar, apreciar, valorar y juzgar sobre la conducta de una persona, que bien puede llegar a ser culpable o inocente, decisión judicial que puede afectar o beneficiar al implicado, como todo su entorno familiar, laboral, social. Decisión que debe sustentar el Juez en la parte motiva de la sentencia a través todo un acervo probatorio valorativo (valoración de las pruebas en conjunto), para poder resolver de fondo con imparcialidad la controversia suscitada en el proceso, donde primen los principios rectores de la oralidad, núcleo del sistema penal oral acusatorio concentrado por audiencias, donde la inmediación, concentración, contradicción y publicidad de la prueba en el proceso penal materializan adecuadamente el principio de oralidad y por ende abren el camino de un proceso mucho más activo y dinámico fluyendo la comunicación entre el Juez y el proceso, inspirando la estructura e interpretación de las normas jurídicas procesales, buscando acomodar al operador judicial a mejores condiciones para la obtención de la verdad material a través de una relación más cercana y palpable con la práctica de la prueba y, es por ello que para garantizar el respeto y cumplimiento de estos cuatro principios, el testimonio se considera como el medio más idóneo para aducir la prueba al proceso penal, pues sólo así se garantiza que las partes puedan interrogar y contrainterrogar en igualdad de condiciones y que el juez tenga una relación directa con la prueba en un espacio de tiempo que asegure una valoración global de la misma.

La importancia del tema relacionado con la prueba testimonial en el proceso penal y, lo que de ella se deriva. Llama la atención, el resultado de ese análisis valorativo al testimonio en el juicio, que en algunas ocasiones resulta ser erróneo a la propia realidad de los hechos ocurridos, que por diversas razones le pudiesen asistir al juez, pues ¿cómo saber si el testimonio que narra una persona es real?, análisis valorativo que también resulta ser un poco complejo pero que no puede ser una excusa para errar en la toma de una decisión

que de alguna forma afecte el derecho a la verdad y la libertad que le asiste a las personas.

Contextualización de la aplicación de la prueba testimonial

La prueba testimonial desde la antigüedad hasta la actualidad, ha tenido un progreso indiscutible, el tecnicismo para practicar la prueba testimonial en el juicio oral avanzó en ciencia, técnica y tecnología, los criterios de la doctrina y jurisprudencia tuvieron un desarrollo enorme cuando de proteger los derechos humanos de los involucrados en el proceso penal se trató. Efectivamente la humanización del derecho penal se actualizó en la constitución política del 1991, y ley 906 de 2004, fortaleciendo la garantía de los derechos fundamentales de los procesados a través de los principios consagrados en la constituyente y en especial al principio rector del derecho, denominado “debido proceso”.

Pero no obstante a ello, la valoración del testimonio común, como medio probatorio sigue estando lleno de peligros y riesgos, su confiabilidad en el juicio resulta ser una tarea difícil para el juez, debido a la doble función que tiene el juzgador, apreciar y valorar si existe mala fe en el testigo para favorecer al otro, o por el contrario la buena fe que tenga su testimonio, labor que si no se establece bien, se pudiese dar una interpretación errónea de la prueba testimonial, llevando al juez a que produzca falsos juicios o falsos raciocinios en el proceso epistemológico de apreciar y valorar dicha prueba, ya que el juzgador tiene el preocupante problema de ser persuadido por un testigo falso, o por el contrario siendo el testigo común honesto, desinteresado y sin perjuicios, también lo puede llevar a una interpretación errónea, por la misma problemática que presenta el testimonio común, que va de acuerdo con sus características físicas, mentales y de personalidad para expresar la percepción de los hechos de manera clara y precisa, ya que si el testigo común no es claro y preciso en el interrogatorio, siendo honesto en su testimonio, puede confundir al juez, y con ello le puede cercenar mérito o desechar, o por el contrario le puede aumentar su mérito probatorio, siendo este un falso testimonio.

Con respecto a lo anterior, el gran teórico y procesalista Devis Echandía (2012, p. 82), expresó:

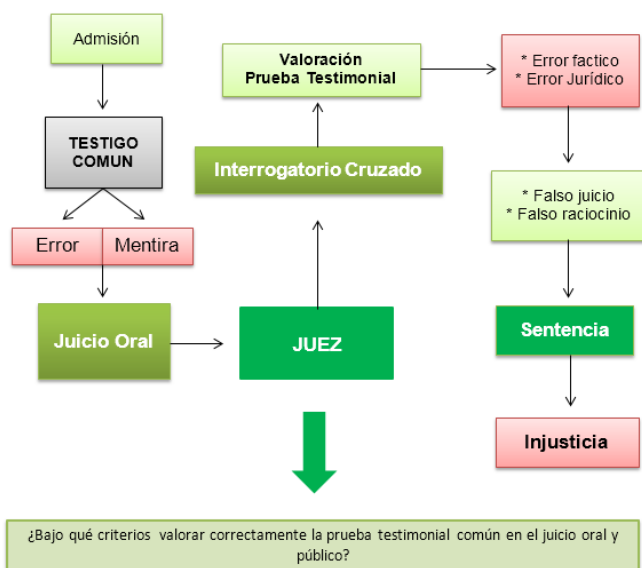
“La necesidad teórica y práctica del testimonio como medio de prueba judicial y su enorme importancia, no corren parejas con su seguridad y exactitud (...)”; observándose que su seguridad y exactitud no están yendo de la mano, a pesar de su importancia en la práctica; seguidamente Echandía afirmó lo siguiente:

Sigue siendo este un medio lleno de riesgos y peligros, de difícil apreciación, debido al doble problema que el juzgador afronta en la complicada tarea de asignarle, en cada caso, el mérito probatorio que debe corresponderle: la posibilidad de que el testigo declare de mala fe, sustituyendo o alterando la verdad con invenciones personales o sugeridas por otros, y la probabilidad, aún mayor, de que incurra en equivocaciones de buena fe (...).

La doble tarea que tiene el juez en el proceso de valoración según como lo aprecia Echandía, es realmente una tarea compleja, pues ¿cómo estar seguros 100% de una correcta valoración del testimonio?; después en la mencionada cita, Echandía finaliza expresando lo siguiente: “Estos peligros tal vez no desaparecerán nunca, a pesar de que sigan encontrándose medios cada día más aptos para escudriñar la mente del hombre y sus emociones”; Un poco pesimista el autor, pero a la vez realista, porque, ¿cómo comprender y entender la mente del hombre y sus emociones cuando se trate de analizar su deposición en juicio para determinar la verdad de los hechos?; parece la tarea muy compleja pero no imposible.

Más adelante Devis Echandía (2012, p. 83), cita a Carnelutti y explica su teoría:

Advierte que el error y la falsedad son los peligros a que la justicia está expuesta inevitablemente con esta prueba, sin que sea suficiente eliminar la segunda, y que pesar que basta que el testigo sea un gentil-hombre para creer en la verdad de su narración, es un grave perjuicio que es necesario combatir, porque esa es apenas una pequeña zona del testimonio falaz o engañoso, pues



Gráfica 1. Errores en la valoración de la prueba testimonial común.

Fuente: Autores.

al lado de las alteraciones intencionales de la verdad existen errores involuntarios, más frecuentes, más difíciles de descubrir y, por tanto, más peligrosos (...).

En el mismo sentido, el autor y tratadista Martínez Rave (2006, p. 417), expresó: “La exposición de un testigo puede ser diferente de la verdad por dos motivos: por error o por mentira. El juez debe analizarlo para descubrir el uno o la otra”.

Como pueden observar, la problemática que puede presentar la apreciación y valoración de la prueba testimonial, radica en que el juez debe establecer si existe error o falsedad, según Carnelutti, el error puede ser superado, mientras que la falsedad siempre va estar allí, presente en cualquier clase de testigo, y no basta la simple apariencia buena del testigo, sino que hay que determinar otros factores. Argumenta, que así como hay alteraciones a la verdad con cierto grado de interés intencional, también se pueden presentar errores involuntarios al testimonio, que pueden resultar más difíciles y com-

plejos de descubrir, pero que no hay duda de su importancia para proponerlo en el juicio oral, lo cual, lo hace indispensable en el proceso penal.

Ahora, el criterio del tratadista Florián, citado y explicado por Devis Echandía (2012, p. 83):

Observa que el testigo no comunica la verdad objetiva, sino sus propias percepciones y el proceso informativo interno de estas: “el resultado que se deriva de sus razonamientos, sus inducciones lógicas”, por lo cual son posibles infinitos errores, que pueden ser ocasionados por defectos de percepción, falta de reflexión crítica, impulsividad, poca facultad de relacionar unos hechos con otros, falta de control, escasa inteligencia, defectos de memoria o de narración, etc., sin contar la falta de voluntad para decir la verdad.

Lo que resultaría según Florián, de acuerdo a este criterio teórico, los innumerables problemas que puede presentar la prueba testimonial desde el punto de vista de la percepción del testigo y su parte interna del pensamiento, que si bien es cierto no hay una intención dañosa de mentir para favorecer a otro, los testimonios veraces que de buena fe se presentan en el juicio oral, están expuestos también a errores debido al proceso informativo de su pensamiento, la capacidad de memoria y de recordar la escena del delito. Problemas del testigo común y su narración, que le pueden ocasionar al juez una confusión en la labor compleja de apreciarla y valorarla.

En el mismo sentido Jean Sicard, citado y explicado por Devis Echandía (2012, p. 83), expresa que:

No se puede estar seguro nunca de los móviles que induzcan al testigo a declarar en un sentido más bien que en otro, y la experiencia muestra que las personas que ponen por sobre toda otra consideración el respeto a la verdad, no son las más numerosas, y aun cuando sean sinceras, es raro que su deposición no esté afectada de errores.

Enrico Altavilla, también citado y explicado por Devis Echandía (Teoría General de la Prueba Judicial, 2012, pp. 83,84), manifiesta sus palabras:

Recuerda que veracidad y sinceridad no son términos equivalentes, porque se puede ser sincero y no ser verídico; es la diferencia entre falsedad y error. Explica que esos errores dependen de condiciones subjetivas y objetivas: la aptitud del individuo para testimoniar y la propiedad del objeto o del acontecimiento para ser materia de testimonio y de recuerdo. Y analiza luego, las múltiples causas de error y las que afectan la sinceridad.

Musatti Cesare, citado por Devis Echandía (2012, p. 83), explica Devis que en un interesante experimento de Musatti, se dio como resultado que de 36 personas, apenas 4 tuvieron una percepción fiel en un 90%, que ninguno llegó a la fidelidad total y que en conjunto apenas se logró un 68% de fidelidad.

De acuerdo a los anteriores tratadistas, citados y explicados por Devis Echandía, queda claro del criterio uniforme que tienen los especialistas, tanto en materia civil como penal, sobre la gran problemática y los innumerables errores que puede presentar la prueba testimonial en su práctica como tal, sin olvidarnos de su importancia dentro del proceso penal. Ahora, es conveniente citar también al tratadista Martínez Rave (2006, pp. 417, 418), quien explica detalladamente cuándo se puede presentar el error o la mentira en el testimonio; en cuanto al error, textualmente expresó:

Puede presentarse por falla involuntaria en alguna de las tres fases o etapas psicológicas del testimonio: **fallas en la percepción** de los hechos, porque generalmente estos se perciben por casualidad; depende, en mucho, de las condiciones subjetivas del individuo (estado de ánimo, interés, etc.), o de las circunstancias objetivas (visibilidad, movimiento, luminosidad, etc.). **La falla puede presentarse también en la memoria**, esto es, en el tiempo que transcurre entre la percepción de los hechos y su exposición ante el juez. Se requieren condiciones mínimas para conservar las impresiones sensibles recibidas, para reproducir acertada-

mente los recuerdos, para la evocación y localización de ellos en el tiempo y en el espacio. Por último, **la falla que puede ocasionar un error en el testimonio puede presentarse en el momento de la exposición**, que consiste en la comunicación que se hace al juez en el juicio oral (...). Subrayado fuera de texto.

Según el autor Martínez Rave, el error puede presentarse por una falla involuntaria, de acuerdo a las tres etapas psicológicas del testigo, que se pueden derivar por fallas en la percepción, fallas en la memoria y fallas en la misma exposición de los hechos en el juicio oral. De acuerdo a las fallas en la exposición de los hechos expreso textualmente el autor:

Muchas veces, aunque se quieren explicar los hechos, no se encuentran los términos o palabras adecuados para hacerlo. Las alucinaciones, las invenciones, las confabulaciones, las falsas interpretaciones, las confusiones y las ilusiones pueden ser trastornos que originen errores en los testimonios. Debe investigarse sobre su posible existencia.

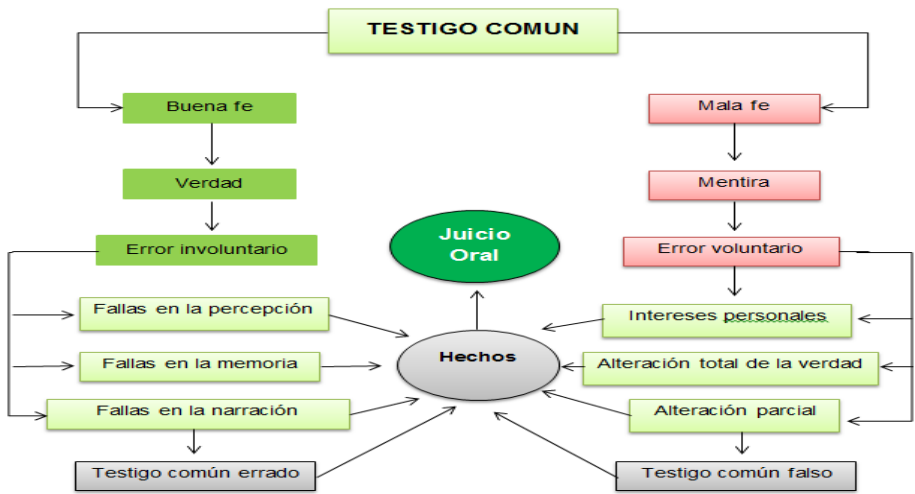
Definitivamente de acuerdo con lo anterior, el lenguaje y la forma de expresar los hechos son vitales y de gran importancia para el proceso de apreciación y valoración del testimonio.

En cuanto a la mentira, Martínez Rave textualmente expresó:

Pero si la exposición es voluntariamente distinta de la verdad, se presenta la mentira. Hoy día se miente fácilmente, pues falsos criterios de amistad, de solidaridad política, de interés económico, sexual, etc., impulsan a ello. Estamos sometidos a una cultura de mentira, que en Colombia impulsa a mentir con mucha facilidad, y es común la mentira total o parcial, según se modifique la verdad de todo o en parte de los hechos (...).

Seguidamente, y con la misma línea teórica a la problemática, es importante mencionar y citar, un moderno autor y tratadista, especialista en el testimonio penal, el Dr. Rodríguez Choconta (2012, p. 322), que en su tercera edición del libro, explicó:

El deponente, de manera voluntaria e involuntaria falta a la verdad, por diversos motivos, como la pasión, el odio, el interés, el nerviosismo, mala sensopercepción de la vivencia, mala fijación de la memoria o poca capacidad de evocación, alteraciones psíquicas como las fobias, etc. (...). Nótese, que Rodríguez Choconta, está de acuerdo, con las teorías anteriormente expuestas; el autor afirma, que son varios los motivos por el cual el testigo puede mentir, puesto que la prueba testimonial puede presentar sus dificultades en lo que se refiere a su confiabilidad o credibilidad, pues el conocimiento que transmite el testigo puede estar viciado por prejuicios, intereses, como también problemas de sensopercepción de la escena del delito, problemas de memoria para recordar el suceso de la escena, problemas de interpretación, el nerviosismo, entre otras situaciones particulares; inclusive el uso incorrecto del lenguaje puede dar lugar a que el conocimiento del testigo no sea transmitido en forma adecuada, lo que puede llevar al juzgador a equivocarse.



Gráfica 2. Problemática del testigo común en su valoración. Fuente: Autores

Concluyendo el análisis, de acuerdo con los tratadistas anteriormente citados, que no son todos, pero si un pequeño grupo de especialistas en la temática, la problemática de la prueba testimonial,

radica en el error involuntario o la mentira voluntaria expresada por el testigo en el juicio oral, de acuerdo a los diferentes factores o circunstancias anteriormente explicados; ahora con ello, se encuentra lo difícil y complejo del asunto, el problema que puede surgir para el juez en el proceso de apreciación y valoración del testimonio común, llegar a la verdad real o procesal y hacer justicia, determinar estos problemas en la prueba testimonial, aplicando los criterios de apreciación dispuestos en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, ya que si no logra establecer y diferenciar estos problemas tanto del testigo común y su testimonio, puede concluir en el sentido del fallo, con falsos juicios o falsos raciocinios, derivada de una interpretación errónea de hecho o de derecho.

Pasando por la explicación teórico-práctica de la problemática, es importante recalcar, que desde los comienzos de la historia del ser humano, la mentira ha sido protagonista como medio para ocultar la verdad, por ejemplo, recuerden ustedes como Caín el hijo de Adán y Eva, omitió la verdad del asesinato contra su hermano Abel, negando que lo hubiese matado; ya en tiempos modernos, como por ejemplo, en la actualidad, la Directora Nacional de Articulación de Policías Judiciales Especializadas, Alexandra Ladino, en rueda de prensa del 27 de Octubre 2014, de acuerdo con la noticia que fue extraída de la página web de la Fiscalía General de la Nación (2015), expresó lo siguiente:

La Fiscalía viene haciendo un esfuerzo muy importante dentro del grupo de falsos testigos tendiente a determinar si existe o no un grupo que este dedicado a este tema. Son más de 3000 procesos a nivel nacional los que estamos adelantando.

Como pueden observar, la fiscalía investiga más de tres mil (3.000) procesos contra falsos testigos en toda Colombia, siendo la problemática considerablemente relevante, en una justicia que está perdiendo su credibilidad en las decisiones judiciales; indiscutiblemente se destacan procesos de apreciación y valoración de la prueba testimonial errados, decisiones judiciales desacertadas, derivadas de testimonios persuasivos, de tal punto que el juez es engañado en el juicio oral, contaminando su sana crítica como sis-

tema de valoración, llevándolo a una interpretación errónea de la realidad y causando con ello injusticias en sus decisiones judiciales plasmadas en la sentencia.

Ahora bien, si bien es cierto, existen unos criterios teóricos ya establecidos para su apreciación y valoración, como los que destaca el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, no han sido suficientes para establecer una valoración más clara y precisa a la hora de que el operador judicial de mérito probatorio más acorde a una verdad procesal, es por esto que la prueba testimonial, en general, por su complejidad, es una de las más difíciles de apreciar y valorar, pero muy necesaria a la hora de que el juez tome una decisión, esto derivado a la credibilidad a la que están sujetos los testigos en el juicio, es decir, de acuerdo al valor que el operador judicial les dé, si le da credibilidad a un testimonio o no, por ende la prueba testimonial se puede constituir en una prueba de valoración objetiva –tarifa legal–, subjetiva –íntima convicción o conciencia–, percepción racional –sana crítica–, toda vez que de acuerdo al principio de la buena fe, entendiéndose este, como la credibilidad de la prueba testimonial consiste en que por lo general el hombre percibe y relata una verdad, pero puede suceder, que esa presunción, este distorsionada, como se mencionó anteriormente por diversos motivos ajenos a la realidad de los hechos, y es por ello, que para buscar respuesta a esta realidad jurídica.

Ahora bien, de acuerdo a la coyuntura social por la que atraviesa actualmente la administración de justicia, en cuanto a la proliferación de injusticias y errores judiciales causados por la valoración probatoria positiva de falsos testigos, o viceversa la valoración incorrecta de testigos verdaderos, jueces que en su buena labor e imparcialidad, pueden ser engañados o persuadidos de buena o mala fe, tanto por el testigo, la fiscalía o defensa en el interrogatorio cruzado, y con ello, hacerlo errar en sus decisiones judiciales; se puede notar entonces, que en la práctica, esta valoración probatoria no resulta nada fácil para los jueces, lo difícil y complicado que es para ellos apreciar

y valorar un testimonio lleno de inconsistencias y defectos, que en algunos casos, resultaría imposible llegar a una verdad.

Debido a estos cuestionamientos nace el estudio y la respectiva crítica al testimonio como medio de prueba, motivo por el cual, resulta importante investigar de fondo el asunto, pero enfocado en el testimonio común y la problemática que puede presentar su valoración y confiabilidad en el juicio oral; partimos para ello, de la cuestión de plantear una o varias respuestas a la pregunta: ¿cómo valorar correctamente la prueba testimonial común, en el juicio oral y público?, con el fin de llegar a comprender la magnitud del problema, y expresar un punto de vista crítico, pero positivo, con miras de mejorar cada día más.

De ahí, al caso, en el trabajo investigativo, dentro de la aplicación de instrumentos como la entrevista a los honorables jueces, de los juzgados penales, analizar sus criterios de valoración cuando se trate de calificar el testimonio común, la problemática en su práctica, personalidad del testigo, entre otras situaciones, con el propósito de encontrar posibles alternativas o recomendaciones para que el operador judicial juzgue y valore con mayor exactitud el testimonio, ya que su confiabilidad puede presentar muchos matices en su veracidad.

Materiales y métodos

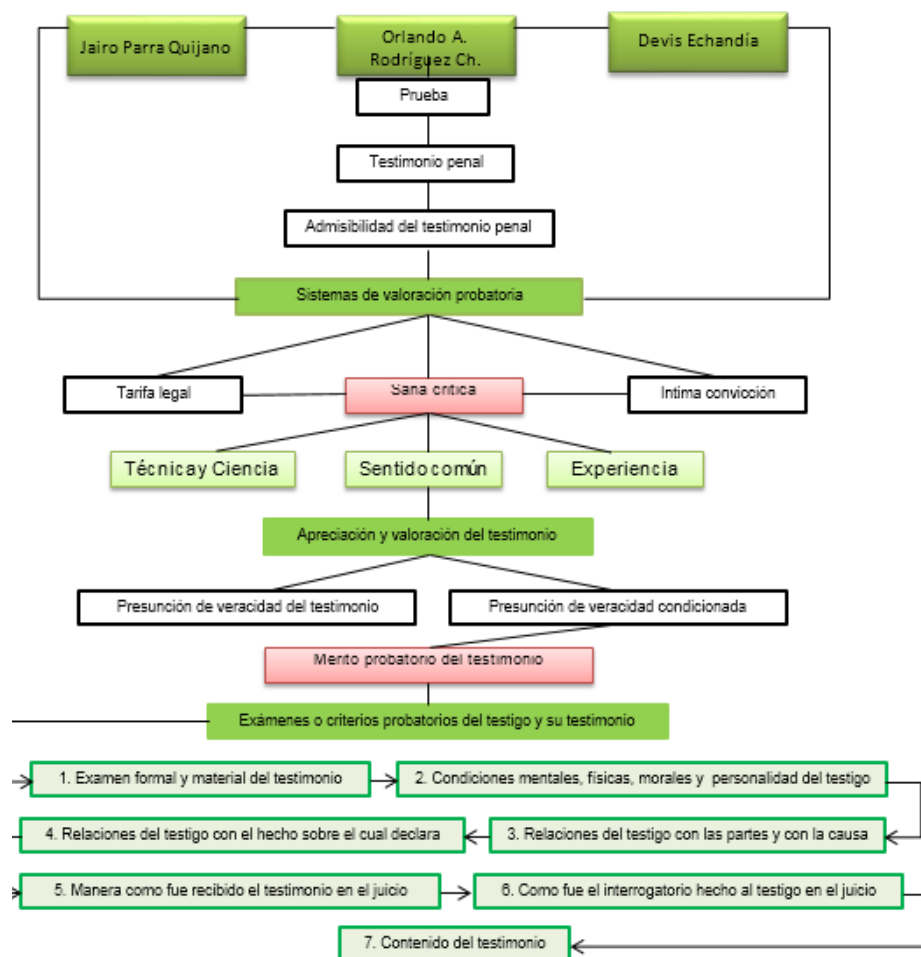
Es fundamental precisar que por el contexto de la función judicial del juez, se buscó hacer un estudio sencillo y acorde con los jueces para que se sintieran cómodos al responder las preguntas y así dar su opinión tal cual sobre el tema en cuestión.

Como informantes claves para esta investigación se abordan los Jueces penales de conocimiento adscritos a los juzgados penales del circuito de Cúcuta, quienes son los encargados de administrar justicia según su competencia y atribuciones que le otorga la ley, valorar y apreciar el testimonio en el juicio oral y público; del cual se entrevistaron tres jueces penales de conocimiento en las instalaciones del palacio de justicia.

Se utilizó como instrumento la entrevista como técnica de investigación, entrevista no estructurada y dirigida, preguntas que se hicieron de manera asertiva y abierta para dar la posibilidad, para que el entrevistado ampliara su respuesta, debido a ello surgieron algunas preguntas extras dadas la respuesta por el entrevistado. Se aplicaron 8 preguntas, de acuerdo con su experiencia en juicio oral y público. Se utilizó matriz de análisis en la entrevista, la ley y la jurisprudencia, para llegar a mejores resultados y concluir de manera positiva la interpretación de la información.

Como segundo objetivo específico, se indagó a los jueces de conocimiento adscritos a los juzgados penales del circuito de Cúcuta, a través del instrumento de la entrevista no estructurada, con la finalidad de establecer o determinar en la práctica de la actividad judicial del juez, los criterios de valoración probatoria que utilizan en el juicio oral y público, frente a la posible confiabilidad que pueda ofrecer el testimonio común. La información obtenida a través de los jueces, fueron grabadas en audio y editadas a texto, posteriormente fueron analizadas y procesadas, a través de una matriz de interpretación sobre las respuestas expuestas por los jueces entrevistados, la misma pregunta para cada juez, resaltando los aspectos más importantes a interpretar y concluir de manera positiva o negativa sobre sus resultados.

Inicialmente, se identificaron los requisitos o presupuestos para la admisibilidad de la prueba testimonial, porque en circunstancias el juez considera admisible un testimonio para su práctica, cuáles son sus requisitos esenciales de admisión como antesala para su práctica en el juicio oral, como también se pudieron establecer las reglas que se deben tener en cuenta en la audiencia de juicio oral y público para la práctica del testimonio, reglas importantes para el desarrollo del interrogatorio y contrainterrogatorio, aspectos que debe observar y analizar el juez para el proceso intelectual de apreciación y valoración de la prueba testimonial, para ello se consultó la doctrina y en especial la ley 906 de 2004, y que dentro del análisis de dicha información, se especificó a través de una matriz de análisis legal o



Gráfica 3. Interrelación teórica. Fuente: Autores.

normativa para el procesamiento de los requisitos de admisibilidad y reglas para la práctica de la prueba testimonial. A continuación los resultados, de acuerdo con la triangulación como técnica de análisis, procesamiento de la información así: Gráfica 2. Requisitos de admisibilidad del testimonio y, Gráfica 3 reglas para la práctica de la prueba testimonial.

Resultados

Admisibilidad de la prueba testimonial y reglas para su práctica en el juicio oral

Luego de consultar en la doctrina, la legislación, y que, de acuerdo con el análisis de los datos obtenidos a través de una matriz de análisis interpretativa 1 y 2 sobre la legislación que se dispone para los fines de admisibilidad y reglas de la prueba testimonial, resulto lo siguiente:

Primero que todo hay que tener claro, que con el cambio de modelo en el sistema penal, del proceso penal inquisitivo con la ley 600 de 2000, con el nuevo proceso penal oral acusatorio, ley 906 de 2004, vigente para el año 2008 en la ciudad de Cúcuta, el rol del juez cambia, pues lo que se quiere es, un juez totalmente imparcial y que sean las partes, (Fiscalía y Defensa), las que demuestren y le prueben al juez la verdad procesal de los hechos. De la misma manera cambio el tema de la admisibilidad de la prueba testimonial y las reglas que se fijaron para su práctica; se analiza primero los resultados con respecto al primer tema, la admisibilidad del testimonio, del cual mutaron sus nuevas características de admisibilidad, como las siguientes: i) Que sean las partes las que le solicitan al juez como prueba un testimonio para su admisibilidad, para luego ser practicado en el juicio oral y público, ya que al juez le es prohibido solicitarlas de oficio; ii) el testimonio debe ser lícito para su admisión, acorde a la constitución y las leyes; iii) el testimonio debe ser pertinente, que se refiera a los hechos que están en controversia, para corroborar la verdad o desacreditarla como tal; iv) los testimonios deben ser solicitados solo en la audiencia preparatoria, y si son varios los testimonios solicitados al juez en la audiencia preparatoria, deben especificar las partes (Fiscalía y Defensa), un orden específico para cada uno de ellos; v) los testimonios se practican en el desarrollo del juicio oral, acorde a los principios de inmediación, concentración y contradicción, de acuerdo con las reglas del interrogatorio.

De acuerdo con lo anterior, la admisibilidad del testimonio está fundamentada en la constitución política y la legislación colombiana, tiene directa relación con el derecho a la prueba que le asisten a las partes, la Fiscalía con el deber constitucional de la carga de la prueba, probar la infracción penal, como lo dispone el artículo 250 de la Constitución, y la defensa con el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que estén en su contra, tal y como lo dispone el artículo 29 de la constitución, y el artículo 8 de la ley 906 de 2004.

Ahora bien dentro del marco legal, establecido en la ley 906 de 2004, se pudieron identificar los requisitos primordiales para la admisibilidad de la prueba testimonial: i) la licitud de la prueba testimonial y; ii) la pertinencia de la prueba testimonial. La licitud en la medida que la prueba testimonial solicitada no vulnere el debido proceso como garantía fundamental de las partes, según lo establecido en el artículo 23 de la misma norma, la prueba testimonial debe someterse a todos los parámetros legales so pena que el juez la declare como nula en cualquier etapa del proceso. La solicitud del testimonio en la audiencia preparatoria se puede inadmitir si no cumple con los requisitos constitucionales y legales para su admisión. En cuando a la pertinencia de la prueba testimonial, se pudo establecer en la matriz de análisis legal, que la misma Ley 906 de 2004, se refiere directamente a ella en el artículo 375 y 376, estableciendo el legislador la importancia de la pertinencia como requisito fundamental para su admisión, dispone para ello que “toda prueba pertinente es admisible”, salvo aquellas pruebas que siendo lícitas son impertinentes, como en el caso que con la prueba solicitada, se genere un peligro que pueda “causar grave perjuicio indebido”, o que con el testimonio solicitado en vez de aclarar los hechos, los confunda o dilate la realidad de las circunstancias fácticas de la conducta punible, o que dilate de manera injustificada el procedimiento, igualmente la prueba es impertinente cuando escasamente tenga valor probatorio, lo que resume que, si no es productiva para determinar la verdad de los hechos, el juez la puede inadmitir por impertinente.

Ahora la prueba testimonial es pertinente cuando se refiera directamente a los hechos o circunstancias que derivaron la conducta punible, o que de forma indirecta ayude a resolver la situación jurídica del imputado, ayude a esclarecer los hechos, le de luces al juez para valorarla positivamente; es pertinente también, cuando ayuda a identificar la responsabilidad penal del acusado; también es pertinente cuando ayuda hacer más probable o menos probable alguno de los hechos presuntamente delictivos; al igual cuando el testimonio hace alusión a la credibilidad de un testigo común o un testigo perito, etc.

Respecto a la admisibilidad de la prueba testimonial en el proceso penal, se pudo determinar que se requiere fundamentalmente que sea pertinente el testimonio solicitado, para luego ser practicado en el juicio oral, sin desmeritar su licitud como tal, que vendría siendo el primer requisito para su admisibilidad, pero que, aun cumpliendo con el requisito de licitud, el juez lo puede inadmitir por no cumplir con el requisito de la pertinencia, entonces como primer requisito que sirve como filtro para la admisión del testimonio se requiere indispensablemente la licitud de la prueba testimonial, para luego el juez calificar en la audiencia preparatoria el requisito de la pertinencia de la prueba para poder admitirla.

Ahora, de acuerdo con el análisis de los resultados obtenidos sobre las reglas para la práctica de la prueba testimonial en el juicio oral y público, se pudo establecer en la ley 906 de 2004, todo el abordaje del tema, fijando el legislador reglas generales para la práctica del testimonio, como también las reglas del interrogatorio y contrainterrogatorio, igualmente dentro de las reglas generales el legislador dispuso el mecanismo para impugnar la credibilidad del testigo y los criterios que debe tener en cuenta el juez para la apreciación y valoración de la prueba testimonial. Se puede observar que en la práctica de la prueba testimonial en el juicio oral y público, las partes (fiscalía y defensa), son las encargadas de practicarlo a través del interrogatorio cruzado, la acusación con los testigos de aserción y la defensa con los testigos de refutación, confrontando las pruebas, a través del principio de contradicción de la prueba testimonial, y el juez debe

estar atento, observando y analizando el desarrollo del juicio oral, a través del principio de inmediación, debe estar atento del testimonio que vaya expresando el testigo, mientras se va desarrollando el interrogatorio cruzado, las partes a través de la técnica de su interrogatorio le van demostrando al juez la teoría del caso que se acerca más a la verdad; los testigos los va calificando el juez conforme a los criterios de apreciación y valoración del testimonio.

Se puede comprender e interpretar, según el articulado que dispuso el legislador en la ley 906 de 2004, “las reglas generales para la práctica de la prueba testimonial”, según la doctrina y la percepción de los administradores de justicia, se encuentra bien estructurada la técnica para recabar las pruebas, el interrogatorio cruzado se encuentra bien reglado, para cumplir con uno de los fines del Estado, que es garantizar la tutela judicial efectiva de los colombianos.

De acuerdo con lo anterior, se parten de algunos resultados obtenidos luego de analizar los datos a través de la matriz de análisis 2, como los siguientes:

1. Se puede observar e interpretar que el interrogatorio de partes, denota que está bien estructurado, fijando reglas claras y precisas para su práctica en el juicio oral y público, el legislador trató en lo posible, garantizar derechos y garantías de orden constitucional y legal en la práctica del interrogatorio cruzado, con el fin primordial de obtener la verdad a través de la mediación, concentración, contradicción y publicidad de la prueba testimonial.
2. El Estado busca en la justicia penal, ser lo más garantista de los derechos humanos, en especial, por el derecho al debido proceso que se ve reflejado en el juicio oral.
3. Las partes se encargan de demostrarle al juez la verdad de los hechos, a través del testimonio de sus testigos, cada parte se encarga de interrogar su testigo y la contraparte de contrainterrogarlo sobre su testimonio y, si observa dudas sobre su credibilidad, le puede impugnar su testimonio, por cualquiera de los motivos expuestos en el artículo 403 de la normativa.

4. Se pudo observar que los criterios de apreciación enunciados en el artículo 404, tiene similitudes con los aspectos de impugnación de la credibilidad enunciados en el artículo 403, en lo que se refiere a la percepción, la memoria, sanidad de los sentidos, el comportamiento, la personalidad, la forma como responde las preguntas.
5. Con respecto al art. 404, no especifica la palabra valoración, cambiándola por la palabra apreciación, igualmente no establece los prejuicios, interés o motivos de parcialidad, como criterio de apreciación, por lo cual quiso decir el legislador, que el motivo, interés o prejuicio, le corresponde la impugnación de dicha credibilidad a las partes.

Criterios de valoración probatoria frente a la confiabilidad del testimonio común según los jueces penales.

De acuerdo con lo dicho por los jueces, los criterios de valoración probatoria que ellos emplean y que generalmente utilizan en el juicio oral para apreciar y valorar la prueba testimonial se sujetan a los postulados establecidos en el artículo 404 de la ley 906, como los “principios técnicos científicos sobre la percepción y la memoria”, la naturaleza de la percepción, el estado sano de los sentidos, aspectos importantes como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibieron los hechos, el comportamiento del testigo en el interrogatorio, la manera como responde las preguntas, y los aspectos como su personalidad, entre otras.

Los jueces entrevistados aunque tienen criterios similares de apreciación y valoración, varían un poco sus respuestas de acuerdo al grado de importancia que le dieron a ciertos aspectos a tener en cuenta para el proceso de apreciación y valoración; para el juez 6, el testigo común presencial de los hechos, la apreciación de su testimonio debe tener mayores exigencias de acreditación que los demás testimonios, pues se trata de probar la percepción directa que tuvo ese testigo sobre los hechos, ósea que los criterios para apreciar y valorar el testimonio común directo, deben centrarse en

toda la experiencia del juez para calificarlo, aplicando la regla de la sana crítica y las máximas de la experiencia, con mayor exigencia o relevancia para el testigo común que asegura que percibió directamente los hechos; el juez 5, recalcó la importancia de acreditar la sanidad de los sentidos del testigo que percibió los hechos, puesto que la contraparte lo puede desacreditar, la salud del sentido que se utilizó para percibir el hecho; al igual recalco que para valorar el testimonio tiene muy en cuenta la capacidad memorativa del testigo común para recordar la percepción de los hechos y aspectos como el parentesco, la relación que pueda surgir entre el victimario y el testigo, que de allí lo pueda llevar a mentir y deponer un falso testimonio; el juez 3, recalcó que la valoración del testimonio propiamente no se hace en el juicio oral, sino en el sentido del fallo y la sentencia como tal, afirma que los postulados son los históricos, aunque con mayor relevancia los postulados del sistema penal oral acusatorio, afirma que los criterios de valoración responden al raciocinio del juez para utilizar las reglas o postulados de valoración, como la sana crítica, afirma que es un proceso de valoración comparativo con su propio testimonio, entrevistas y demás medios de prueba, ir comparando y sacando conclusiones. Expresa que el testimonio es uno solo, y que los criterios para apreciarlos y valorarlos son los mismos, que no importa la naturaleza del testimonio o su acreditación, pero más adelante hace la distinción y se establece que los criterios varían según la clase del testimonio, con respecto al testimonio común dice que, su valoración se destaca en la confrontación de varios testimonios que afirman las mismas circunstancias o hechos o tipos de intereses.

De acuerdo con la confiabilidad o credibilidad que ofrece el testigo común, se pudo establecer, que los entrevistados tienen posturas diferentes en este punto; para el juez 6, no le resulta tan creíble y confiable el testimonio común, de allí la importancia radica en calificarlo en la práctica del interrogatorio cruzado, poner en práctica los presupuestos de valoración de acuerdo con la acreditación o desacreditación que hagan las partes.

Para el juez 5, le resulta confiable y creíble el testimonio común directo, cuando este testigo tuvo esa percepción directa de los hechos punitivos, pero para poder llegar a esa conclusión o criterio tuvo que haber pasado ese testimonio por las etapas del interrogatorio, para darle certeza al juez, lo que infiere que tampoco le resultare confiable hasta que no se practique como tal, pero lo importante a destacar en este punto, es que el juez no debe por regla general desacreditar el testimonio común hasta que la contraparte no lo haya logrado desacreditar en el contrainterrogatorio, pero que de acuerdo con la sana crítica del juez, lo puede desacreditar así lo contraparte no lo haya hecho, pero para ello se supone que toca agotar la etapa probatoria con el interrogatorio y contrainterrogatorio. Al igual resalta, que la confiabilidad de los testigos de aserción y los de refutación, dependen de varios presupuestos que se analizan en el juicio oral, como sus características en el comportamiento y en la expresión gestual y oral en el relato de los hechos, se precisa entonces que no tiene preferencias sobre los testigos de las partes, hasta tanto no sean escuchados y confrontados. Expresa que es muy difícil apreciar y valorar el testimonio común cuando el testigo se retracta de su testimonio, sabiendo el juez que la primera versión es la real, ya que la retracción se hace según la experiencia de los juicios orales, por motivos de miedo, amenazas, y otras circunstancias que lo llevasen a cambiar la declaración, se refiere precisamente al testimonio de las víctimas y los niños, niñas o adolescentes, cuando su testimonio es manipulado, de allí que se vuelve complejo y lo puede llevar a errar en su valoración.

El juez 3, expresa un criterio diferente con respecto a la credibilidad y confiabilidad que le generan los testigos de aserción o de cargo, sobre los de refutación, afirma que su experiencia le permite expresar que los testigos de la fiscalía son en gran medida más confiables que los de la defensa, ya que estos son más objetivos, ofrecen mejores explicaciones, son coherentes y uniformes con respecto a las demás pruebas, en cambio en los de la defensa en la mayoría de los casos, siempre van con el objetivo de sembrar la duda, preparar

los testigos de manera indebida, crean teorías del caso un tanto fantásticas con el fin de distorsionar la verdad con mentiras, lo que lo ha llevado en muchos casos a compulsar copias por falso testimonio a los testigos de la defensa. Ahora, los presupuestos que reúnen en la mayoría de los casos los testimonios de la fiscalía, se acomodan más a la verdad de los hechos punitivos, pero en sí, expresa que, el grado de credibilidad del testimonio se torna subjetivo, y que este se sujeta a los criterios de valoración probatoria para llegar a la veracidad o mendacidad de lo dicho.

Resultó ser que el testimonio común no es creíble ni confiable hasta tanto no sea confrontado en el juicio oral, pero no queda duda que es un medio de prueba fundamental en el proceso penal, depende 100% de él, para resolver una conducta delictiva, pero conforme a la experiencia de los jueces, tienen un poco más grado de certeza y credibilidad la prueba testimonial de aserción, los testigos aportados por la fiscalía, en cierto grado, pero la función del juicio oral es para eso, no para investigar, sino para acreditar o desacreditar las pruebas, en este caso, la testimonial común. Los jueces expresan sus puntos de vista valederos conforme a sus experiencias en los diferentes juicios, lo que sí va dejando entender, es que es una labor compleja, difícil en muchos casos, lograr apreciar y valorar correctamente la prueba testimonial con certeza.

Se concluye, que del testigo común resulta poco confiable su relato de mera entrada al juicio oral, sin confrontarlo, ni practicarlo, no se puede confiar y mucho menos creer que de buena fe los testigos van al juicio a contar verdades, puesto que ellos se pueden parcializar por interés particulares, que según los jueces entrevistados, son más frecuentes a mentir, los testigos aportados por la defensa, y no tanto por los de la fiscalía, ya que en la mayoría de los casos los testigos de la fiscalía son víctimas, y lo que de verdad persiguen es que se haga justicia, pero esta afirmación es subjetiva, porque en la fiscalía también se pueden presentar casos de deshonestidad; En tal sentido pueden generarse intereses familiares, enemistades, prejuicios, etc., pero el interés más común y frecuente en la práctica, es el dinero, la

corrupción, venderse al mejor postor por un testimonio, pero quizás el interés que llamo la atención fue el expuesto por el juez 3, el relacionado al amiguismo delincencial, los compromisos que adquieren los delincuentes con aquellos que están siendo procesados, favor por favor, y entonces van al juicio para testimoniar con mentiras en favor del victimario. La cuestión es que el juez debe estar muy atento en su raciocinio aplicando las reglas de la experiencia y la sana crítica para detectar si el testimonio depuesto por ese testigo común, está contaminado por algún tipo de interés, para no caer en el error de un falso raciocinio en el sentido del fallo y posterior en la sentencia que condena o absuelva.

Ahora resulta ser, que los criterios de apreciación establecidos en el artículo 404 del ley 906 de 2004, y los criterios consultados en la doctrina y la jurisprudencia, se interrelacionan con similitudes, estableciéndose que el testigo común y su testimonio están expuestos a múltiples errores, que pueden ser voluntarios o involuntarios, reafirmando en este sentido que la prueba testimonial aportada por el testigo común en el juicio oral y público es poco confiable y su credibilidad se puede lograr luego de ser confrontado, más no garantiza su certeza real, sino que puede llegarse a establecer una verdad procesal sobre ese testimonio común.

Errores e implicaciones en la valoración de la prueba testimonial

Los errores en el proceso de apreciación y valoración de la prueba testimonial, en la que están expuestos los jueces de conocimiento de instancia, según la jurisprudencia de sala penal de la Corte Suprema de Justicia, y según lo dicho por los entrevistados y la doctrina, son variados, dependiendo del tipo de razonamiento que se tome en el sentido del fallo que se decide al final del juicio oral y que posteriormente se enmarcan en la parte resolutive de la sentencia; que pueden ser, aspectos personales e inherentes al juez, que muy bien pueden darse motivado por algún tipo de interés particular, actuar de manera dolosa o en el mayor de los casos que de buena fe, incu-

re en una interpretación errónea, falsos juicios o falsos raciocinios, y que de allí los testigos comunes y las partes ayuden para dar con el acierto o desacierto del juez, donde en concreto se estableció que los errores se derivan del ser humano y no del sistema penal oral acusatorio implantado con la ley 906 de 2004.

En cuanto a los factores personales e inherentes al juez, el error o falso raciocinio puede derivarse de aspectos humanos sin intención, que siendo imparcial el juez, de buena fe se equivoca, como suele suceder con el cansancio, el estrés y la sobrecarga laboral, se quede corto en el alcance de la valoración testimonial, haga un análisis interpretativo y argumentativo muy limitado, sin mayor riqueza en la parte motiva de la sentencia; como también haciendo un trabajo honesto, sincero e imparcial, que es lo que más suele suceder en la práctica, es que el juez le dé un alcance interpretativo de valoración mucho más amplio al testimonio o lo contrario lo cercene o no le dé la importancia o el valor que realmente este requiere, no le de valor siendo este verdadero a los hechos o circunstancias del delito, su sana crítica lo lleva a una interpretación diferente de los hechos, pero no por quiera que así sea, sino que lo ve, de esa manera de acuerdo a la valoración y apreciación en conjunto de todas las pruebas; esta situación pudiese confundirse a que lo hiciere de manera intencionada, por algún tipo de interés o perjuicio, pero no lo es, está siendo imparcial; ahora cuando el error se deriva intencionalmente, de mala fe y dolosa, resultado de intereses de tipo económico, tráfico de influencias, amiguismo, etc., suele pasar lo mismo, valorar el testimonio pero de manera parcial, hacer una apreciación valorativa de acuerdo a su conveniencia, como restarle mérito al testimonio, o acreditarlo, y con ello favorecer alguna de las partes, estableciéndose el falso raciocinio inducido por el juez.

Ahora, el testigo común también puede inducir al juez en error, debido a su “poder suasorio” en el testimonio, su capacidad de persuadir y engañar, esto debido a un entrenamiento con anterioridad al juicio oral, el mal llamado y famoso cartel de testigos falsos, que se venden al mejor postor por dinero, capaces de llegar a distorsionar la

verdad, esto en cuanto a factores intencionados o de mala fe; ahora cuando el testigo común relata los hechos desinteresadamente, de manera honesta, también puede suceder que pueda hacer errar al juez, por múltiples problemas, como el proceso de rememoración (no acordarse de los hechos), los nervios, el comportamiento de silla, la capacidad de expresar los hechos percibidos, presupuestos o criterios de valoración probatoria que normativamente se encuentran en el artículo 404 de la ley 906 de 2004, como también por la habilidad de los interrogadores que pueden llegar a confundir al testigo común, lo que también de algún modo pueden confundir e inducir al juez en error y con ello basarse en el sentido del fallo, causando una injusticia derivada de un engaño, produciendo un falso raciocinio.

En cuanto a los aspectos personales de las partes (Fiscalía-Defensa), en este punto, es muy importante que las partes se destaquen, ya que son ellos los que deben acreditar o desacreditar los testigos en el interrogatorio cruzado, demostrarle al juez en el juicio oral, la acreditación o desacreditación de la prueba testimonial, las partes en gran medida ayudan a que el juez decida en la sentencia con justicia o con injusticia, si las partes no ayudan a esclarecer la verdad de los hechos mediante sus testigos, así mismo será la decisión, se le dará la razón al que mejor exponga su verdad en el juicio oral, así sea ficticia, entonces el error se puede derivar por ejemplo, cuando se sabe que el acusado es inocente, pero su defensor no prepara sus testigos o no sabe interrogar o contrainterrogar, no prepara la teoría del caso, no prepara las pruebas, en cambio la fiscalía si va preparada al juicio oral, el juez en este caso la dará la razón a la fiscalía, le va dar merito probatorio a los testimonios de la fiscalía, que es legal, porque fue la verdad que se logró demostrar, pero injusto al mismo tiempo, entonces un factor de error en la apreciación y valoración del testimonio común, se puede derivar de la mala preparación ética de la teoría del caso, bien sea de la fiscalía o de la defensa, o si las partes van preparadas, el problema es más grande para tomar una decisión acertada, porque el juez puede llegar a la conclusión de no tener certeza bien porque le creó a las dos partes o por el contrario

ninguna de las partes ofrecen certeza en el juez, quedando la duda, que por principio debe favorecer al presunto victimario, pero que en muchas ocasiones el juez termina dándole la razón a la Fiscalía, y con ello la sentencia será recurrida al ad quem por errores de tipo interpretativo en la apreciación y valoración de testimonio común en este caso, como también puede afectar los demás medios de prueba.

Las implicaciones que se derivan de los errores cometidos en la apreciación probatoria del testimonio común, según como lo establece la jurisprudencia penal y en especial, de la sentencia de casación citada del año 2013, las consecuencias jurídicas de una interpretación errónea de la prueba testimonial conllevaría a la violación directa o indirecta de la ley sustancial, generados de falsos juicios, como se analizó en el cuadro 12, independientemente si el juez actuó con dolo o de manera desintencionada, la ratio decidendi puede verse inmersa en varios errores, la jurisprudencia los clasifica en errores de hecho y los errores de derecho; los primeros se derivan de falsos juicios de existencia por suposición o por omisión, falso juicio de identidad o falso raciocinio; el falso juicio de existencia por omisión, según la sala penal de la corte en casación, se da cuando el juez, por ejemplo, deja de apreciar la prueba testimonial, cuando esta se presentó, se validó y se practicó en el juicio oral, lo cual se infiere que conllevaría una omisión y con ello producirse un falso juicio de una prueba testimonial que es existente en el plano procesal; ahora cuando el juez supone haberla practicado en el juicio oral sin realmente haberlo hecho, y de igual modo le confiere mérito probatorio, resultaría una extralimitación y con ello producirse un falso juicio de una prueba testimonial por suposición.

El falso juicio de identidad se puede producir cuando admitida legalmente la prueba testimonial, y que de manera oportuna se presenta, se practica y se controvierte, lo que debe otorgarle el juez un mérito a la prueba testimonial, pero que al momento de darle ese mérito sobre su contenido, la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica, lo cual le cambia su verdadera identidad produciéndole un efecto contrario a la realidad de esa prueba testimonial.

El falso raciocinio se presenta cuando la prueba testimonial se somete válidamente a todas las etapas del juicio oral, y que en la sentencia es apreciada en su “exacta dimensión fáctica”, pero que, cuando el juez le asigna el mérito de convicción valorativo, allí se aparta de criterios de valoración que la norma tiene previstos para este medio de prueba, como también se puede apartar de los criterios que gobiernan la sana crítica como sistema de valoración probatoria, y del cual se derivan sus principios críticos de aplicación que la conforman, como las reglas de la lógica, la ciencia, la técnica y la experiencia.

Cabe destacar que el error de hecho por falso raciocinio, que implica una violación indirecta de la ley sustancial, no se encuentra establecido en la ley como una causal para invocar en casación, sino que son causales que evolucionaron y fueron desarrolladas por la jurisprudencia penal, razón que se debe acudir a la jurisprudencia para poder entender e interpretar el cómo recurrir a casación para atacar una sentencia por errores de apreciación probatoria en la sentencia, lo cual se puede inferir o advertir que en sede de casación las causales por falsos juicios tienen una evolución jurisprudencial y no de carácter legal.

Ahora el error de derecho, más común y frecuente es aquel que se refiere al falso juicio de legalidad de la prueba, y se presenta cuando en la apreciación y valoración de la prueba testimonial, el juez la acepta como prueba luego de ser aportada, practicada y controvertida como tal, pero dicha aceptación la realiza con violación al debido proceso, violación a los derechos fundamentales o con violación a la ley o normativa procedimental de aplicación para el caso en concreto, en cuanto a las etapas que se debió someter el testimonio, o que por lo contrario la rechaza, la niega sabiendo que cumple con todas las formalidades legales para su aducción y practica en el juicio oral.

Se denota entonces que las implicaciones y consecuencias de una desacertada apreciación y valoración de la prueba testimonial, conlleva a que esa sentencia emanada del juez pueda ser apelada ante el tribunal y llegar en última instancia a la sala penal en casación,

y que le revoquen la decisión judicial por errores de hecho o errores en derecho. Con ello queda claro que el juez tiene una difícil labor, es un ser humano que puede fallar en su razonamiento de manera desintencionada, pero que también puede con intención acomodar la situación fáctica para favorecer alguna parte por intereses particulares, de manera dolosa, que difieren de una sana crítica ética en su labor como juez.

Se concluye entonces que la prueba testimonial luego de ser presentada, admitida, confrontada y practicada, lo que en ese sentido se puede acreditar o desacreditar, lo cierto es que el juez después de todo ese proceso, en su razonamiento, la puede distorsionar, cercenar, adicionar, en toda su expresión fáctica llevándola a producir efectos adversos a los objetivos, y con ellos incurrir en falsos juicios o falso raciocinios, dependiendo de las circunstancias fácticas; Queda evidenciado también que la manera como está diseñado el sistema penal oral acusatorio implantado en la ley 906 de 2004, el proceso de apreciación y valoración de la pruebas, cambia en el sentido, como se ha dejado sentado en este trabajo investigativo, la acreditación o desacreditación del testimonio común depende en gran medida de la verdad que demuestren las partes en el juicio oral, lo que nunca se sabrá a ciencia cierta, la verdad real de los hechos sino la verdad procesal que demuestren las partes, cosa que difiere mucho de la tutela judicial efectiva, pero como ya se ha expresado el juez de manera voluntaria o involuntaria puede incurrir en errores en el proceso de valoración de la prueba testimonial aportada por testigos presenciales comunes.

La discusión resulta ser que, el mérito probatorio de la prueba testimonial, según el sistema penal oral acusatorio, depende de la verdad que demuestren las partes en el juicio oral (fiscalía y defensa), con sus teorías del caso deben demostrarle al juez cual es la verdad de los hechos, trabajo que se le facilitaría al juez si una parte se esmera y la otra no, pero si las dos partes se esmeran y exponen su verdad conforme a su teoría del caso, la tarea le resultaría muy difícil al juez, allí es donde debe basar toda su experiencia e intelecto para aplicar

los criterios de apreciación y valoración de la prueba testimonial, los relacionados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004:

Apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Pero según la pregunta formulada ¿Bajo qué criterios valorar correctamente la prueba testimonial común en el juicio oral? Resulta ser que el artículo 404 de la normativa es claro, pero quedo un poco corto sobre otros criterios o exámenes a tener en cuenta según la teoría de Devis Echandía, como las relaciones del testigo con las partes o las relaciones del testigo con la causa, debió ser un poco más específico, a lo que también cambio la palabra valoración por apreciación, lo que pasa es que si el juez no toma en cuenta alguno de los criterios establecidos, su apreciación del testimonio no va ser el correcto, pero lo más importante a destacar es que los criterios quedaron establecidos para valorar y apreciar la prueba testimonial común, el problema resulto ser del ser humano, no del sistema implantado para la práctica de la prueba testimonial, los protagonistas del juicio oral, las partes (fiscalía y defensa), el testigo o los testigos comunes, el juez como tal, son seres humanos imperfectos, que pueden cometer múltiples errores, como se mencionó anteriormente, el juez con errores en su raciocinio, las partes carentes de idoneidad y preparación técnica para enfrentar un juicio oral de tal magnitud, como lo es un interrogatorio cruzado, y el testigo común con problemas de memoria, percepción, expresión corporal y oral, al igual se suma la problemática, que la experiencia de los jueces es escasa, debido a que el sistema penal oral acusatorio entro en vigencia a penas para el año 2008 en Cúcuta, apenas con 8 años en la práctica, se

suma también a la problemática que las salas de audiencia en Cúcuta no tienen sistema de grabación de video, lo cual le resulta complejo al juez de conocimiento y al de segunda instancia, apreciar con mayor exactitud el comportamiento de silla del testigo común, cuando tienen dudas y desean rememorar el juicio oral, solo queda el audio, pero rememorar la parte visual del juicio sin video, es sumamente complejo, se limitan hacer solo anotaciones, perdiendo en ese momento contacto visual con el testigo, perdiéndose por fracciones la inmediación con el testigo, según lo expuesto por los informantes claves y lo visto por los investigadores en las salas de audiencia del palacio de justicia, sumándose a esta situación, algunos jueces renuentes que no colaboran con la academia y la investigación, ya que solo se pudieron entrevistar solo tres de los seis existentes, entonces los problemas son múltiples desde el punto de vista del ser humano, según los resultados obtenidos.

Conclusiones

Los requisitos para la admisión de la prueba testimonial son: la licitud y la pertinencia, siendo la pertinencia el requisito fundamental puesto que siendo lícito el testimonio, el juez decidirá si es pertinente o impertinente su admisión.

El testimonio común es poco confiable para el juez, por la misma cultura a mentir en Colombia, los grandes intereses que se generan en el proceso penal y los errores involuntarios que presenta el testigo común.

La técnica del interrogatorio cruzado de partes, implantado en la Ley 906 de 2004, está bien estructurado, fijando reglas claras y precisas para la práctica de la prueba testimonial, el problema de la valoración del testimonio radica en el ser humano, quienes lo practican en el juicio oral, no en la ley.

Los criterios de valoración que en la práctica suelen utilizar los jueces en el juicio oral para apreciar y valorar la prueba testimonial son: la rememoración, la percepción, la sanidad de los sentidos, las

circunstancias de tiempo, modo y lugar, el comportamiento del testigo, la manera como responde las preguntas y su personalidad.

Los jueces están expuestos a cometer errores en la apreciación y valoración de la prueba testimonial, como los errores de hecho y de derecho, lo que como consecuencia le repercuten implicaciones en este accionar en una violación directa o indirecta a la ley sustancial.

Referencias

- Carnelutti, F. (1955). La prueba civil. Buenos aires: Editorial Arayú.
- Carnelutti, F. (2000). La prueba civil. En f. Carnelutti, La prueba civil (pág. 44.). Buenos Aires: Gaceta juridica editores.
- Devis Echandía, H. (1968). Teoría general de la Prueba Judicial. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Devis Echandía, H. (1970). Teoría general de la prueba judicial. Buenos Aires: t. II.
- Devis Echandia, H. (2000). Compendio de la Prueba Judicial. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Devis Echandía, H. (2012). Teoría General de la Prueba Judicial (Vols. Sexta edición, Tomo II.). Bogotá: Temis.

Configuración del cohecho en conductas de corrupción: responsabilidad del personal de la Policía Nacional¹

*Andrea Johana Aguilar Barreto²,
Juan Carlos Ureña Rolon³,
Manuel Iván Vargas Mogollón⁴,
Luis Francisco Rodríguez Botello⁵*

Resumen

El presente artículo tiene por propósito analizar la responsabilidad de los miembros de la Policía Nacional de Colombia frente a las conductas que configuran el delito de cohecho y que acrecientan la percepción de corrupción en el país. La investigación se realizó siguiendo los lineamientos del paradigma cualitativo los estudios de tipo descriptivo, aunque por enfoque complementario apoyado en lo cuantitativo para la recolección

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Responsabilidad del personal de la policía nacional ante el fenómeno de corrupción bajo la figura de cohecho, Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.
 - 3 Abogado, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 4 Abogado, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 5 Abogado, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.

de algunos datos necesarios para llegar al describir. En la primera parte se analizó las cifras provenientes de fuentes formales sobre corrupción y cohecho en Colombia, seguidamente se realizó una discusión que aborda el tema de los delitos contra la administración pública y la configuración del delito de cohecho. Posteriormente, se presentan las conclusiones del estudio realizado.

Palabras clave: Corrupción, policía nacional, responsabilidad patrimonial, cohecho.

Confronting bribes in corruption behavior: responsibility of National Police personnel

Abstract

The present article has for intention analyze the responsibility of the members of the State police of Colombia opposite to the conducts that form the crime of bribe and that increase the perception of corruption in the country. The investigation was realized following the limits of the qualitative paradigm the studies of descriptive type, though for complementary approach rested on the quantitative thing for the compilation of some necessary information to come on having described. In the first part there were analyzed the numbers from formal sources on corruption and bribe in Colombia, immediately afterwards there was realized a discussion that approaches the topic of the crimes against the public administration and the configuration of the crime of bribe. Later, they present the conclusions of the realized study.

Keywords: Corruption, state police, patrimonial responsibility, I bribe.

Introducción

La corrupción es un flagelo no solo en Colombia sino a nivel mundial, en el cual se ven inmersos algunas personas de las diferentes condiciones sociales, políticas, económicas y culturales, como acto ilegal e ilícito se presenta cuando una persona abusando de su poder, en razón de su cargo y a fin de obtener algún beneficio para sí mismo o para otros, generalmente representado en dinero, requiere de la participación de dos actores: uno que por su posición de poder pueda ofrecer algo valioso y otro que esté dispuesto a pagar o sobornar para obtenerlo. Este acto se observa diariamente puede suceder en los lugares menos pensados y con las personas menos esperadas.

Es muy importante conocer que la corrupción afecta de manera directa la eficiencia del estado, gastando sus recursos y debilitando sus acciones contra la mala administración, engendra una distorsión absurda en la distribución de ingresos, enriqueciendo a los ricos y empobreciendo a los pobres.

Actualmente la corrupción desde todos los aspectos tiene incidencia a nivel mundial, En diferentes países se han tocado diversas facetas desde lo económico, comercial y lo político, el cual es practicado por los empleados de las entidades del estado bien sea del sector público y/o privado, quienes buscan un beneficio económico propio de forma individual o colectiva, esta conducta carece de escrúpulos; no tiene sentimientos, cultura, sexo, raza y fronteras. El único objetivo es la obtención de dinero de una forma fácil e ilegal generando con esta actuación el subdesarrollo de un país, de una empresa y de una sociedad, ya que unos pocos son los que se consumen el presupuesto de todos.

El flagelo de la corrupción también se presenta en los órganos de seguridad a nivel mundial en los estados y al interior de la fuerza pública en la mayoría de las policías de los países del mundo, los cuales son infiltrados por los enemigos de las políticas de los estados, para burlar el control social que estos ejercen sobre la ciudadanía.

Colombia no es ajena a esta problemática, donde alcanza un nivel alto de ocurrencia en el interior del gobierno y entidades descentralizadas y desconcentradas del nivel nacional, el cual alcanza una densidad que configura una cultivación alarmante desconocidas en otros extremos. En Colombia la corrupción como cualquier conducta que transgreda el ordenamiento jurídico, y bajo estos parámetros la Policía Nacional aborda la problemática, los cuales deben potenciar una nueva identidad cultural “Policía-Comunidad”, la corrupción debe ser tratada a partir de su significado filosófico, “una Policía incorruptible es nuestro sueño y garantía de una sociedad verdaderamente libre y democrática”.

Específicamente la Policía Nacional se ve implicada, donde sus funcionarios, se ven expuestos a la concepción social de su ejecución, y llegan a su incursión desde la labor que desempeñan día tras día, con el propósito de buscar un beneficio económico, esta conducta hace que la imagen institucional no sea vista de la mejor manera por la ciudadanía, Los escándalos por corrupción, vulneran fuertemente la credibilidad, generan inestabilidad, hondos sentimientos de frustración ciudadana, apatía y rechazo a la Policía Nacional. Por tal motivo se hace necesario replantear los mecanismos existentes para combatir este flagelo al interior de la institución policial.

Metodología

El presente artículo pertenece al conjunto de estudios del paradigma cualitativo y es de tipo descriptivo en la medida que analiza las características y naturaleza del cohecho por parte de la Policía Nacional de Colombia, siendo este un delito de corrupción con impacto en la sociedad civil, así mismo a partir de la revisión documental y teórica se estudiará la responsabilidad en la que incurren los miembros de la Policía Nacional que inciden en su comisión. Para el logro del objetivo planteado se han tomado las cifras y datos de entes oficiales en el año 2011 y 2012, sobre el tema corrupción por parte de los funcionarios del Estado y la percepción que los colombianos tienen sobre el tema. Los resultados son presentados y a partir de ellos en

la discusión se aborda el tema de los delitos contra la administración pública y la configuración del delito de cohecho. Finalmente, se presentan las conclusiones del estudio realizado.

Contexto colombiano

Resulta bastante evidente, al revisar los titulares de noticias donde la institucionalidad del orden público en Colombia atraviesa por un periodo de crisis, al menos en lo referente a la credibilidad que las diferentes corporaciones y estamentos de las ramas que conforman el poder público, tienen frente a los habitantes de la nación. Los casi constantes escándalos de corrupción que rodean a las altas cortes, al poder legislativo, a las diversas autoridades departamentales y municipales, y a la fuerza pública, entre otros elementos del Estado, ha llevado a que el ciudadano promedio pierda la confianza en los mismos, y se genere un clima social negativo, lo que ha obligado al actual gobierno a tomar medidas de emergencia para preservar la institucionalidad (El Mundo, 2015).

Esta falta de credibilidad institucional tiene su origen en el elevado nivel de corrupción que, a juicio de los colombianos, presenta por tradición el gobierno del país. Según las cifras de Transparencia por Colombia (2014), capítulo local de Transparencia Internacional, al evaluar la percepción de corrupción en el año 2014 Colombia sólo obtuvo 37 de 100 puntos posibles (donde 100 es la menor percepción de corrupción), lo que evidencia la profunda desconfianza que sienten los colombianos frente a su aparato estatal. Los mencionados escándalos de corrupción institucional sólo acentúan esta percepción negativa, acrecentando el problema.

Si bien es cierto que tales señalamientos negativos se han realizado por igual contra diversos estamentos de las tres ramas del poder público, estas acusaciones cobran mayor fuerza cuando se realizan contra aquellas entidades encargadas de proteger la Constitución y las Leyes, o de garantizar su cumplimiento, ya que en estos casos la percepción de vulneración institucional se ve profundamente ampliada por el carácter “guardián” de los entes señalados. Ejem-

plo claro de ello es la actual crisis generada por los señalamientos de corrupción realizados contra el presidente de la Corte Constitucional Colombia, ente encargado de la salvaguarda de la Constitución Política, que han llevado no sólo a poner en entredicho a este alto tribunal, sino a toda la Rama Judicial (El Tiempo, 2015).

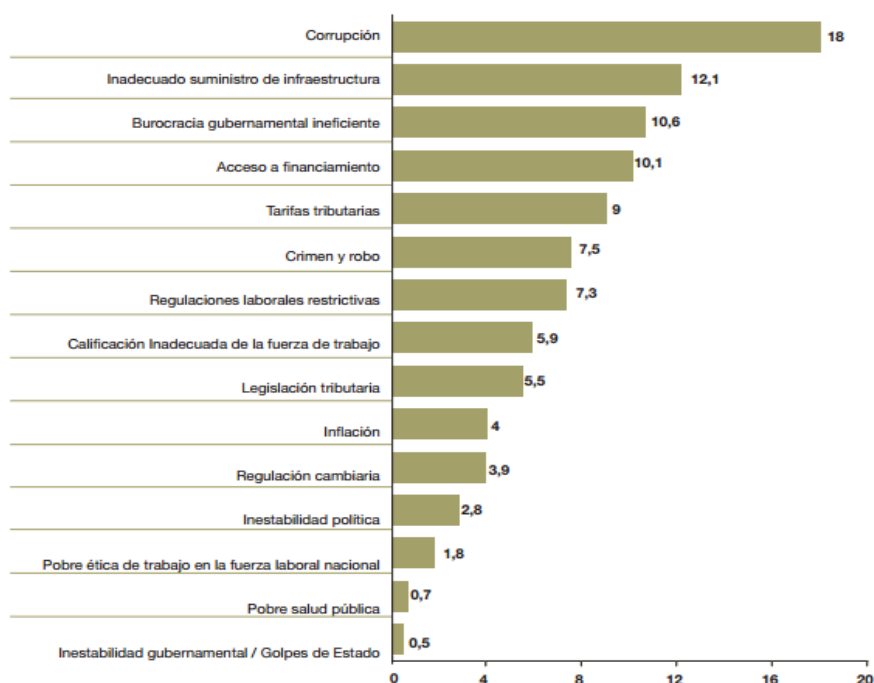
Esto último podría predicarse igualmente de la Policía Nacional que, en su función de mantener de la seguridad nacional, garantizar el bienestar de los ciudadanos y hacer cumplir el ordenamiento legal, se convierte en una de las caras principales de la institucionalidad colombiana. Dada la naturaleza de dichas funciones el pueblo espera de la Policía un comportamiento ejemplar, ya que al tener la misión de garantizar la convivencia y la paz, cualquier señalamiento negativo contra la institución, especialmente por motivo de corrupción, se convierte en una amenaza potencial contra el bienestar de todos los habitantes de Colombia.

En este punto, y regresando al mencionado índice de transparencia por Colombia (2014), es necesario decir que el principal señalamiento que hacen los colombianos respecto de su aparato estatal es referente al recibimiento de dinero por parte de los funcionarios públicos para favorecer, mediante el ejercicio de sus funciones, a intereses particulares. Este tipo de conductas, llamadas en nuestro argot popular como mordidas, coimas o sobornos, se agrupan dentro del delito de cohecho, razón por la cual al hablar de la corrupción es necesario entonces hacer una revisión de dicho tipo penal.

Es por lo anterior el presente documento disertará sobre las características y naturaleza del cohecho, en su condición de ser el delito de corrupción con mayor percepción entre la población, al igual que se debatirá la responsabilidad en la que incurren los miembros de la Policía Nacional que inciden en su comisión. Esto último dado a que, como igualmente ya se mencionó, por sus funciones la Policía es una de las instituciones de mayor relevancia frente a la opinión pública, debido a la profunda influencia que tiene en la sensación de bienestar general y de seguridad de los habitantes.

El panorama nacional actual sobre corrupción

La primera fuente de información sobre el tema de la corrupción vista de manera global proviene de un estudio realizado por el Foro Económico Mundial en el año 2011-2012; en la indagación realizada por este organismo se consultó sobre cuál es el factor más problemático para hacer negociaciones en Colombia, destacándose negativamente en el primer puesto a la corrupción como un elemento principal para obstaculizar el progreso social y económico del país como se observa en la Gráfica 1.



Gráfica 1. Factores más problemáticos para hacer negocios en Colombia.
Fuente: Foro Económico Mundial, Global Competitiveness Report, 2011-2012.

Estas cifras son consecuentes con datos más recientes presentados en la introducción del documento que señalan que la corrupción proveniente de cualquier institución debilita la percepción de seguridad y confianza de los grupos sociales que conforman un país y aminoran la inversión o el progreso económico del mismo. Es cierto

también, que ante este temor de proyectar una imagen negativa, las entidades suelen esconder las cifras que demuestran el detrimento en sus actuaciones y la falta de transparencia por parte de los servidores que le conforman. En Colombia, las personas no se sienten seguras de sus instituciones, así lo demuestra el siguiente estudio realizado también por el Foro Económico Mundial de 2011-2012 en donde se observa que el favoritismo en las decisiones por parte de los servidores públicos, así como la desviación de los recursos públicos, y los pagos irregulares o sobornos (cohecho) son las situaciones que mayor preocupación genera a los nacionales, siendo uno de los 142 países consultados con mejor puntuación favorables respecto a la calificación de estos aspectos señalados como se observa en la Gráfica 2.

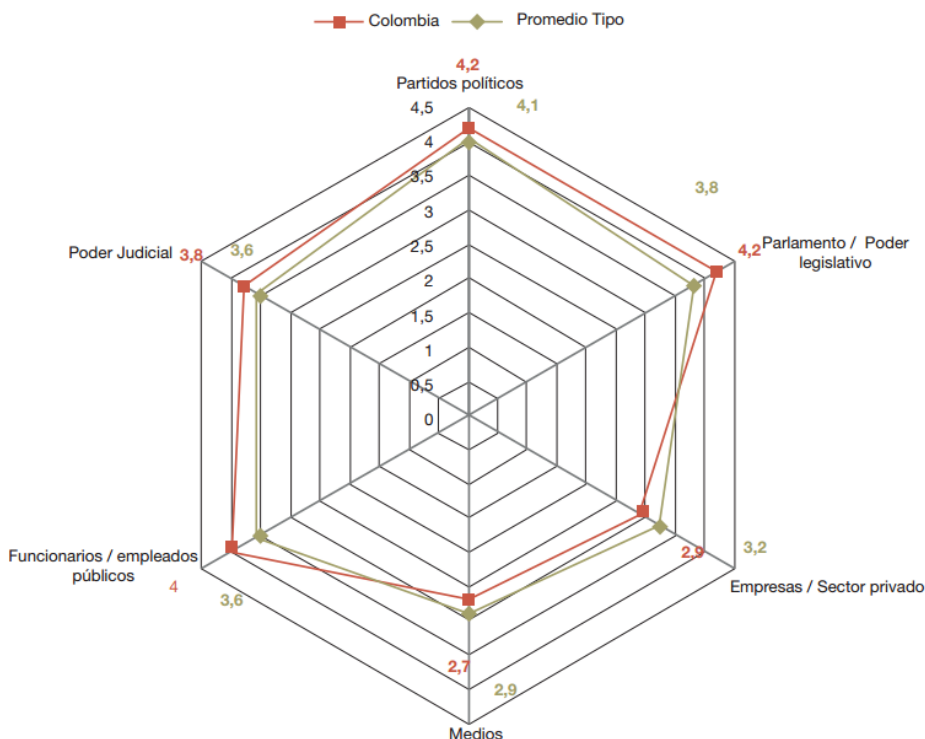
PAÍS	Favoritismo en las decisiones	Desviación de recursos públicos	Falta de confianza en políticos	Pagos irregulares y sobornos	Despilfarro de recursos públicos
México	79	94	100	91	75
Colombia	99	118	84	89	89
Perú	74	84	126	59	37
Brasil	65	110	105	61	136
Malasia	24	40	25	43	12
Corea	94	58	111	49	95
Portugal	72	47	70	36	137
España	55	46	73	38	108
Chile	14	27	28	21	15
Suráfrica	114	81	88	48	69
Turquía	86	68	68	68	72

Gráfica 2. Puesto en indicadores de corrupción desagregados, 2011-2012.

Fuente: Foro Económico Mundial, Global Competitiveness Report, 2011-2012.

La calificación obtenida en Colombia, es poco halagadora, de 140 países consultados se encuentra siempre en los puestos más bajos respecto a temas como la desviación de recursos públicos o la falta de confianza en políticos. El pago irregular o los sobornos ubican a los servidores públicos colombianos en el puesto 89. Situación que se confirma con otras cifras y fuentes consultadas sobre esta actividad que a todas luces causa un detrimento en la imagen del país. Al respecto el informe del Foro Económico, también hace un análisis sobre las instituciones que de acuerdo a los consultados son mayormente corruptas. La encuesta consistió en calificar a las

siguientes instituciones: partidos políticos, poder legislativo, sector privado, medios, empleados públicos y poder judicial, siendo 1 nada corrupto y 5 extremadamente corrupto. Los resultados de la Gráfica 3 son desalentadores.



Gráfica 3. Percepción del grado de afectación por la corrupción de ciertas instituciones, 2010. Fuente: Consejo Privado de Competitividad (2014) citando a Transparencia Internacional, Barómetro Global de la Corrupción, 2010. Cálculos CPC.

En la gráfica se observa como en Colombia los partidos políticos junto con el poder legislativo (Congreso de la República) reciben la mayor calificación en corrupción por parte de los ciudadanos cada uno con una nota de 4.2 en donde 5 es el puntaje mayor. Le siguen los funcionarios y/o empleados públicos con un 4 de calificación, 3.8 el poder judicial, 2.9 empresas del sector privamos y finalmente 2.7 medios.

Esta situación no es ajena a la realidad de instituciones representativas de la seguridad nacional como lo es la Policía Nacional, y aunque encontrar cifras oficiales sobre cuántos casos de corrupción al año se investigan al interior de la institución es un tema complejo ya tiende a ser ocultado, los medios de comunicación han alertado sobre la continua presencia de delitos contra la administración pública por parte de los uniformados, es así como en el año 2014 la cadena radial la FM puntualizó que:

Tras varias investigaciones, la policía logró identificar que más de 100 uniformados de la dirección de Tránsito se han visto involucrados en casos de corrupción. Por eso, la Policía practicó pruebas de polígrafo y revisó hojas de vida para determinar grados de responsabilidad. El general Carlos Ramiro Mena, comandante de policía de tránsito, aseguró que algunos uniformados ya fueron retirados y otros judicializados. De igual forma, sostuvo que al menos 90 ciudadanos han sido capturados por dar u ofrecer dinero a los policías (Noticiero de la FM, radio 2014).

Este caso no es ajeno ni excepcional, ya que afirmaciones propias de la Institución han demostrado que el “fantasma” de la corrupción, recorre es pasillo de sus dependencias: “La historia nos ha mostrado que no basta con el desarrollo de operaciones exitosas si luego éstas se convierten en fracasos, ya sea por un mal manejo de la información, falta de credibilidad de las personas que ejecutan la acción, inobservancia de los requisitos de ley o por otras circunstancias” (Plan anticorrupción y atención al ciudadano, 2014).

Esta problemática de corrupción llevó al gobierno de Juan Manuel Santos en el año 2014 a proponer de la mano de la Dirección General de la Policía Nacional de Colombia un Plan Anticorrupción y Atención al Ciudadano de la Policía Nacional con el objetivo de cimentar y establecer estrategias tendientes a garantizar la transparencia en las actividades de los miembros de la fuerza pública, las cuales “contribuyan a aportar caminos de análisis, criterios, límites, propuestas y guías éticas para fortalecer y garantizar comportamientos

transparentes en todos los miembros de la Institución” (Plan anticorrupción y atención al ciudadano, 2014).

Los delitos contra la administración pública

Según la Carta Política en su artículo 1° se describe a Colombia como un Estado social de derecho fundamentado en la prevalencia del interés general. En efecto, una de las mayores innovaciones de la Constitución Política de 1991 lo es el Estado social de derecho (Villar, 2007) que supone la prevalencia del interés general, es decir, el interés social. Para Villar (2007) es “una norma fundamental o estructural del Estado, de aquellas que configuran la esencia misma del Estado colombiano y no podrían ser reformadas ni sustituidas sin un completo cambio de la constitución”. Como estima Santofimio (2003) el presupuesto de la función administrativa es, precisamente, la prevalencia del interés general, en donde la voluntad general es la base de las actuaciones.

Dentro de una organización política que encuentra sus fundamentos en principios y valores establecidos dentro de la norma suprema, el ejercicio de la actividad estatal se dirige a garantizar y asegurar el cumplimiento de los derechos y deberes de los ciudadanos. De tal manera que la norma suprema no solo legitima el ejercicio del poder estatal, sino que también sirve como marco de referencia y directriz del mismo (Caballero y Anzola, 1995).

En otras palabras, la misma constitución posibilita y exige al Estado el cumplimiento de los valores, preceptos y normas contenidas en la misma, conduciendo al cumplimiento de los mismos fines del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (art. 2° de la Constitución Política). En esta línea, valga hacer hincapié en que la prevalencia del interés

general “se vincula con las finalidades del Estado y requiere de todos los niveles de ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance (...)” (Matallana, 2009).

En este marco se puede mencionar que la actividad del Estado debe estar sujeta al cumplimiento de la Constitución Política como medio y como fin de la misma, y por ello describe el artículo 209 de la Carta Política que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”. De este modo, la función administrativa es entendida como una de las funciones del poder público constituyéndose en:

(...) una clase de función pública, de modo que el género es función pública y una de sus especies es la función administrativa, en la medida en que ésta se inscribe en la función ejecutiva, de suerte que su primera característica es la de ser inherente al poder del Estado, igual que lo son las demás funciones públicas clásicas: la legislativa y la jurisdiccional, correspondientes a las tres ramas en lo que constituye la tradicional división tripartita del poder público, según lo consagra el artículo 113 la Constitución Política (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Radicado No. 25000-23-24-000-2000-00772-01 del 1º de noviembre de 2007).

En efecto, las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la Ley, con la finalidad que todas sus manifestaciones (actos, hechos, operaciones, etc.) se realicen de este marco y el de la constitución. Lo que respecta a las actuaciones derivadas de acciones militares o policivas es importante señalar que las fuerzas militares constituyen, sin lugar a dudas, una parte inherente del Estado, derivada necesariamente del monopolio de la fuerza que este último ostenta. Es evidente que,

por lo tanto, se acogen -como cualquier otra autoridad de carácter público- de manera inicial a los preceptos de responsabilidad objetiva instaurados para el común del Estado, especialmente cuando se hace referencia a los delitos contra la administración pública, tema que lleva al siguiente apartado teórico.

Configuración del delito de cohecho

Por su parte, para definir el delito de cohecho, es necesario acudir de forma inicial al Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), que en sus artículos 405 a 407 establece las conductas que configuran este tipo penal, dividiéndolas en tres delitos diferenciados: el cohecho propio, el cohecho impropio, y el cohecho por dar ofrecer. El primero de estos hace referencia al accionar en que incurre el servidor público que recibe una remuneración, o la promesa de la misma, a cambio de retardar u omitir sus funciones, o de realizar un acto contrario a sus deberes oficiales. El segundo, el cohecho impropio, es bastante similar, salvo porque el servidor público recibe la dádiva a cambio de realizar un acto que, de acuerdo a sus funciones, tiene la obligación de realizar.

De esta forma, la diferencia entre ambos tipos penales reside en que, en el primer caso, el servidor público actúa contra sus deberes y su función a cambio de un beneficio presente o futuro, sea para él o para un tercero, mientras que en el segundo simplemente recibe dicho beneficio para realizar algo que ya estaba previamente obligado a hacer, sin que se vean lesionadas sus responsabilidades y su función oficial. Es por esto que el castigo del primer delito resulta de mayor contundencia, a pesar de la aparente similitud de ambas conductas delictivas.

Por su parte, en el caso del tercer tipo cohecho por dar u ofrecer, este resulta complementario a los anteriores, y señala el delito en el que incurre aquel individuo que, en los casos anteriores, ha ofrecido la dádiva o remuneración al servidor público, sea que lo haya hecho para que obre contra sus funciones oficiales, o simplemente para que las cumpla de manera preferencial.

De lo anterior se puede entonces señalar los siguientes elementos del cohecho: primero, es una conducta con sujeto calificado, donde necesariamente una de las partes, aquella que recibe el beneficio o la promesa del mismo, para sí mismo o para un tercero, es un servidor público. Segundo, ambas partes, quien da y quien recibe, incurren de manera simultánea en un tipo penal que, aunque diferente, es complementario del otro. Tercero, que el bien afectado por estas conductas delictivas no es otro que la administración pública, que se ve lesionada por el actuar inapropiado del servidor público involucrado. De esto último se entiende entonces que el sujeto pasivo, aquel sobre quien recae el daño por la conducta punible realizada, es el Estado mismo. Sobre el particular menciona la Corte Suprema de Justicia:

Entonces, el bien jurídico tutelado tanto en el caso del cohecho impropio como el propio es la administración pública, en cuanto los atributos de transparencia, legalidad, imparcialidad, objetividad, moralidad, entre otros y que le son propios, no se vean empañados o cuestionados, por la ejecución de los actos que han sido confiados a sus servidores, por consiguiente, no se requiere que con la conducta cuestionada se hayan ocasionado efectos dañinos para la administración para que ésta merezca reproche penal, ya que lo que sanciona no es el resultado sino la puesta en peligro, el deterioro de la imagen de irreprochabilidad que tenga la sociedad sobre la administración pública (Corte Suprema de Justicia, 2005).

Así, sin importar que no haya tenido lugar una vulneración cuantificable o unos efectos dañinos directos derivados del accionar realizado por el oferente y por el servidor público (como suele suceder en los casos de cohecho impropio), basta con la afectación de la imagen del Estado, o la simple puesta en riesgo de la misma, para que sea necesario el castigo de los implicados. De esto queda claro que la tipología del cohecho busca proteger, por encima de cualquier otra cosa, la credibilidad del Estado y de sus instituciones, al salvaguardar los principios fundamentales –transparencia, legalidad, imparcialidad, objetividad, etc.- que deben regir todo el accionar de los servidores públicos.

Es por esto que la normativa colombiana mediante la Ley 1474 2011 (Estatuto anticorrupción), en su artículo 33, ha establecido un agravante especial para los delitos de cohecho que han sido realizados por servidores públicos que hagan parte de los organismos de control del Estado. Esto se debe a que, al ser estos los encargados de garantizar el cumplimiento de los principios fundamentales de la actuación pública, tienen mayor responsabilidad a la hora de proteger la integridad y la credibilidad del Estado y de las instituciones que lo conforman.

En el caso de los miembros de la Policía Nacional, si bien no existe un agravante especial para los mismos en los casos de cohecho, su función de salvaguarda de la convivencia ciudadana y de la seguridad pública les coloca sin lugar a dudas en una posición de amplia importancia (y de privilegio), ya que tienen la capacidad de afectar de manera directa el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos. Sobre el tema, la ONU (2010) ha mencionado:

La policía tiene, en todas partes, amplios poderes para hacer cumplir la ley, pese a que la índole, calidad y doctrina subyacente de esa ley pueden variar enormemente. En la mayoría de los países, los poderes policiales han sido concebidos para proteger las libertades y los derechos fundamentales de la sociedad pero, como es natural, la delegación de algunos de esos mismos poderes presenta simultáneamente la posibilidad de que sean objeto de graves abusos (ONU, 2010, p. 7).

Esta posición de responsabilidad incrementada es comprendida por el Estado colombiano, al igual que por la misma Policía Nacional, quienes de manera conjunta han venido desarrollando una serie de planes y políticas encaminados a proteger la integridad de la institución. Fue así como en el año 2009 se presentó la Política de Integridad Policial y Seguridad Operacional (Policía Nacional, 2009) que, reconociendo el papel destacado de la Policía Nacional en lo referente a la transparencia y legitimidad del Estado, tenía como fin luchar contra la corrupción al interior de la entidad, mediante el establecimiento de una serie de principios éticos que debían guiar el accionar

de los miembros de la institución, para fortalecer la transparencia de la misma.

En esta misma línea, se emitió unos años después el Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano que tenía como objetivo “construir y determinar estrategias que contribuyan a aportar caminos de análisis, criterios, límites, propuestas y guías éticas para fortalecer y garantizar comportamientos transparentes en todos los miembros de la Institución” (Policía Nacional, 2013, p. 6). Dicho Plan empieza por reconocer el flagelo que representa la corrupción para la integridad de las instituciones públicas, y la consiguiente necesidad de establecer herramientas para afrontarla.

Sin embargo, estas estrategias han tenido un carácter marcadamente preventivo, buscando disminuir la corrupción al interior de la entidad con políticas de buen gobierno y adecuado manejo de la información que fomenten la transparencia institucional y la rendición de cuentas. Si bien esto no tiene nada de malo, y estas iniciativas institucionales son dignas de encomio, se echa de menos dentro de las mismas la existencia de instrumentos que permitan hacer frente a los casos de corrupción existentes, o que establezcan medidas sancionatorias especiales.

Es decir, estas iniciativas han establecido un conjunto de políticas institucionales encomiables, encaminadas a luchar contra la corrupción al interior de la Policía Nacional desde una perspectiva administrativa y viendo la institución como un todo coordinado; pero sin establecer parámetros o instrumentos sancionatorios dedicados a tratar de manera individual con los casos de corrupción. Así, no se presentan contenidos que permitan endurecer las sanciones contra el personal que incurra en actos de corrupción, o fortalecer los procesos internos de tipo disciplinario contra los mismos.

Conclusiones

Las actividades desarrolladas por el Estado y sus agentes para el cumplimiento de los fines que le son propios constituyen la vía para la prestación de los servicios públicos y por excelencia la modalidad de actuación de cada uno debe estar dentro de un régimen de Estado de derecho, sometido a los mandatos normativos generales, tanto los consagrados en la constitución como los consagrados en la ley y reglamentos que la desarrollen, esto es lo que brinda la garantía de satisfacción de las necesidades públicas y prevalencia del interés general en la actividad de la administración.

Se entiende que el Ministerio de Defensa y la Dirección de la Policía Nacional, mediante políticas institucionales, han intentado afrontar la corrupción en su faceta de fenómeno y flagelo institucional, dejando la investigación y castigo de los casos particulares a los entes judiciales y disciplinarios encargados del tema, y acogiéndose a la normativa nacional que sobre el mismo se encuentra rigiendo. Esto es perfectamente válido, y genera las bases adecuadas para un proceso de transformación sólido y a largo plazo, indudablemente necesario.

Sin embargo, y a pesar de las buenas intenciones, sin unas herramientas especializadas, enfocadas a tratar de manera directa e inmediata con los miembros de la Policía que incurran en delitos de corrupción, es difícil que se logren resultados a corto plazo, o que se mejore de manera pronta la imagen institucional de la Policía Nacional, que en estos momentos se encuentra bastante debilitada por culpa de los señalamientos de corrupción realizados de manera periódica contra algunos de sus miembros, que a su vez son agravadas por la tendencia que, según la opinión general, tiene dicha institución a encubrir los errores de su personal frente a los medios y la opinión pública.

Por lo anterior, y habiéndose aceptado la importancia de la transparencia de la Policía Nacional para el mantenimiento de la institucionalidad y la imagen pública del Estado, se hace necesario que

el Poder Legislativo, quien por sus capacidades sería el directamente llamado a afrontar la problemática, establezca las herramientas faltantes para garantizar una adecuada investigación y sanción de los casos de corrupción que se presenten al interior de la Policía Nacional. En el caso del cohecho, un primer paso válido podría ser la creación de un agravante particular para los miembros de dicha institución, tal como se hizo con los miembros de los organismos de control. Agravante que estaría perfectamente justificado en la especial responsabilidad que, frente a la integridad de la imagen del Estado, tienen los miembros de la Policía Nacional.

Referencias

- CABALLERO, S. y Anzola, G. (1995). Teoría constitucional. Bogotá: Temis.
- Colombia. Consejo de Estado (2007). Radicado No. 25000-23-24-000-2000-00772-01 del 1º de noviembre de 2007.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia (2005). Sentencia del 6 de abril de 2005, proceso 20403. M.P. Herman Galán Castellanos.
- El Mundo. (25 de marzo de 2015). Gobierno apuesta a reforma para superar crisis. Disponible en: http://www.elmundo.com/portal/noticias/justicia/gobierno_apuesta_a_reforma_para_superar_crisis.php#.VRRdPI-41HRs
- El Tiempo. (20 de marzo de 2015). Las cinco grandes crisis de la justicia en la historia de Colombia. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/escandalo-en-la-justicia-colombiana/15430396>
- Foro Económico Mundial (2011). Informe de Competitividad Global 2011-2012. Ginebra: Foro Económico Mundial.
- Matallana, Ernesto (2009); Manual de Contratación de la Administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Noticiero de La FM; (2014) Más de 100 policías de tránsito están envueltos en casos de corrupción. Disponible en: <http://www.lafm.com.co/noticias/mas-de-100-policias-de-138789#ixzz3VarjvYSV>
- Organización de las Naciones Unidas – ONU (2010). Integridad y Responsabilidad de la Policía. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/>

justice-and-prison-reform/crimeprevention/The_Integrity_and_Accountability_of_the_Police_Spanish.pdf

Policía Nacional de Colombia. (2009). Política de Integridad Policial y Seguridad Operacional. Disponible en: http://www.policia.edu.co/documentos/tomos/tomos_uribe/TOMO%20III%20Politica%20de%20Integridad%20Policial%20y%20Seguridad%20Operacional.pdf

Policía Nacional de Colombia. (2013). Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano. Disponible en: http://www.policia.gov.co/imagenes_ponal/pagina_nueva/pdf/020513_PLAN_ANTICORRUPCION_ATENCION_CIUDADANO.pdf

Santofimio, J. (2003). Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Transparencia por Colombia (2014). Índice de Percepción de Corrupción 2014: la situación en Colombia no está mejorando. Disponible en: http://www.transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=594:indice-de-percepcion-de-corrupcion-2014-la-situacion-en-colombia-no-esta-mejorando&catid=94&Itemid=490

Villar, L. (2007). Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. *Revista Derecho del Estado*, (20), 73-96.

Capítulo 26

Afrontamiento orientado al problema en víctimas en conflicto armado, Cúcuta: Análisis desde la perspectiva de género^{1*}

*Anderson Moncada Grass², Lizeth Cardozo Rodríguez³,
Nidia Bonilla Cruz⁴, Julio César Contreras Velásquez⁵,
Linda Katherine Calderon Vera⁶*

*

Resumen

El conflicto armado interno en Colombia inicia a mediados de la década de 1950 con una serie de enfrentamientos entre grupos al margen de la ley, afectando a la sociedad civil bajo una secuencia de hechos victimizantes que generan una serie de consecuencias psicológicas en la población víctima. El presente artículo analiza la fiabilidad y la frecuencia del estilo de afrontamiento orientado al problema desde la perspectiva de género en Cúcuta, Norte de Santander, Colombia. El paradigma es positivista deductivo-lógico y descriptivo. Los datos se originan de una muestra de 40 personas pertenecientes a una asociación de víctimas del conflicto armado, de los cuales se eligieron 20 hombres y 20 mujeres por tipo de muestreo no probabilístico. El instrumento de evaluación utilizado sobre estrategias de afrontamiento está conformado por 20 ítems, con calidad de respuesta tipo Likert. El instrumento aplicado otorga una alta fiabilidad al obtener un coeficiente de alfa de Cronbach entre 0.891 y 0.908 para el afrontamiento orientado al problema. El contraste de hipótesis se deduce de cada una de las estrategias del afrontamiento orientado al problema mediante la prueba de U Mann-Whitney con nivel de significancia de 0.869 para el afronta-

* Ver página siguiente.

- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: Apoyo social percibido y afrontamiento desde la perspectiva de género en víctimas del conflicto armado, financiado por la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Colombia.
- 2 Psicólogo. Joven investigador. Adscrito al grupo de investigación Altos Estudios de Frontera (ALEF) de la Universidad Simón Bolívar. Correo electrónico: moncaderson@hotmail.com.
- 3 Psicóloga. Joven investigadora. Adscrita al grupo de investigación Neurociencias del Caribe de la Universidad Simón Bolívar. Correo electrónico: lizstefy@hotmail.com.
- 4 Psicóloga. Magíster en Orientación de la Conducta cognitiva conductual. Adscrita al grupo de investigación Procesos Sociales y Desarrollo Humano de la Universidad Simón Bolívar. Correo electrónico: n.bonillao1@unisimonbolivar.edu.co.
- 5 Ingeniero Industrial. Doctorando en Administración. Magíster en Administración de Empresas. Adscrito al grupo de investigación en Gestión de Innovación y Emprendimiento de la Universidad Simón Bolívar.
- 6 Psicóloga. Magister (c) en salud mental de la niñez y la adolescencia. Joven Investigadora Colciencias. Adscrita al grupo de investigación Neurociencias del Caribe y Altos Estudios de la Frontera

miento activo, 0.723 para el planteamiento, 0.723 supresión de actividades competentes, 0.235 postergación del afronte y 0.264 búsqueda del soporte social instrumental. Finalmente se concluye que no existen diferencias de género en el afrontamiento orientado al problema, utilizando como estrategias más representativas el planteamiento y la supresión de actividades competentes.

Palabras clave: Afrontamiento orientado al problema, perspectiva de género, víctimas.

Problem Oriented Coping in Victims of Armed Conflict, Cúcuta: Analysis from the Gender Perspective

Abstract

The internal armed conflict in Colombia began in the mid-1950s with a series of clashes between groups outside the law, affecting civil society under a sequence of victimizing events that generate a series of psychological consequences on the victim population. The present article analyzes the reliability and frequency of the problem-oriented coping style from a gender perspective in Cúcuta, Norte de Santander, Colombia. The paradigm is positivistic deductive-logical and descriptive. The data originate from a sample of 40 people belonging to an association of victims of armed conflict, of which 20 men and 20 women were chosen by non-probabilistic type of sampling. The evaluation instrument used on coping strategies consists of 20 items, with likert type response quality. The applied instrument provides high reliability by obtaining a Cronbach alpha coefficient between 0.891 and 0.908 for problem-oriented coping. The hypothesis contrast is derived from each of the problem-oriented coping strategies by the Mann-Whitney U test with significance level of 0.869 for active coping, 0.723 for the approach, 0.723 suppression of competent activities, 0.235 deferral

of Face and 0.264 search for instrumental social support. Finally, it is concluded that there are no gender differences in problem-oriented coping, using as the most representative strategies the approach and elimination of competent activities.

Keywords: Problem-oriented coping, gender perspective, victims.

Introducción

El conflicto armado inicia en la década de 1950 con la participación de unos actores principales como son: el Estado colombiano, y una serie de grupos armados al margen de la ley, las guerrillas de extrema izquierda y los paramilitares de extrema derecha cuyos enfrentamientos recrudecieron entre los años 1988 y 2003 con una serie de hechos victimizantes que atentaron contra la libertad y la integridad de la población colombiana (CNMH, 2011) unos de los hechos victimizantes son reconocidos como desplazamiento forzado; homicidios; masacres; minas antipersonales; secuestro; amenazas; torturas y demás sucesos victimizantes que afectaron directa o indirectamente a millones de personas denominadas víctimas del conflicto armado, según la Ley 1448 del 2011, artículo 3°, las define como personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños por hechos ocurridos a partir del 1° enero de 1985, como consecuencia a infracciones del derecho internacional humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

Rebollero y Rondón (2010), hacen énfasis en las capacidades que se mantienen en las personas y comunidades que han sido víctimas de la violencia sociopolítica en Colombia, resaltando, que a pesar de las experiencias dolorosas del conflicto y las respuestas emocionales al daño, surgen variables psicológicas tales como los estilos de afrontamiento, entre estas la estrategia de afrontamiento orientado al problema reconociéndose de forma más funcional ante situaciones que se puedan acceder a modificaciones (Gómez et al., 2006). Debido a los hechos victimizantes dentro del conflicto armado se afecta la salud mental de las víctimas y por ende sus áreas de

funcionalidad (Amaya y Carrillo, 2015). El CNMH (2011) identifica que los impactos del conflicto armado son complejos, de diverso orden, magnitud y naturaleza.

Estos impactos pueden estar influenciados por algunos factores los niveles de afrontamiento definidos por Lazarus y Folkman (1984), como aquellos esfuerzos cognitivos y conductuales constantemente fluctuantes que se originan con el fin de manejar las demandas específicas externas o internas que son percibidas como excedentes o desbordantes de los recursos con los que cuenta el individuo. Dentro de las estrategias de afrontamiento más utilizadas autores como Ramírez et al. (2016) señalan que más de la mitad del grupo poblacional utiliza estrategias de afrontamiento como esperar que las cosas se arreglen solas, y por otro lado el uso de la religión, evidencia cierta pasividad en su proceso de afrontamiento, según los resultados de la escala de estrategias de afrontamiento.

De acuerdo a lo anterior se tiene en cuenta la gran cantidad de personas que son consideradas víctimas en el marco del conflicto armado, entre ellos hombres y mujeres que vivencian de maneras distintas los efectos del conflicto, tal como lo plantea Truño (2007) debido a ciertas diferencias que existen entre hombres y mujeres de acuerdo al contexto social y cultural, haciendo acotación a diferencias de percepción, pensamiento, y costumbres de acuerdo a los roles que desempeñan en la sociedad. Haciendo la invitación a la implementación de estudios donde se resalte la identidad de género como una nueva perspectiva de investigación que genere miradas hacia la construcción de paz, ofreciendo una diferenciación de géneros.

La problemática actual radica en la baja producción científica en relación a la perspectiva de género, sobre las estrategias de afrontamiento que se utilizan en el afrontamiento orientado al problema y su distinción entre hombres y mujeres, entendiendo ejercen roles singulares dentro de la sociedad que afectan directamente la manera de afrontar el hecho victimizante (Gómez, 2015; Beristain, 1999).

Es así como el presente artículo analiza los recursos psicológicos que se manifiestan luego del hecho victimizante, como el afronta-

miento desde la perspectiva de género, ampliando la mirada a diversas posibilidades de impacto y respuestas tanto de hombres como de mujeres en relación con el conflicto armado (Cifuentes, 2009). La hipótesis se plantean tomando como base los estudios de Cabañach et al. (2013), donde se evidencia diferencias significativas en el afrontamiento entre hombres y mujeres en población universitaria, en relación a el manejo de situaciones estresantes; y del resultado obtenido en la investigación de Di-collredo et al. (2007), donde se evidencia diferencias significativas entre hombre y mujeres, en relación al afrontamiento orientado al problema.

Afrontamiento orientado al problema

Desde el enfoque de Carver (1989) se considera que los estilos de afrontamiento son un conjunto de reacciones que la persona utiliza ante momentos en los que los estímulos externos dan origen a la generación de respuestas internas que pueden ser estresantes o relacionadas con situaciones del estado de ánimo aversivas para el individuo, el cual se responsabiliza de contrarrestarlas, pudiendo darse de manera tanto abierta como encubierta, el mismo autor caracteriza tres estilos de afrontamiento, el cual se retoma el afrontamiento orientado al problema.

Este estilo de afrontamiento se caracteriza por evidenciar una constante búsqueda realizada por el sujeto con el fin de modificar la situación y disminuir la respuesta amenazante que se genera a nivel cognitivo, que se manifiestan en los efectos a nivel interior que realiza la persona, permitiendo que se logre una evolución óptima para mejorar la situación actual, en la mayoría de los casos, en el proceso de alejarse o disminuir el impacto emocional que la situación amenazante tuvo, se utilizan recursos con los que la persona contaba con anterioridad. A partir de esta definición surgen cinco estrategias de afrontamientos, el activo, planteamiento, supresión de actividades, postergación del afronte y búsqueda de apoyo social instrumental, conceptualizados a continuación desde los aportes de Carver.

- Activo, es una serie de procesos que efectúa la persona para poder realizar acciones específicas, que permitan aumentar los esfuerzos para poder alejarse o evitar el factor estresor o minimizar los efectos nocivos que este genera.
- Planteamiento, involucra la conducción que se le da al agente estresor a nivel de pensamiento, en relación a organizar acciones o estrategias por pasos, en los que se aclara cuál de las opciones que aparecen a nivel cognitivo y se puede seleccionar la manera más adecuada para enfrentar el problema.
- Supresión de actividades competentes, en este estilo de afrontamiento se puede identificar que se deja de lado el factor estresor, en algunos casos se permite pasar otro tipo de sucesos o actividades con la finalidad de poder evitar el estrés que produce cualquier suceso.
- Postergación del afronte, se refiere a dejar que se presenten oportunidades para poder emprender una acción sobre el problema, en este estilo se evita la ejecución de alguna acción prematura.
- Búsqueda de soporte social instrumental, se exalta el papel que juega la sociedad, pues en este estilo de afrontamiento se pone en marcha la búsqueda de opiniones, información, consejos o cualquier tipo de apoyo encaminada a poder dar fin al problema.

Metodología

La investigación está orientada desde un paradigma positivista deductivo-lógico de alcance descriptivo, con tipo de muestreo no probabilístico por conveniencia, se definieron los siguientes criterios de inclusión: (a) que sea mayor de edad (más de 18 años), (b) ser víctima del conflicto armado por cualquier de los hechos victimizantes y (c) que actualmente esté incluido en el Registro Único de Víctimas (RUV), los criterios de exclusión es (a) que no presente ningún tipo de trastorno neurológico, de aprendizaje o que impida la ejecución de los instrumentos a aplicar y (b) no saber leer. Se utilizó el Inventario

de estimación de afrontamiento (COPE) (Carver, Scheier & Weintraub, 1989), que consta de 52 reactivos en afirmaciones, que se evalúa de 1 a 4, en el que 1 es casi nunca lo hace y 4 hago esto con frecuencia, que relucen 13 tipos de afrontamiento descritos dentro de 3 grandes dimensiones que son el afrontamiento orientado al problema, afrontamiento orientado a la emoción y por último el afrontamiento evitativo, para la investigación se retoman las estrategias descritas dentro del afrontamiento orientado al problema, su coeficiente de confiabilidad varía de los 0.42 y 0.92 según el alfa de Cronbach.

El método de análisis de fiabilidad del instrumento, se realiza mediante el estadístico alfa de Cronbach, que permite estimar la consistencia a través del conjunto de ítems que se espera que midan el mismo constructo o dimensión teórica, el cual cuanto más cerca se encuentre el valor del alfa a 1 mayor es la consistencia interna.

Resultados

Los resultados de los coeficientes de confiabilidad para para los ítems del Estilo afrontamiento orientado en el problema, varían entre .891 y .908 (Tabla 1), las correlaciones entre los ítems y el puntaje total son superiores a 0,052, lo que evidencia correlaciones significativas (>0.3), entre los 20 ítems.

En la Tabla 2 se presenta la distribución de frecuencias de la estrategia de afrontamiento activo, en la que se determina el porcentaje de las respuestas de cada uno de los ítems que agrupados la evalúan.

Se puede evidenciar que en el ítem 1. Hago actividades adicionales para quitarme de encima el problema, 30% de la población femenina manifiestan que usualmente lo hacen y de igual cantidad lo hacen con frecuencia, el 20% casi nunca lo hace y a veces lo hace, en cuanto a la población masculina el 45% casi nunca lo hacen y el 5% lo hacen con frecuencia, en el ítem 14. Concentro mis esfuerzos en hacer algo respecto al problema El 35% de la población femenina manifiesta que a veces lo hace y de igual cantidad lo hacen con frecuencia, en cuanto a la masculina el 35% usualmente lo hace y el

Tabla 1. Análisis de fiabilidad: Estilo afrontamiento orientado en el problema

	Correlación total de elementos corregida	Correlación múltiple al cuadrado	Alfa de Cronbach si el elemento se ha suprimido
1. Hago actividades adicionales para quitarme de encima el problema	,052	,565	,908
14. Concentro mis esfuerzos en hacer algo respecto al problema	,641	,766	,892
27. Hago paso a paso lo que debe hacerse	,599	,695	,893
40. Realizo acciones dirigidas a enfrentar el problema	,505	,674	,895
2. Trato de idear una estrategia sobre lo que debo de hacer	,456	,531	,897
15. Hago un plan de acción	,588	,696	,893
28. Pienso bastante sobre los pasos que debo seguir	,660	,813	,891
41. Pienso en cómo podría manejar mejor el problema	,525	,783	,895
3. Dejo de lado otras actividades para poder concentrarme en el problema	,502	,641	,896
16. Me concentro en tratar este problema y, si es necesario, dejo de lado otras cosas	,666	,737	,891
29. No me dejo distraer por otros pensamientos o actividades	,310	,650	,900

Tabla 1. Continuación

	Correlación total de elementos corregida	Correlación múltiple al cuadrado	Alfa de Cronbach si el elemento se ha suprimido
42. Trato de evitar que otras cosas interfieran con mis esfuerzos para enfrentar la situación	,613	,710	,893
4. Me fuerzo a mí mismo (a) a esperar el momento apropiado para hacer algo	,282	,647	,901
17. No hago nada hasta que la situación lo permita	,605	,673	,893
30. Me aseguro de no empeorar las cosas por actuar demasiado rápido	,513	,704	,895
43. Me controlo para no hacer las cosas apresuradamente	,586	,716	,893
5. Le pregunto a personas que han tenido experiencias similares, qué hicieron	,467	,616	,897
18. Trato de conseguir el consejo de alguien sobre qué hacer	,631	,832	,892
31. Hablo con alguien que pueda saber más de la situación	,728	,869	,889
44. Hablo con alguien que pueda hacer algo concreto sobre el problema	,657	,781	,891

Fuente: Autores.

Tabla 2. Distribución de frecuencias: Afrontamiento basado en el problema, activo

		Género						
		Femenino		Masculino		Total		
		F	%	F	%	F	%	
Activo	1. Hago actividades adicionales para quitarme de encima el problema	Casi nunca lo hago	4	20,0%	9	45,0%	13	32,5%
		A Veces hago esto	4	20,0%	6	30,0%	10	25,0%
		Usualmente hago esto	6	30,0%	4	20,0%	10	25,0%
		Hago esto con frecuencia	6	30,0%	1	5,0%	7	17,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	14. Concentro mis esfuerzos en hacer algo respecto al problema	Casi nunca lo hago	2	10,0%	3	15,0%	5	12,5%
		A Veces hago esto	7	35,0%	5	25,0%	12	30,0%
		Usualmente hago esto	4	20,0%	7	35,0%	11	27,5%
		Hago esto con frecuencia	7	35,0%	5	25,0%	12	30,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Tabla 2 (Continuación)

		Género					
		Femenino		Masculino		Total	
		F	%	F	%	F	%
Activo	27. Hago paso a paso lo que debe hacerse						
	40. Realizo acciones dirigidas a enfrentar el problema						

Fuente: Autores.

15% casi nunca lo hace, en el ítem 27. Hago paso a paso lo que debe hacerse El 10% de la población femenina usualmente lo hacen y un 35% a veces lo hacen, un 65% de la población masculina usualmente lo hacen, en el ítem 40. Realizó acciones dirigidas a enfrentar el problema El 30% de las mujeres a veces lo hacen y un 30% de hombres usualmente lo hacen.

La Tabla 3 presenta la distribución de frecuencias de la estrategia de afrontamiento planteamiento, en la que se determina el porcentaje de las respuestas de cada uno de los ítems que agrupados la evalúan.

En cuanto a la estrategia de afrontamiento planteamiento se evidencia que en el ítem 2. Trato de idear una estrategia sobre lo que debo hacer, el 45% de las mujeres a veces lo hacen y el 5% casi nunca lo hace, en cuanto a los hombres el 40% usualmente lo hacen y el 10% casi nunca lo hacen, en el ítem 15. Hago un plan de acción un 30% de mujeres a veces lo hacen y un 20% casi nunca lo hacen, y 45% de los hombres usualmente lo hacen, y un 15% a veces lo hacen y con frecuencia lo hacen respectivamente, en el ítem 28. Pienso bastante sobre los pasos que debo seguir el 35% de mujeres a veces lo hacen y 15% casi nunca lo hace y 45% de los hombres usualmente lo hacen y 10% casi nunca lo hacen, en el ítem 41. Pienso en cómo podría manejar mejor el problema el 35% de las mujeres usualmente lo hacen mientras que un 10% casi nunca lo hacen, el 40% de los hombres usualmente lo hacen y el 5% casi nunca lo hacen.

En la Tabla 4 se presenta la distribución de frecuencias de la estrategia de afrontamiento supresión de actividades, en la que se determina el porcentaje de las respuestas de cada uno de los ítems que agrupados la evalúan.

En la estrategia de supresión de actividades para el ítem 3. Dejo de lado otras actividades para poder concentrarme en el problema el 35% de las mujeres hacen esto con frecuencia y el 15% a veces lo hacen, en cuanto a los hombres un 39% casi nunca lo hacen y un 20% lo hacen con frecuencia, en el ítem 16. Me concentro en tratar este problema y, si es necesario, dejo de lado otras cosas, de la población femenina 35% hace esto con frecuencia y el 15% a veces lo hacen, los

Tabla 3. Distribución de frecuencias: Afrontamiento basado en el problema, planteamiento

		Género						
		Femenino		Masculino		Total		
		F	%	%		F	%	
Planteamiento	2. Trato de idear una estrategia sobre lo que debo de hacer	Casi nunca lo hago	1	5,0%	2	10,0%	3	7,5%
		A Veces hago esto	9	45,0%	7	35,0%	16	40,0%
		Usualmente hago esto	7	35,0%	8	40,0%	15	37,5%
		Hago esto con frecuencia	3	15,0%	3	15,0%	6	15,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	15. Hago un plan de acción	Casi nunca lo hago	4	20,0%	5	25,0%	9	22,5%
		A Veces hago esto	6	30,0%	3	15,0%	9	22,5%
		Usualmente hago esto	5	25,0%	9	45,0%	14	35,0%
		Hago esto con frecuencia	5	25,0%	3	15,0%	8	20,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Tabla 3 (Continuación)

		Género					
		Femenino		Masculino		Total	
		F	%		%	F	%
28. Pienso bastante sobre los pasos que debo seguir	Casi nunca lo hago	3	15,0%	2	10,0%	5	12,5%
	A Veces hago esto	7	35,0%	3	15,0%	10	25,0%
	Usualmente hago esto	5	25,0%	9	45,0%	14	35,0%
	Hago esto con frecuencia	5	25,0%	6	30,0%	11	27,5%
	Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
41. Pienso en cómo podría manejar mejor el problema	Casi nunca lo hago	2	10,0%	1	5,0%	3	7,5%
	A Veces hago esto	6	30,0%	7	35,0%	13	32,5%
	Usualmente hago esto	7	35,0%	8	40,0%	15	37,5%
	Hago esto con frecuencia	5	25,0%	4	20,0%	9	22,5%
	Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Fuente: Autores.

Tabla 4. Distribución de frecuencias: Afrontamiento basado en el problema, supresión de actividades

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			F	%	F	%	F	%
Supresión de actividades	3. Dejo de lado otras actividades para poder concentrarme en el problema	Casi nunca lo hago	4	20,0%	6	30,0%	10	25,0%
		A Veces hago esto	3	15,0%	5	25,0%	8	20,0%
		Usualmente hago esto	6	30,0%	5	25,0%	11	27,5%
		Hago esto con frecuencia	7	35,0%	4	20,0%	11	27,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	16. Me concentro en tratar este problema y, si es necesario, dejo de lado otras cosas	Casi nunca lo hago	6	30,0%	5	25,0%	11	27,5%
		A Veces hago esto	8	40,0%	5	25,0%	13	32,5%
		Usualmente hago esto	0	0,0%	5	25,0%	5	12,5%
		Hago esto con frecuencia	6	30,0%	5	25,0%	11	27,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Tabla 4 (Continuación)

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			F	%	F	%	F	%
Supresión de actividades	29. No me dejo distraer por otros pensamientos o actividades	Casi nunca lo hago	3	15,0%	5	25,0%	8	20,0%
		A Veces hago esto	8	40,0%	6	30,0%	14	35,0%
		Usualmente hago esto	5	25,0%	6	30,0%	11	27,5%
		Hago esto con frecuencia	4	20,0%	3	15,0%	7	17,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	42. Trato de evitar que otras cosas interfieran con mis esfuerzos para enfrentar la situación	Casi nunca lo hago	3	15,0%	3	15,0%	6	15,0%
		A Veces hago esto	8	40,0%	8	40,0%	16	40,0%
		Usualmente hago esto	4	20,0%	6	30,0%	10	25,0%
		Hago esto con frecuencia	5	25,0%	3	15,0%	8	20,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Fuente: Autores.

hombres casi nunca lo hacen en un 30% y un 20% lo hacen con frecuencia, en el ítem 29. No me dejo distraer por otros pensamientos o actividades un 40% de las mujeres a veces lo hacen y un 15% casi nunca lo hacen, por su parte un 30% de hombres a veces lo hacen y usualmente lo hacen, en el ítem 42. Trato de evitar que otras cosas interfieran con mis esfuerzos para enfrentar la situación un 40% de mujeres a veces lo hacen y un 15% casi nunca lo hacen, 40% de los hombres a veces lo hacen y el 15% casi nunca lo hacen.

Se presenta en la Tabla 5 de distribución de frecuencias la estrategia de afrontamiento postergación del afronte, en la que se determina el porcentaje de las respuestas de cada uno de los ítems que agrupados la evalúan.

En la postergación del afronte se evidencia que en el ítem 4. Me esfuerzo a mí mismo (a) a esperar el momento apropiado para hacer algo, el 50% de mujeres usualmente lo hacen, y el 10% casi nunca lo hacen, el 35% de hombres usualmente lo hacen y lo hacen con frecuencia, en el ítem 17. No hago nada hasta que la situación lo permita 45% de mujeres a veces lo hacen y el 10% casi nunca lo hacen, el 35% de los hombres a veces lo hacen y usualmente lo hacen y un 5% casi nunca lo hacen, en el ítem 30. Me aseguro de no empeorar las cosas por actuar demasiado rápido el 35% de las mujeres casi nunca lo hacen el 10% hago esto con frecuencia, el 30% de los hombres a veces lo hacen y usualmente lo hacen y el 12,5% lo hacen con frecuencia, en el ítem 43. Me controlo para no hacer las cosas apresuradamente el 35% de mujeres a veces lo hacen mientras que el 15% lo hacen con frecuencia, y en un 30% de los hombres lo hacen a veces y usualmente.

La Tabla 6 de distribución de frecuencias presenta la estrategia de afrontamiento búsqueda de soporte social instrumental, en la que se determina el porcentaje de las respuestas de cada uno de los ítems que agrupados la evalúan.

En la estrategia de búsqueda de soporte social instrumental, en el ítem 5. Les pregunto a personas que han tenido experiencias similares, que hicieron, el 40% de las mujeres a veces lo hacen y un 10% lo hacen con frecuencia, 35% de los hombres casi nunca lo hacen y un

Tabla 5. Distribución de frecuencias: Afrontamiento basado en el problema, postergación del afronte

		Género						
		Femenino		Masculino		Total		
		F	%	F	%	F	%	
Postergación del afronte	4. Me fuerzo a mí mismo (a) a esperar el momento apropiado para hacer algo	Casi nunca lo hago	2	10,0%	3	15,0%	5	12,5%
		A Veces hago esto	3	15,0%	3	15,0%	6	15,0%
		Usualmente hago esto	10	50,0%	7	35,0%	17	42,5%
		Hago esto con frecuencia	5	25,0%	7	35,0%	12	30,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	17. No hago nada hasta que la situación lo permita	Casi nunca lo hago	2	10,0%	1	5,0%	3	7,5%
		A Veces hago esto	9	45,0%	7	35,0%	16	40,0%
		Usualmente hago esto	6	30,0%	7	35,0%	13	32,5%
		Hago esto con frecuencia	3	15,0%	5	25,0%	8	20,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Tabla 5 (Continuación)

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			F	%	F	%	F	%
Postergación del afronte	30. Me aseguro de no empeorar las cosas por actuar demasiado rápido	Casi nunca lo hago	7	35,0%	4	20,0%	11	27,5%
		A Veces hago esto	6	30,0%	6	30,0%	12	30,0%
		Usualmente hago esto	5	25,0%	7	35,0%	12	30,0%
		Hago esto con frecuencia	2	10,0%	3	15,0%	5	12,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	43. Me controlo para no hacer las cosas apresuradamente	Casi nunca lo hago	4	20,0%	4	20,0%	8	20,0%
		A Veces hago esto	7	35,0%	5	25,0%	12	30,0%
		Usualmente hago esto	6	30,0%	6	30,0%	12	30,0%
		Hago esto con frecuencia	3	15,0%	5	25,0%	8	20,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%

Fuente: Autores.

Tabla 6. Distribución de frecuencias: Afrontamiento basado en el problema, búsqueda de soporte social instrumental

			Género					
			Femenino		Masculino		Total	
			F	%	F	%	F	%
Búsqueda de soporte social instrumental	5. Le pregunto a personas que han tenido experiencias similares, qué hicieron	Casi nunca lo hago	6	30,0%	7	35,0%	13	32,5%
		A Veces hago esto	8	40,0%	3	15,0%	11	27,5%
		Usualmente hago esto	4	20,0%	4	20,0%	8	20,0%
		Hago esto con frecuencia	2	10,0%	6	30,0%	8	20,0%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	18. Trato de conseguir el consejo de alguien sobre qué hacer	Casi nunca lo hago	6	30,0%	5	25,0%	11	27,5%
		A Veces hago esto	8	40,0%	3	15,0%	11	27,5%
		Usualmente hago esto	3	15,0%	4	20,0%	7	17,5%
		Hago esto con frecuencia	3	15,0%	8	40,0%	11	27,5%
		Total	20	100,0%	20	100,0%	40	100,0%
	31. Hablo con alguien que pueda saber más de la situación	Casi nunca lo hago	5	25,0%	4	20,0%	9	22,5%
		A Veces hago esto	5	25,0%	4	20,0%	9	22,5%
		Usualmente hago esto	5	25,0%	6	30,0%	11	27,5%

Fuente: Autores.

15% a veces lo hacen, en el ítem 18. Trato de conseguir el consejo de alguien sobre qué hacer, el 40% de mujeres a veces lo hacen y un 15% usualmente lo hacen y lo hacen con frecuencia en iguales cantidades, el 40% de hombre lo hace con frecuencia y un 15% a veces lo hacen, en el ítem 31. Hablo con alguien que pueda saber más de la situación, las mujeres manifiestan en cantidades iguales cada una de las respuestas (25% en cada una de las opciones de respuesta) y en los hombres un 30% usualmente lo hacen y hacen esto con frecuencia, y un 20% casi nunca lo hacen y a veces lo hacen.

En la Tabla 7 se presentan la media y la desviación típica de cada uno de las estrategias de afrontamiento que componen al estilo de afrontamiento orientado al problema, haciendo la diferenciación por género, acompañado del total de la muestra de la investigación.

Con los resultados de la Tabla 7 Se demuestra que tanto en la población masculina como en la femenina las estrategias de afrontamiento (activo, planteamiento, supresión de actividades competentes, postergación del afronte y búsqueda de soporte social instrumental) que componen al estilo de afrontamiento orientado al problema se encuentra en un nivel moderado.

Para realizar el análisis comparativo entre género y las estrategias de afrontamiento, se plantea la hipótesis nula: existen diferencias significativas entre las medias de la muestra masculina y femenina, se contrasta la hipótesis planteada mediante la prueba de U Mann-Whitney para dos muestras independientes, para determinar si existen diferencias significativas entre las medias de las poblaciones masculinas y femeninas en las estrategias de cada uno de los estilos (Tabla 8).

Se evidencia que según el resultado del nivel de significancia bilateral de la prueba estadística U de Mann-Whitney, no existen diferencias significativas entre hombres y mujeres entre las medianas de las estrategias de afrontamiento, puesto que los resultados son superiores al 0.05, rechazando la hipótesis nula planteada de que existen diferencias significativas entre las medias de la muestra femenina y masculina de cada una de las estrategias.

Tabla 7. Media y desviación típica, estrategias de estilo de afrontamiento orientado al problema – género

	Género					
	Femenino		Masculino		Total	
	Media	Desviación típica	Media	Desviación típica	Media	Desviación típica
Afrontamiento activo	2,63	,74	2,53	,63	2,58	,68
Planteamiento	2,63	,79	2,70	,55	2,66	,67
Supresión de actividades competentes	2,63	,79	2,70	,55	2,66	,67
Postergación del afronte	2,48	,57	2,69	,73	2,58	,65
Búsqueda de soporte social instrumental	2,34	,88	2,66	,84	2,50	,87

Fuente: Autores.

Tabla 8. Estrategias de afrontamiento orientado en el problema, estadísticos de contraste^a

	Afrontamiento activo	Planteamiento	Supresión de actividades competentes	Postergación del afronte	Búsqueda de soporte social instrumental
U de Mann-Whitney	194,00	187,00	187,00	156,50	159,00
W de Wilcoxon	404,00	397,00	397,00	366,50	369,00
Z	-,164	-,354	-,354	-1,187	-1,117
Sig. asintót. (bilateral)	,869	,723	,723	,235	,264
Sig. exacta [$2^{*}(\text{Sig. unilateral})$]	,883 ^b	,738 ^b	,738 ^b	,242 ^b	,277 ^b

a. Variable de agrupación: Género.

b. No corregidos para los empates.

Fuente: Autores.

Discusión y conclusión

A partir de los resultados obtenidos en la investigación, se puede deducir que no existen diferencias estadísticamente significativas en el afrontamiento orientado al problema entre hombres y mujeres entendido como el estilo de afrontamiento en donde las personas buscan disminuir la respuesta amenazante a nivel cognitivo permitiendo una evaluación óptima (Carver, 1989). Los resultados demuestran que la estrategia más representativa son el planteamiento en el cual se busca una opción adecuada para resolver el problema y la supresión de actividades competentes en la que se deja de lado el factor estresor (Carver, 1989) guardando relación con los resultados expuestos por Freire et al. (2013) en el que reflejan la existencia de estrategias enfocadas a la reducción del estrés, en la que los hombres utilizan estrategias como reevaluación positiva y la planificación, acompañado de pensamiento positivo, planificar y gestionar recursos, y que las mujeres buscan más el apoyo social, a diferencia de los resultados obtenidos en los que las respuestas fueron mínimamente cercanas entre hombres y mujeres, no vivenciando una relación entre géneros, es decir que tanto hombres como mujeres utilizan los mismos estilos o estrategias de afrontamiento orientados al problema.

Referencias

- Amaya-Ropero, M. C., & Carrillo-González, G. M. (2015). Apoyo social percibido y afrontamiento en personas con dolor crónico no maligno. *Aquichan*, 15(4), 461-474.
- Beristain, C. M., & Dona, G. (1999). Reconstruir el tejido social: un enfoque crítico de la ayuda humanitaria (Vol. 146). Icaria Editorial.
- Cabanach, R. G., Fariña, F., Freire, C., González, P., & del Mar Ferradás, M. (2015). Diferencias en el afrontamiento del estrés en estudiantes universitarios hombres y mujeres. *European Journal of Education and Psychology*, 6(1), 19-32.

- Carver, C. S. (1989). How should multifaceted personality constructs be tested? Issues illustrated by self-monitoring, attributional style, and hardiness. *Journal of personality and social psychology*, 56(4), 577.
- Carver, C. S., Scheier, M. F. y Weintraub, J. K. (1989). Assessing coping strategies: a theoretically based approach. *Journal of personality and social psychology*, 56(2), 267.
- Cifuentes, M. R. (2009). La investigación sobre género y conflicto armado. *Revista Eleuthera*, 3, 127-164.
- Di-collaredo, C., Aparicio, D. y Moreno, J. (2007). Descripción de los estilos de afrontamiento en hombres y mujeres ante la situación de desplazamiento. *Psychologia. Avances de la disciplina*, 1(2), 125-156.
- Folkman, S., Lazarus, R. S., Gruen, R. J. y DeLongis, A. (1986). Appraisal, coping, health status, and psychological symptoms. *Journal of personality and social psychology*, 50(3), 571-579.
- Gómez, J. D. V. (2015). La acción y el enfoque psicosocial de la intervención en contextos sociales:¿ podemos pasar de la moda a la precisión teórica, epistemológica y metodológica?. *El Agora USB*, 12(2), 349-365.
- Lazarus, R. S. y Folkman, S. (1984). *Stress, appraisal, and coping*. Springer publishing company.
- Ramírez, N. H., Juárez, F., Baños, A. J. P., Luzardo, J. G., Chávez, Y. M. R., Castilla, A. M. S. y Amaya, M. V. V. (2016). Afectaciones Psicológicas, Estrategias de Afrontamiento y Niveles de Resiliencia de Adultos Expuestos al Conflicto Armado en Colombia. *Revista Colombiana de Psicología*, 25(1), 125-140.
- Rebolledo, O. y Rondón, L. (2010). Reflexiones y aproximaciones al trabajo psicosocial con víctimas individuales y colectivas en el marco del proceso de reparación. *Revista de Estudios Sociales*, (36), 40-50.
- Truñó, M. (2007). No solo víctimas: mujeres en el lugar social de víctima y relaciones de género. *Otro Derecho*, 36, 129-147.
- Gómez-Fraguela, J. A., Luengo-Martín, A., Romero-Triñanes, E., Villar-Torres, P., & Sobral-Fernández, J. (2006). Estrategias de afrontamiento en el inicio de la adolescencia y su relación con el consumo de drogas y la conducta problemática. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 6(3), 581-597.

La educación en Colombia: históricamente elemento jurídico político para el desarrollo social¹

Andrea Johana Aguilar Barreto²

Resumen

El presente artículo aborda la evolución y perspectivas de la educación, como proceso y medio para lograr la implementación efectiva del Estado social de Derecho, y ante el cual el estado se ha pronunciado a través de un amplio marco jurídico, que le orienta y estructura en procura de materializar de los fines esenciales del Estado; de esta manera tuvo por objetivo Analizar desde la perspectiva histórico estructural el aporte del sistema educativo al desarrollo social del país. El ejercicio investigativo, como análisis histórico jurídico recurrió al diseño hermenéutico, en el marco de un enfoque cualitativo, concluye en presentación de la educación como elemento regulado jurídicamente, en el marco de la filosofía política del país, en procura de alcanzar un óptimo desarrollo social. Se devela como la educación se

- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: El sistema educativo frente a los retos de las tecnologías de la comunicación en la generación actual. Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
- 2 Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. PhD (c), innovación educativa y TIC, Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES.

convierte en una estrategia que permite impulsar la gestión social, política y jurídica del Estado Colombiano, que ha ido evolucionando a través de los años, hasta reconocerle un papel preponderante en el cambio que han tenido las políticas públicas las cuales han dado directrices para mejorar la prestación educativa, tanto en cobertura como en calidad.

Palabras clave: Educación, estado social de derecho, evolución educativa, sistema educativo.

Education in Colombia: Historically political juridical element for social development

Abstract

This article addresses the evolution and perspectives of education, as a process and a means to achieve the effective implementation of the social State of Law, and before which the state has pronounced through a broad legal framework, which guides and structures it in. Seeks to materialize the essential purposes of the State; In this way aimed to Analyze from the structural historical perspective the contribution of the educational system to the social development of the country. The investigative exercise, as a legal historical analysis resorted to the hermeneutic design, within the framework of a qualitative approach, concludes in the presentation of education as a legally regulated element, within the framework of the political philosophy of the country, in search of achieving optimal social development. It is revealed how education becomes a strategy that promotes the social, political and legal management of the Colombian State, which has evolved over the years, until it recognizes a preponderant role in the change that the public policies have had. Have given guidelines to improve educational provision, both in coverage and in quality.

Keywords: Education, social state of law, educational evolution, educational system.

Introducción

[...] la expansión de la educación, tanto primaria como secundaria a lo largo de la primera mitad el siglo XX fue muy lenta. Las transformaciones educativas sólo empezaron a ocurrir en la década de los cincuenta, cuando se presentó un rápido y sostenido crecimiento económico y un cambio significativo en la estructura económica y demográfica del país. Desde 1950 y hasta mediados de los setenta, los indicadores educativos crecieron a un ritmo nunca antes visto. Sin embargo, la expansión de los indicadores educativos se freno desde mediados de los setenta y hasta principios de los ochenta, cuando se dio una nueva expansión en los mismos que se mantuvo hasta finales de siglo.

Ramírez, M. y Téllez, J. (2006). *La educación primaria y secundaria en Colombia en el siglo XX.*

La educación al ser concebida desde las estructuras sociales como un derecho de la persona; se convierte por definición en elemento fundamental del ser humano y su desarrollo, por ello al ser desarrollado como proceso, ya sea natural o intencionado, se debe garantizar el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la tecnología, y a los demás bienes y valores de la cultura, que esta se comprende cómo proceso social; que además del conocimiento aproxima al sujeto a los valores máximos que se espera rijan la sociedad: derechos humanos, la paz, la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

Durante mucho tiempo, la educación estuvo reservada para los miembros del clero y en muchas ocasiones a cargo exclusivo de la casta sacerdotal, constituyéndose históricamente el elemento que proveyó poderes que le permitían controlar a la sociedad. Así, la educación se convertía en elemento exclusivo y derecho reconocido a solo los más privilegiados. Esta situación continuo, después de varias alianzas religiosas y sus reformas promovidas por Martin Luther King, Calvino y otros personajes influyentes quienes iniciaron la idea de que la educación estuviera a cargo del estado; con esto se logra que la educación llegase a un amplio número de la población; sin embargo, seguían existiendo barreras para la clase menos favorecida, seguían teniendo derecho,

solo los más cercanos a las altas esferas del poder, puesto que gran parte, el sistema educativo seguía a cargo de las religiones y los gobernante; quienes poco se interesaban por brindar este beneficio a las mayorías, solo más allegados al poder eran quienes tenían derecho a ese privilegio, y la población mayoritaria en general, quedaba rezagada de este derecho, con las diferentes luchas de los pueblos y los intereses de quienes se sentían inquietos por brindar educación a gran parte de la población, en especial a las clases menos privilegiadas se ha logrado que la gran mayoría tenga derecho a la educación, aunque se seguían teniendo dificultades para ingresar al sistema educativo.

En Colombia, con los logros de la Constitución política (1991) se decretó la educación como un derecho fundamental para todos y un deber del estado, hacer que todos los colombianos tengan acceso a este derecho. Sin embargo seguían existiendo brechas enormes para acceder al servicio educativo, puesto que quienes no tenían como costearse no podían acceder a las aulas. En los últimos años los gobiernos han venido buscando e ideando diferentes formas para que la educación sea un derecho para todos los colombianos, que todos tengan igualdad de derechos y puedan acceder a la educación y no un privilegio para algunos pocos; el veinte (20) de diciembre de 2011 mediante decreto número 4807 se decreta la gratuidad de la educación en todo el territorio nacional.

En Colombia la educación desde las posturas de Min educación (2016) se define 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, en consecuencia el sistema que se encarga de su prestación debe dirigirse a la búsqueda y garantía de este propósito, lo cual exige el reconocimiento del contexto y variaciones de la realidad de las generaciones que se atienden dentro de él. 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, donde juega un papel vital el maestro como orientador del conocimiento que no solo debe darse en un aula de clase sino por el contrario trascender más allá de ella.

Materiales y método

Partiendo de la importancia y transcendencia que tiene la educación como elemento primordial que contribuye a la construcción de una sociedad al ser la encargada de ofrecer nuevos pensamientos e ideologías coherentes con la estructura filosófica del país donde se desarrolla, como lo expresa Aguilar (2016). Por tratarse la educación de un fenómeno social, la investigación cualitativa entendida como el conjunto de presupuestos, métodos, técnicas y herramientas para el abordaje de los fenómenos sociales, configura un “modelo práctico viable en los campos del saber humano, fundamentalmente en la educación como objeto de estudio psicopedagógico, sociológico, antropológico, etcétera” (Zabala, 2009). En este sentido, la investigación cualitativa ofrece las herramientas suficientes para que los investigadores en el campo educativo puedan cumplir con la finalidad de los estudios de naturaleza pedagógica.

Al abordar la revisión de la educación en el marco del sistema educativo como objeto de estudio para el desarrollo del presente capítulo se hizo necesario la indagación del amplio marco jurídico, expedido dentro del ordenamiento colombiano, y las distintas bases de datos científicas, con la intencionalidad de rastrear y fundamentalmente ubicar el objeto de estudio de la presente investigación en otros contextos internacional y nacional, donde se ha logrado la aproximación desde otras ópticas la realidad educativa y específicamente la del Colombia, desde la perspectiva de su sistema educativo; y que de igual forma permiten reconocer otros autores que fundamentan la evolución educativa, su regulación político-jurídica y su incidencia en el desarrollo social del país. Básicamente se presenta la evolución, estructura y alcances del sistema educativo en la materialización del estado social de Derecho, como mandato constitucional.

Evolución educativa

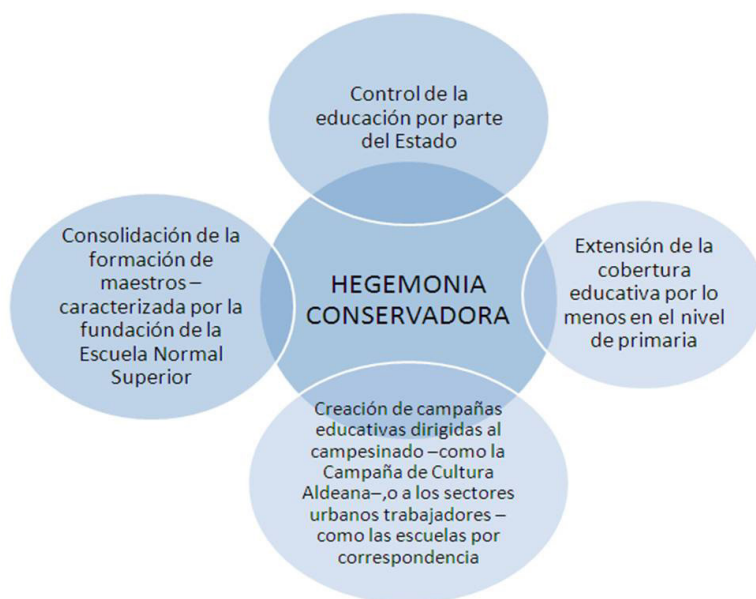
Concebir la educación es ante todo reconocerle como un proceso de reproducción y transformación cultural y ello implica el análisis y el uso de la cultura como escenarios para promover los procesos de

enseñanza y aprendizaje en las escuelas. Así, una de las principales funciones de las instituciones escolares en todos sus niveles es la formación de sujetos dinámicos y críticos de los fenómenos en los que se encuentran inmersos ofreciéndoles instrumentos que le permita una adecuada socialización o adaptación (Dewey, 2004)

Los cambios que ha venido teniendo la educación hasta el día de hoy: frente al inicio de los sistemas educativos nacionales, éste se encuentra en la conformación y consolidación de los Estados nacionales modernos (finales del siglo XVIII y principios del XIX), en la medida que a partir de la organización y control sobre la educación, se podría asegurar la promoción y difusión del ideario que legitimara el papel del Estado en la sociedad.

La caída de la hegemonía conservadora, en los inicios de la década del treinta, generó algunos cambios, tales como:

Figura 1. Elementos de la hegemonía Conservadora.



Fuente: Elaboración propia a partir de de Calvache (2004).

Sin embargo estos cambios no durarían mucho ya que con la terminación del mandato del gobierno de López Pumarejo y en medio de presiones políticas de las elites políticas, civiles y eclesiales se detuvieron toda clase de reformas.

La iglesia tomó el control educativo con el regreso del conservantismo, en los años 50 la educación se centró en que los estudiantes se desarrollaran en un ambiente de industria, debido a esto al final de la década la educación se orientó hacia el desarrollo y por ende el sistema educativo fue digno de ser planeado. Por tal motivo, durante los últimos treinta años el Estado colombiano apuntó, a metas políticas diversas y, así, la educación ha sido orientada a la consecución de tales fines. Aspectos como: Cobertura, Universalización de la primaria y luego de la educación básica, Reducción de la deserción, Financiamiento, Atención educativa especial (dirigida a grupos étnicos, adultos, etc.), Calidad y eficiencia; Son entre otros, aspectos relevantes en la construcción de la política educativa durante el periodo 1970-2002

En los años 80 los índices de escolarización aumentaron y se orientó al mejoramiento de la calidad de la educación.

Son muy pocos los datos que se tienen de la educación en Colombia durante el siglo XIX, pues fue un tema prácticamente inexistente dentro del cronograma del Estado colombiano, y por el contrario, más un asunto manejado, organizado e implementado por la iglesia católica y sus diferentes órdenes, en especial, dominicos y franciscanos, o de la iniciativa privada (Secretaría de Educación y Cultura de Bello, 2009). El desdén del Estado por regular y organizar la educación en el país generó que la educación en la primera parte del siglo XX avanzara de forma lenta sin mayores transformaciones. Así lo explica Ramírez y Téllez (2006) en su estudio sobre la educación primaria y secundaria en Colombia en el siglo XX:

La expansión de la educación, tanto primaria como secundaria, en Colombia a lo largo de la primera mitad del siglo XX fue muy lenta. El país presentó un bajo nivel de

escolaridad si se le compara con otros países de similar nivel de desarrollo, como el caso de los países latinoamericanos. De hecho, la relación entre los alumnos matriculados en la población primaria y el total de la población, fue en este periodo uno de los más bajos de la región. (p. 2)

Esta realidad continuaría sin grandes cambios hasta la mitad del siglo XX, cuando diversas misiones investigativas, incluyendo una realizada por la Organización Mundial del Trabajo (OMT) en la década de los sesenta, evidencian las múltiples falencias de los sistemas educativos de Suramérica, incluyendo la baja capacitación de los maestros, la incapacidad de atender a la demanda de la población y la poca cobertura para los escolares.

El estudio permitió evidenciar la necesidad de un nuevo sistema educativo, más amplio y acorde con la realidad social de América Latina (Lerma, 2007. p. 14). Todo esto conllevó a replantear el sistema educativo colombiano y un especial accionar del gobierno colombiano por incrementar la cobertura del sistema educativo. En este punto concuerda Ramírez y Téllez (2006) pues “las transformaciones educativas en Colombia sólo empezaron a ocurrir en la década de los cincuenta, cuando se presentó un rápido y sostenido crecimiento económico y un cambio significativo en la estructura económica y demográfica del país” (p. 3). Lo que se observa, por tanto, es que la educación en Colombia empezó a expandirse y moldearse conforme al paso y las dinámicas del sistema económico, otro sistema de naturaleza social pues ha sido producto, al igual que el sistema educativo, de la actividad del hombre.

Sin embargo la división nacional y la fragmentación del país como lo señala Yunis (2003), ha sido un obstáculo para redefinir la nación y crear una institucionalidad fuerte. Esto también ha sido un problema para la educación. Dice en este punto Rodríguez (2013) que a partir de las misiones realizadas, que vendría a corresponder con el periodo del Frente Nacional (1958-1974), se perdió por completo la posibilidad de la existencia de unas verdaderas políticas públicas colombianas en

materia de educación, al quedar subyugadas dichas políticas educativas a los dictámenes de entes internacionales e intereses extranjeros enmarcados en las reglas económicas. En esa medida, el comienzo y la historia de la educación en Colombia no ha podido en ninguna medida responder de forma acertada a las particularidades de las regiones y grupos sociales, pues al contrario, el sistema educativo, siendo un instrumento de control social (Crozier, 1969), ha colaborado en el adiestramiento de los individuos conforme a imposiciones externas.

Dicho criterio de sometimiento ha sido respaldado igualmente por Arnove (1973), quien considera que durante el periodo del Frente Nacional, el Estado colombiano recibió fuertes sumas de dinero por parte de entidades como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, 2011), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Banco Mundial (BM), y que estas entidades escogieron a Colombia como un escenario de prueba de políticas educativas, con lo cual las ideas foráneas vinieron a determinar la orientación del sistema educativo del país. Una posición similar a la de Arnove (1973) y Rodríguez (2013) es ostentada por Selowsky (1969) que sí bien era economista, estudió la relación entre desempleo, pobreza y educación en Colombia, tomando como referente el mismo periodo de tiempo.

Todo este conjunto de factores han conducido a modificar la perspectiva sobre lo que es la educación, su papel en la sociedad, la influencia del mercado sobre las políticas públicas educativas y el rol del Estado en este complejo panorama. Por este motivo, es que se ha dado un abordaje más amplio y profundo en el escenario político-educativo como lo indican Narodowski, Norez y Andrada (2002) quienes al referirse a los estudios realizados en los años ochenta y noventa, afirman que “los cambios acaecidos en la política y gestión de los sistemas educativos occidentales (...) constituyen una de las principales contribuciones de la producción académica de educadores e investigadores (...)” (p. 9).

El siguiente periodo a contemplar sería el inmediatamente posterior al Frente Nacional, y que abarcaría el tiempo correspondiente de 1976

a 1991. A grandes rasgos, puede hablarse aquí de un periodo con un enfoque cuantitativo. El Estado colombiano se centró en aumentar los factores numéricos y estadísticos positivos del sistema educativo: incrementar el número de docentes, el número de cupos estudiantiles, el número de planteles educativos y la cobertura geográfica del sistema, sin prestar demasiada atención a la parte cualitativa del mismo, es decir, la calidad y coherencia del sistema con las características y necesidades de la sociedad.

Sobre este periodo, Montañez y Vanegas (1998) sostienen que tuvo un enfoque netamente utilitarista, donde se apostó por un carácter instrumental de la educación, cuyo único fin era contribuir a la elevación de la productividad y del PIB, dejando por completo a un lado el papel de la educación como elemento que posibilita la realización del individuo a nivel social. Tanto en el periodo anterior como en este se observa que el sistema económico ha sido determinante en la organización de la enseñanza en el país.

Montañez y Vanegas (1998) plantearían, de igual forma, la existencia de dos sub-fases al interior de dicho periodo. La primera de ellas va de 1970 a 1978 y tiene un marcado enfoque centralista, a la vez que se ve la educación como un componente esencial del desarrollo rural integrado. La segunda etapa va de 1978 a 1986 y se cambia por completo la dinámica centralista (que al parecer no había funcionado) pasando a hacerse énfasis en la descentralización, a la vez que el enfoque integralista del desarrollo rural entra en declive.

En esta segunda etapa se da igualmente un énfasis en la educación de los adultos, dados los elevados índices de analfabetismo que aún persistían, y empiezan a intentar usarse medios alternos de educación, diferentes a la educación presencial en una institución educativa, a través de los medios de comunicación masivos tales como la radio y la televisión.

En pleno inicio de la década de los noventa, tiene lugar la Asamblea Nacional Constituyente, y se da el cambio de la Constitución Política

de 1986 a la actual Constitución de 1991. Dicha Carta Política vendría a otorgar, desde el mismo nivel constitucional, a la educación un doble carácter tanto de derecho fundamental como de *servicio público* que tiene una función social (Gonzales, 2007). Esto es de múltiples críticas pues se está frente a un fenómeno de una mercantilización de los derechos, convirtiendo las garantías inalienables y universales en servicios que tienen carácter económico y que son redefinidos por las reglas del mercado.

Sí bien la educación no fue incluida de manera directa dentro del aparte de los derechos fundamentales, en varias oportunidades la Corte Constitucional de Colombia, en sentencias de rango constitucional, ha estimado el derecho a la educación como un derecho fundamental, pues considera que “en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre [se trata de un] derecho fundamental (...)” (Huertas, 2010. p. 12).

Sin embargo, los cambios implantados por la Constitución no se verían de forma inmediata. La necesidad de reformar el marco normativo en los diversos campos de acción del Estado conforme al nuevo ordenamiento constitucional tomaría tiempo. Con la nueva Constitución la educación se traduce “en dos grandes procesos de concertación nacional: el primero en torno a la Ley General de Educación, y el segundo para la formulación del primer Plan Decenal” (Cajiao, 2004. p. 31). Hasta 1994 se emite la nueva Ley General de Educación, Ley 115 del 8 de febrero 1994, que señala las normas generales para regular el *servicio público* de la educación, el cual cumple una función social acorde con las necesidades e intereses de las personas, de la familia y la sociedad.

La citada Ley expone Contreras (2010, p. 99) se fundamenta en los principios de la Constitución Política sobre el derecho a la educación que tiene toda persona, en las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra y en su carácter de servicio público. Con el artículo 67 de la Constitución Política de 1991 se define y desarrolla

la organización y la prestación de la educación formal en sus niveles preescolar, básica (primaria y secundaria) y media, no formal e informal, dirigida a niños y jóvenes en edad escolar, a adultos, campesinos, grupos étnicos, personas con limitaciones físicas, sensoriales y psíquicas, con capacidades excepcionales, y a personas que requieran rehabilitación social.

Sobre el particular de dicha Ley, y sobre su materialización, el ya mencionado Lerma (2010) describe que:

Los desarrollos planteados por esta Ley han sido implementados de manera parcial en algunos casos y en otros quedaron desvirtuados por las dinámicas sociales, por ejemplo: la elaboración de Proyectos Educativos Institucionales sufrió un revés con la implementación de la política de integración de centros educativos que buscaba una mayor eficiencia de los recursos y la administración educativa; los foros educativos, cuyo propósito era el de reflexionar sobre el estado de la educación y hacer recomendaciones a las autoridades educativas para el mejoramiento y cobertura de la educación, han hecho énfasis en experiencias significativas y en los desarrollos de las áreas curriculares pero no han logrado incidir en la formulación de políticas educativas que conlleven el mejoramiento de la educación; el Gobierno Escolar no logró consolidarse como un espacio de participación e incidencia de la comunidad educativa. (p. 18)

En otras palabras, el ideal que se trazaba a través de la nueva Constitución Política y la Ley General de Educación, poco a poco han demostrado estar reducidas al papel y al discurso, pero no a la práctica viva de la educación en las escuelas. Sin duda alguna, tras más de 20 años de vigencia de la Ley 115 de 1994 no se ha logrado materializar la visión contenida del movimiento social y político que dio a lugar a comienzos de la década de los 90 en procura de la transformación

de la Nación. Existe una brecha que persiste hasta la actualidad entre educación/formación y necesidades de los grupos sociales. En parte, una de las causas de esta realidad es la incapacidad que han tenido los gobernantes de turno para dar continuidad a las políticas formuladas, pues las estrategias y acciones introducidas a los planes de gobierno sólo responden de manera parcial a los requerimientos y rompen con los intentos anteriores de materializar lo dispuesto en la Carta Política y la Ley General de Educación.

Iguales o similares pronunciamientos se han hecho desde diversos estamentos, tanto estudiantiles como docentes y sociales, que consideran que el tenor literal de la Ley se ha venido difuminando por posteriores pronunciamientos estatales, y en especial por la aplicación de unas políticas de tipo económico, que han entrado en detrimento de la calidad de la educación en favor de la rentabilidad y la auto-sostenibilidad presupuestal de las diversas instituciones. Como ejemplo de lo anterior, podemos citar los pronunciamientos de Hernández (2011) en su ponencia en el Simposio Universidad, Estado y Sociedad en la actualidad colombiana:

[...] el análisis del conjunto de orientaciones y expresiones normativas y de planeación del actual gobierno sobre educación superior permite afirmar que se trata de una profundización de la tendencia política que viene presentándose desde la década del 90. Esto es, una política orientada hacia la articulación de agentes estatales y privados a través de un mercado de competencia abierta entre instituciones educativas, sin diferenciación entre públicas y privadas, con mecanismos mínimos de regulación por parte del Estado y transformación del modelo de financiamiento, del subsidio a la oferta hacia el subsidio a la demanda.

Continuando con la línea temporal, en 1996 entra en vigencia el Plan Decenal de Educación, que podría ser considerado como el primer intento formal de parte del Estado colombiano de establecer una

política pública de educación, al sentar un marco de trabajo a 10 años, a lo largo de los cuales se llevarían a la práctica una serie de estrategias que tendrían como fin el crecimiento cuantitativo y cualitativo del sistema de educación colombiano. El objetivo esencial y cuya naturaleza entrañaba el Plan Decenal de Desarrollo Educativo era el de

[...] concitar la confluencia de voluntades y esfuerzos de toda la nación alrededor del proyecto educativo más ambicioso de nuestra historia: la formación de seres humanos integrales, comprometidos socialmente en la construcción de un país en el que primen la convivencia y la tolerancia, seres humanos con capacidad de discrepar y argüir sin emplear la fuerza, seres humanos preparados para incorporar el saber científico y tecnológico de la humanidad en favor de su propio desarrollo y del país. (Lerma, 2010. p.18)

Sin embargo, contra dicho Plan Decenal (y contra su sucesor, que entraría en vigencia en 2006 con el fin de continuar el proceso de transformación iniciado por el anterior Plan) se han elevado igualmente críticas similares a las que se presentaron contra la Ley General de Educación de 1994, referentes a la enorme diferencia que se viene presentando entre el discurso normativo y la realidad nacional. Y sobre la forma en cómo las diversas políticas económicas del Estado, de marcada tendencia neoliberal, han venido desvirtuando los postulados constitucionales y legales sobre el mencionado doble carácter de la educación. (Harvey, 2007).

Con la Ley 30 de 1992, en Colombia se gestionó un cambio al interior de la educación superior en concordancia con la apertura económica iniciada a principios de la década de los 90 y el modelo neoliberal, para lo cual se aplicó de forma sistemática y coherente las disposiciones de organismos como el BM.

Porestemotivo, explica Ortiz (2001) que se le permitió una autonomía financiera a las universidades para obligarlas a autofinanciarse y poner

estos costos a espaldas de los ciudadanos. Sí el ideal de la Carta Política del 91 y la Ley 115 de 1994 es la formación integral de los ciudadanos de manera plena de tal forma que puedan dar respuesta a las necesidades socio-políticas y económicas, y de cara a los problemas estructurales más profundos del país, no se encuentra razonable que un mínimo de jóvenes se encuentren en capacidad de acceder al sistema de educación superior debido a la poca ayuda estatal.

Y no se trata de una realidad lamentable que sólo se identifique con Colombia, pues otros países desde el punto de vista histórico experimentaron –y experimentan aún- la influencia externa de las políticas neoliberales que no permiten una verdadera auto-determinación de los pueblos, entendida la misma como la capacidad para impulsar su propio destino conforme a sus significados, creencias, valores y principios, es decir, su propia cultura, y aquello que consideran valioso reproducir a partir de la misma educación.

Herrera, *et. al.* (2005) describe que las reformas educativa en Colombia desde finales de la década de los 90 y comienzos del nuevo siglo, al igual que en otros países de la región, se han enfocado en reajustes estructurales con el propósito de cumplir las obligaciones que se desprenden de la deuda externa, produciendo “la implementación de un modelo general basado en la eficiencia económica y la lógica del mercado, en cuanto a la reorganización del sistema educativo y la redefinición de los roles que deben desempeñar los distintos actores sociales involucrados en este campo” (p. 90).

En otro documento de investigación donde se analizan los planes de desarrollo desde 1970 al 2002 con el objetivo de determinar el rumbo que han seguido las políticas públicas educativas en Colombia, Herrera e Infante (2004) describen que a las políticas educativas del país se han trasladado los objetivos del Estado gerencial, es decir, la concepción de Estado que tiende a equiparar el mismo a una gran empresa u organización de tipo económica donde son esenciales el logro de la eficiencia y la eficacia, la distribución de funciones y el apremio de lo económico sobre lo social.

Así las cosas, la orientaciones de organismos internacionales de naturaleza financiera tienen “un peso definitivo en el diseño de las políticas educativas [...], conduciendo de manera drástica a la imposición de reformas estructurales en los espacios en los que, tradicionalmente, el Estado benefactor había tenido mayor presencia, como en el campo de los derechos sociales” (p. 82).

Según la UNESCO (2005a), de las principales corrientes interpretativas en educación se pueden deducir importantes diferencias respecto de lo que constituiría la calidad educativa. Desde los enfoques humanistas, lo central es el desarrollo de las capacidades de los educandos para que construyan significados y den sentido a lo que aprenden, siendo el docente un mediador en dicho proceso. En función de esto, se exalta que los planes de estudio deban considerar las características y necesidades de cada estudiante para aprender y no ser el estanque que se llena de conocimiento sin procesar la información.

En la actualidad el Estado se ha enfocado en el desarrollo de acciones estratégicas en la educación para la mejora de la competitividad a través de la mejora de los indicadores de cobertura, calidad y eficiencia (MEN, 2010, p. 3). Esto significa que la dirección tomada por el Estado colombiano está centrada fuertemente en el mercado laboral y la productividad, y la manera como pretende alcanzar estos objetivos es a través de la administración eficiente de los recursos públicos. De acuerdo a la OCDE y al Banco Mundial (2012, p. 47) Colombia tiene un gasto total en educación del 7.65% del cual le corresponde a la educación superior un 1.96%.

Del 2007 al 2011 se ha presentado un incremento en este porcentaje, superando el gasto público promedio en América Latina. Entonces, no es precisamente en los recursos donde se encuentran los problemas de la educación sino en la administración de estos y en otras variables que requieren ser incluidas dentro de la lógica del sistema educativo nacional.

Resultados y discusión

Exigencia y presión internacional para el contexto educativo

En el año de 1972, la UNESCO, presentó el informe Faure Aprender a ser en el que sus investigadores sostuvieron la realidad que vivía el mundo frente a los progresos y aprietos en los que se encontraba la educación, en él “se advertía de la necesidad de abordar los requerimientos de una nueva situación social, las consecuencias del desarrollo científico y tecnológico y de la conveniencia de configurar las ciudades como entes educadores y solidarios” (Gimeno, 2008, p.19).

Posteriormente y siguiendo con la misma idea, pero más aterrizada en cuanto a cuales serían los cambios fundamentales en la educación para construir un aprendizaje de calidad en los sistemas escolares, para ello la UNESCO publicó el informe dirigido al Club de Roma en 1980 con el título Aprender, horizonte sin límites, elaborado por un equipo encabezado por los profesores de las universidades de Harvard, Rabat y Bucarest: J. W. Botkin, M. Elmandjra y M. Malitza.

El movimiento de Educación para Todos, acordado en la Conferencia de Jomtien, Tailandia en el año 1990, como un compromiso mundial coordinado por la UNESCO con el propósito de “proporcionar educación básica de calidad a todos los niños, jóvenes y adultos, en la que se hizo hincapié en que la educación es un derecho humano y se elaboró una visión integral del aprendizaje a lo largo de toda la vida” (UNESCO, 2011, p. 9).

Como consecuencia del compromiso mundial anteriormente citado, en 1996 Jacques Delors (ex presidente de la Comisión Europea), elaboró otro informe para la UNESCO La educación encierra un tesoro: En el que se trazan los rasgos de un sistema educativo más humanizado, democrático y solidario que combata el fracaso escolar, asentado en un aprendizaje de calidad, para lo cual se requiere una reformulación de los

distintos niveles educativos. Propone como orientación del currículum, más allá de las clasificaciones tradicionales de los contenidos, los cuatro pilares siguientes: aprender a conocer, aprender a hacer, aprender a convivir con los demás y aprender a ser (Delors, 1996)

En este proceso global de construcción de directrices para mejorar y en lo posible optimizar la educación, la UNESCO en 1999 contrató a Edgar Morín para que dirigiera a un grupo de pensadores expertos en educación a reflexionar sobre cómo educar para un futuro sostenible, que está contenida en la publicación *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Estos informes se han constituido en los lineamientos básicos a seguir por los diferentes Estados en sus procesos de elaboración de los proyectos de cambio en la educación de cada país, cuya finalidad es obtener la aprobación de las entidades supranacionales y la integración de su población educada en cuanto sus graduados poseen las competencias que exige el crecimiento económico de sus países y el mundo globalizado (UNESCO, 2005b, p.10)

La noción de educación desde la Ley 115 de 1994

En Colombia, la educación esta bajo la direccion del Ministerio de Educación Nacional (MEN), a quien le corresponde el segurmiento de la calidad educativo, es decir que esta se oriente al cumplimineto del estado social de drecho para cada uno de los ciudadanos. Esta entidad gubernamental encarga de organizar todo lo relacionado con el funcio-namiento de las instituciones, dicta todas las normas reglamentarias planteadas de acuerdo a las políticas educativas del país que pretenden llegar a una educación de calidad. Para ello han diseñado diversas es-trategias que les permiten llevar un seguimiento a cada una de las ins-tituciones educativas, en los aspectos relacionados con la organización de su estructura, de sus planes de área y asignatura, de los proyectos educativos y productivos de acuerdo al énfasis de la institución, regla-mentando las evaluaciones de calidad organizadas por el ministerio de educación (pruebas saber e icfes) y la promoción de estudiantes, ahora entre sus últimos aportes a la educación; diversas estrategia que culan

vinculan a los padres de familia en todos los aspectos del desarrollo institucional.

El sistema educativo colombiano se encuentra definido como un proceso de formación permanente que vincula los aspectos culturales, personales y sociales fundamentado en la concepción integral de la persona humana su dignidad derechos y deberes; dentro de este marco es necesario citar la Constitución Política de Colombia en la cual se debe basar todo proceso o normatividad nacional, allí se encontró que la educación es un servicio público, que debe tener una función social, servicio que debe ser regulado por el estado con el fin de velar por su calidad, el cumplimiento de sus fines y la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos, entre otros factores.

Específicamente en 1994 inicia un proceso de reglamentación de la Ley que año tras a año ha venido ampliando las contradicciones, especialmente, entre el gremio docente y los entes gubernamentales, en tanto, se ha tratado de legislar en medio de la tensión que producen las decisiones y acuerdos internacionales y las urgentes necesidades que presenta la educación en el territorio nacional.

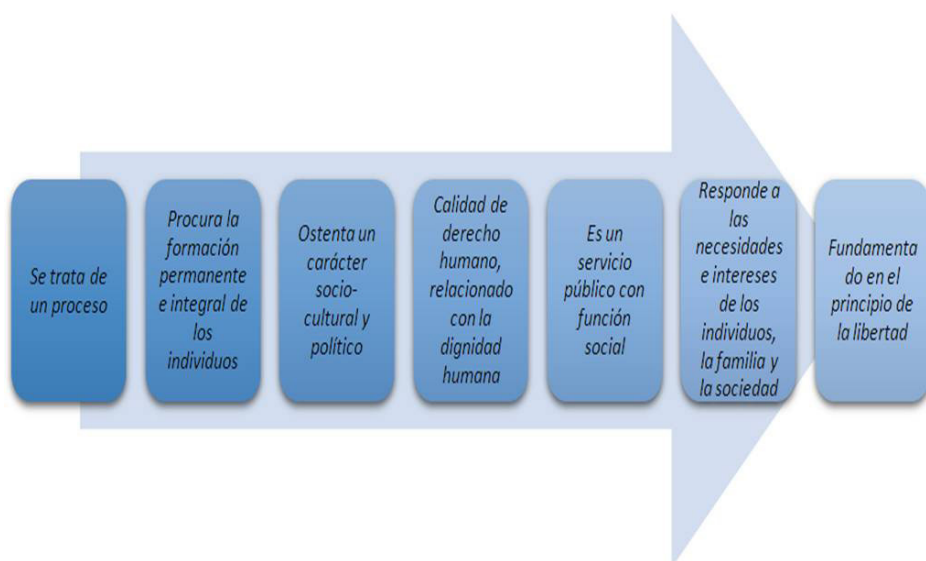
La Ley General de Educación ordena la constitución del Sistema Nacional de Evaluación de la Educación, cuya responsabilidad es evaluar la calidad de la enseñanza que se imparte, el desempeño profesional docente y de los directivos docentes, los logros de los alumnos, la eficacia de los métodos pedagógicos, de los materiales empleados, la organización administrativa y física de las instituciones educativas y la eficiencia de la prestación del servicio.

Un primer aspecto sobre el cual se debe reflexionar con el objetivo de comprender e interpretar el sistema educativo colombiano, es la misma noción de educación que se ha venido defendiendo desde la Ley General de Educación de 1994. Los sistemas sociales como lo es el sistema educativo, se encuentran moldeados por un conjunto de representaciones y significados que moldean la misma existencia, y por tanto, los mismos sistemas. Y en esa medida, comprender interpretación que se le ha dado a la educación en sí misma, es una

manera de hallar, por un lado, las razones que han llevado al diseño de un sistema educativo determinado, y por otro, verificar que tan próximo es el sistema educativo de la concepción construida y la realidad materializada.

El artículo 1° de la mencionada Ley dispone que la educación “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”. Además, el parágrafo 2° de la citada norma dispone se trata de un servicio público con función social que debe responder a “las necesidades e intereses de las personas, de la familia y de la sociedad”. Y por último, dispone que la educación debe atender los principios de derecho fundamental, y libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra. Una lectura detenida de lo expuesto pone de manifiesto una concepción amplia y compleja de educación en la que lo económico parece estar supeditado a lo social, aunque en la práctica educativa del país esto no ocurra.

Figura 2. Particularidades educativas a partir de la Ley 115 de 1994.



Fuente: Elaboracion propia

Siguiendo la línea anterior, se puede destacar que la noción de educación defendida por la Ley 115 de 1994 (Congreso de la República, 1994, 8 de febrero) tiene las siguientes particularidades:

1. *Se trata de un proceso:* la educación como sistema social comprende un proceso en la medida que está guiado por niveles y etapas, y supone un conjunto de ciclos que solo pueden ser alcanzados tras la culminación de determinados aprendizajes. Por otro lado, la educación de manera global encierra un proceso a nivel microsocioal guiado por las formas y reglas en que los individuos aprenden y que se fundamentan en los enfoques pedagógicos que adopta cada institución educativa mediante su Proyecto Educativo Institucional y diseño curricular, además de los lineamientos curriculares y estándares dispuestos por el Ministerio de Educación Nacional.
2. *Debe procurar por la formación permanente e integral de los individuos:* tal vez uno de los elementos de mayor relevancia dentro del sistema educativo colombiano, al menos desde lo formal, es la defensa que hace de la formación integral. La formación integral conlleva a que la dimensión cognoscitiva-cognitiva-lógica, emocional, corporal, estética, socio-política-comunicativa, corporal y ética del estudiante sea objeto de los procesos de enseñanza-aprendizaje en las escuelas. Implica, por tanto, que dentro del sistema educativo se adoptan las estrategias específicas para que ninguna dimensión quede excluida del proyecto educativo institucional ni el currículo.
3. *Ostenta un carácter socio-cultural y político:* la educación es entendida como un proceso de naturaleza socio-cultural y política, y ello significa que prevalece la necesidad de formar sujetos con capacidades para la sana convivencia, la transformación social y el desarrollo humano. También significa que el sistema educativo busca un ser humano tolerante, solidario y con un amplio sentido de lo público y su defensa. En este punto, lo económico no se encuentra por encima de lo social, convirtiéndose este último en un medio para el logro del

desarrollo humano pleno.

4. *Mantiene su calidad de derecho humano y está relacionado con la dignidad humana:* la introducción de la educación como derecho fundamental en la Carta Política del 91 se debe a un proceso de constitucionalización de los Derechos Humanos. La educación es adoptada como un derecho humano desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y se reitera esta concepción con el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Esto tiene una implicación relevante, pues a diferencia de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 donde el Estado tiene una obligación de no hacer para limitar su actuación y no desbordarse en su poder, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga a los Estados a una actuación específica pues debe procurar por la garantía de los derechos ahí consagrados. Por otro lado, la dignidad humana se convierte en principio del mismo accionar del Estado por lo que es imposible hablar de dignidad humana en ausencia de derechos insatisfechos como la salud, la vivienda, el trabajo o la misma educación. En otras palabras, la educación es elemento fundamental en la construcción y defensa de la dignidad humana.
5. *Es un servicio público con función social:* comprende a uno de los conceptos de mayor discusión. En la apreciación de algunos autores, la educación es reducida y minimizada al ser equiparada a un servicio público. Sin embargo, es nuestra posición que la educación es ante todo un derecho fundamental pero que sólo puede ser materializado a través de un servicio público con función social, y en tal medida, dicha concepción no reduce el papel de la educación ni distorsiona su naturaleza de derecho humano.
6. *Debe responder a las necesidades e intereses de los individuos, la familia y la sociedad:* la educación encuentra sentido, significado y utilidad cuando se convierte en dispositivo del mismo cambio social, es decir, al servir como instrumento que

permite afrontar las necesidades de los individuos a un nivel micro y macro social. Por ello, la Ley 115 de 1994 ha otorgado a las instituciones educativas la posibilidad y libertad de diseñar y poner en práctica su propio proyecto educativo. En esa medida, desde la legislación se comprende las marcadas diferencias entre las regiones, las ciudades y los sectores, siendo necesario un sistema educativo de tipo flexible.

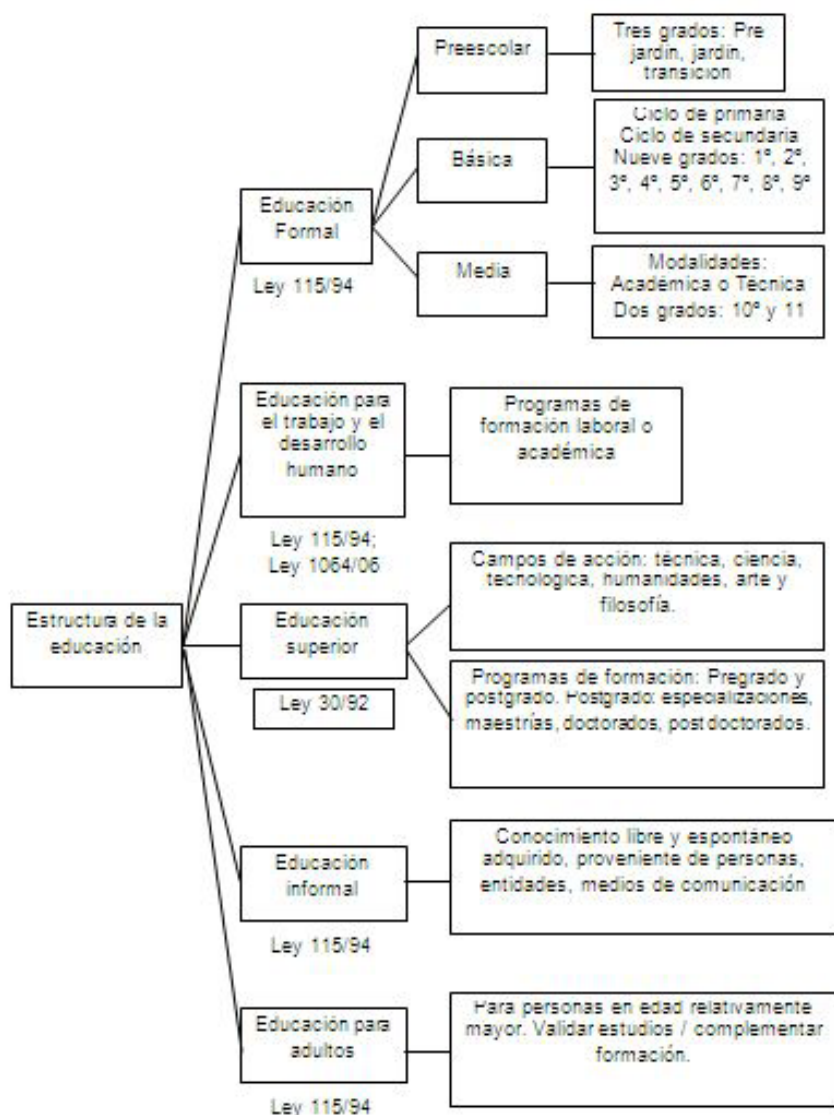
7. *Se encuentra fundamentado en el principio de la libertad:* la educación se sostiene en el principio de libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra. Esto tiene relación con el punto anterior, pues al variar las necesidades y los intereses de los individuos, la familia y la sociedad, se requiere de un sistema educativo que no obstaculice el cambio y la transformación permanente.

Elemento jurídico- político para el desarrollo social

La Carta fundamental de Colombia es la Constitución Política de 1991 y en ella se encuentra el Artículo 67: La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social, con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y servicios de la cultura. La educación formara al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia, y en la práctica para el trabajo y la recreación para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente. Así mismo, el artículo 71: La búsqueda de conocimientos y la expresión artística son libres. El estado creará incentivos para quienes fomentan la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones de la cultura.

Es preciso previo a abordar los elementos jurídicos, revisar la estructura de la educación en Colombia.

Figura 3. Estructura de la educación en el sistema educativo colombiano.



Fuente: Elaboración propia

De esta manera, La educación en Colombia ha tenido cambios significativos que en gran parte no se han evidenciado en el desarrollo de la sociedad, no obstante es necesario que se fortalezcan muchos aspectos que si bien es cierto ya están se desconocen, referidos en el documento de Delors (1996) quien argumenta los cuatro pilares de la educación como fundamento para llegar a la excelencia sin descuidar ninguno, en la práctica educativa: aprender a conocer, aprender a ser, aprender a hacer y aprender a vivir juntos.

El proceso enseñanza aprendizaje está en constante transformación donde es importante lograr mejorar el pensamiento de jóvenes que día a día llegan a las aulas de clase con expectativas de lo que van a encontrar en ella, donde se les pueda fortalecer un proyecto de vida fundamentado en sus ideales y poder transformar esos diamantes que llegan a las manos de miles de maestros en metas reales y que puedan emprender el verdadero viaje de sus vidas con los argumentos que se necesitan para enfrentar los retos que puedan encontrar en su camino.

La educación en la actualidad exige ser incluyente donde cada vez es mayor la diversidad en cuanto a creencias religiosas, grupos sociales, inclinaciones sexuales, etc. donde la institución educativa brinde las herramientas necesarias para que estas diferencias no sean distorsionadas sino por el contrario, bien orientadas para lograr una convivencia real y en paz.

Los ambientes escolares deben ser agradables y al mismo tiempo los maestros deben ser parte activa donde llamen la atención de los educandos y sean ellos mismos quienes deseen estar allí para fortalecer los conocimientos que ya tienen, siendo el maestro un orientador en quien depositen la confianza para poder desenvolverse en un mundo incluyente que cada día exige individuos más y mejor educados.

En el informe de Delors (1996) reafirma el concepto de “aprendizaje durante toda la vida” y corresponde a un mundo que cambia constantemente, donde el papel fundamental de las instituciones educativas y más aún del maestro es mayor ya que los niños, niñas, jóvenes y adolescentes pasan gran parte de sus vidas en las aulas y es

allí donde forman la gran parte de sus conocimientos.

De igual forma es importante ir de la mano con los avances tecnológicos ya que son el auge del momento y la mayoría de los estudiantes manejan las redes sociales y por lo tanto tienen en sus manos un celular el cual no debe convertirse en un distractor sino un aliado en las clases siempre y cuando el maestro busque las estrategias para poder usarlo sin que esto implique entrar en conflictos, sino por el contrario se convierta en una herramienta útil que pueda utilizarse para el bien común. Por otra parte es de vital importancia concientizar al estudiante de los riesgos que corren sin le dan mal uso al celular y a sus redes sociales, incentivar en ellos la confianza de contar lo que pueda suceder fuera de lo normal a una persona adulta y responsable.

La idea de una educación que prioriza lo socio-político desde la concepción de la Ley General de Educación se puede inferir en el mismo artículo 5° que describe los fines de la educación. Entre estos se encuentran: i) El desarrollo de la personalidad en un marco de formación integral y libertad conforme a la Carta Política, ii) El respeto de la vida, los Derechos Humanos, la pluralidad y la Ley iii) La formación para la participación y la sana convivencia, iv) La adquisición de saberes científicos, técnicos, tecnológicos y de investigación en las diversas áreas del conocimiento, v) La comprensión de la cultura del país y la diversidad étnica, vi) La cultura latinoamericana y la soberanía nacional, vii) El desarrollo de la capacidad crítica y reflexiva; viii) La formación de seres humanos con conciencia ambiental y para el logro del desarrollo sostenible; ix) El desarrollo de capacidades para el trabajo individual o colectivo pero desde una perspectiva social, x) La formación para la promoción de la salud y la higiene, el deporte y el uso adecuado del tiempo libre.

Los anteriores puntos permiten inferir una educación que se sustenta en la formación integral donde lo técnico-laboral no se extiende más que lo social. En efecto, sólo es nombrado en el numeral 11 el tema de la formación técnico-laboral pero se destaca en la misma que el sujeto de aprendizaje debe valorar el trabajo como “como fundamento del desarrollo individual y social”.

Conclusion

La última década se han observado grandes cambios en materia de políticas educativas, se pasó de la transmisión de conocimientos memorísticos dentro de una formación rígida en escuelas y colegios donde los padres autorizaban al maestro para el castigo con regla si se incumplía con la tarea a el desarrollo de competencias, habilidades, conocimientos y valores en un ambiente educativo más flexible pasando de contenidos memorísticos a una educación permanente en interacción con el mundo, dando un gran giro al concepto de calidad de educación en nuestro país.

Este cambio se generó durante el siglo XX dado a procesos de industrialización y consenso de políticas educativas latinoamericanas donde su preocupación se centra en mejorar la calidad educativa, es así como de los años 50 a los 90 en Colombia se observa una gran diferencia en el concepto de calidad educativa dando mayor prioridad a habilidades y competencias en la lecto escritura pensamiento lógicos matemáticos, los cuales son conceptos básicos para el manejo y dominio de otras áreas del conocimiento.

Entre los cambios más notables se observa la importancia del quehacer educativo centrado ya no en el maestro como pareciera que antes de los años 50 se daba, el centro de la educación es el estudiante, el estado y las políticas educativas centran su Ley y decretos en beneficio del estudiante, enmarcando algunos conocimientos en estándares básicos de competencia donde se garantice que en todas las instituciones públicas y privadas del país se den los mismos conocimientos para beneficio de movilidad del niño y joven que estudia en cualquier parte del país.

Colombia ha puesto a la educación como prioridad a nivel social donde ha dado grandes pasos para ofrecer una educación incluyente y de calidad, aumento el periodo de tiempo en que los niños van a la escuela por medio de la jornada única, ofreciéndoles alimentación y calidad en el uso del tiempo libre. La gratuidad es también uno de los factores que ha permitido aumentar la cobertura promoviendo esta

política logra que los niños ingresen a temprana edad y continúen en la educación superior esta última con beneficios al mejor desempeño académico.

En materia educativa lo trabajado y lo proyectado desde las políticas publicas ha tenido como propósito generar dar herramientas a los gobernantes para que fortalezcan la educación de cada departamento y se midan los niveles educativos en busca de alcanzar los mejores estándares y resultados que apunten a la excelencia de la educación en Colombia. Esta evolución, que aun continua, teniendo en cuenta se encuentra desplegando un gran componente educativo para ser implementado en el postconflicto, que busca crear políticas ambiciosas y todo ello alineado a la iniciativa del ser el país mejor educado de América Latina en el año 2025.

Referencias

- Aguilar barreto, A. (2016). “Políticas y Lineamientos de la educación matemática en el sistema educativo colombiano.” Andrea Johana Aguilar Barreto. En: la Educación matemática como herramienta en el desempeño profesional docente. Memorias del Encuentro Internacional de Educación matemática. pp. 173-180.
- Arnové, R. (1973). *Políticas educativas durante el Frente Nacional 1958 – 1974*. En: Ministerio de Educación Nacional (Edit.). *La Educación ante el Congreso (Prefacio)*. Bogotá: Ministerio de Educación Nacional.
- Cajiao, F. (2004). La concertación de la educación en Colombia. *Revista Iberoamericana de Educación*. (34), pp. 31-47
- Calvache (2004). Consolidación de la formación de maestros – caracterizada por la fundación de la Escuela Normal Superior. *Revista Los simbólicos edificios de la escuelas normales de cordoba (argentina)*. Rehla. Vol.6, año 2005, pp. 105- 126.
- Colombia. Congreso de la República (1992, 28 de diciembre). Ley 30 [Ley de Educación Superior]. Diario Oficial No. 40.700, del 29 de diciembre de 1992.

- Colombia. Congreso de la República (1994, 8 de febrero). Ley 115 [Ley General de Educación]. Diario Oficial No. 41.214, del 8 de febrero de 1994.
- Colombia. Congreso de la República (2006, 26 de julio). Ley 1064. Diario Oficial No.46.341, del 26 de julio de 2006.
- Contreras, Y. (2010). Sistema educativo y educación superior en Colombia: tensiones entre calidad y pertinencia en la escuela. *Logos ciencia & tecnología*, 1(2), pp. 96-105.
- Crozier, M. (1969). *El fenómeno burocrático*. Tomo II. Buenos Aires: Amorruto.
- Delors, J. et al. (1996). *La educación encierra un tesoro*. París. UNESCO. Madrid, Santillana.
- Dewey, J. (2004). *Democracia y Educación: una introducción a la filosofía de la educación*. Madrid: Morata.
- Gimeno, J. (2000). *La educación obligatoria: su sentido educativo y social*. Madrid: Morata.
- Gimeno, J. (2008). *Educación por competencias, ¿qué hay de nuevo?*, (comp.) Madrid: Morata.
- Gonzales, J. (2007). *Derecho a la educación y ciudadanía democrática: el derecho a la educación como desarrollo constitucional del pensamiento republicano cívico*. Bogotá: Ibáñez.
- Harvey, D. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid: Akal.
- Hernández, M. (2011). Política pública de educación superior en Colombia. En: Asociación de Profesores de la Universidad de Antioquia - ASOPRUDEA- (Edit.) *Memorias del Simposio Nacional Universidad, Estado y Sociedad en la actualidad colombiana*. Bogotá.
- Herrera, M. y Acevedo, R. (2004). Las políticas públicas y su impacto en el sistema educativo colombiano. Una mirada desde los planes de desarrollo 1970-2002 *Nómadas*. 1(20), pp. 76-84.
- Herrera, M., Infante, R., Pinilla, A. y Díaz, C. (2005). *La construcción de cultura política en Colombia*. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional.

- Huertas, O. (2010). La educación como derecho social: panorama colombiano. *Nova et Vetera*, 19(63), pp. 9-19.
- Lerma, C. (2007). *El derecho a la educación en Colombia*. Buenos Aires: Fundación Laboratorio de Políticas Públicas.
- Montañez, G. y Vanegas, S. (1998). *Evolución de las políticas y programas de educación rural 1974-1996*. Bogotá: Ministerio de Educación Nacional.
- Narodowski, M.; Nores, M. y Andrada, M. (Comp.) (2002). *Nuevas tendencias en políticas educativas. Estado, mercado y escuela*. Barcelona, Buenos Aires, Santiago de Chile y Montevideo: Granica.
- OCDE y Banco Mundial (2012). *La Educación Superior en Colombia*. Bogotá: OCDE y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/el Banco Mundial.
- Ramírez, M. y Téllez, J. (2006). *La educación primaria y secundaria en Colombia en el siglo XX*. Bogotá: Banco de la República.
- Rodríguez, H. (2013). En Colombia no han existido políticas públicas de educación. *Renovación magisterial*. 1(11). Recuperado de: <http://www.renovacionmagisterial.org/portada/pol%C3%ADticas-p%C3%ABlicas-de-educaci%C3%B3n-en-colombia>.
- Secretaría de Educación y Cultura de Bello (2009). *Política pública de educación con enfoque de derechos en el municipio de Bello: en voces de todos y todas*. Acuerdo Municipal No. 054.
- SELOWSKY, Marcelo. “El Efecto del Desempleo y el Crecimiento sobre la Rentabilidad de la Inversión Educacional: Una Aplicación a Colombia”. CEDE. 331:11/S46. CCRP. Revista del Departamento Nacional de Planeación. 1(2) 5-68, 1969.
- UNESCO (2005a). *Educación para Todos: El imperativo de la calidad*. Informe de Seguimiento de Educación para Todos en el Mundo. Ediciones UNESCO. París. Disponible en: www.unesco.org/education
- UNESCO (2005b). *Protagonismo Docente en el cambio educativo*. Proyecto Regional de Educación para América Latina y el Caribe, PRELAC. Santiago de Chile.

UNESCO (2011) La UNESCO y la educación: “Toda persona tiene derecho a la educación”. Publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, París: UNESCO.

Yunis, E. (2003). ¿Por qué somos así?: análisis del mestizaje. Bogotá: Temis.

Zabala, M. (2009). El Proceso de La Investigación Cualitativa en Educacion. *CEPIES Investigativa*. pp.113-130.

Capítulo 28

Desarrollo de la propiedad privada. Protección constitucional y civil en Colombia¹

*Gladys Shirley Ramírez Villamizar²,
Máximo Vicuña de la Rosa³*

Resumen

El capítulo estudia la institución de la propiedad privada y su evolución como derecho real y absoluto desde el ordenamiento civil y constitucional, con base en el derecho romano. Su investigación de base adoptó un enfoque epistemológico positivista con mirada paradigmática cualitativa y hermenéutica, para fortalecer el proceso de formación profesional de los estudiantes y profundizar acerca de la evolución histórica del derecho a la propiedad privada, como un fundamento del nuevo concepto de

-
- 1 Capítulo derivado del proyecto investigativo: “Emergente didáctico en la formación profesional del abogado en la Universidad Simón Bolívar frente a la tendencia antiformalista del derecho”. Adscrito al Grupo de Investigación ALEF, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.
 - 2 Abogada, conciliadora y Especialista en derecho de Familia de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, Magíster en Educación U. Simón Bolívar Sede B/quilla, directora del Programa Académico de Derecho y docente de Manejo y Negociación de Conflictos de la U. Simón Bolívar Sede Cúcuta. Responsable Email. sramirez@unisimonbolivar.edu.co
 - 3 Abogado, Universidad Libre Seccional Cúcuta, Especialista en Derecho Procesal y Docencia Universitaria, Candidato a Magister en Educacion, profesor del área privado y procesal del Programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar-Sede Cúcuta.: Email. mvicuna@unisimonbolivar.edu.co

propiedad, en calidad de derecho superior según la Corte Constitucional Colombiana.

Palabras clave: Derecho real, propiedad privada, propiedad constitucional, derecho fundamental, protección legal.

Development of Private Property Constitutional and Civil Protection in Colombia

Abstract

The overall objective of this work has to do with the study effected to the institution of private property and evolution as absolute real from the civil and constitutional order taking as its starting point the Roman law. The work was carried out following the eminently positivist epistemological approach with the paradigmatic gaze of qualitative and hermeneutical character. The intention is to strengthen the process of professional training of students deepening about the historical evolution of the right to private property as necessary basis for understanding the new concept of property as superior fundamental right defined by the Colombian Constitutional Court.

Keywords: In rem right, private property, constitutional property, fundamental right, legal protection.

Introducción

El capítulo corresponde al área del *derecho civil*, y es liderado por investigadores adscritos al programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, como espacio académico de estudio de la propiedad privada en función de sus manifestaciones, modos de adquisición y transmisión. Adopta como resorte disciplinar la asig-

natura titulada *Manejo y negociación de conflictos judiciales o extrajudiciales*, la cual aporta competencias para resolver litigios derivados de la perturbación a las facultades que entrega el dominio, y los atributos que gozan de protección constitucional y legal, ya que el derecho que se ejerce sobre los bienes debe cumplir la doble función de: ser un elemento indispensable para satisfacer las necesidades particulares del desarrollo digno de la persona, y cumplir con una función social y ecológica al servicio de la comunidad.

La investigación adopta un estudio hermenéutico de los acontecimientos normativos que generaron cambios en el derecho individual de la propiedad desde el derecho constitucional y el civil; toma como referente la concepción romanística y evoluciona hasta el concepto de *propiedad privada constitucional*, desarrollado magistralmente por la Corte Constitucional Colombiana a través de su línea jurisprudencial, por la vía del precedente vinculante.

El dominio o propiedad privada es una institución originada con el advenimiento del hombre; en el mundo jurídico occidental, su concepción, protección y ejercicio han tenido varios tratamientos de acuerdo con la fuente que la origina, bien sea el derecho romano, francés o anglosajón. En nuestro sistema legal, el concepto evolucionó desde el ámbito civilista y el constitucional a partir de la incorporación del precedente vinculante, el cual otorgó a la propiedad privada la categoría de derecho fundamental por conexión o irradiación.

La concepción de la propiedad varias épocas de la historia jurídica colombiana, ha incidido en la labor docente, el proceso de aprendizaje y el ejercicio profesional, especialmente al abordar la solución de litigios relativos al derecho privado. Por esta razón, la investigación representa un interés académico y una herramienta para facilitar la comprensión del nuevo concepto de la propiedad constitucional como un derecho fundamental, en los actores vinculados en los procesos de enseñanza-aprendizaje.

El documento comprende dos capítulos: el primero hace referencia a la consolidación de la propiedad privada en Colombia según la ruta trazada por el derecho romano, francés y el sistema

jurídico nacional, y concluye con la protección que proporciona el ordenamiento a la propiedad privada desde la disciplina constitucional y civil.

Metodológicamente la investigación responde al siguiente interrogante: ¿De qué manera ha evolucionado el carácter absoluto y perpetuo de la propiedad privada desde la norma civil y constitucional en Colombia?; para resolverlo se empleó el método deductivo con fundamento epistemológico positivista, siguiendo la ruta paradigmática de la lógica y la hermenéutica jurídica para desentrañar el significado y el sentido de la norma (Llerena, 2001, p. 109), e interpretarla a través de la metodología jurídica asociada a las escuelas de esta naturaleza.

Se encontraron múltiples dificultades y limitaciones durante el proceso investigativo, entre ellas la más significativa fue la conjugación de tendencias de quienes adoptan la propiedad como un derecho real y absoluto, según el cual se faculta al titular para ejercer a su arbitrio las facultades de uso, goce y disposición, sin considerar el derecho ajeno frente aquellos que consideran que los atributos del dominio deben cumplir una función común o social.

Evolución de la propiedad privada en Colombia

En este sentido, en el ser humano surge la necesidad del usar las cosas que brinda la naturaleza como indispensables para asegurar la existencia, y por ende, la idea de apropiárselas; este principio instó al *iusnaturalismo* a considerar que el dominio o propiedad fue inicialmente un derecho natural (Roncalli & Ángelo, XXIII, 1963.)⁴

4 La Carta Encíclica *PACEM IN TERRIS* promulgada por su SANTIDAD JUAN XXIII, en el año de 1963 expresa que: 21. También surge de la naturaleza humana el derecho a la propiedad privada de los bienes, incluidos los de producción, derecho que, como en otra ocasión hemos enseñado, constituye un medio eficiente para garantizar la dignidad de la persona humana y el ejercicio libre de la propia misión en todos los campos de la actividad económica, y es, finalmente, un elemento de tranquilidad y de consolidación para la vida familiar, con el consiguiente aumento de paz y prosperidad en el Estado. 22. Por

Para la cultura jurídica occidental de tendencia romanística, las cosas que prestaban utilidad a las personas (bienes) y sobre las cuales se ejercía señorío o dominio, fueron consideradas como derecho exclusivo (facultad o poder), absoluto, perpetuo y real, cuando ingresaba al patrimonio del ciudadano mediante instrumentos legales (mancipatio y la in jure cessio), y otorgaban a su al titular el poder de usarlas y disponer de ellas bajo su propio arbitrio (ius utendi, ius fruendi y ius abutendi) y sin limitación.

Los doctrinantes afirman unánimemente que en la cultura jurídica romana no existió una definición concreta sobre el dominio o propiedad, aunque el formalismo romano –aún existente en nuestro medio– estudió a fondo sus facultades y atributos. Se afirmar que la propiedad era un derecho real individual absoluto que facultaba al titular para obtener todos los beneficios del bien, y transferirlo a su arbitrio mediante los mecanismos que le otorgaba la ley; al decir de los teóricos del derecho francés Planiol & Ripert (1983, p. 295), Roma organizó modos especiales para transmitir la propiedad, inicialmente a través de la mancipatio y la in jure cessio, que luego fueron reemplazados en el derecho de Justiniano, por la actual tradición operante en el derecho colombiano a través de la teoría del título y el modo.

Con la vigencia del Artículo 544 del código de napoleónico de 1804, la propiedad fue definida como “el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta mientras no se haga un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos”; se inició el paradigma de los *derechos subjetivos* que desarrollan la concepción individualista de la propiedad privada en el derecho francés, luego introducida en el derecho civil colombiano en el Estado de Santander hacia el año 1858.

El dominio fue considerado como un derecho real de carácter privado, y fue reglamentado en el Artículo 669 del Código Civil (Colombia, Congreso de la República, 1887), para otorgar atributos de

último, y es ésta una advertencia necesaria, el derecho de propiedad privada entraña una función social.

uso, goce y disposición que podían ejercerse incluso de forma arbitraria; este criterio evolucionó con la llegada del *precedente vinculante obligatorio* que eliminó del texto la palabra “*arbitrariamente*” (Sentencia, C-595/99). En la actualidad, la propiedad es un *derecho fundamental* por conexión o irradiación con el derecho a la vida, la integridad física y el trabajo; dicho concepto es aplicado actualmente por el juez para resolver controversias derivadas de la propiedad, como lo afirma la doctrina de la Corte en su Sentencia, T-580/11.

Partiendo de dicha premisa, para la academia resulta pertinente el estudio de la evolución del derecho de propiedad y el efecto *erga omnes*, en razón a que genera atributos a favor de su titular, y toma como horizonte el desarrollo jurídico de la propiedad desde la constitución de 1821 hasta la construcción del nuevo Estado Social de Derecho magistralmente desarrollada por la honorable Corte Constitucional Colombiana.

El reconocimiento y la protección eficaz del derecho de dominio privado se inició en Colombia con la vigencia de la Constitución de Cúcuta de 1821⁵, (Colombia. Congreso de la República), que según el Artículo 177 prohibió la expropiación o el despojo de la propiedad sin previo consentimiento del titular, consagrando como único instrumento para la limitación de las facultades de uso, goce y disposición la prevalencia del interés general sobre el particular.

La Constitución de 1886 (Colombia, Asamblea Nacional Constituyente) apoyada en la teoría de los derechos adquiridos con justo título, incorporó en el Artículo 32⁶ el reconocimiento indirecto de la

5 Constitución Política de 1821. Artículo 177.- Ninguno podrá ser privado de la menor porción de su propiedad, ni ésta será aplicada a usos públicos, sin su propio consentimiento, o el del Cuerpo Legislativo; cuando alguna pública necesidad legalmente comprobada exigiere que la propiedad de algún ciudadano se aplique a usos semejantes, la condición de una justa compensación debe presuponerse.

6 Constitución Política de 1886 Artículo 32.- En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena, o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes. Por graves

propiedad privada desarrollado por el Artículo 669 del Código Civil, según los postulados del Derecho romano, el código napoleónico de 1804 y el Código Civil chileno, al definir la propiedad como aquel derecho subjetivo calificado como real, que se ejerce sobre los bienes y que concede al titular las facultades de gozar y de disponer de ellos a su arbitrio.

El Código Civil de 1887 incorporó la teoría de los derechos subjetivos (Art. 669⁷) al permitir al titular del derecho de dominio ejercer de libremente y sin ninguna limitación, los atributos de usar, obtener beneficios y disponer voluntariamente de los bienes, siempre que dicho derecho lo hubiera adquirido con arreglo a las normas legales, es decir, utilizando la teoría del justo título y modo.

Comentando sobre la evolución histórica del concepto de *propiedad* en nuestro medio, Carvajal (2002, p. 173) afirmó que: después de la independencia en el territorio colombiano siguió vigente la estructura social, económica y jurídica heredada de España, pero a mediados del siglo XIX, la herencia colonial parecía llegar a su fin cuando se pretendió romper con esta tradición, imitando el modelo económico, político y jurídico de Inglaterra y Francia. Afirma, que en materia jurídica hubo dos elementos hegemónicos: el primero, de ámbito constitucional copió el pensamiento contractual de los pensadores europeos (Locke, Mostequeau y Ruosseau); posteriormente emergió Francia como referente al implementar su código civil, cuyo fundamento fue la apropiación privada de la tierra.

Posteriormente Colombia se constituyó como Estado Social de Derecho, y en cumplimiento de este nuevo paradigma, la Constitución de 1991 (Artículo 58) consagró el derecho a la propiedad indivi-

motivos de utilidad pública, definidos por el Legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa, mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad, antes de verificar la expropiación.

- 7 Código Civil. Artículo 669. CC. Concepto de dominio. El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.

dual, y fijó los parámetros de limitación al ejercicio absoluto, basados en el respeto por el derecho ajeno, la función social y ecológica que ella debe cumplir.

Respecto a la limitación al carácter absoluto e individual de la propiedad, la máxima corporación constitucional (Sentencia, C-306/13) señaló que el derecho moderno reconoce la propiedad con facultades relativas, porque los principios de orden filosófico y político han evolucionado, de manera que cada cambio influye en su consolidación jurídica, y limita en buena medida el conjunto de atributos o poderes exorbitantes reconocidos a los propietarios cuando median razones de interés general.

Este mismo órgano jurisdiccional en su afán de adaptar el ordenamiento positivo civilista a la nueva concepción del Estado social de derecho (Sentencia, C-595/99), eliminó la palabra *arbitrariamente* del supuesto de hecho consignado en el Artículo 669 del Código Civil, el cual define la propiedad, como un derecho fundamental individual, en el cual los atributos de goce y disposición no pueden afectarse de ninguna manera por las limitaciones establecidas en la ley y los límites del derecho ajeno, pues todo derecho tiene que armonizarse con las normas constitucionales por ser la instancia suprema y por la primacía del interés general.

Frente al criterio individualista y absoluto de la propiedad Duguit, Alessandri & Sumarriva (1987, p. 141), negaron la existencia de los derechos subjetivos (facultades) y postularon la teoría de la propiedad privada, no como derecho sino como *función social*; Duguit afirma que el propietario detentador de una riqueza, debe darle esa función, porque en la medida en que la cumpla, sus actos serán sujeto de protección por parte del ordenamiento.

La exigencia de la función social que debe cumplir la propiedad privada hace relación al adecuado uso y goce individual de los bienes, con tal que no solo benefician al titular y a su entorno familiar, sino que además, irradian de manera permanente a las personas que hacen parte de la zona de influencia local, regional y nacional donde se ubican.

La función social de la propiedad incorpora obligaciones conducentes a limitaciones (Sentencia, C-666/10), al contenido individual de las facultades del propietario según la concepción duguitiana de la propiedad; la función social consiste en que el derecho de propiedad debe ejercerse en forma tal que beneficie a la sociedad, dando la destinación o uso acorde con las necesidades colectivas y respetando los derechos de los demás.

Actualmente la propiedad se relaciona con la limitación del ejercicio el medio ambiente, teniendo en cuenta que este es patrimonio de la humanidad, y resulta indispensable para la supervivencia y el desarrollo económico de la sociedad, como principio plasmado en el numeral 1° del Artículo 2° del Decreto 2811 de 1974 (Colombia, Presidencia de la República, 1974). Según este precepto, el Estado Colombiano y los asociados están obligados a conservar, mejorar y utilizar racionalmente los recursos naturales renovables bajo el principio de equidad, para asegurar el desarrollo armónico del hombre junto con la atmósfera, el espacio aéreo, aguas en cualquiera de sus estados, suelo, subsuelo, flora y fauna entre otros.

En lo referente a la función ecológica de la propiedad privada, la Sentencia (C-189/06) de la Corte Constitucional enuncia que ésta se relaciona con el medio ambiente sano y por consiguiente su protección es deber del Estado y los habitantes, siendo el legislador el ente gubernamental encargado de restringir la libertad individual del propietario, para lograr la conservación o preservación de los recursos naturales renovables.

La concepción dualista colombiana del Artículo 669 del Código Civil que considera la propiedad como valor intrínseco (facultad) para ejercer poder o señorío sobre un bien (derecho real), evolucionó después de la promulgación del Estado social de derecho, y actualmente representa un derecho fundamental por conexión o irradiación, porque el dominio o propiedad se consideran parte de la esencia del ser humano. En relación al tema la Corte Constitucional en la Sentencia (T-506/02) afirmó que:

La posibilidad de considerar el derecho a la propiedad como derecho fundamental depende de las circunstancias específicas de su ejercicio. De aquí se concluye que tal carácter no puede ser definido en abstracto, sino en cada caso concreto. Sólo en el evento en que ocurra una violación del derecho a la propiedad que conlleve para su titular un desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida a la dignidad y a la igualdad, la propiedad adquiere naturaleza de derecho fundamental y, en consecuencia, procede la acción de tutela. Dentro de este marco general, el reconocimiento de la propiedad, entendido como un derecho fundamental se presenta siempre que sea ejercido dentro de los límites que imponen las leyes y el orden social. No puede alegarse la violación de un derecho, en este caso la propiedad, cuando existe duda sobre la adquisición o la licitud del objeto que se busca amparar.

En este sentido emerge la propiedad privada constitucional a partir del precedente vinculante jurisprudencial, que asume el señoría de la persona sobre los bienes no como una facultad o poder para obtener beneficios, sino como un derecho vital para la existencia de las personas y su desarrollo digno; se entiende como un derecho fundamental que opera como principio (Sentencia, T 381/14) y fundamento del Estado social de derecho; finalmente como valor que representa un ideal de corrección que el Estado debe preservar, como lo expresa la sentencia C-336/08:

Declarar que la dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para el Estado a quien corresponde velar porque ella cuente con condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida. Por condiciones inmateriales se entienden los requerimientos éticos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que siendo intangibles e inmanentes deben ser amparados por el Estado, pues de otra manera la persona podría ser objeto de atentados contra su fuero íntimo y su particular mane-

ra de concebir el mundo. Por condiciones materiales han de entenderse los requerimientos tangibles que permiten a la persona vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades, le permiten realizar su particular proyecto de vida.

En relación a la propiedad como derecho fundamental, Santaella (2011, p. 233-253) expresa que este derecho no puede considerarse como una simple facultad de usar y gozar una cosa, no siendo contra la ley ni contra el derecho ajeno, como lo contempla el Artículo 669 del Código Civil; según esto, la propiedad debe tener un radio de acción más amplio y un contenido más genérico. Explica que la concepción plasmada en la codificación resulta estricta y estrecha para desempeñar la responsabilidad demandada por la Constitución para este derecho, en lo referente a la disciplina de las relaciones entre el Estado, las personas y lo adquirido por estas.

En conclusión, el sistema jurídico mixto (*formalismo*) que opera en Colombia representado por el ordenamiento positivista, consagra y tutela el derecho de la propiedad privada en el Artículo 58 superior y el Artículo 669 del Código Civil, así como el *antiformalismo* con el advenimiento del precedente vinculante obligatorio, que nace de las providencias proferidas por la Corte Constitucional.

Protección jurídica de la propiedad privada

El mundo jurídico occidental acepta el derecho a acceder a la propiedad privada desde lo social (Cordero, 2008, pp. 493-525),⁸

8 Dice el profesor Eduardo Cordero Quinzacara, que un buen ejemplo de la evolución del concepto individualista de la propiedad se puede observar en la obra de Gabriel Baudry-Lacantinèrie, quien expresaba en las primeras ediciones de su *Précis de droit civil* que el propietario “[...] puede legítimamente realizar sobre la cosa actos aunque no tenga ningún interés confesable en realizarlos [...]” y sí, al realizarlos causa un daño a otro “[...] no es responsable, porque no hace más que usar su derecho. Sin embargo, esta fórmula desaparece a partir de la 11ª edición de 1912, y en su lugar queda la declaración que ya venía formulando con la colaboración de Chauvea en su obra *Des Biens*: “A pesar de su carácter absoluto, la propiedad debe también estar

económico-político y cultural, como lo determina la CIDH (Sentencia, Serie C No. 66/01. p. 48)⁹; la Declaración Universal de los derechos humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948) proclama en su Resolución 217, Artículo 17, el derecho de las personas naturales y jurídicas a adquirir la propiedad privada sobre los bienes materiales e intangibles, adicionando los mecanismos de protección legal en el evento de presentarse cualquier acto arbitrario.

En este sentido, el Artículo 21 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) celebrada en San José de Costa Rica, dispuso que todas las personas vinculadas a los Estados miembros tienen el derecho al uso y goce de sus bienes privados, como precepto en el que se incluyó la función social y la protección legal, y se estableció la facultad de reclamar el reconocimiento de

circunscrita a límites racionales [...] El mismo artículo 544 se ocupa de anunciar la existencia de restricciones a las cuales el derecho de propiedad es susceptible de estar sometido. Intereses de orden superior, de orden social, de orden general o público, imponen a veces que se doblegue un poco el absolutismo del derecho de propiedad, que se prohíba a los propietarios ciertos actos de ejercicio, incluso que se les obligue a hacer alguna cosa, a cumplir diversas obligaciones, por el solo hecho de ser detentadores de bienes colocados bajo ciertas condiciones. El legislador, bajo la única reserva del respeto a la constitución y a los principios del derecho público, es libre de determinar la extensión del sacrificio que la propiedad debe sufrir en interés general.

- 9 La Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo en esa oportunidad, que entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

una indemnización justa, en el evento de presentarse una limitación o despojo por razones de utilidad pública o interés social.

La consagración constitucional de la propiedad privada se adoptó en nuestro territorio con la entrada en vigencia del Artículo 177 de la constitución de Cúcuta de 1821, consagrando como único instrumento de limitación del dominio, el principio de la *prevalencia* del interés general sobre el particular, como postulado desarrollado por la Corte Constitucional en varias de sus decisiones, como la Sentencia C-053/01, en la que afirma, que las constituciones liberales modernas deben considerar la necesidad de armonizar el concepto de propiedad como derecho individual con el valor social que tiene en la diversidad cultural. Para ello –dice la Corte– constituye un requisito indispensable para la protección, que el operador jurídico analice minuciosamente en cada caso el concepto de propiedad y lo relacione con el interés general. De no ser posible, debe ponderarlo de acuerdo con la jerarquía de valores señalado en el preámbulo de la Constitución.

Observando el desarrollo constitucional de la propiedad privada desde la Constitución de Cúcuta hasta la de 1886, el constituyente mantuvo incólume el derecho de acceder a la propiedad privada apoyándose expresamente en la teoría de los “*derechos adquiridos*”, actualmente denominados “*situaciones jurídicas subjetivas o particulares*” (Sentencia, C-763/02), en calidad de postulado proveniente del Derecho Romano al sostener que la norma debe regular hechos futuros, y descartar los pasados o aquellos en proceso de adquirirse.

Esta teoría se incluyó en la Constitución Política de 1886 a través del Artículo 31¹⁰ superior, para mantener la tendencia individualista

10 Constitución política de 1886. Artículo 31. Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley; el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al Artículo siguiente.

de la propiedad siempre y cuando los bienes ingresaran al patrimonio de la persona con justo título y con arreglo a las leyes civiles, en aras de proteger el dominio de desconocimientos y vulneraciones de leyes posteriores (*irretroactividad de la ley*). Además, la reforma incorporó por primera vez en el texto normativo, la limitación al carácter absoluto del dominio, ordenando que la propiedad privada cumpliera con la función social que le correspondía, e imponiendo al titular una serie de obligaciones en su ejercicio, entre ellas, el respeto por el derecho ajeno.

Las situaciones jurídicas subjetivas o particulares denominadas *derechos adquiridos*, son definidas según Arias, 2011. p.727 como *dura aliis quaesita*, para hacer referencia al conjunto de derechos públicos y privados que engrosan el patrimonio jurídico del fiel, y que han sido adquiridos al someterse al supuesto de hecho de la norma, bien sea por acto institucional v.g. provisión de un oficio, por un negocio jurídico v.g. matrimonio.

La construcción de la línea jurisprudencial del tribunal de cierre constitucional, ha mantenido durante varios años sobre las situaciones jurídicas subjetivas o particulares, que el tema se relaciona con la vigencia de la ley en el tiempo, en el entendido, que por mandato superior, una nueva ley no puede afectar situaciones fácticas reguladas por una ley derogada. De esta forma se evita una lesión grave al postulado de la seguridad jurídica. Este paradigma garantiza el ingreso de los derechos subjetivos reales al patrimonio de las personas naturales y jurídicas, amparando de manera definitiva la propiedad frente a cualquier perturbación o desconocimiento, incluso por parte del mismo Estado.

Sobre la irretroactividad de la ley, la Sentencia de la Corte se apoya en el estudio de la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, respecto al cual se contempla que la nueva ley dispone de tal principio fundamental para garantizar la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, y por lo tanto, no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y resultan

incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley que las constituyó “En materia de irretroactividad es fundamental la definición del Art. 58 de la C.P., cuando establece que la propiedad y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles “no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.”

La propiedad privada en la reforma constitucional de 1886 se reglamentó en el título III, que consagró los derechos civiles y la protección de las garantías sociales. Aglutinó varios preceptos que contemplan instituciones como: la teoría de las situaciones jurídicas particulares; la propiedad privada adquirida con justo título limitada frente al interés general, previo pago de una indemnización en el evento de presentarse la expropiación; la prohibición de la confiscación; la propiedad literaria, artística; y la prohibición a la transferencia de bienes inmuebles de libre enajenación.

Es importante resaltar que la Asamblea Nacional Constituyente de 1886 solo protegió la propiedad privada adquirida con justo título; es decir, cuando el bien sobre el cual recaía el ejercicio se trasladaba al patrimonio de la persona por intermedio del título legal, como por ejemplo, el contrato de compraventa, excluyendo las declaraciones de voluntad que no tuvieran dicha calidad por encontrarse en los impedimentos consagrados en el Artículo 766 ¹¹del Código Civil.

Con la implementación del Estado intervencionista promulgado por la reforma constitucional de 1936, el concepto de *propiedad privada*, se referenció por primera vez en el texto del Artículo 10 superior (Colombia. Congreso de la República. Constitución política de 1936); esto dio un giro transcendental al involucrar la función social

11 Código Civil. Artículo 766. Títulos No Justos. No es justo título: 1o.) El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende. 2o.) El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra, sin serlo. 3o.) El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación, que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido. 4o.) El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario, cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc.

que se debe cumplir, y el respeto a las *situaciones jurídicas subjetivas* o particulares adquiridas con justo título, es decir, conforme a la ley o al negocio jurídico traslativo de dominio representado por el contrato, la donación, etc., además de recalcar perentoriamente que la propiedad cumple una función social que implica obligaciones.

Es importante resaltar que el Congreso de la República de la época se originaron interesantes debates entre el partido liberal, conservador, izquierda, socialistas e iglesia, en torno a la viabilidad de incluir en el texto constitucional la función social de la propiedad privada, conforme lo planteaba Duguít; en este sentido, Botero (2006, pp. 94-95), refiriéndose a estos debates comentó en su obra:

Congresistas como Timoleón Moncada defendían la necesidad de hacer “verdaderas” reformas a la Constitución y consagrar el principio de la función social de la propiedad. La reforma constitucional de 1936 que ello fuera un avance socialista; había una necesidad por parte suya y de los sectores del gobierno de definir su postura como “liberal intervencionista”, distinta y distante de la propuesta conservadora y de la socialista. Moncada, por ejemplo, se apoyaba en la encíclica *Rerum Novarum* (promulgada en 1891), en la que se consagraba una doctrina social católica opuesta al socialismo, pero preocupada y propositiva frente a la situación de los obreros en el mundo, y en la que se hacía especial énfasis en dar a cada trabajador lo que por derecho le correspondía. En su oposición al socialismo, el Papa León XIII fue claro, y de allí se agarraban liberales como Moncada para aclarar que lo que el pueblo colombiano “merecía” en materia de legislación sobre propiedad privada (un régimen que facilitara la parcelación y repartición de la tierra) no era muestra de socialismo rampante. De otro lado estaba la posición del gobierno, cuyo interés fundamental era tranquilizar a los propietarios garantizando la propiedad privada. Ésta fue la posición que defendieron los ministros a lo largo de los debates y es teniendo esto presente como debe entenderse el debate que se dio sobre el tema. Aunque la última plenaria en el Senado incluyó de manera definitiva en el acto legislativo la ya famosa frase “la propiedad

es una función social que implica obligaciones”, esto no fue garantía de una reforma agraria con algún impacto redistributivo.

Esta reforma constitucional ratificó las *situaciones jurídicas subjetivas o particulares* como soportes de la propiedad privada; la prevalencia del interés público o general frente al particular y la función social de la propiedad que implica obligaciones, a la postre convertidas en fuente fundamental para consolidar el *Estado social de derecho*.

Fue hasta 1991 que el pueblo colombiano en ejercicio del poder soberano y para asegurar la aplicación efectiva de los valores y principios universales de proteger los derechos fundamentales individuales y colectivos, promulgó, por conducto de la Asamblea Nacional Constituyente, la nueva carta magna que convirtió a Colombia en un *Estado social de derecho*, fundado sobre el respeto de la dignidad humana y en la prevalencia del interés general, y ordenó a todas las autoridades (inciso 2° del Artículo 2°), proteger a las personas residentes en Colombia, en su vida y bienes, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Con esta nueva Constitución nace la Corte como máxima autoridad de la jurisdicción constitucional, a la cual el Artículo 241 se le asigna la función de garantizar al pueblo, la integridad y supremacía de los valores, principios y preceptos y, por ende, se consolida como la autoridad suprema para interpretar la norma superior, cuyo objeto principal es brindar a los ciudadanos la seguridad en torno a todos los actos jurídicos. En cumplimiento de dicha función, la Corte Suprema (Sentencia, C-539/11) determinó, que la interpretación definitiva de la norma superior le compete, de conformidad con la norma citada, y por lo tanto es vinculante u obligatoria para todos los operadores jurídicos, administrativos y judiciales.

Siguiendo este postulado, la Corte ha alimentado la línea jurisprudencial en torno al concepto de Estado Social de Derecho, justificando la obligación del Estado de proteger la dignidad humana; al respecto ordena en la Sentencia (C-288/12) que las autoridades no pueden tratar a las personas como instrumentos, cosas o mercan-

cías, ni ser indiferentes frente a situaciones que ponen en peligro la vida humana, entendida esta última no solo como el derecho a no ser físicamente eliminado, sino como el derecho a realizar las capacidades humanas y llevar una existencia con un buen sentido, y en medio de un ambiente dotado de lo materialmente necesario para subsistir dignamente.

La dignidad humana constituye el fundamento esencial del Estado Social de Derecho, e implica la obligación que le asiste al Estado de garantizar el acceso a los bienes y servicios, dotando a las personas de instrumentos jurídicos para adquirirlos y protegerlos, como la propiedad privada en calidad de herramienta para el desarrollo del proyecto de vida de los asociados. Para garantizar el acceso a las condiciones materiales mínimas y necesarias para el desarrollo de la persona, la constituyente incorporó en el Artículo 58, el derecho de acceso a la propiedad privada individual, y rodeó de seguridad jurídica al titular, evitando la vulneración a cuenta de leyes posteriores; de igual forma rompió el paradigma absolutista del dominio, al imponer limitaciones al ejercicio arbitrario.

Esta reforma incorporó la promoción de las formas asociativas y solidarias de propiedad, y excluyó del texto la teoría del *justo título* como forma de adquirir la propiedad, incorporando en cambio la expresión “*con arreglo a las leyes civiles*”, para terminar con discusión originada en la doctrina y la jurisprudencia relativa al tema. Es importante señalar que dicha reforma consagró la acción pública de *extinción de dominio* sobre los bienes adquiridos por enriquecimiento ilícito, en perjuicio del erario público o con grave deterioro de la moral social.

Este aire constitucional innovador incorporó nuevas instituciones para proteger y hacer efectivos los derechos fundamentales individuales, sociales, económicos y culturales, a través de mecanismos como la acción de tutela (Artículo 86), la acción de cumplimiento (Artículo 87), y la acción popular (Artículo 88), como derechos que se hacen efectivos a través de las normas de procedimiento de la jurisdicción ordinaria (Artículo 234) y la Constitucional (Artículo 239).

Finalmente, el Código Civil consagró en el Artículo 946 la acción ordinaria de dominio o reivindicatoria con la que cuenta el propietario lastimado en los atributos, la cual concede el dominio o propiedad para que el poseedor del bien sea condenado a restituirla. La Corte Constitucional en la Sentencia T-731/13, señaló que esta acción corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa. Esta acción busca proteger los atributos concedidos por los derechos reales; en otros términos, se orienta hacia la restitución del bien a su dueño legítimo, de conformidad con el Artículo 368 del Código General de Proceso (Colombia, Congreso de la República). En este sentido, no cabe duda de que el titular del derecho de dominio o propiedad individual y constitucional, cuenta con instrumentos normativos procesales tapara hacer efectivo desde el punto de vista práctico.

Conclusiones

En el sistema jurídico mixto colombiano opera una concepción dualista e individualista del derecho de dominio o propiedad, considerada en el Código Civil como un derecho subjetivo (valor intrínseco) que faculta al titular para ejercer poder o señorío sobre una cosa o bien (derecho real).

La entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1991 y la concepción del Estado social de derecho –paradigma civilista sobre la naturaleza jurídica de la propiedad privada– transformó la *propiedad* en derecho fundamental por conexión o irradiación, con el derecho a la vida y trabajo entre otros, a través del precedente vinculante (*radio decidendi*) según lo explica la Corte Constitucional.

No obstante la propiedad, como derecho fundamental individual en el ejercicio de las facultades o derechos subjetivos que deriva (uso, goce y disposición), no tiene un carácter absoluto y por lo tanto se encuentra limitada por la primacía del interés general sobre el particular, así como por su función ecológica social.

En definitiva, la propiedad privada se encuentra establecida, garantizada y protegida por la norma constitucional (Artículo 58

superior)¹², la acción de tutela (Artículo 86)¹³; el código civil (Artículo 669 y 946)¹⁴ y por el precedente vinculante obligatorio, según lo establece la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en su Sentencia, T-506/92.

-
- 12 Constitución Política Artículo 58 Superior. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.
- 13 Constitución Política. Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.
- 14 Código Civil. Artículo 946. Concepto de reivindicación. La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla.

Referencias

- Alessandri Rodríguez A. & Sumarriva Undurraga, M. (1987). Los bienes y los derechos reales. Tomo I. Imprenta Universal. Santiago de Chile.
- Arias Gómez; J. (2011). Revocación, Irretroactividad y derechos adquiridos. Disponible en: <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/16000/1/ICXXI4208.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas ONU. (1948). Resolución 217. La Declaración de los Derechos Humanos.
- Botero, S. (2006). La reforma constitucional de 1936. Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura. No. 33, 2006, pp. 85-109. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/14332/1/3-8216-PB.pdf>
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1886). Constitución Política. Artículo 30. Derecho a la propiedad.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política. Artículo 58.
- Colombia. Congreso de la República. (1887). Ley 57 de 1887. Por medio de la cual se expide el Código Civil Colombiano.
- Colombia. Congreso de la Republica. (1821). Constitución Política No. 1.
- Colombia. Congreso de la Republica. (1936). Constitución política. Artículo 19. Derecho de propiedad.
- Colombia. Congreso De la Republica. (2012). Ley 1564 de 012. Por medio de la cual se expide el Código General del proceso. Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012.
- Colombia, Presidencia de la República. (1974) Decreto 2811 de 1974. Numeral 1º del Artículo 2º. Diario Oficial No. 34243.
- Colombia. Corte Constitucional. (1999). Sentencia, C-595/99. Ref: Exp: D-2292. Demanda de inconstitucionalidad contra un aparte del artículo 669 del Código Civil. Demandante: Juan Pablo Quintero. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (1992). Sentencia, T-506/92. Ref: Ex: T 2471. Peticionario: Víctor Narváez Paredes. Procedencia: Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán. M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Bogotá.

- Colombia. Corte Constitucional. (2001). Sentencia, C-053/01. Ref: Exp: D-3099. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 67 (parcial) de la Ley 44 de 1993. Actor: José Obdulio Gaviria Vélez. M.P. (e): Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2002). Sentencia, C-763/02. Ref: Exp: D-3984. Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo Transitorio de la Ley 600 de 2000. Demandante: Ricardo Arturo Sánchez Núñez. M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2006). Sentencia. C-189/06. Ref: Exp: D-5948. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 (parcial) de la Ley 2ª de 1959. Demandante: Ludwing Mantilla Castro. M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia, C-539/11. Ref: Exp: D-8351. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 114 (parcial) de la Ley 1395 de 2010 “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Demandante: Franky Urrego Ortiz. M.P.: Dr. Luís Ernesto Vargas Silva. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia, T-580/11. Ref: Exp: T-3048813. Acción de Tutela instaurada por Milady Zawady Barco y Julio Zawady Barco contra La Alcaldía Distrital de Santa Marta. M.P: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia, C-288/12. Ref: Exp: D-8690. Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 3 de 2011, por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal y contra la Ley 1473 de 2011 Actor: Humberto de Jesús Longas Londoño. M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2013). Sentencia, T-731/2013. Ref: Exp: T-3884027. Acción de tutela instaurada por Italo Harol Guerrero Romero contra Carbones del Cerrejón Limited. M.P.: María Victoria Calle Correa. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2013). Sentencia, C-306/13. Ref: Exp: D-9331. Demanda de inconstitucionalidad contra un segmento del artículo 458 del Código de Procedimiento Civil. Demandante: José Joaquín González Carrillo. M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá.

- Colombia, Corte Constitucional (2014). Sentencia T-381/14. Ref: Exp: T-4.255.146. Acción de tutela presentada por Angie Daniela Salazar Zapata, contra Coomeva EPS. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá.
- Carvajal, J. (2002). La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia. Revista: El Otro Derecho. Número 28. Julio de 2002. ILSA, Bogotá. Colombia. Disponible: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotro-dro28/elotro28-o8.pdf>
- Cordero Quinzacara, E. (2008). Estudios-Historia del Pensamiento Jurídico. De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXI Valparaíso, Chile, versión On-line ISSN 0718-6851. Disponible en; http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200014
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 66 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969). Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), celebrada en San José de Costa Rica.
- Giuseppe Roncalli, Á. Juan XXIII. (1963). La Carta Encíclica PACEM IN TERRIS. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/johnxxiii/es/encyclicals/documents/hf_jxxiii_enc_11041963_pacem.html
- Planiol, M. & Ripert, G. (1983). Tratado elemental de derecho Civil. Bienes. Tomo III. Primera Edición. Traducido por. Lic. José M. Cajica. Jr. México. D.F. Cárdenas Editor y Distribuidor.
- Ramírez Llerena, E. (2001). La investigación socio-jurídica. Editorial Doctrina y ley Ltda. Bogotá.
- Santaella Quintero, H. (2011). Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana. Rev. Derecho Privado [online]. 2011, n.21, pp. 233-253. ISSN 0123-4366. Bogotá Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n21/n21a11.pdf>





Libro electrónico

Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica