



Derecho y Realidad



Uptc[®]
Universidad Pedagógica y
Tecnológica de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales



Derecho y Realidad

Revista Derecho y Realidad
ISSN Impreso 1692-3936 / ISSN-L en línea 2619-5607
Volumen 19 / Número 38 Julio - Diciembre 2021 (10-203)
Revista Arbitrada y Seriada

Revista sociojurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Revista Derecho y Realidad

ISSN Impreso 1692-3936 / ISSN-L en línea 2619-5607

Volumen 19 / Número 38 Julio - Diciembre 2021 (10-203)

Revista Arbitrada y Seriada

Derecho y Realidad es una publicación semestral dirigida a la comunidad científica y académica interesada en el desarrollo de las Ciencias sociales y humanas, con énfasis en derecho y derechos humanos.

Dirección y Organización Administrativa de la Revista

Editor

Luis Bernardo Díaz Gamboa

Coordinador Editorial

Federico Sánchez Riaño

Corrección de Estilo

María del Pilar López Patiño

Fotografía de Carátula

Federico Sánchez Riaño

Diseño y Diagramación

Diana Abril Villamizar

Impresión

Editorial JOTAMAR S.A.S.

Calle 57 N°. 3 - 39.

Tunja - Boyacá - Colombia.

Correspondencia Revista

Centro de Investigación y Extensión CIEDE - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Tecnológica de Colombia

Correo electrónico: derechoyrealidad@uptc.edu.co

Teléfono: 7405626 Ext.: 2518

Tunja, Boyacá-Colombia

Canje: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

BIBLIOTECA CENTRAL

Avenida Central del Norte

Tunja, Boyacá - Colombia

derechoyrealidad@uptc.edu.co

publicaciones@uptc.edu.co

La revista es editada y financiada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC

Las opiniones expresadas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Derecho y Realidad - ISSN 1692-3936
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, 2021
Publicaciones Seriadas y Arbitradas - Semestral
CDD 340

Derecho y Realidad no cobra a los autores por la presentación o la publicación de sus artículos

La revista está autorizada por una licencia Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

Esta revista proporciona un acceso abierto inmediato a su contenido, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global de conocimiento.



CUERPO DIRECTIVO - UPTC

Rector

Oscar Hernán Ramírez

Vicerrector Académico

Manuel Humberto Restrepo Domínguez

**Decano Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales**

Leonel Antonio Vega Pérez

Vicerrector de Investigaciones y Extensión

Enrique Vera López

**Director Centro de Investigación
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales -
CIEDE**

Edgar Fernando Cervantes Díaz

Director Escuela de Derecho

Jair Fonseca



Uptc[®]
Universidad Pedagógica y
Tecnológica de Colombia

Comité Editorial

Pedro López, Phd, Universidad Complutense, España
Felipe Gómez Isa, Phd, Universidad de Deusto - Bilbao, España
Ramón Ruiz, Phd, Universidad de Jaén
Juana María Gil Ruiz, Universidad de Granada, España
Pedro Alfonso Sánchez Cubides, UPTC
Dídima Rico Chavarro, Phd, UPTC

Comité Científico

Pablo Manuel Guadarrama Gonzalez, Phd, Universidad de Leipzig
Evandro Vieira Ouriques, Phd, Universidad Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)
Omar Heffes, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Eladio Craia, Phd, Universidad Católica de Paraná - Brasil
Víctor Andrés Olarte, Phd, U. La Sorbona, Paris
Jorge Carvajal, Phd, U. Gran Colombia
María Stella García, Phd, UPTC
Jorge Enrique Patiño Rojas, Mg, UPTC
Gloria Cuartas, Mg, INPAZ

Proceso de evaluación por pares

Los artículos son revisados por el editor, los comités Editorial y Científico, evaluados por un par (modalidad ciego), quien, en su condición de experto, determina la originalidad, la calidad, la pertinencia del contenido y emite el dictamen.

Presentación

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC se honra en presentar la Revista Derecho y Realidad, con artículos variados, pero fruto de profundas reflexiones y productos de investigaciones juiciosas quemarcan un derrotero en nuestro ejercicio bibliográfico. Esta revista arbitrada y en proceso de indexación recoge trascendentales exposiciones que han sido presentadas en diversos escenarios. La profundidad de sus conceptos, lo crítico de su pensamiento, lo acertado de sus apreciaciones, las reflexiones originales que enmarcan sus ópticas, lo oportuno del enfoque, nos permiten expresar sin lugar a duda que estamos en presencia de una experiencia académica de la más alta calidad que va a servir de insumo permanente en todas las exploraciones académicas de los lectores interesados.

Expresamos nuestros agradecimientos más sinceros a todos los autores que con sus luces siguen nutriendo nuestra Revista e invitar a los interesados a participar en Derecho y Realidad con sus valiosos aportes.

Leonel Antonio Vega Pérez
Decano Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC



Contenido / Content

Editorial	10
El principio de legalidad en el estado social y democrático de derecho: la caducidad procesal en las acciones de reparación directa derivados del conflicto armado interno <i>Andrés Felipe Roncancio</i> <i>Mariana Restrepo Marulanda</i>	17
El derecho a la verdad en el genocidio de la Unión Patriótica <i>Adriana Marcela Guerrero Martínez</i>	35
Incidencia de la edad y el género en la formación de actitudes en un contexto de reintegración social de las ex FARC-EP en Tunja, Boyacá <i>Loren Banessa Castañeda González</i>	57
Descentralización política e impuestos en la Carta de 1991 <i>Jorge Enrique Patiño Rojas</i>	77
Perspectiva del fraude a subvención en el derecho colombiano: un análisis desde la función pública <i>Daniel Rigoberto Bernal Gómez</i> <i>Duván Stiven Díaz Bejarano</i>	95
Límites y aplicación al principio de oportunidad en delitos dolosos contra menores <i>Diego Borbón</i>	113
La Protección de los Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento Voluntario <i>Ricardo Schembri Carrasquilla</i> <i>Angela Schembri Peña</i>	131

La vida y la obra de Nilce Ariza: una académica comprometida con la transformación social	
<i>Luis Bernardo Díaz Gamboa</i>	149
Análisis histórico-social de los Consultorios Jurídicos. Balance del Consultorio Jurídico de la UPTC en el Área Laboral 2018-2019	
<i>Nury Yohana Zipa Vargas</i>	
<i>Luis Carlos Cepeda Villar</i>	
<i>Yair Leonardo Fonseca Alfonso</i>	165
El documento electrónico. Un análisis desde el Derecho cubano en tiempos de pandemia	
<i>Yanixet Milagro Formentín Zayas</i>	
<i>Yaimara Martínez Sifontes</i>	
<i>Idarmis Knight Soto</i>	187

IN MEMORIAM ARMANDO SUESCÚN MONROY. MAESTRO DE MAESTROS.

Luis Bernardo Díaz

Coordinador Maestría Derechos Humanos UPTC
Presidente Asoacadémica

Hemos avanzado, pero en el camino equivocado. Seguimos en el camino de la violencia, del odio, de la desigualdad, de la exclusión, del individualismo, del afán de lucro, de la acumulación de ganancias, del fanatismo, de la corrupción generalizada. El camino que nos lleva al abismo. Perdimos el rumbo desde la conquista española”.
Armando Suescún

Partió al Oriente Eterno el Maestro de Maestros Armando Suescún Monroy. Natural de El Cocuy, nació en 1930. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, hizo estudios en Desarrollo Económico y Social de la Universidad de París, de la mano de académicos de alto lustre como Maurice Duverger, entre otros. Miembro de las Academias Colombiana y Boyacense de Historia. Fue Rector de la UPTC y de la Universidad Cooperativa, así como Vicerrector de la Corporación Universitaria de Boyacá. Fue docente en las Universidades Nacional, Libre, ESAP y UPTC, entre otras. Fundador y Decano de la Facultad de Derecho de la UPTC, allí desplegó lo mejor de sí, tanto así que el Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación lleva su nombre.

Como Rector de la UPTC construyó hace 50 años el Barrio La Colina para profesores en el campus de la propia Universidad, que sirvió y sirve de albergue a las familias de los docentes que por diversas circunstancias desean vivir en la UPTC a un precio módico, así como las cabinas individuales de los docentes, que han prestado un gran servicio de bienestar a la comunidad académica.

El Dr. Suescún siempre se destacó por su amabilidad y bonhomía. Su extraordinaria biblioteca, especializada en historia, era centro de maravillosas tertulias, y con su esposa Doña Helena éramos atendidos con especial hospitalidad.

El Dr. Suescún siempre estuvo presto a atender mis invitaciones a reuniones, foros, paneles y simposios. Era uno de los pocos especialistas en derecho indiano y su obra al respecto fue más reconocida en el exterior que en Colombia. En México y España era una autoridad en la materia. Con Germán Bernal, Julio Ramírez Villate, Carlos Barrera, Olmedo Vargas y Jorge Patiño hizo un think tank envidiable.

Defensor de las ideas progresistas, combatió la derecha hirsuta que ha predominado en Colombia desde hace 200 años, en desmedro de las grandes mayorías nacionales. Por ello su sello fue la defensa del pensamiento ubicado en el margen izquierdo del espectro político. Su lucha contra los TLCs fue buen ejemplo de ello, así como la defensa del Estado Social de Derecho en abierto combate contra el uribismo reaccionario.

Dentro de su producción más destacada está el libro “Derecho y Sociedad en la historia de Colombia” (cuatro tomos) y “La Guerra de setenta años. El conflicto armado colombiano 1946-2016”, entre otros. Fueron obras portentosas y referentes obligados para los estudiosos del conflicto en Colombia. Igualmente, escribió *La*

Economía Chibcha, Derecho y Sociedad, La educación en Colombia, entre otras valiosas obras altamente reconocidas en la academia.

Se lanzó a la Alcaldía de Tunja en los 90, con el apoyo del Movimiento “Manos Limpias” –como los jueces de Italia “*Mani Pulí*” contra la Cosa Nostra-que apoyaban los Drs. Olmedo Vargas, Jair Fonseca, Zubieta y Germán Bernal, entre otros, con poca suerte, pues la ciudad aún no estaba preparada –ni lo está- para el “Gobierno de sabios” en términos platónicos. Cuando fundamos con la Dra. Nilce Ariza hace 20 años la revista de la Facultad de Derecho, fue el Maestro Suescún quien sugirió el nombre “Derecho y Realidad”, como quiera que él defendía los postulados de Rudolph Von Ihering plasmados en “La Lucha por el Derecho”. No concebía un derecho inmóvil y cristalizado, sino un derecho dinámico a favor de las capas populares de la población, como mecanismo de concientización y defensa de los Derechos Humanos, Por ello me colaboró y animó en la creación que como Decano hice de la sede de Aguazul en la Orinoquía colombiana, que cumple una gran labor pedagógica y de servicio social para este territorio tan abandonado por los distintos gobiernos. Y en esa posición se opuso a los escépticos y a los enemigos del progreso social que impedían abrirla, o que después desde cargos de poder intentaron cerrarla.

Me acompañó e hizo parte de la creación de la Asociación de Abogados Defensores de Derechos Humanos Eduardo Umaña Mendoza, Acadehum, desde donde dimos importantes batallas en defensa de la defensa, especialmente frente a la arremetida de los paramilitares que con Jorge 40, buitragueños y otros –aliados con fuerzas del Estado- hicieron operaciones de exterminio en Boyacá.

Siempre me acompañó y animó en la lucha sindical y por ello acompañó la creación de Asoprofe – UPTC y Asoacadémica, sindicatos independientes y ligados a la defensa de la dignidad del profesorado, enemigos de la corrupción que denunciaron todos los atropellos cometidos por fuerzas del régimen oprobioso.

Con destacados analistas hicimos varios foros de trascendencia e históricos, como por ejemplo el referente a trabajar la Guerra Civil Española y el franquismo, donde estuvo Néstor Humberto Parra de Valencia, así como el del aniversario del 9 de abril, como un convencido gaitanista y el de evaluación del Gobierno del General Rojas Pinilla y la violencia bipartidista.

Defensor del proceso de paz, acompañó mis iniciativas sobre la defensa del plebiscito que perdiéramos por manejo de postverdades. Reconocía al conflicto armado como una respuesta política y social derivada de la opresión oligárquica. Pero encontraba como válida una salida política negociada a ese conflicto, por lo cual la Comisión de la Verdad y la JEP juegan un papel medular en ese destino.

Laicista hasta la médula, me acompañó en la creación e impulso de Iniciativa Laica, think tank que impulsa la separación entre Estado y confesiones religiosas que alteran el carácter secular de los poderes públicos. Brindó una excelente conferencia sobre el nocivo influjo de la Iglesia en la conservatización del pueblo colombiano, que la sometió a la resignación esperando el paraíso eterno y renunciando a la reivindicación de sus derechos humanos. No estaría contento con la designación como miembro de la CIDH de un pastor cristiano de derechas, como recientemente ocurrió, por influjo de los cuestionados Ordóñez y Almagro.

Los cafés con el Dr. Suescún, acompañados con el Dr. Patiño, Carlos Barrera y otros, eran una lección extraordinaria de historia. Contaba sus sufrimientos en El Cocuy bajo la violencia conservadora y cómo no podía colocarse siquiera un pañuelo rojo en la solapa, porque podía sufrir grave represión. Contaba cómo la masonería a baculazo limpio fue desterrada del territorio boyacense por defender ideas de libre pensamiento. También advertía con tristeza cómo las ideas neoliberales impulsadas por Gaviria habían sepultado a su querido Partido y cómo hoy era necesario buscar opciones socialdemócratas, como la que ofrece Petro a la presidencia, frente a la corrupción, los falsos positivos, la desigualdad, el medio ambiente y el paramilitarismo de la derecha, así como la tibieza e indefinición del centro.

Estuvimos en Chiscas con una destacada delegación, donde el Alcalde dictó decreto de honores en nuestro nombre. Allí también estuvieron los Drs. Pascual Mora, Olmedo Vargas, Jorge Patiño y otros ilustres visitantes. En ese escenario apoyó mi idea de crear los Centros Históricos de Memoria para no volver a repetir jamás los fenómenos de la violencia que se ensañó con zonas como el Norte de Boyacá, Lengupá, occidente y otras. Por ello, después de su deceso, con la Dra. Alicia Cabezudo y el Dr. Federico Sanri impulsamos la idea de crear el Instituto de Derechos Humanos, Pedagogías de paz, ciudadanía y democracia "Armando Suescún" (ASUMO) en homenaje a su memoria, el cual ha sido muy bien recibido en importantes círculos nacionales e internacionales.

Siempre insistió en que la Casa de la Mujer llevara el nombre de la ilustre maestra Nilce Ariza, pero desgraciadamente la testarudez y miopía de algún directivo lo ha impedido a la fecha.

Su vida personal era ejemplar. Dotado de un sentimiento estoico, evitaba cualquier lujo, boato o codicia. Así lo testificó su gran amigo Otto Morales Benítez. Su estilo personal era afable y comprometido con las causas más nobles de la humanidad en su progreso.

Era muy crítico del Gobierno Duque al que comparaba con el de Ospina Pérez por la escalada de represión y violencia usada contra la oposición. Manifestó en su último libro: "El gobierno actúa para enriquecer más a los ricos y empobrecer más a los pobres. Otro grupo de altos ingresos es el integrado por los funcionarios que desempeñan cargos importantes. Algunos de ellos son el Director técnico de la Selección Colombia de fútbol: \$647 millones mensuales; el Presidente de la República, \$37,9 millones; la Vicepresidenta, \$25,8 millones; los ministros del Despacho, \$19,2 millones; los Viceministros, \$15,9 millones; los congresistas, el Fiscal general, el Vicefiscal, el Registrador Nacional, el Contralor General, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, \$34,4 millones; el presidente de Colpensiones, \$36,9 millones. En el otro extremo de la tabla, el salario mínimo de los trabajadores en 2021 es de solo \$908.526 pesos por mes, suma que no alcanza para cubrir el costo de la canasta básica. Adicionalmente, el 56% de los trabajadores de base no gana ni siquiera el salario mínimo". Olvió mencionar el Maestro los altos ingresos de los gerentes de EPS como Palacino de Saludcoop que ganaba \$90 millones al mes y los gerentes bancarios, petroleros y de multinacionales que ganan en euros y dólares sumas por encima de \$100 millones mensuales.

Aquí se expresa la aversión que sentía por la grave injusticia social reinante en el país, que es el cuarto más desigual del mundo. Es lo que he dado en denominar "Necropolítica aporofóbica", en la línea de Cortina, Foucault, Ranciere y Agamben. Se trata de asesinar al pueblo pobre para mantener las estructuras del poder. Eso fue lo que pasó en la masacre de las Bananeras (que una precandidata presidencial de ultraderecha osó negar que existiera), así como los 6.402 falsos positivos, los 18 muertos del paro nacional del 77, los 85 asesinatos documentados por el Tribunal Internacional de Opinión Trino en el último Paro Nacional, y otros fenómenos como los 200.000 homicidios en la violencia bipartidista y los 220.000 y 7 millones de desplazados forzados en el conflicto armado de los últimos 60 años, los 1.500 líderes asesinados en los últimos 5 años, el millón cuatrocientos mil muertos provenientes de la aplicación de la Ley 100 de 1993, entre otros genocidios.

Honremos la memoria del Maestro Armando Suescún y sigamos su valioso ejemplo.



Artículos / Articles

El principio de legalidad en el estado social y democrático de derecho: la caducidad procesal en las acciones de reparación directa derivados del conflicto armado interno

The principle of legality in the social and democratic state of law: procedural expiration in direct reparation actions derived from the internal armed conflict

Autores: Andrés Felipe Roncancio, Mariana Restrepo Marulanda

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n38.2021.12047>

Para citar este artículo:

Roncancio, A. F., y Restrepo Marulanda, M. (2021). El principio de legalidad en el estado social y democrático de derecho: la caducidad procesal en las acciones de reparación directa derivados del conflicto armado interno. *Derecho y Realidad*, 19 (38), 17-34.



EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: LA CADUCIDAD PROCESAL EN LAS ACCIONES DE REPARACIÓN DIRECTA DERIVADOS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO*

The principle of legality in the social and democratic state of law: procedural expiration in direct reparation actions derived from the internal armed conflict

Andrés Felipe Roncancio

Doctor en Derecho de la Universidad de Medellín, Magister en Derecho de la Universidad de Medellín. Abogado de la Institución Universitaria de Envigado. Docente Investigador de la Institución Universitaria de Envigado. Investigador Minciencias categoría Asociado.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1257-3813>
afroncancio@correo.iue.edu.co.

Mariana Restrepo Marulanda

Estudiante investigadora en formación de la Institución universitaria de Envigado. Semillero Estudios Constitucionales y Políticos.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1257-3813>
mrestrepomar@correo.iue.edu.co.

Recepción: Noviembre 9 de 2020

Aceptación: Abril 27 de 2021

RESUMEN

El presente artículo pretende realizar una revisión alrededor de los conceptos fundamentales y constitucionales del principio de legalidad y el Estado constitucional para entender las dinámicas del derecho administrativo y el derecho constitucional frente a la interpretación de los derechos humanos en los procesos de reparación directa, en donde se abordaron los alcances de ambos conceptos para determinar si, el principio de legalidad debe ser considerado en su condición de principio constitucional y con ello determinar los lineamientos de interpretación que

se derivan frente a las instituciones del derecho administrativo dogmáticamente consideradas, por ello, a través de la metodología analítica a través del rastreo de fuentes constitucionales existentes en el Estado colombiano se realizó el estudio frente a la revisión de caducidad procesal en los procesos de reparación directa derivados del conflicto armado interno y si ello generaría un camino hacia la constitucionalización de éste, a lo cual, se encontró que ese presupuesto de revisión debe ser interpretado a la luz de la Constitución y, que a la luz del principio

* Artículo de reflexión.

de legalidad, no se soportarían las bases de protección constitucional exigidas, ya que la protección de los derechos humanos y fundamentales que pretende amparar este medio de control procede de una fuente internacional que es soportada dentro de la amalgama normativa de nuestra Carta Superior.

PALABRAS CLAVES

Derecho Administrativo; caducidad; legalidad; constitucionalidad; conflicto armado interno.

ABSTRACT

This article seeks to review the fundamental and constitutional concepts of the principle of legality and the constitutional State in order to understand the dynamics of administrative law and constitutional law, and to address the scope of both concepts in order to determine whether the principle of legality should be considered a constitutional principle and, therefore, whether it would be augmented by the axiological structures that characterize such principles, where its consideration would affect all the institutions of administrative law that are dogmatically considered. Through the analytical methodology of tracing existing constitutional sources in the Colombian State, the study was carried out to review the procedural expiration of the direct reparation processes derived from the internal armed conflict and whether this would generate a path towards its constitutionalization, it was found that this budget for revision must be interpreted in the light of the Constitution, and that considering the principle of legality the bases of constitutional protection required would not be supported, since the protection of human and fundamental rights that this means of control is intended to protect, comes from an international source and is supported within the norms that integrate our Constitution.

KEYWORDS

Administrative Law; expiration, legality; constitutionality; internal armed conflict.

INTRODUCCIÓN

En el contexto contemporáneo, determinar los lineamientos del derecho público para comprender cómo se interpreta un sistema jurídico implica establecer la relación estructural que se da entre el sistema de fuentes y los criterios de interpretación que orientan su funcionamiento. Es por ello que será fundamental que en un sistema que asume las transformaciones de constitucionalización y que se asimila “impregnado por las normas constitucionales” (Guastini, 2003, p.153), las normas del ordenamiento jurídico sean interpretadas en función no solo de la ley en sentido formal, sino de la norma superior. Por ello la pregunta es: ¿cómo se transforma el ordenamiento constitucional colombiano frente a la caducidad procesal en materia del conflicto armado interno?

En materia de teoría constitucional, dicha prescripción tiene un efecto que se construye en una dimensión estructural no solo de forma vertical; es decir, desde un presupuesto jerárquico de autoridad, sino que implica una revisión estructural de los alcances materiales de interpretación que están dados por el principio de supremacía constitucional, lo que infiere que cualquier disposición normativa trae de forma implícita un principio bajo el cual se deben respetar las condiciones de validez que hacen parte de las cláusulas pétreas del texto constitucional. Pues, de esto se permite inferir que ya no solo se trata del hecho de la interpretación exegética de la norma, ni la concepción formalista del derecho administrativo, sino que su propósito como criterio de interpretación, implica reconocer cómo en su desarrollo el propósito de la legalidad se encuentra considerada en las garantías que esta protege.

En este sentido, si se pudiera caracterizar la relación entre principios, reglas y valores como normas constitucionales, se podría afirmar que cualquier norma constitucional es factible de desarrollarse en la medida que reconoce no solo su existencia, sino que se establece cómo dicho reconocimiento genera un impacto dentro del sistema normativo, en donde se articula y defienden los máximos

pactos que se encuentran consagrados en la Constitución.

En ese orden de ideas, a pesar de la intención de abordar la cuestión desde una dimensión constitucional, es sabido que el ejercicio del derecho administrativo ha estado por mucho sometido al imperio irrestricto de la ley, lo que lo lleva a que, como rama autónoma y especializada del derecho, individualice el principio de legalidad, donde más que reconocerlo como un concepto universal, lo limita a aquel que “constituye una limitación a la actividad de la administración, por cuanto significa que ella no puede hacer todo cuanto quiera sino solamente aquello que le permite la ley” (Rodríguez, 2017, p. 105).

Todo esto suscita interés frente a la manera en que el Consejo de Estado ha estructurado los márgenes de la responsabilidad atribuible al Estado cuando se trata del examen que hacen de los hechos que se configuran como crímenes de guerra y de *lesa humanidad* ocurridos en el marco del Conflicto Armado Interno (en adelante, CAI), pues, para el tratamiento de este tipo de delitos ha imperado una regla inspirada por el derecho internacional que nace como instrumento para la protección de los derechos humanos y se trata de la imprescriptibilidad de la caducidad de la acción, que ha sido invocada en robustas ocasiones por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo para fallar a favor de las víctimas.

A pesar de la labor proactiva del Consejo de Estado en procura del reconocimiento de las víctimas del CAI y la reivindicación de sus derechos a partir de las reparaciones que se adelantan en su nombre, mediante el ejercicio de la acción de reparación directa, producto de una decisión de este en sentencia de unificación proferida el 29 de enero de 2020, se retrocede en materia de los derechos de las víctimas del CAI, al cambiar las reglas frente a la exigibilidad de una debida reparación en casos de crímenes de guerra y de *lesa humanidad*.

Dicha postura implica que se desconozcan los supuestos de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de *lesa humanidad*, negando con ello los imperativos del *ius cogens*, aun a sabiendas de que este “se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él” (Cancao Trindade, 2014, p. 3).

La importancia de la consolidación del presente texto es ahondar en las directrices normativas de orden constitucional que permitan realizar un balance en materia de derechos fundamentales en el tratamiento de los mismos dentro de las consideraciones jurídicas que implican el reconocimiento dentro del procedimiento administrativo de reparación directa en el ámbito del conflicto armado interno, de los lineamientos legales, que deben tender a una transformación constitucional que propenda hacia una constitucionalización de este medio de control y efectivice los mandatos internacionales que en derechos humanos ha reconocido el Estado colombiano, de ahí que los objetivos sean, realizar un estudio de los conceptos de principio de legalidad y Estado constitucional que permitan considerar como principio constitucional al principio de legalidad, y, establecer como sería el proceso de transformación constitucional por el que pasaría dicha consideración dentro del proceso de reparación directa dentro del marco del conflicto armado interno. Teniendo como propósito, estudiar las bases constitucionales en las que se soporta el Estado colombiano, para establecer el margen de aplicación de los principios constitucionales dentro de ese proceso administrativo.

Esta investigación sobre fuentes normativas y teóricas se estructuró de la siguiente manera: comienza con el estudio del principio de legalidad dentro del derecho administrativo y en él, ahonda en la tradición francesa y profundiza en la transformación de dicho principio dentro de la Carta de 1991. A partir de allí, conoce las condiciones de interpretación de la caducidad procesal en materia del conflicto

armado interno, que arroja la necesidad de la constitucionalización del derecho administrativo y finaliza con las más importantes conclusiones de este estudio.

TRADICIÓN DE LA LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En un primer momento, lejos de presentar la cuestión como una simple interpretación académica, la tesis que se hace necesaria para abordar dicha problemática parte por establecer un reconocimiento acucioso del principio de legalidad. Así, dicho principio, en términos reduccionistas, ha sido entendido como un conjunto de normas que integran determinado ordenamiento jurídico. Esta concepción no es desacertada, pues si se atiende al género de la misma, va emparejada al término de la ley, incluso se llegan a entender como inherentes en su desarrollo la una de la otra. De ese modo, se infiere que hablar de una legalidad implica reconocer ese otro elemento casi inseparable, la ley.

Para entender el principio de legalidad, partiendo desde la generalidad, habrá la necesidad de recurrir a las teorías que se encargan de explicar las dinámicas del derecho, esto es, en la forma en que se debe establecer cómo es dada su creación y aplicación, y la manera en que este proceso influirá con su aceptación y conformidad, supuesto básico del principio de legalidad.

Así, un referente importante para entender las teorías que se suscitan del estudio del derecho lo encontramos en Kelsen, 1979, quien en su estudio sobre la ciencia del derecho se plantea una pregunta importante atinente a cuándo una pluralidad de normas jurídicas se constituye en una unidad y en la forma en que esas normas jurídicas encuentran su validez. Es decir, en paralelo con este autor y el objeto de comprender en términos específicos las implicaciones de la legalidad, habrá que partir de la generalidad, esto es, desde el momento en que las normas jurídicas aún no hacen parte de una unidad, o mejor de un ordenamiento, hasta el momento en el que se apropian de ese sistema o unidad para conformar un verdadero ordenamiento

jurídico sobre el cual se desprenderá el ejercicio de la legalidad en tanto los sujetos de ese ordenamiento acepten y actúen conforme a ese conjunto de normas.

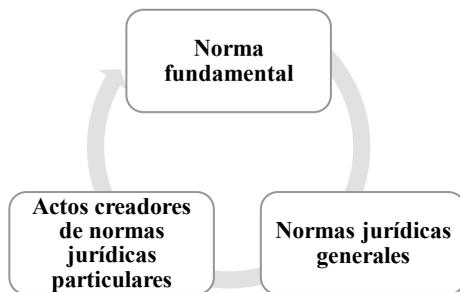
Así, el debatido concepto de validez será importante al momento de definir el principio de legalidad, en tanto una norma que se predique inválida no osará la condición de ser lo suficientemente vinculante para obligar a los individuos o a las autoridades públicas de abstenerse de realizar la conducta que la norma 'inválida' prescribe; teniendo como consecuencia un rompimiento del principio de la legalidad, pues, uno de los fines de esta es el actuar conforme a la ley y la aceptación de esta por los individuos. Por ello, reconocer como lo hace Kelsen (1979) al sostener que la validez de las normas está definida por su existencia y no por su contenido, es relativo a que:

...si se desconoce la validez de un sistema jurídico o de una norma, esto equivale a negar su existencia, ya que se consideraba que la falta de validez implica que el sistema o la norma no tiene las consecuencias normativas estipuladas por el sistema (Nino, 2017, p. 8).

En esa línea y, atendiendo al grado de importancia que puedan tener las normas jurídicas que se predicen como válidas por el hecho de su existencia en determinado ordenamiento, Kelsen (1979) traza una línea que corresponde a su tesis de una estructura jerárquica del orden jurídico, en tanto, la regulación y creación de las normas jurídicas generales estará dada y condicionada a la norma fundamental y, a su vez, sostiene que de esas leyes que encuentran su objeto de creación en la norma fundamental se desprenderán los actos creadores de normas jurídicas particulares, situación que le importa al derecho administrativo, puesto que en ello cabría las manifestaciones unilaterales de la administración, materializados en actos administrativos. En consonancia con esto, "una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las

normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas” (p. 35).

Gráfica 1. Proceso de codificación de las normas fundamentales



Fuente: Elaboración propia.

Nota: El gráfico muestra los pasos en que discurre la creación de las normas fundamentales propuesta por Kelsen.

Es entonces que, en materia administrativa, la legalidad se presenta como un principio inescindible que servirá de guía y parámetro a las actuaciones de la administración, limitando con ello cualquier abuso discrecional a que pueda haber lugar. Esto, en relación con lo expuesto anteriormente, significa que la administración en todo momento se debe sujetar de conformidad a lo que disponga el ordenamiento jurídico, lo que implica reconocer que “todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores” (Rodríguez, 2017, p.105).

En esa comprensión, con el fin de ubicar el principio de legalidad en el derecho administrativo, se puede adoptar la tesis que abarca a la legalidad en sentido amplio como principio de juridicidad, o, a su vez, a partir de la tesis que la soporta, la legalidad en sentido estricto. Sin embargo, no quiere decir esto que esos dos sentidos se opongan, ya que “ambos principios no están en oposición, pero se diferencian en diversos puntos” (Merkl, 1975, p. 224), y es que guardan diferencias significativas puesto que dentro de las construcciones teóricas

que le importan al derecho administrativo, en el primer sentido, legalidad como juridicidad, se entiende el sometimiento de las actuaciones de la administración a la totalidad del ordenamiento jurídico, mientras que, en el segundo sentido, esa subordinación de la administración está supeditada a la ley formal producto de un procedimiento de deliberación de un cuerpo colegiado, en otros términos: el parlamento.

Es así como se presentan dos caminos posibles para entender la legalidad. De ello, se infiere, como ya se ha venido sosteniendo, que no se puede reducir la legalidad a un concepto absoluto, situación que se evidencia en las diferentes posturas doctrinales respecto del mencionado principio como objeto de estudio. Como se dijo, surgen dos posibilidades para entenderlo dentro de la comprensión del derecho administrativo. Así, en palabras de Sierra (1998):

El principio de legalidad puede ser entendido de dos formas. La primera de manera genérica, como principio de juridicidad, esto es, sometimiento de los poderes públicos, y principalmente la administración al derecho, a las normas jurídicas. La segunda en sentido estricto, sometimiento de los poderes públicos a la ley del Congreso, a la ley en un sentido formal (p. 157).

Bajo esa idea de la comprensión del principio de legalidad administrativa en los términos de la relación inherente entre el derecho y la administración que se materializa como principio de juridicidad sustentado por Merkl (1975) es que las acciones de la administración implicarán no solo un sometimiento al imperio de las leyes formales, sino que debido a las condiciones que imponen los procesos de constitucionalización, se entiende que esta debe asumir el respeto a todas las disposiciones que conforman el sistema jurídico de un ordenamiento, reconociendo los preceptos no solo de orden legal sino primordialmente de orden constitucional, junto con la fuerza vinculante que le es propia, de lo que se extrae que ese culto a la ley preexistente se transforma y le da a

la actuación de la administración nuevos márgenes de sujeción que debe contemplar en su actuar.

No obstante, el principio de juridicidad no ha sido la única tesis para comprender el desenvolvimiento del principio de legalidad en las actuaciones de la administración, pues, las discusiones que encierran a la legalidad en sentido estricto también han sido relevantes en las construcciones teóricas del derecho administrativo, pues, si bien esta visión no se opone del todo al sentido amplio de la legalidad, sí guarda diferencias que le son esenciales. Es entonces que en sentido estricto el principio de legalidad se entiende como aquel en que “la actuación de la administración pública está sometida a la ley del Congreso, garantizando así la prevalencia de la ley sobre las demás fuentes del derecho” (Rodríguez, 2017, p. 112).

Por consiguiente, el principio de legalidad –en sentido estricto– guarda la intención de reconocer la primacía de la ley como fuente formal, en tanto su creación deriva de un procedimiento específico y es determinada por un cuerpo colegiado, siendo la principal fuente para dirigir las actuaciones de la administración. Sin embargo, con atención a los ordenamientos jurídicos modernos, esta acepción no resulta la más acertada, pues, en principio, al reconocer que la ley en sentido formal será el criterio orientador del actuar de la administración, se estaría desconociendo las dinámicas de constitucionalización que disponen la supremacía de las disposiciones constitucionales y demás elementos que confluyen dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico.

Por ello, la dirección general al abordar estas dos posiciones ha sido hacia la contemplación del principio de legalidad en materia administrativa como principio de juridicidad, esto en la medida de que es evidente las transformaciones a las cuales la figura del Estado se ha visto sometido. Quiere decir esto que, quizá ubicados dentro de un Estado de Derecho, tendría más sentido el ejercicio de la legalidad en tanto en esa fase de Estado, dado que cualquier actuación de

los poderes públicos era justificada sí y solo sí se encontraba delimitada legalmente. En otras palabras, “en el Estado de derecho todo está regulado por la ley. En ella se determina qué órgano o funcionario es competente, cuándo debe actuar, por cuál procedimiento, en qué sentido y a favor de quién” (Sáchica, 1990).

Sin embargo, a pesar de esa precisión, es sabido que actualmente ese Estado de derecho no es el Estado actual, pues hay que reconocer los condicionamientos o la resignificación que ha sufrido con el Estado social de derecho, admitiendo de plano que “el Estado Social condiciona el Estado de derecho, pero no lo abole” (Llorente, 1993, p. 41) y que trae consigo criterios materiales de equiparación para responder a las exigencias propias de un Estado a través de la inclusión de los derechos sociales, el supuesto básico de reconocer la supremacía constitucional dentro del ordenamiento jurídico, y manteniendo la intención que guardaba el Estado de derecho de vincular jurídicamente a los poderes públicos, pero no ya una sujeción solo respondiendo al imperio de la ley, sino del derecho en general.

Quiere decir esto que atendiendo al Estado social de derecho como forma de organización política (Tamayo, 2018) es más coherente encausar el ejercicio de la administración bajo el supuesto de la juridicidad, de lo cual el entendido de que la sujeción de los poderes públicos debe ser entendida en términos holísticos al respetar la totalidad de las disposiciones del ordenamiento jurídico, y no limitarse al culto a la ley, pues, si se reconoce a la legalidad como paralelo a la juridicidad, no se estaría desconociendo la primacía de la ley, sino que por el contrario ésta vendría garantizada de suyo.

TRADICIÓN FRANCESA DE LEGALIDAD

Con lo hasta acá relacionado, resulta de suma importancia conocer la génesis de la legalidad y el análisis de cómo tiene lugar en los ordenamientos jurídicos. Para ello, se debe hacer un estudio preliminar que la

ubique en la tradición francesa para luego examinar su relación dentro del derecho administrativo. Las diferentes ramas del derecho se han encargado de individualizar el contenido del principio de legalidad, particularizándolo, dependiendo de la naturaleza de la rama del derecho a la que se refiera, en este caso, concierne analizarlo desde una visión de derecho público, respecto de las relaciones del Estado con los asociados.

Bajo la influencia del Estado liberal se desprende una fase importante para abordar la comprensión del principio de legalidad, esto es, el Estado de derecho, que, siguiendo la idea del sometimiento del poder público al imperio de la ley, tiene vigencia el principio de legalidad, bajo el cual las actuaciones del Estado serían ejercidas en la medida en que la ley así lo prescribiera. Por ello, en palabras de Heras:

la expresión estado de derecho, refleja una de las características del estado moderno en una de sus últimas fases históricas, que indica fundamentalmente que en el mismo se ha sustituido el gobierno de los hombres por el gobierno de las normas” (Citado por Elejalde, 2002, p. 69).

Es decir, el Estado de derecho surge como respuesta a la desconfianza de los ciudadanos respecto de los poderes exorbitantes que reposaban en cabeza del monarca y que sometían las libertades individuales en el Estado absolutista, puesto que no se concebía ninguna norma que limitara las actuaciones de la suprema autoridad. Por ello, una de las mayores conquistas del Estado de derecho y garantía a los ciudadanos sería que bajo esta fase del Estado liberal las relaciones del poder entre el Estado y los ciudadanos se daría en la medida y en los términos que la ley así lo determinara, donde ella misma describiría los límites a los que debería sujetarse el Estado en el ejercicio de sus funciones, controlando los abusos de poder. De ese modo, en sentencia C-306 de 2004, la Corte manifiesta que, “el Estado de Derecho implica la limitación del poder del Estado por el derecho, lo que se traduce en la clásica

fórmula según la cual el gobernante sólo puede hacer lo que de modo expreso le está autorizado” (Corte Constitucional, 2004).

Así, como se dijo, uno de los momentos importantes para hablar de la construcción del Estado de derecho, lo es la Revolución Francesa, del que surge junto con el principio de la separación de poderes, y derivado de la preocupación de someter el poder de la autoridad pública a la ley, el principio de legalidad que, en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, es expresado en los términos del artículo 5° bajo el cual “la Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene” (Francia, Asamblea Nacional, 1789).

Es decir, Francia, antes de consolidar el principio de legalidad como hoy se le conoce, también soportó que tiempo antes a la Revolución Francesa, existiera ausencia de normas que rigieran las acciones del gobernante en el ejercicio de su poder sobre los gobernados, siendo esto muy propio del Estado absolutista, donde numerosas atribuciones reposaban en cabeza del gobernante que justificaban su comportamiento arbitrario y desigual con respecto de los individuos que no osaban de las mismas prerrogativas.

Sin embargo, ese no sometimiento de la administración a una normativa en concreto y, dado que las autoridades “no estaban sujetas a Derecho, o lo estaban muy parcial y fragmentariamente” (Pardo, 2019, p. 45) sufre un cambio significativo. Se da la sustitución del llamado gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes. Es decir, la conquista de los Estados por el derecho y el imperio de la ley, se puede decir, es de aparición reciente y viene con la Revolución Francesa y posterior a ella al traer consigo el principio de legalidad y al definirse que la administración también debería –desde ese momento– vincularse jurídicamente a la aceptación de la ley. Es entonces que “solo en la cultura jurídica occidental y en tiempos ya muy recientes se asiste al sometimiento

sistemático, pretendidamente completo, de la Administración a Derecho” (Pardo, 2019, p. 45).

Atendiendo a esto, con el surgimiento del principio de legalidad se entiende entonces la sumisión del Estado a las dinámicas del derecho. Es decir, para este momento, no solo serían los particulares quienes deberían sujetarse al imperio de la ley, sino que esa sumisión también debería llevarse a cabo por el Estado. Con esto, surge una dicotomía en el ordenamiento francés, puesto que no se tenía claridad de si la sujeción a la ley por parte del Estado sería atendiendo al mismo régimen que seguían los particulares o si, por el contrario, tendría que definirse una rama que lo integrara y lo desarrollara como un derecho autónomo y especializado. Así, jurisprudencialmente en el derecho francés, empieza a tener lugar las discusiones frente a esta tensión que existía sobre delimitar el ejercicio de la acción estatal desde una visión común o especializada.

De todo esto se infiere que frente a los postulados que nacen con la Revolución Francesa dentro del que cabe el principio de la legalidad, a falta de una jurisdicción para la resolución de conflictos suscitados entre la administración y los gobernados, este importante principio se deconstruye al no lograr márgenes materiales que realmente limitaran las actuaciones de las autoridades, dejando en una posición vulnerable a los gobernados al no poder hacer valer criterios de justiciabilidad frente a una jurisdicción que dirimiera estos conflictos, de lo que se extrae que el principio de legalidad no resultaba en más que en un mero “enunciado teórico” (Rodríguez, 2017, p. 58).

Así, para ese momento, el principio de legalidad no resulta efectivamente vinculante para la administración, puesto que el órgano que por mandato constitucional dispuso para que resolviera las dificultades que nacieran de su ejercicio no disponía de una jurisdicción específica para ello, y solo estimaba facultades consultivas como lo era el Consejo de Estado, siendo este fenómeno una especie de justicia retenida, por tanto, sería la misma administración la

que contaría con facultades certeras para resolver por sí misma lo conflictos de los que ella misma fuera objeto, lo que la convertía en juez simultáneamente y en la creadora de las reglas de juego a las que la misma debía sostenerse, puesto que “las reclamaciones de los administrados eran conocidas así por la propia administración, que jugaba por tanto en el doble papel de juez y parte” (Donaire, 2000, p. 523), situación que generaba, y con debida razón, desconfianza en los gobernados.

Sin embargo, dada la intención de que se constituyera una jurisdicción especializada y autónoma que dirimiera los conflictos entre la administración y los administrados, que surgen fallos importantes en el derecho francés, y que históricamente influirían en la formación del derecho administrativo desde una visión comparada en otros ordenamientos jurídicos. En primer lugar, está el fallo Cadot de 1899, frente al cual el Consejo de Estado, ante las notorias limitaciones que frustraban su competencia, decide afirmar el poder que había adquirido con el paso de los años y decide romper con las delimitadas competencias especiales que le permitía a la ley al reconocer unilateralmente y conferirse la competencia de los litigios nacidos a consecuencia del ejercicio de la administración. Esto resignificaría al principio de legalidad, pues, pasa de ser un mero enunciado teórico a ser un parámetro material y efectivo para sujetar el ejercicio de la administración a la ley. Por ello, resulta el fallo Cadot un gran avance en materia de derecho administrativo y en la comprensión del principio de legalidad, puesto que “con estas medidas nació la jurisdicción en cuestión, y el derecho administrativo, y se afianzó la existencia del Estado de Derecho al predicarse la vigencia del principio de legalidad, de sujeción de la administración a la ley” (Rodríguez, 2015, p. 30).

Finalmente, ese producto de fallos culmina con el fallo Blanco de 1873, que define que las normas jurídicas a las que se debe vincular la administración no serían las mismas que se crean para regular las relaciones entre los particulares, sino que se decide que la administración,

por el contrario, debería contar con normas especiales, constituyendo el pilar fundamental del derecho administrativo ese carácter de especialidad, convirtiéndose así en una rama verdaderamente autónoma, dispuesta a hacer valer y a darle sentido primordialmente al principio de legalidad.

Así las cosas, se puede ubicar al principio de la legalidad en el derecho francés como una forma de vinculación de la administración a los postulados legales, en tanto la administración para la tradición francesa ha sido comprendida como “ejecutora de la ley” (Otto, 1987). Es decir, el ejercicio de la administración se encuentra regulado por la ley y ésta solo podrá actuar en los términos que la ley lo establezca, circunstancia que, en resumidas cuentas, demuestra y nos permite concluir que en términos de legalidad:

El derecho público francés, inspirado en los postulados filosóficos de la Ilustración, entendió desde siempre que la técnica de ejecución del principio de legalidad se concreta en la imposibilidad de actuación de la administración sin la existencia de una ley previa que le atribuya potestades (p. 135).

De esto que, cuando se realiza una revisión acuciosa en los lineamientos del derecho francés, desde su concepción ontológica, supone no disposición a la mera ritualidad, sino un reconocimiento en términos políticos de la Constitución, orientado de una clara limitación del poder, lo que representa una estructuración de un margen de interpretación que claramente define las condiciones de materialización del ordenamiento jurídico aplicado a una visión liberal del derecho, es decir, a la capacidad efectiva del Estado de autorregularse.

Dando cuenta que dicho enfoque es el que alimenta el ordenamiento jurídico colombiano, cuyo propósito se establece como el eje central de la construcción teórica del orden jurídico alrededor del derecho administrativo, en donde su caracterización responde a estos criterios dogmáticos y, en consecuencia, a su determinar en términos

de funcionamiento, en donde vale la pena agregar a la discusión que esta percepción toca un elemento adicional que viene con la transformación del sistema jurídico colombiano en 1991, cuando se determina ya un constitucionalismo que reconoce la Constitución tanto en términos políticos como jurídicos, estableciendo un reto directo sobre el funcionamiento positivo (Restrepo y Castaño, 2019).

TRANSFORMACIÓN DE LA LEGALIDAD CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Para el desarrollo de este punto se debe hacer la relación del principio de legalidad entre la Constitución Política de 1886 y paralelamente la evolución que ha tenido este término con ocasión de ubicarlo en la actual Constitución de 1991, con el fin de que se definan las implicaciones que ha tenido este principio en cada Constitución y su evolución hacia la Constitución actual.

En primer lugar, hay que partir de la idea de que el principio de legalidad en el ordenamiento colombiano es de origen constitucional y que, a su vez, la Corte Constitucional, a través de sus interpretaciones, se ha encargado de enmarcar este principio desde dos connotaciones dado que ha manifestado que “de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador” (Corte Constitucional, 2001). Para el presente caso, concierne analizarlo desde la visión que lo aborda como un limitante al ejercicio del poder.

Por lo anterior y, haciendo un rastreo a lo largo de la Constitución de 1886 para ver dónde se ubica el principio de legalidad, enfocado hacia su comprensión como un limitante efectivo al ejercicio del poder, hay un par de artículos que llaman la atención y que claramente están consagrando directrices que deben hacer valer los funcionarios, en los que se afirma que estos deben actuar sujetándose a lo que la ley disponga, supuesto básico del principio de legalidad. De esta manera, el artículo 51

expresa que será la ley la que determine la responsabilidad a la que quedan sometidos los funcionarios públicos; también, el artículo 62 afirma que “la ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución” (Constitución Política, 1886).

Estos artículos a los que se ha hecho remisión dan cuenta de que, en esencia, el derecho administrativo es legislado, puesto que es la ley la que define de qué manera serán dadas las relaciones y las actuaciones de las autoridades administrativas. Además, el artículo 62 reseñado trae una cláusula importante, y es la posibilidad de que prime la ley cuando la Constitución no prevea situaciones que la ley por el contrario sí hace, quiere decir esto, que para ese momento analizar la legalidad a partir de la juridicidad no era posible, pues la supremacía constitucional no contaba con el peso jurídico del que hoy por día goza.

La Constitución de 1886 muestra entonces un ordenamiento aún tímido de reconocer la relevancia que hoy por hoy posee la Constitución como máximo cuerpo jurídico y político de un ordenamiento, por tanto, es evidente que esta demostraba más convicción en las disposiciones legales y, así se entendía la vinculación de las autoridades administrativas en términos de ley y no de la Constitución. Sin embargo, son las reformas posteriores las que incorporarán en la Constitución de 1886 el valor vinculante de la misma y en 1910 con el Acto Legislativo 03 se da un avance significativo que representa para el principio de legalidad su inclusión dentro del llamado bloque de legalidad, pues, con esta reforma se le reconoce a la Constitución la facultad de prevalecer sobre las disposiciones legales contrarias, de ello da cuenta el artículo 40 de la presente, según el cual “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán preferencia las disposiciones constitucionales” (Constitución Política, 1886). A partir de ese momento, en el

ordenamiento jurídico colombiano, las comprensiones del principio de legalidad giran en torno a un análisis dado desde la juridicidad como sujeción de los poderes públicos a la totalidad del derecho y no en un sentido estricto como la sujeción a la ley en sentido formal como manifestación de un cuerpo colegiado.

Así, el principio de legalidad, como hoy es entendido, empieza surgir con la Constitución de 1886 y sus reformas, así es como se evidencia un tránsito de una estricta legalidad a otra contemplada dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico, idea que se perfecciona con la inserción de la cláusula del Estado Social de Derecho (en adelante, ESD) contenida en el preámbulo constitucional de 1991, pues, teniendo ya contenido constitucional, esta fórmula de Estado “permite acercar a todas las autoridades y asociados hacia la realización de la justicia material” (Restrepo, 2018, p. 40).

En ese sentido, la consolidación del ESD dentro de la Constitución Política de 1991 representa una resignificación importante para el principio de legalidad e imprime el principio de supremacía constitucional, el cual “implica la imposibilidad de predicar en el orden jurídico normas que tengan un nivel superior a la Constitución” (Corte Constitucional, 2016), lo que permite que se hable de una transformación del principio de legalidad dado que lo transforma, de manera que las autoridades deberán sujetarse a lo que defina la ley y entender que dentro de las construcciones del ESD “ninguna autoridad podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley” (Constitución Política, 1991).

Finalmente, todo esto trae un cambio significativo en el sistema de fuentes que se encarga de la creación e interpretación del derecho, pues, se traslada a la ley para darle paso a la Constitución como la máxima fuente dentro del sistema jurídico. Por ello, el artículo 230 constitucional que establece que los jueces en sus providencias solo estarán sometido al imperio de la ley, se queda corto al no incorporar las

dinámicas que implica hablar de supremacía constitucional. Además, sustrae también la relevancia que el precedente judicial ha cobrado convirtiéndose casi que en un criterio de obligada remisión por parte de los jueces, lo que lo convierte en un elemento colaborativo en el ejercicio del principio de la legalidad, por lo que al respecto la Corte Constitucional “ha creado un sistema de monitoreo y aplicación del precedente judicial obligatorio a los jueces” y, a su vez, “el legislador ha querido establecer la obligación administrativa de obediencia del precedente” (Medina, 2015, p13).

De las condiciones de interpretación de la caducidad procesal en materia de Conflicto Armado Interno: la constitucionalización del derecho administrativo

Es sabido que el acaecimiento de un CAI conlleva a que al interior de un Estado se generen hechos que afecten severamente a los derechos humanos, así, una forma de categorizar alguna de esas infracciones sistemáticas y generalizadas en contra de la población civil es en el tipo de crímenes de guerra y delitos de *lesa humanidad* consagrados en instrumentos internacionales como crímenes de especial relevancia, reconocidos por el Derecho Penal Internacional.

Para el tratamiento de estos hechos, el Consejo de Estado, como encargado de dirimir los conflictos que pueden generar responsabilidad a título del Estado y a través de sus fallos cuando ha encontrado probada esta categoría de delitos, ha procurado poner en el centro de la protección a la víctima, remitiéndose a la regla de la imprescriptibilidad de la acción que nace en el momento en que “se forja un nuevo instrumento internacional de protección de derechos humanos así como una nueva obligación estatal: la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” (Huertas, 2013, p. 24). Así, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha permitido inferir que esta regla de imprescriptibilidad no solo

es aplicable frente a la acción penal, sino que también se hace extensiva respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Sin embargo, visto desde el ordenamiento interno, la caducidad de la acción es de estricto orden público y es imperativo de obligatorio cumplimiento. Para el caso del ejercicio del medio de control de reparación directa, el ordenamiento dispone un término de dos (02) años “contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa” (Congreso de la República, 1984) para que se reclame por la vía judicial los derechos que se consideran vulnerados con ocasión de la acción u omisión de la administración pública; es decir, hacer un estudio de los derechos de las víctimas del CAI en el ordenamiento jurídico colombiano, en atención a lo que implica el principio de legalidad administrativa de manera estricta, sería limitar de manera severa una adecuada justiciabilidad de los derechos de quienes tienen la calidad de sujetos de especial protección al ser víctimas.

Con todo esto, la trayectoria jurisprudencial ha mostrado un Consejo de Estado que ha hecho del ejercicio del derecho administrativo algo más que la mera sujeción al imperio de la ley, recogiendo la noción del principio de legalidad, pero de manera perfeccionada al entenderlo desde la juridicidad, pues éste, a pesar de que el ordenamiento interno dispone un término preteritorio como oportunidad para acudir a la jurisdicción, en múltiples pronunciamientos ha invocado la imprescriptibilidad de la acción cuando se configura una conducta equiparable a los crímenes de guerra y los delitos de *lesa humanidad*, con el fin de proteger y reparar a la víctima, fallando en su favor, reconociendo el instrumento de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad de 1968, a pesar de que en ningún momento ha sido ratificado por Colombia, argumentando que este es norma de *ius cogens*, por lo que “es de imperiosa observancia por parte de los Estados, siendo nulo cualquier tratado internacional encaminado a desconocerla” (Consejo de Estado, 2013).

Sin embargo, mediante providencia del 29 de enero de 2020, consejero ponente: Marta N. Velásquez Rico, se profiere sentencia de unificación jurisprudencial en relación con la caducidad del medio de control de reparación directa frente a los delitos de *lesa humanidad*, en la cual sustenta que solo se predicará de manera limitante la imprescriptibilidad de la acción de estos delitos cuando se pruebe la participación sea por acción u omisión del Estado y su responsabilidad pueda ser acreditada, o, en el caso de que se demuestre la imposibilidad material de ejercer el derecho de acción. Ahora, si las condiciones que impidieron acudir a la jurisdicción no están dentro de las mencionadas, no operará la regla de la imprescriptibilidad de la acción aun cuando se trate de delitos de *lesa humanidad*, pues, solo resultará “aplicable el término para demandar establecido por el legislador” (Consejo de Estado, 2020), limitando la tutela jurídica efectiva de las víctimas al reducido espacio de tiempo de dos (02) años como lo consagra la ley.

Esta decisión contraría lo que ha venido fallando el Consejo de Estado y restringe materialmente los derechos de las víctimas del CAI al limitar su oportunidad para ejercer el derecho de acción al término que establece el legislador para ello, contraviniendo la imperatividad de los instrumentos internacionales que promueven la defensa de los derechos humanos y fallando solo de conformidad a lo que dispone la ley, basado en una interpretación hermética con la que se deja de lado cualquier pretensión más allá que las víctimas puedan gozar de una igualdad material a través del acceso a una reparación integral mediante la vía judicial. Es sin duda una decisión que desconoce que el derecho administrativo está en un proceso de constitucionalización, por tanto, debería actuar conforme a lo que holísticamente compone al ordenamiento jurídico, y no solo a la ritualidad de la ley.

En estos términos, suponer un análisis sobre el caso concreto implica dar cuenta si la caducidad de la acción de reparación directa está limitada a entender no solo esto como una decisión de términos de

interpretación del sistema jurídico, sino que, en efecto, dispone una orientación que tiene elementos a considerarse en la solución del ordenamiento jurídico constitucional. Dando cuenta de ello, se genera una pregunta que se vuelve relevante para confrontar el ESD y es: ¿hasta qué punto representa el principio de legalidad en materia administrativa una amenaza para el reconocimiento de los derechos de las víctimas con ocasión del CAI?

Con todo esto, es claro que no basta con la aplicación normativa, sino que su argumentación tiene claro que, bajo la primacía constitucional, la norma procesal y el ámbito de garantía constitucional determina un desarrollo complejo que supone diferentes variables sobre las cuales se establece cómo el orden jurídico está dado para materializar de forma sistemática los criterios dogmáticos que trae consigo constitucionalizar el principio de legalidad, el cual se fortalece en una determinación más amplia como resultado de estar revestido del ESD. En ese sentido, se podría determinar que como consecuencia se presentan los siguientes criterios de interpretación:

Tutela judicial efectiva y derechos fundamentales.

Este criterio da cuenta de que la acción judicial y, por tanto, la tutela judicial, en un derecho constitucionalizado implican el reconocimiento de la acción procesal como mecanismo de protección efectiva del ordenamiento jurídico. Además, tiene en su dimensión un reconocimiento implícito de un segundo control que se encuentra fundamentado en la posibilidad de que, vía acción de tutela, dicha acción constitucional establezca un marco de protección de los derechos fundamentales por vía de la jurisdicción constitucional.

En este propósito los lineamientos coinciden (Moreno y Restrepo, 2020), (Zuluaga, 2012), (Ramírez, 2014), (Hernández-Yunis, 2015) y, en efecto, la Corte Constitucional en una pacífica línea jurisprudencial –como la sentencia SU-116 de 2018– señaló que es claro que la

interpretación constitucional debe privilegiar la disposición sustancial sobre la procesal y determinar que con las condiciones que se tienen frente a una regulación estructural de orden de los derechos fundamentales requiere una condición de especial revisión cuando se trata de asuntos propios del Conflicto Armado Interno.

Supremacía constitucional y control de convencionalidad.

Es determinante reconocer que, bajo esta configuración normativa, un segundo criterio de interpretación está dado por comprender que las normas de nuestra Carta están dadas por la disposición del principio de supremacía constitucional; de lo cual vale la pena dar cuenta que la materialización del principio de supremacía constitucional –establecido en el artículo 4 Superior– supone una dimensión más amplia que determina una relación directa con el bloque de constitucionalidad (Roncancio, Colorado, Restrepo, 2020).

En este sentido, una aplicación de ello tiene una consecuencia que armoniza las relaciones del ordenamiento jurídico con los tratados internacionales y, en consecuencia, con la posibilidad de que las decisiones judiciales sean controvertidas en sede internacional dada la competencia que reviste la aceptación de la jurisdicción internacional en materia del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en donde es claro que se hace necesario establecer cómo atender al bloque de constitucionalidad y se convierte en una necesidad por parte del sistema jurídico colombiano para garantizar la existencia de seguridad jurídica efectiva.

En este sentido, es claro que, de ser llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se podría determinar que, pese a las condiciones formales en sede de tutela jurídica efectiva, los lineamientos que desconozcan las garantías consagradas por el ordenamiento en clave de derechos fundamentales no se ajustarían a los tratados internacionales ni a las obligaciones del

Estado en cumplimiento de estos mismos, máxime cuando los mismos parten de una relación desigual entre las víctimas y el Estado evidenciaría el déficit de protección que se generaría a partir de la aplicación normativista de un hecho que por su anomalía como lo es el CAI, da cuenta de las condiciones materiales que alejan a las víctimas del acceso real y material de justicia.

Estado social de derecho y racionalidad del gobierno judicial.

Vale la pena hacer mención a que, en efecto, el Estado social de derecho tiene un efecto que impacta tanto la forma como se consagra el sistema jurídico tanto en términos políticos como jurídicos al tomar decisiones a través de sus instituciones. Por esta razón, los profesores Restrepo y Castaño (2019) dimensionan que el constitucionalismo se da en términos políticos y jurídicos, lo que determina que la llegada del Tribunal Constitucional determinó el valor vinculante de la Constitución y estableció que los fines del Estado constitucional se vuelven un propósito de todos los servidores públicos y se genera un efecto de racionalidad que permite evidenciar que en el derecho administrativo, no sea admisible una visión formalista de limitación de los derechos fundamentales.

Es claro que la orientación que se da en estos términos de interpretación está ligada alrededor de los derechos fundamentales. Ello implica reconocer que, bajo este supuesto, es necesario determinar cómo el ordenamiento jurídico puede ser interpretado a la luz de constitución, en donde las mismas providencias de los tribunales de cierre –en su dimensión de guardianes de la constitución– establecerían que allí no se puede considerar la existencia de cosa juzgada, puesto que su lectura está sujeta a los derechos y garantías ya desarrollados tanto por el mismo Consejo de Estado, como la Corte Constitucional; e, incluso, la Corte Suprema de Justicia quienes han reconocido que por las condiciones internas de la guerra y el conflicto, existe una posición manifiesta de vulnerabilidad

que pondrían en pugna el alcance de esta posición y de sus efectos en futuros casos, en donde el sistema jurídico colombiano ha sido garantista.

CONCLUSIONES

Frente a todo lo anteriormente expuesto, es claro que la interpretación del derecho administrativo en términos constitucionalizados supone una dimensión armónica del funcionamiento de la administración de justicia, en la que claramente existe un proceso de constitucionalización que reconoce como la Constitución está vigente y cumple un papel de vital importancia en el reconocimiento de la idea de seguridad jurídica. Puesto que, bajo los criterios de interpretación del sistema jurídico, no se puede comprender que las reglas de aplicación de los fallos judiciales se justifiquen en una determinación que desconoce los elementos que se han construido desde la vigencia de la Constitución de 1991.

Por esta razón, cuando se profundiza la configuración del legislador en la Ley 1437 de 2011, se encuentra que se estableció una ruta que impone un deber objetivo que establece que la premisa del control del poder, como manifestación máxima del Estado constitucional y, por tanto, del derecho administrativo, que liga el reconocimiento de mecanismos de entrada y salida del sistema de interpretación que construyen el núcleo duro de un derecho altamente constitucionalizado.

Por esta razón, al entender que se aplique una regla frente a la caducidad que enfrente a las víctimas a interponer las acciones en el término de dos años de ocurrido el hecho o que la persona lo conozca, implica establecer que efecto la legalidad se estaría entendiendo por demás lejos de las dinámicas de la guerra.

Vale resaltar que las condiciones de un estado de guerra, bajo los estándares internacionales supone una anomalía en donde la institucionalidad en el afán de conjurar sus condiciones de orden público

no puede generar garantía frente a sus obligaciones como lo supondría considerar las mismas en tiempos de paz, lo que resulta entonces contradictorio, puesto que a la incertidumbre de la guerra en muchos de casos ni siquiera se entienden las razones o las condiciones en que estos generan.

En este sentido, es claro que las dinámicas sobre la impunidad, lo complejo que ha significado para el Estado construir derechos fundamentales como los de la memoria histórica, la verdad y misma reparación, dan cuenta de lo complejo que es entender en un sentido material la guerra, lo que resulta entonces contradictorio es entender como las instituciones que han sido las primeras en reconocer esto mismo, no desarrollen en efecto lo que implica entender el principio de legalidad y lo desnaturalicen a una condición que no se podría convertir en una regla.

Es difícil, desde la ausencia del Estado, desde la histórica vulnerabilidad que representa ser víctima que se entienda la imposición de cargas adicionales que no son coherentes con los derechos fundamentales que se han logrado en términos del CAI desde el cual, determinar que en las reglas procesales se estructura un factor diferencial que está ligado al derecho sustancial y, por correspondencia, a una tesis que establece el Estado social y democrático de derecho como un baluarte del constitucionalismo moderno, en donde se permite afirmar que en los casos de la caducidad procesal derivada de la responsabilidad estatal, en materia de derechos humanos, liga un reconocimiento que se debe reconocer o que posibilita el control a las decisiones judiciales. En este criterio vale la pena cuestionar si en efecto se podría considerar la existencia de cosa juzgada ante la imposición de una sentencia de unificación que su desarrollo implique limitar en casos concretos derechos de las víctimas del conflicto armado interno.

En este panorama representar el alcance de este problema jurídico se torna relevante en la medida que todo esto implica una revisión sobre las tres dinámicas que se encuentran desarrolladas como parte del principio de constitucionalidad,

en donde: i) la tutela judicial efectiva y los derechos fundamentales, ii) la supremacía constitucional y el control de convencionalidad y, iii) el Estado social de derecho y la racionalidad de gobierno judicial, establecen márgenes que determinan que, pese al condicionamiento de este tipo de fallos, no sea factible establecer una cosa juzgada en sentido formal, en la medida que siempre existirá mecanismos que bajo la confección del diseño institucional no permitirían una limitación de los derechos de las víctimas.

Se puede afirmar que en todo momento el reconocimiento de las víctimas ha pasado por un proceso de desarrollo que es reconocido y que en una lectura convencional parte por establecer que las ellas se encuentran en un permanente estado de vulnerabilidad, en donde son las condiciones de la guerra las que no les permiten tener realmente un acceso efectivo a la jurisdicción y sus condiciones. Por esta razón, el análisis completo daría cuenta de cómo la legalidad se traduce en constitucionalidad y ante instancias internacionales no se superaría

una exigencia ante tribunales internacionales por no reconocer lo logrado frente al desarrollo de la misma Constitución.

Se puede afirmar que los derechos de las víctimas son una manifestación de Estado social y democrático de derecho frente a las cuales el principio de legalidad debe recoger una protección que acompañó históricamente su desarrollo, puesto que su construcción desde la misma tradición francesa estuvo dada para entender los límites del Estado con sus ciudadanos, desde donde la limitación de los poderes de la administración entienden la relación desigual de los ciudadanos con sus asociados, que en términos constitucionales, daría a entender que los derechos fundamentales están para limitar a su vez al Estado frente a su funcionamiento, en donde la reconstrucción de los hechos de la guerra representa una tarea vital de la institucionalidad para reconstruir lo que en tiempos de paz se espera de los ciudadanos y frente a lo cual, en términos de guerra, no debiera ser exigible para quienes han padecido la crueldad de la misma.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Cançado Trindade, A. A. (2014). La ampliación del contenido material del ius cogens. en oea, Comité Jurídico Interamericano, XXXIV curso de derecho. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf
- » Código Contencioso Administrativo. (1984). Decreto 01 de 1984. Bogotá, D.C.
- » Corte Constitucional (2018), Sentencia SU-116. Bogota: Gaceta Constitucional. Mp: Alejandro Linares Cantillo. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU116-18.htm>
- » Corte Constitucional (2016). Sentencia C-054. Bogotá: Gaceta Constitucional. Mp: Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-054-16.htm>
- » Corte Constitucional (2004), Sentencia C-306. Bogotá: Gaceta Constitucional. Mp: Rodrigo Escobar Gil. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-306-04.htm>
- » Corte Constitucional (2001). Sentencia C-710. Bogotá: Gaceta Constitucional. Mp: Jaime Córdoba Triviño. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-710-01.htm#:~:text=Sentencia%20>

C%2D710%2F01&text=Como%20principio%20rector%20del%20ejercicio,y%20precisa%20en%20la%20ley.

- » Consejo de Estado (2018). Sentencia 12 de julio: Cp. Oswaldo Giraldo López. N° 11001-03-24-000-2010-00001-00. Sección tercera.
- » Consejo de Estado (2013). Sentencia 17 de septiembre: Cp. Jaime Orlando Santofimio. N° 25000-23-26-000-2012-00537-01(45092). Sección tercera.
- » Consejo de Estado. (2007). Sentencia 01 de noviembre: Cp. Rafael Ostau de Lafont. N° 1999-00004-01.
- » De Otto, I. (1987). *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Grupo Planeta (GBS).
- » Donaire, J. A. C. (2000). Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799-1999). *Revista de administración pública*, (153), 519-538. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/1271/127113487006.pdf>
- » Elejalde Arbeláez, R. (2002). Curso de derecho constitucional general. *Cometa de papel*. Medellín.
- » Guastini, R. (2009). La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49-74). Madrid: Trotta.
- » Guerra, L. M. L. (1997). El gobierno de los jueces. *Parlamento y Constitución. Anuario*, (1), 11-32.
- » Hernández-Yunis, J. S. (2015). El principio de inmediatez en la acción de tutela contra providencias judiciales. *Iter Ad Veritatem*, 13, 165-197. Disponible en <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/download/1211/1183/+&cd=16&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>
- » Huertas Díaz, O. (2013). El debate de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en Colombia: análisis desde la perspectiva de los derechos humanos. *Pensamiento Jurídico*. Disponible en <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/41188>
- » Llorente, F. R. (1993). El principio de legalidad. *Revista española de derecho constitucional*, (39), 9-42.
- » Medina, D. L. (2015). Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. *Precedente. Revista Jurídica*, 7, pp. 9-42. Disponible en <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2202>
- » Merkl, A. (1975). *Teoría general del derecho administrativo*. Editora Nacional.
- » Morand-Deviller, J. (2017). *Derecho administrativo*. U. Externado de Colombia.
- » Mosquera, V. J. M., & Tamayo, J. F. R. (2020). La tutela contra providencia judicial. Análisis estático de la sentencia t-125 de 2012. *Razón Crítica*, (8), 113-137. Disponible en <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/razoncritica/article/view/1565>.
- » Natale, E. A. Q. (2015). La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano: aproximaciones elementales para su estudio y comprensión. *Derecho Público*, (34), 24. Disponible en https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=519%3Ala-excepcion-de-inconstitucionalidad-en-el-ordenamiento-juridico-colombiano-aproximacio

nes-elementales-para-su-estudio-y-comprension&catid=40%3A34&Itemid=119&lang=es

- » Nino, C. S. (2017). *La validez del derecho*. Buenos Aires: ASTREA.
- » Pardo, J. E. (2019). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.
- » Política, C. (1886). Consejo Nacional Constituyente.
- » Política, C. (1991). Congreso de la República. *República de Colombia*.
- » Porto, H. A. S. (1998). *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Universidad Externado de Colombia.
- » Ramírez, M. C. J. (2014). Procedencia de la acción de tutela contra sentencias: una aproximación a la jurisprudencia constitucional. *Academia & Derecho*, (8), 37-69. Disponible en <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/79>
- » Restrepo Tamayo, J. F. (2018). *Estructura constitucional del estado colombiano*. Medellín: Sello editorial de la Universidad de Medellín.
- » Roncancio, A, Colorado S & Restrepo, J. (2020). Supremacia constitucional y Estado social de Derecho en Colombia. Vol 15. Fasc 31. Disponible en: <https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/issue/view/108>
- » Roncancio, A & Roncancio H. (2012). Accion de Inconstitucionalidad. En *Acciones Constitucionales: Una Aproximación A La Eficacia Y Efectividad De Los Derechos*. Envigado: Fondo editorial IUE. Disponible en: [http://bibliotecadigital.iue.edu.co/xmlui/bitstream/handle/IUE/45/Acciones %20Constitucionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.iue.edu.co/xmlui/bitstream/handle/IUE/45/Acciones%20Constitucionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- » SÁCHICA, L. C. (1980). *Constitucionalismo colombiano*. Temis.
- » Tamayo, J. F. R., & Zapata, D. C. (2019). *Ciro Angarita Barón y el Nuevo Orden Constitucional en Colombia*. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 24(1), 26-46. Disponible en <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1316>
- » Zuluaga Jaramillo, A. F. (2012). La justificación interna en la argumentación jurídica de la Corte Constitucional en la acción de tutela contra sentencia judicial por defecto fáctico. *Ratio juris*, 7(14), 89-112. Disponible en <https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/139>

El derecho a la verdad en el genocidio de la Unión Patriótica

The right to the truth in the genocide of the Patriotic Union

Autor: Adriana Marcela Guerrero Martínez

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n38.2021.13691>

Para citar este artículo:

Guerrero Martínez, A. M. (2021). El derecho a la verdad en el genocidio de la Unión Patriótica. *Derecho y Realidad*, 19 (38), 35-55.



EL DERECHO A LA VERDAD EN EL GENOCIDIO DE LA UNIÓN PATRIÓTICA

The right to the truth in the genocide of the Patriotic Union

Adriana Marcela Guerrero Martínez

Maestría en Derechos Humanos
Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC–
amgm180@hotmail.com

Recepción: Diciembre 2 de 2020

Aceptación: Enero 20 de 2021

RESUMEN

Con el presente artículo se busca entender, explicar y abordar el concepto del genocidio como tipo penal internacionalmente repudiado y los antecedentes de la conceptualización del tipo, pues no es menos cierto que el concepto de genocidio se acuña jurídicamente hasta la segunda mitad del siglo pasado, como producto de las grandes guerras y las micro guerras que vivieron algunos Estados europeos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. De esta manera, entender el concepto permitirá sentar las bases suficientes para abordar su aplicación en un estadio más específico como el del Estado colombiano.

Abordado el concepto general se analizará la aplicación normativa de que el Estado colombiano le dio al tipo del genocidio, ante la novísima adición del tipo por razones políticas, lo cual cambia la acepción original, dado que se entiende dentro de un contexto

inusual, atípico y extraño para la comunidad internacional y permite la investigación profunda del componente (de toda justicia transicional) de verdad dentro del reconocimiento de justicia, puesto que este es vital para dotar de reparación y garantizar la justicia, ya no solo a las víctimas, sino que también a toda la sociedad colombiana e internacional como elemento de integridad ante el aparato jurisdiccional, las víctimas, el gobierno nacional y la sociedad; y, por tal motivo, forjando un amplio grado de seguridad judicial general dentro del Estado colombiano.

PALABRAS CLAVES

Genocidio; Unión Patriótica; Derechos Humanos; Derecho a la verdad; justicia y reparación; víctimas.

* Artículo de reflexión

ABSTRACT

This article seeks to understand, explain and address the concept of genocide as an internationally repudiated criminal type, and the antecedents of the conceptualization of the type, since it is no less true that the concept of genocide was legally coined until the second half of the last century as a product of the great wars and micro wars that some European states lived after the Second World War. In this way, understanding the concept will allow the laying of sufficient bases to address its application in a more specific stage such as that of the Colombian State.

Once the general concept has been approached, the normative application that the Colombian State gave to the type of genocide will be analyzed, given the newest addition of the type for political reasons, which changes the original meaning, since it is understood within an unusual, atypical and strange context for the international community and allows in-depth investigation of the component (of all transitional justice) of truth within the recognition of justice, since this is vital to provide reparation and guarantee justice, not only to the victims, but also to the entire Colombian and international society as an element of integrity between the judicial apparatus, the victims, the national government and society, and for this reason forging a wide degree of general judicial security within the Colombian State.

KEYWORDS

Genocide; Patriotic Union; Human Rights; Right to truth; justice and reparation; victims.

INTRODUCCIÓN

La guerra en Colombia, como casi cualquier proceso bélico, puede llegar a ser cíclica. Cada nueva vuelta ha significado el recrudecimiento de las formas anteriores de violencia, en las que los grupos dejan de lado sus ideales para convertirse en una facción más dentro del conflicto armado.

En el contexto colombiano, según las investigaciones del informe del Grupo de Memoria Histórica (Centro de Memoria Histórica, 2013), esta cuestión se ha venido incrementando, masificando y consolidando desde mediados de la década de 1990.

En el marco de este conflicto los gobiernos han buscado múltiples herramientas de mitigación, desde la vía armada, hasta la configuración de mesas de concertación política como por ejemplo el del entonces presidente Belisario Betancourt, quien a finales de los años 80 se sentó a dialogar con la Coordinadora guerrillera Simón Bolívar, encabezada por las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo (FARC-EP), el Ejército Popular de Liberación (EPL), el Movimiento 19 de abril (M-19), el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y la Autodefensa Obrera (ADO).

De esta mesa se estableció la formulación de normas tendientes al restablecimiento y preservación de la paz, a través de la cual se buscaba el acercamiento a los grupos insurgentes, y el paso de la guerra de guerrillas a la confrontación política de posiciones (Congreso de Colombia, 1982).

Producto de las medidas adoptadas surgió la Unión Patriótica como un movimiento pluralista y alternativo a los partidos tradicionales, que para entonces habían perdido credibilidad. Esta nueva opción, diferente de lo que se esperaba, resultó siendo tan fuerte que logró desestabilizar políticamente el mandato de las élites tradicionales, las cuales habían perpetuado la violencia desde el período que se conoce con el nombre genérico de La Violencia, hasta la consolidación de una dictadura, que terminó siendo “solucionada” con el proceso de alternancia gubernamental conocido como Frente Nacional.

La Unión Patriótica fue el resultado de la lucha contra la desigualdad y la pobreza, cuyo raigambre tendría un papel fundamental en la historia violenta del país. Sin embargo, este proceso que significaba para algunos una iniciativa de construcción y consolidación democrática, fue asumido por

sectores de las fuerzas armadas como una completa oposición, puesto que implicaba la desnaturalización de las fuerzas políticas tradicionales y la pérdida del poder de cierta clase social.

Ante la creación de este movimiento y partido político se recrudeció la violencia armada que se tradujo en una serie sistemática de asesinatos contra los militantes de la Unión Patriótica, quienes ya habían sido objeto de amenazas relacionadas con su vida e integridad. Fueron sometidos a torturas físicas y psicológicas que provocarían el debilitamiento y casi extinción inmediata del partido. Este es –justamente– uno de los argumentos fundamentales que esgrime el colectivo de abogados defensores de derechos humanos que ha llevado el caso de la Unión Patriótica ante la CIDH para afirmar que no se trata solo de un caso de persecución política y vulneración al derecho de satisfacción de la verdad, sino que además constituye un crimen de *lesa humanidad*: el genocidio.

Surgió en este escenario el concepto del “derecho a la verdad”, concebido como una consecuencia jurídica necesaria para toda situación de postconflicto bélico de carácter no-internacional, pero teniendo en cuenta las violaciones cometidas en contra del DIH y del DIDH. Muchos fueron los casos de los militantes de la Unión Patriótica que quedaron sin esclarecer, pero los familiares de las víctimas tienen derecho a conocer lo sucedido, a que los hechos sean investigados, esclarecidos y que los responsables sean sancionados.

Lo anterior, tiene profundas consecuencias no solo para la lucha de las instituciones colectivas en contra de la impunidad del genocidio, sino también para las garantías de no repetición. Una de las características fundamentales que resulta más problemática a la hora de abordar el derecho a la verdad es que, además de tener un carácter individual, en la medida en que son castigados los responsables de los hechos que se consideren violatorios de los derechos humanos, también es un derecho colectivo, en la medida en que se

compromete a toda la sociedad (González, 2008, p. 435), justamente allí es donde radica la posibilidad de no repetición.

Es en este aspecto el presente trabajo busca analizar la manera en que el Estado colombiano aplicó el derecho a la verdad como garantía para las víctimas y sus familiares en el caso de la Unión Patriótica, examinar la postura que tiene a través de la legislación nacional y jurisprudencia vigente acerca del genocidio y las medidas de protección que ha elaborado para evitarlo, reconocerlo y resarcirlo.

En primera medida se estudian los antecedentes del genocidio; su definición, su reconocimiento a nivel internacional, enfocado en el reconocimiento del genocidio con fines políticos, por parte de entidades internacionales, como la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Corte Penal Internacional (CPI). También se realizará un estudio sobre qué países de Latinoamérica han reconocido este tipo de genocidio, que, a su vez, permite identificar los mecanismos legales, tendientes a prevenir y sancionar el delito.

En el segundo capítulo se analiza el genocidio en Colombia. Se indaga el concepto de genocidio y genocidio político en Colombia, esto partiendo de considerar la existencia de un reconocimiento que amplía las garantías en esta materia por parte del Estado, ya que Colombia suscribió este tratado por medio de la Ley 28 de 1959 (Congreso de Colombia, 1959) y protegió este delito por el artículo 569 de 2000 (Congreso de Colombia, 2000, 06 julio) el cual, sufrió algunas modificaciones con ocasión del estudio de constitucionalidad que se efectuó en la sentencia (C-177, 2001) por ser violatorio de los derechos 5º, 11, 13, 28 y 107 de la Constitución Política (Ballén, 1991). A pesar de que no existe como antecedente de genocidio político propiamente dicho, se hará alusión al caso de los gaitanistas en Colombia.

En un tercer capítulo, se hace especial alusión al derecho a la verdad y se toma como referencia el análisis de las decisiones

tomadas por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) a razón del carácter vinculante que tienen sus sentencias para los Estados latinoamericanos que han admitido su competencia. Con ello, se podrá desentrañar la estructura que vincula los conceptos de verdad y de justicia, puesto que en caso de que se contemplaran las sanciones por responsabilidades individuales, resulta cardinal comprender que no existe justicia sin verdad, de la misma forma en que no existe verdad sin justicia.

Por último, se aborda teóricamente el caso de la Unión Patriótica haciendo algunas precisiones sobre el contexto histórico en el que se desencadenó este acto intencional atroz, que se perpetuó contra más de 650 líderes y simpatizantes de dicho partido (Mora, 2016), puesto que su existencia suponía un riesgo para los intereses de unas clases sociales específicas. Así, se da cuenta de la forma sistemática en que la democracia colombiana se ha mantenido al margen de los atroces hechos que involucraron a personas de la oposición.

La finalidad de esta investigación es conocer si el gobierno colombiano otorgó medidas para mitigar estas situaciones, el trabajo que ha realizado de investigación, juzgamiento y sanción a las personas que fueron actores de la época de violencia en Colombia, si la totalidad de víctimas y sus familiares saben verdaderamente lo que ocurrió y si la situación se esclareció ante el país; o, si por el contrario, la democracia colombiana se ha mantenido al margen de atroces hechos que involucraron personas simpatizantes de la oposición.

ANTECEDENTES DE GENOCIDIO

Referencia del genocidio en términos semánticos y gramaticales

El concepto de genocidio se remonta a los juicios de la Segunda Guerra Mundial. Es allí donde el término fue utilizado por el doctor polaco Rafael Lemkin en su obra “*El dominio del eje sobre la Europa ocupada*”. Este concepto se empleó para denominar la

persecución y los delitos cometidos por el nacionalsocialismo alemán en contra de los judíos y gitanos. (Lemkin, 2008).

La concepción de genocidio, identificó la barbarie e inhumanidad en la que vivía la especie humana, la cual dista mucho de la racionalidad que le había caracterizado en el período de la Ilustración, o bajo la idea misma que promulgaba la “bondad natural del hombre” que no es otra cosa que el carácter consuetudinario, los hábitos racionales que se instituyen por medio de la sociedad (Rousseau, 2000). Se debe recordar que los actos allí cometidos lesionaron profundamente la dignidad humana, razón suficiente por la que estas operaciones fueran catalogadas como delito de *lesa humanidad*, es decir, el daño irreparable a una nación, a un grupo étnico, a un grupo religioso, a una raza o a un grupo político.

El término genocidio es una palabra grecolatina que surge de dos prefijos, uno de origen griego *gen-genh* que significa nacimiento (Pabón, 2002, p. 118), y del prefijo latino *cidio, cidium*, de la raíz de *caedere*, matar, acción de matar (Real Academia Española, 2014). Por lo que en su expresión literal genocidio traduce, según la Real Academia Española, como exterminio o eliminación sistemática de un grupo social por motivo de raza, de etnia, de religión, de política o nacionalidad (2014).

De acuerdo con el Equipo (Nizcor, 2007), el genocidio constituye una de las formas en las cuales se tipifica el crimen de *lesa humanidad*, definido desde el Estatuto de Roma (Organización de Naciones Unidas, 1998, p. 4), como un ataque con carácter sistemático contra la población civil perpetrado con conocimiento de causa.

La Corte reconoce delitos como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, el encarcelamiento en casos en los cuales haya violación de las normas del derecho internacional, entre otras muchas formas en las cuales se incurre en una violación probada de los derechos humanos (Organización de Naciones Unidas, 1998); el hecho de que se reconozca el exterminio como crimen de *lesa*

humanidad, remite la interpretación hacia el delito de genocidio, el cual, como se habría dicho en principio, tiene como característica fundamental la intencionalidad con la cual se perpetra.

Reconocimiento del genocidio a nivel internacional

En la Convención se reconocen al menos cuatro tipos de motivaciones por las cuales podría ser perpetrado el delito de genocidio: raza, etnia, religión y pertenencia a un grupo nacional. Estos fueron reconocidos en el ámbito internacional.

Cabe mencionar que en los dos años precedentes a la citada declaración de la ONU de 1948 se presentaron fuertes discusiones sobre si era posible que las razones políticas constituyeran un motivo legítimo para la tipificación del delito de genocidio. Tal discusión fue sorteada de manera que el genocidio político fuera excluido de las declaraciones de los estamentos y organizaciones internacionales, razón por la cual fue legitimado, en última instancia, el accionar genocida de los Estados (Feierstein, 2012; Huertas, 2006). Hoy en día a nivel internacional los grupos políticos no han podido acceder a ese manto especial de protección, argumentando, principalmente, la falta de delimitación específica de la población.

De igual forma, la Corte Penal Internacional no acepta la persecución de grupos políticos como genocidio en sus estatutos, pero lo inscribe en el Art 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se señala que la matanza generalizada o sistemática de miembros de un grupo político está en el marco de los crímenes de *lesa humanidad*, bajo la denominación de asesinato o de persecución (Huertas y Cáceres, 2015, p. 245).

A la negativa de incluir por parte de los Estados a estos grupos perseguidos, surge una solución salomónica de los tribunales internacionales y es la de incluirlo como un delito de *lesa humanidad*. Pero, no se puede decir con certeza que exista una verdadera

garantía sobre este delito toda vez que este desconocimiento jurídico puede dar paso a la vulneración de la igualdad como derecho inalienable y, además, configurar una discriminación frente a los diversos grupos perseguidos.

En Latinoamérica Colombia, Panamá, Paraguay y Costa Rica se han sumado a la protección de los grupos políticos en la tipificación del genocidio; mientras que Perú y Bolivia fueron sociedades más garantistas, debido a que hicieron expresa la protección de los grupos sociales en general, lo cual conlleva a ampliar el marco de protección declarado por el Estatuto de Roma.

El caso del genocidio armenio (1915-1917)

A finales del siglo XIX se registraron las primeras evidencias de agresiones en contra del pueblo armenio (Ferraro, 2015) y se estableció que en abril de 1915 se dio inicio al exterminio, con el arresto de un grupo de intelectuales armenios por las autoridades turcas. Como en el caso alemán, el genocidio de los armenios tiene la particularidad de gobernanza ejercida por un partido único –nacionalsocialismo–, que les daba a los jóvenes turcos en el imperio Otomano la tranquilidad y la fortaleza de tener a su disposición el poder político, civil y militar; lo cual les daba supremacía sobre los civiles desarmados.

La construcción de una identidad negativa

En los límites del imperio vivían cristianos, griegos, musulmanes y armenios, quienes convivían con cierta autonomía en agrupaciones cuyas particularidades dieron a la luz del mundo un gran acervo cultural. Con la decadencia del imperio por el siglo XVII, el proceso expansivo se detuvo; especialmente cuando se evidenció la necesidad de cambios estructurales, que consistían en modificar el sistema militar con un método más riguroso, pero para esto se requirió inversión que fue suplida como préstamo por parte de Europa.

Las luchas internas pugnaban por la igualdad, la instauración de derechos ciudadanos y por una reestructuración desde los mismos cimientos, que terminó con la implementación de una Constitución en 1876 que rigió dos años hasta que fue anulada por el sultán Abdul Hamid II (recordado como el Sultán Rojo o el “Gran asesino”).

De 1885 en adelante, los procesos políticos de resistencia del pueblo armenio tendrían eco en el ámbito internacional, que hizo que la comunidad internacional interviniera en su defensa. Además, se conformaron partidos como la Federación Revolucionaria Armenia o el Partido Hunchakian (Granovsky, 2014, p. 24).

La legitimidad del Estado era cada vez más cuestionable, de manera que en abril de 1908 fue derrocado el sultanato (24 de abril de 1908), lo cual terminó en festejos por parte de otomanos y armenios por el cambio del régimen (Granovsky, 2014, p. 13).

El derrocamiento del sultanato significó para los armenios una agudización y sistematización de las prácticas genocidas, sustentadas en la interiorización de la justicia de las acciones del sultán en contra de las minorías étnicas, específicamente hacia los armenios, a quienes se les endilgó la decadencia y caída del Imperio Otomano.

Lo anterior llevó a que el gobierno turco respondiera de manera tal que surgió en 2015 el plan de exterminio, tal y como lo reseñara Granovsky (2014), quien habló de la existencia de un plan secreto en contra de los armenios, que sería puesto en práctica una vez hubiese ocasión.

El exterminio del pueblo armenio

En la Primera Guerra Mundial, el 24 de abril de 1915, en Estambul fueron detenidos al menos 600 intelectuales armenios, hombres entre los 14 y 45 años, a quienes se les enlistó en el ejército turco y se enviaron a la guerra sin dotarles armas, siendo usados como mano de obra para la construcción de trincheras que se convertirían en sus tumbas (Morgenthau, 1975).

El ministro de defensa turco ordenó que fueran asesinados de formas tan crueles que entre el propio ejército turco hubo renuencia con las órdenes de tortura (Granovsky, 2014, p. 14), por lo que fueron sometidos a terribles suplicios, como asesinatos con armas blancas y ahogamientos.

En 1923, mediante un proceso electoral, llegó a la magistratura turca Mustafá Kemal, bajo la consigna de “Turquía para los turcos”, situación que no cambió sustancialmente para los pueblos minoritarios. Entre sus propósitos gubernamentales declaraba el respeto por los derechos humanos sin distinción de raza, sexo o religión, pero la realidad fue distinta para quienes constituían la minoría excluida.

Tratamiento de la comunidad internacional

Aun cuando alrededor del mundo la discusión sobre la existencia de genocidio en contra del pueblo armenio no necesita de pruebas adicionales, oficialmente solo una pequeña parte de la comisión compuesta por veintisiete países lo habrían reconocido hasta 2016, año en el cual se conmemorarían los 101 años de los atroces acontecimientos (Cabrera, 2019).

El Papa Francisco I –jerarca de la Iglesia Católica– señaló en un discurso del 24 de junio de ese año, que aquel genocidio inauguró la lista de terribles catástrofes del siglo pasado, causadas por motivos raciales, ideológicos o religiosos, que cegaron la mente de los verdugos hasta el punto de proponerse como objetivo el aniquilamiento de poblaciones enteras (2016).

La comunidad internacional se pronunció ante las violaciones perpetradas contra los jóvenes turcos en su proyecto “pan-turco”, como fuera calificado el empeño de los turcos por instituir una patria para ellos y los suyos, exterminando a los demás, según lo expresó el entonces emisario de Washington (Morgenthau, 1975). De hecho, gracias a la actividad de denuncia por parte de los cristianos protestantes que intentaban ganar adeptos en el medio oriente, la situación

del pueblo armenio fue conocida por la comunidad internacional (Granovsky, 2014).

En 2014, el primer ministro del interior turco, declaró que el Estado, enviaba un sentido pésame a las víctimas de las matanzas cometidas en el marco de la Primera Guerra Mundial, señalando enfáticamente, que no fue un genocidio, negando los hechos e incluso en su justificación, manteniendo la versión según la cual para el Estado turco no se trató de un genocidio sino de una consecuencia del tiempo conflictivo de la época (Ruiz, 2014).

El 15 de abril de 2015 en un artículo se sostiene que ante la solicitud al Estado turco por parte de la cámara de la Unión Europea (UE), para el reconocimiento del genocidio en contra del pueblo armenio, sus representantes no solo se negaron ante la petición elevada, sino que argumentaron que tal petición habría sido alentada por motivos de intolerancia religiosa (El Mundo, 2015).

EL GENOCIDIO EN COLOMBIA

Reconocimiento del genocidio y genocidio político en Colombia

Para hablar de genocidio en Colombia se debe hacer alusión a la Ley 28 de 1959, por medio de la cual se aprobó la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, a través de la cual el Estado se comprometió a tipificar como delito y sancionar severamente las conductas consideradas como crímenes de *lesa humanidad*.

En Colombia se dicta la Ley 589 de 6 de julio del 2000, en su artículo 322A, donde se tipifica el genocidio como un delito y se indica la pena entre 45 a 60 años y multa de 500 a 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Ley 589, 2000. Art 322) Con ella, el Estado busca la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos y el Art 322 presenta la tipificación del delito de genocidio, que dan cuenta del carácter de protección a los derechos a la vida y a la integridad en condiciones de igualdad.

La Corte mediante jurisprudencia deja claro que lo que se busca es la ampliación de la protección del genocidio, que surge de vincular a los grupos políticos como posibles víctimas de este delito, pues es sabido que la regulación contenida en los tratados y pactos internacionales consagra un parámetro mínimo de protección, de modo que nada se opone a que los Estados, en sus legislaciones internas, consagren un mayor ámbito de protección. Y no se puede ignorar que en Colombia muchos de los exterminios que podrían ser caracterizados como genocidio son de naturaleza política.

El hecho de que Colombia haya reconocido el delito de genocidio político, no es otra cosa que la ampliación de garantías para la preservación de derechos y el adecuado proceder respecto a ese delito, lo cual acrecienta la misión del Estado para garantizar la defensa de los derechos, de modo que este no contradice su legislación interna, pero sí otorga un mayor ámbito de protección. Incluso, Colombia hace suyas las recomendaciones de la CPI, en cuanto este organismo conmina a los Estados a adoptar medidas tendientes a someter estas acciones a la justicia, en la lucha contra la prevención de este delito, pero conservando la esencia de este crimen, que consiste en la destrucción sistemática y deliberada de un grupo humano que tenga una identidad definida. Y para Colombia es indudable que un grupo político la tiene.

Antecedentes de genocidio a nivel interno

El caso del genocidio al movimiento Gaitanista. Quizá una de las características más inquietantes del período conocido como *La Violencia* (1946-1958) es que aun cuando las dirigencias de los partidos tradicionales (Liberal y Conservador) estuvieran al frente de las banderas de la oposición, eran los afiliados a los partidos: el pueblo, quienes dirimían los conflictos por el poder en los territorios. Pero, según las estadísticas oficiales, zanjar esos conflictos significó que entre 1949 y 1957 se contaran al menos 16.219 personas muertas, otras tantas desplazadas de manera forzosa y

muchas más que vieron reducir a cenizas sus pertenencias (Centro de Memoria Histórica, 2013).

La cruda violencia se desató con fuerza hasta el asesinato del líder político del Partido Liberal: Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de abril de 1948; evento que desencadenó uno de los periodos más atroces en la historia del país. Se conformaron, entonces, los grupos de autodefensa campesina y las guerrillas liberales, así como colectivos nombrados “chulavitas” o “pájaros” que actuaban bajo las órdenes del Partido Conservador.

La identidad negativa

La década de 1940 encontró al país en la consolidación de nuevas dinámicas de violencia que estallarían en el proceso conocido como Restauración Conservadora. Entre 1946 y 1953, el entonces presidente de Colombia y líder del Partido Liberal, Alfonso López Pumarejo (1934-1938\1942-1946) vio cuestionada la legitimidad del Estado por acusaciones de corrupción por conservadores liderados por Laureano Gómez y empresarios, el Partido Liberal empezó a dividirse.

Con el Golpe de Pasto, quedó demostrada la participación de las fuerzas militares en enfrentamientos de carácter político (Pérez, 2018), con participación militar en dichos asuntos a pesar de la prohibición constitucional. Según el Grupo de Memoria Histórica, esta situación constituyó una de las razones de agudización de la violencia: “A ello se sumó la intervención de la Iglesia Católica a favor del Partido Conservador, hecho que dio una justificación moral y religiosa al discurso antiliberal y anticomunista (Centro de Memoria Histórica, 2013).

La situación política iba cada vez tomando matices más crueles, la economía del país daba la idea de que el progreso era posible, ya que las organizaciones sindicales actuaban en favor de los intereses de la clase obrera (Centro de Memoria Histórica, 2013).

La división política se hizo cada vez más patente, especialmente para las elecciones

del período 1946-1950, a las que se presentaron Jorge Eliécer Gaitán y Gabriel Turbay (El Tiempo, 1999). Luego de 16 años en poder del Partido Liberal, la división dio paso a la gobernanza del líder del partido Conservador; Mariano Ospina Pérez, quien era “el caballo de Troya de Laureano” (Molano, 2015). Por otra parte, Gómez instaba a la guerra civil; las centrales obreras llamarían a las protestas más grandes que hasta ese momento hubiera visto volcadas en las calles de las ciudades contra el vertiginoso aumento del costo de vida y buscando la dimisión del presidente electo (Torregrosa, 2009).

En 1947 Jorge Eliécer Gaitán asume la dirección del Partido Liberal, luego de que Gabriel Turbay huyera al exterior y el gobierno de Ospina Pérez buscaba la conversión al conservatismo de las fuerzas militares (Molano, s.f.; Torregrosa, 2009). Este movimiento fue decisivo, pues supuso la consolidación de un orden social afín con los intereses conservadores y eclesiales (Centro de Memoria Histórica, 2013); por ello, ante la propuesta del Partido Liberal acerca de formar a la Policía como una institución cuya jurisdicción correspondiera al congreso de mayoría liberal, pero la respuesta desde el Ministerio de Justicia fue que la defensa contra la propuesta liberal sería a “sangre y fuego” (Molano, s.f.).

La violencia política habría de arrear en el campo como en la ciudad. Gloria Gaitán, hija del fallecido político, sostiene que dentro del archivo personal de su padre se encontraban numerosas pruebas sobre la responsabilidad del gobierno y, en especial del Partido Conservador, sobre los crecientes ataques contra los militantes del Partido Liberal cuyas denuncias eran allegadas al despacho de Jorge Eliécer Gaitán (Las 20rillas, 2014).

De 1945 en adelante, los militantes del Partido Liberal, que ponían su confianza en Gaitán, conocidos posteriormente como gaitanistas, fueron sistemáticamente exterminados. En el cuarto punto de la misiva la señora Gaitán señalaba que existían pruebas que demostraban que por parte del

coronel Virgilio Barco habían contratado personas para generar conflicto, insistía en que lo ocurrido fue una violencia oficial, desatada en forma premeditada, sistemática y generalizada por el Estado colombiano”. (Vallejo, 2016).

El proceso genocida. No se encuentran muchos informes que señalen la existencia de un proceso genocida sobre los simpatizantes de Gaitán. Este período se ha enmarcado frecuentemente en la época conocida como La Violencia, ubicada entre mediados de la década de 1940 y de 1960. Si se entiende como genocidio la acción de carácter intencional cuyo objetivo es exterminar a un grupo humano determinado (ONU, 2018b), en el caso gaitanista ha estado cubierto por el manto de la historia oficial.

Durante esa época miles de personas fueron asesinadas, despojadas, torturadas, exterminadas, en razón de sus convicciones políticas. Como se ha dicho, las ideas de Gaitán representaban una amenaza para las élites del país y cada vez más personas se sumaban a sus ideas, pues concebía que la política debía estar regida por los principios morales, de modo que fuera posible el progreso del país.

El diario El Espectador reseñó en ediciones de esa época, que el presidente Alberto Lleras Camargo del Partido Liberal, llamó a los dirigentes del conservadurismo y a los liberales simpatizantes de Turbay a impedir la llegada de Gaitán al poder; quien de acuerdo con el testigo “reforzó las garantías diciendo que, si tenía que echar una bomba de dinamita sobre Soatá para que dejaran votar a los conservadores, lo haría. Al fin pudieron votar y ganar, como era previsto” (Valencia, 2011, párr. 11).

Cuestiones como estos muestran el carácter intencional de exterminar a un grupo humano; en este caso los gaitanistas, cuya visión política resultaba cada vez más problemática para los intereses de las élites.

Así como se señala en las investigaciones del Centro de Memoria Histórica, la violencia fue en sus formas represivas contra de los

militantes del movimiento gaitanista y se volvió más aguda tras la muerte del prócer liberal. Los eventos en los cuales ocurre su deceso pasarían a la historia como El Bogotazo (2013).

Es entonces clara la provocación contra el grupo político emergente. La acción última y quizá la más provocadora fue en efecto el asesinato del líder político de esta colectividad (Oquist, 1978; Pécaut, 2003). Tal y como ha venido insistiéndose, lo que vino después de estos hechos fue el levantamiento rebelde de porciones liberales de la población, que fue respondido de forma aún más violenta por parte de los gobernantes conservadores. El descuartizamiento y la tortura se convirtieron en mensaje y fueron el sello distintivo de esa violencia que no termina del todo (Uribe, 2004b).

El encubrimiento

El proceso de encubrimiento, tal y como se observó en el caso del pueblo armenio, tiene consecuencias duraderas, de forma tal que, en muchos de los casos, no se reconoce el genocidio. En Colombia ese proceso no ha sido diferente.

Esta época ha sido caracterizada como una contienda bipartidista, cuando lo que se ha mostrado es el carácter intencional de la violencia en contra de los simpatizantes del líder político Jorge Eliécer Gaitán, lo que marcó un terrible episodio de la historia que respondió al plan de las élites nacionales para mantener su posición en equilibrio. (Biblioteca Nacional de Colombia, 2020).

La persecución sistemática a las colectividades que se identifican en la diferencia, con proyectos políticos diferentes, que pudieran significar la pérdida del poder para las clases políticas nacionales, ha permitido una comprensión más profunda de los años que vinieron luego, en los cuales esta persecución, lejos de mermar, encontró su correlato en nuevas acciones en las cuales fueron exterminadas colectividades con sesgos políticos diversos.

Así como este caso del gaitanismo, ha habido otros durante la historia colombiana que han sido similares pero que no se han aceptado como genocidio político, donde el gobierno se lava las manos reiterando que son situaciones que han pasado durante ese tiempo específico de la historia, casos como el de la violencia en Trujillo, que no se sabe si fue masacre, homicidio múltiple o genocidio. Allí en un grupo de personas fueron asesinadas, desaparecidas, secuestradas y torturadas, los instrumentos utilizados para esta barbarie fueron las sierras eléctricas y los responsables están en libertad. Solo hasta 1995 el presidente de ese entonces aceptó responsabilidad por parte del Estado colombiano por la violencia vivida en Trujillo, pero a pesar de aceptar la responsabilidad todo quedó en ese discurso, porque aún muchas personas siguen sin conocer la verdad sobre lo ocurrió con sus familiares.

Otro suceso fue el asesinato del senador Manuel Cepeda Vargas, hecho en el que se involucra a miembros del Ejército Nacional y a jefes paramilitares. Este caso está siendo revisado por la CIDH, pero no ha sido aceptado por parte del Estado.

A los grupos políticos Alianza Unión Nacional de Oposición (UNO) y Frente Democrático, también les asesinaron a sus líderes.

Cuando Álvaro Uribe Vélez inició su campaña electoral manifestó que “no se puede combinar política con fusiles” (Uribe V., Álvaro. Manifiesto democrático. 100 puntos del programa de Gobierno. <http://www.alvarouribevelez.com.co/>) haciendo referencia a lo sucedido con la Unión Patriótica y aseguró que su gobierno respetaría a la oposición, situación que fue errónea, debido a que se presentaron nuevas modalidades como detenciones arbitrarias, procesos judiciales manipulados mediante testigos y así ha pasado durante los otros gobiernos de otros presidentes, quienes no han realizado las acciones pertinentes para evitar la persecución de líderes sociales y grupos políticos, al igual que no han

garantizado el derecho a la verdad de las víctimas.

EL DERECHO A LA VERDAD

Evolución y desarrollo jurisprudencial

El derecho a la verdad, definido desde las instancias jurídicas internacionales, es entendido como el derecho que tiene toda víctima de conocer la verdad sobre los hechos ocurridos en el marco de situaciones en las que ha sido violado el Derecho Internacional Humanitario o el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (González, 2008; Pérez, 2013 y Becerra y Pava, 2016).

El llamado derecho a la verdad no posee –desde el punto de vista de la *opinio iuris*– un origen determinado y, sin embargo, suele ser considerado como un derecho situado en la base del DIH (Guzmán, 2012). El primer enunciado jurídico que le otorga fundamento es el Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949, especialmente en el artículo 32, que se refiere a la sección de “fallecimiento” y de “desaparición” de personas en el marco de conflictos armados.

Se trata entonces del derecho que tienen las familias de conocer la suerte de sus miembros, cuestión que desplaza la titularidad y el beneficio del derecho más allá de las víctimas directas del conflicto hacia sus víctimas indirectas. Sin embargo, las organizaciones internacionales, por medio de tratados de derecho internacional público, fueron imponiendo a los Estados nacionales obligaciones especiales que les suponían la investigación, el esclarecimiento y sanción de violaciones al DIH en casos de desapariciones, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y tortura. Este es el punto en el que el derecho a la verdad adquiere nuevas dimensiones. (Salmón, 2004)

Pero fue solo hasta el Informe Anual presentado por la CIDH (1985-1986) donde se reconoció la existencia de un derecho a la verdad y lo definió como un derecho

irrenunciable, para los familiares de las víctimas y para la sociedad civil, de conocer la verdad sobre los delitos cometidos en contra de la dignidad de los seres humanos en el marco de los conflictos armados.

En América Latina el derecho en cuestión, fue solo hasta 1969 que en la Convención Americana de Derechos Humanos los temas jurídicos inscritos en este régimen fueron objeto de un tratado con fuerza vinculante, a saber: el llamado “Pacto de Derechos Civiles y Políticos” (Dulitzky, 2007; Faúndez, 2007).

A partir de aquí se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la cual, al ser dotada de ciertas facultades, hizo que se convirtiera en el órgano principal de la OEA. Teniendo en cuenta esto Becerra y Pava (2016) afirman que: la verdad ha tenido un desarrollo conceptual que pasa por diferentes perspectivas, para ligarse a los Derechos Humanos como una forma de garantizar el conocimiento de los hechos, preservar la memoria y prevenir la impunidad. (Becerra y Pava, 2016, p. 124).

En el 2000, el caso *Bámaca Velázquez vs. Guatemala*, la sentencia de la CIDH formuló expresamente el derecho a la verdad de manera que este sería concebido como un derecho subsumido en los derechos de las víctimas y familiares, quienes podrían exigir al Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y de las responsabilidades correspondientes. En efecto, inspirada en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos la CIDH. (Corte Internacional de Derechos Humanos, 2000, p. 82).

En la sentencia sobre el caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia que fue emitida el 15 de septiembre de 2005, la Corte estableció el cumplimiento de un plazo razonable para el proceso de esclarecimiento penal, esto como un nuevo elemento, a propósito de la sanción a las ejecuciones extrajudiciales y de los criterios de estándares internacionales de verdad, justicia y reparación. Este desarrollo es lo que ha hecho que, pese a no estar expresamente formulado en la Convención

Americana de los Derechos Humanos, la CIDH se haya convertido en una institución protectora y garante del derecho a la verdad.

Durante el 2000, los casos *Durán Ugarte vs. Perú* y *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* hicieron que la CIDH reconociera la necesidad de establecer las bases jurídicas con las que sería posible comprender a los familiares de las víctimas como sujetos del derecho a la verdad (González, 2008); (Guzmán, 2012); (Becerra y Pava, 2016). Sin embargo, la Corte fue dando importantes pasos en favor de su reconocimiento.

En los casos “*Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*” y “*Niños de la Calle y otros vs. Guatemala*”, se sentaron nuevos precedentes, especialmente la sentencia dictada a propósito de los “*Niños de la Calle*” (González, 2008), (Fajardo, 2012). Como se sabe, en esta última el pronunciamiento la Corte estableció como obligación del Estado la designación de centros educativos en memoria de las víctimas de la tortura y las ejecuciones extrajudiciales y, por la misma vía, se impuso la obligación de poner placas con los nombres de los niños identificados como víctimas de los hechos violatorios de los derechos fundamentales.

Elementos estructurales

En primer lugar, uno de los momentos fundamentales respecto de la satisfacción del derecho a la verdad, en lo que al proceso judicial se refiere, es la identificación de los responsables de las conductas y hechos violatorios del DIH y el DIDH, en lo tocante a la responsabilidad que le cabe a los Estados dentro del juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos ocurridas bajo su potestad; se encuentra que el desarrollo jurisprudencial registrado en los Convenios de Ginebra de 1949 no contempla explícitamente, que en el ámbito restringido de los conflictos de carácter no internacional sea responsabilidad del Estado, llevar a término satisfactorio estos procesos.

En segundo lugar, el Protocolo II dentro su artículo 6.5, contempla la facultad del Estado Nación para el otorgamiento de amnistías.

Esta prerrogativa no habría de cobijar, ni de actuar, bajo ninguna circunstancia en favor del encubrimiento de delitos que constituyan violaciones graves contra los derechos humanos (Salmón, 2004); (Núñez, 2011). La referencia a otorgar una “amnistía lo más amplia posible” no debe ser interpretada más que en el estricto sentido de la violación de normas penales dentro del derecho interno. Desde este punto de vista, la virtualidad del derecho a la verdad impone a los Estados la asunción plena de los compromisos jurídicos internacionales de tal manera que la legislación interna no puede ser, en ningún caso, una excusa para su desconocimiento (González, 2008) (Becerra y Pava, 2016).

En tercer lugar, en relación con las normas de indulto que se establezcan en favor de los responsables de graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario, González (2008) sostiene que aún en cuanto la satisfacción del derecho a la verdad no resulte imperativa la expedición de una condena, a menos que así se establezca, el derecho internacional sí obliga a la consumación de dicha exigencia de manera tal que la CIDH ha declarado la prohibición de aplicar normas de indulto a este tipo de casos; ello en razón a que prevalece el derecho de las víctimas tanto directas como indirectas de crímenes de lesa humanidad.

En cuarto y último lugar, es necesario tener en cuenta que, a razón de las experiencias testimoniadas de víctimas, las violaciones sistemáticas a los derechos humanos y por lo tanto a la dignidad humana de las personas por parte del Estado y de organizaciones afines, surge la necesidad de superar este flagelo que se ha convertido en una prioridad de las sociedades contemporáneas Comisión Colombiana de Juristas, 2006); (Rincón, 2010).

Con el propósito de asegurar la protección de las víctimas, el derecho internacional de los derechos humanos ha plasmado toda una serie de normas y principios relativos al contenido y al alcance de los derechos a la verdad, la justicia y reparación. Es

evidente que estas normas y principios funcionan como guía para la estructuración de los procesos particulares, pero también es evidente que son las víctimas quienes deben determinar cuáles serían los mecanismos más adecuados para restablecer sus derechos vulnerados.

Colombia y el derecho a la verdad

El derecho a la verdad no solo es reconocido internacionalmente, sino también a nivel nacional, es por ello que se plasmará como Colombia reconoce este derecho a los ciudadanos que han sido víctimas por hechos ocurridos en el país. Este derecho consiste en la obligación que tiene el Estado de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos que han sido perpetradas en la sociedad, cuando se refiere a violaciones de derechos humanos son acciones como: genocidio, tortura, desapariciones forzadas y *apartheid*, donde la verdad es el derecho que le asiste no solo a la víctima, sino a la sociedad.

El Estado mediante doctrina jurisprudencial ha aceptado la naturaleza del derecho a la verdad, donde la Corte Constitucional ha afirmado que las víctimas tienen derecho a saber la verdad porque de esa manera se estaría combatiendo la impunidad; por lo cual analiza dos vertientes, la primera es el derecho que le asiste a las víctimas y sus familiares y, la otra, es el derecho que tiene la sociedad de estar informada de los sucesos que conlleven la violación a los derechos humanos. (Corte Constitucional Colombiana, sentencias T-249 de 2003; C-228 de 2002, C-580 de 2002 y C-458 de 2006.)

De igual manera la Corte Constitucional mediante la sentencia C-454 de 2006, indica que el derecho a la verdad es:

El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (principios 1 a 4), donde incorporan en este derecho las siguientes garantías: (i) el derecho inalienable a la verdad; (ii) el deber de

recordar; (iii) el derecho de las víctimas a saber. (Corte Constitucional, 2006).

La Corte realizó esa clasificación con la justificación de que cada ciudadano tiene derecho a conocer la verdad de los sucesos o circunstancias que incentivaron la realización de los crímenes, al igual que el derecho a conocer de la historia, para que con ella se adopten medidas para evitar más hechos de esa índole y, por último, que las víctimas tienen el derecho imprescriptible de saber la verdad independientemente de los procesos que llegaren a iniciar, por ser un deber que tienen de saber lo que sucedió con sus familiares.

Con la Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz, por la cual se establece la justicia transicional, en el artículo 7 consagra el derecho de la verdad como un derecho inalienable que le asiste a la sociedad y a las víctimas, de conocer la verdad sobre los hechos ocurridos y el paradero de las personas que fueron víctimas de los actos de violencia como la desaparición forzada y los secuestros, ley que entre sus objetivos tiene la reconstrucción de la verdad, que más adelante se complementará con la Ley 1448 de 2011.

Es claro que la Corte Constitucional reconoce el derecho a la verdad como un derecho humano autónomo que al estar enunciado en la Constitución de 1991 y en los convenios internacionales que están vigentes, se debe entender como un derecho innominado; al hacer parte de los derechos de las víctimas, entendido como un resarcimiento no patrimonial que le asiste a las víctimas por ser Colombia un Estado social de derecho, en donde la reparación y el resarcimiento no sólo debe ser patrimonial sino que también debe estar dentro de la verdad y la justicia. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia n.º 26703, 6 de marzo de 2008).

Pero a pesar de que el Estado ha creado mecanismos como la comisión de la verdad y mecanismos para acudir a la justicia, estos tienen falencias porque no cumplen con los requisitos para considerar que se

está desempeñando a cabalidad con su obligación, conclusión a la que se llega porque en la actualidad hay muchos actos de violencia que han vulnerado los derechos humanos que están impunes y los familiares aún desconocen el paradero de las víctimas o lo que ocurrió con ellos.

El caso de la Unión Patriótica

Uno de los casos de violencia más emblemáticos de la historia contemporánea colombiana, es el conocido como el Genocidio Político de la Unión Patriótica, que tiene varias especificidades frente a otros genocidios latinoamericanos. En países como Chile o Argentina fue más que clara la existencia de dictaduras militares, que bajo la consigna de la Seguridad Nacional actuaron de manera brutal durante un tiempo restringido, lo que facilitó de alguna manera la caracterización de los hechos. En Colombia estos hechos podrían constituir genocidios que han sido cometidos bajo la apariencia de un sistema democrático que en el fondo compartía los mismos fines de las dictaduras: “mantener intocables los mecanismos de dominación económica, política y cultural” (Giraldo, 2004).

Bajo este espectro se señala que el Estado colombiano, ha mantenido lineamientos de actuación, durante los últimos cuarenta años, bajo los cuales se ha ido consolidando un marco político, ideológico y cultural desde el que se han fortalecido y legitimado prácticas genocidas (Campos, 2014). Ello significa que, en principio, el sujeto activo del crimen de genocidio en Colombia no sería otro que el Estado.

La identidad negativa. La crisis institucional que se evidencia con la existencia prolongada del conflicto armado en Colombia, deja en el escenario de las posibles motivaciones la cuestión de la persecución política que ha sido una práctica extendida en virtud de la cual es posible señalar, como lo hace Giraldo (2004) que existen políticas asumidas por el Estado desde las cuales se legitiman prácticas como el genocidio. Esto revela tres momentos clave: El primero de ellos, que existe una

intención clara de exterminar a un grupo específico. El segundo, que dicho exterminio se ejecuta en el marco de la existencia teórica de un Estado democrático. Y tercero, que no se trató de un caso aislado durante un período de gobierno específico, sino que se mantuvo como una política de Estado (Cepeda, 2006, p. 3).

Medina Gallego sostiene que la caída del telón de acero representó también una resignificación de la lucha armada: de la confrontación directa a la confrontación política. Bajo una dinámica de *disuasión* se inaugura una nueva categoría cuya implicancia es la construcción de una forma diferente de la lucha, ya no insurgente, ya no de carácter político, sino *antiterrorista*.

El proceso genocida. Las insurgencias habían ido creciendo y fortaleciéndose desde su creación, en concordancia con lo que se ha venido argumentando, existían al menos tres cuestiones estructurales que llevaron justamente a que el conflicto se agudizará: la consolidación territorial de los grupos armados, la conformación de grupos paramilitares y un Estado cada vez más ilegítimo (Centro de Memoria Histórica, 2013). El último aspecto cobra especial relevancia si se ve a la luz de que los acuerdos alcanzados en La Uribe tuvieron más bien poca importancia para las fuerzas militares, las cuales actuaban casi de forma independiente al gobierno (Medina, 2008).

El acuerdo que es objeto del análisis representa el primer acercamiento de un gobierno para zanjar el camino de una democracia efectiva. De acuerdo con las intenciones allí plasmadas los movimientos sociales hasta el momento estigmatizados y perseguidos tendrían derecho a la movilización, de forma tal que las fuerzas armadas, en lugar de perseguirles, los acompañarían y actuarían en favor de garantizar la satisfacción de sus derechos. Pese a las buenas intenciones allí enunciadas, la práctica fue completamente diferente.

De otro lado, las relaciones entre el gobierno y las propias fuerzas militares (quienes representaban en un ancho

margen los intereses de unas élites políticas y económicas) estaban tan deterioradas que las prácticas paramilitares no sólo se fortalecían sino que lo hacían a expensas de las mismas Fuerzas Militares, quienes lejos de condenar sus prácticas genocidas las exaltaban (Centro de Memoria Histórica, 2013).

El genocidio a los militantes de la Unión Patriótica, y el asesinato selectivo de militantes de las izquierdas del país (José Antequera -1989-, Diana Cardona -1990-, Jaime Pardo Leal -1987, Bernardo Jaramillo Ossa -1990), fue uno de los golpes más fuertes al esfuerzo democratizador del Estado. El discurso militarista se superpuso al discurso político democrático, legitimando, como se ha mostrado con insistencia, las prácticas genocidas (Cepeda, 2006).

Los resultados de este proceso, al menos en los datos colectados entre los años 85 y 88, dejaron 630 personas asesinadas (Campos, 2014, p. 22). Es así como contra la UP se libra una guerra sucia que va desde los asesinatos, las torturas psicológicas y físicas, el desplazamiento forzado hasta los montajes judiciales (Campos, 2014).

En ese mismo libro, se recogen los testimonios de varios de los sobrevivientes de este proceso, entre ellos el de Imelda Daza, quien señala de manera enfática que no había garantías para ejercer la oposición por la vía legal, de forma que eso llevó a que muchos de los militantes de la Unión Patriótica como el trabajador bancario Ricardo Palmera, decidieran enfilarse en los grupos insurgentes (Campos, 2014).

El encubrimiento

Como se ha venido mostrando, de acuerdo con lo que señalan autores como Cepeda (2006) y Campos (2014), entre otros; una de las características principales del marco en el cual se desarrolla el proceso genocida en contra de la Unión Patriótica es la existencia, al menos teórica, de una democracia.

A diferencia de lo que habría sucedido Argentina o Chile, Colombia no tenía una

dictadura y se presentaba ante el mundo como el proceso de consolidación de una democracia del tercer mundo y continuó con esta fachada aun cuando la situación interna del país no distaba mucho de las acciones dictatoriales al interior de los otros países suramericanos, como lo evidencian los casos de desapariciones forzadas, asesinatos selectivos, torturas y tratos crueles e inhumanos, que eran el pan de cada día en la democracia más estable de América Latina, como lo documentan algunos investigadores.

El Libro Negro de la Represión (1974) dio cuenta de esto de manera contundente en 1978 cuando es finalmente publicado por la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, allí se afirmaba que la del país no era otra cosa que una “democracia de papel” en la que los medios de comunicación se encargaban de deshumanizar la muerte y ocultar las causas reales por las cuales tantas personas morían o eran desaparecidas diariamente en el país (Políticos, 1974, p. 176).

Esta clase de impunidad busca superarse con la denuncia de los atentados cometidos contra los que formaron parte del movimiento gaitanista y las personas que fueron víctimas del sistema (Pécaut, 2000), es decir, que estuvieron marcados por el asesinato de compañeros de militancia y de familiares integrantes de la Unión Patriótica, pero, en general, se trata de todos aquellos que se atrevieron a dignificar una oposición abierta a los poderes tradicionales. Los medios de comunicación se convirtieron en los dispositivos de encubrimiento, pero también de construcción de representaciones negativas del opositor (Valencia, 2011). Esto es patente en muchos, sino en todos, los testimonios de las víctimas que fueron recogidos por Campos en su libro *El Baile Rojo* (2014). Según estos, las víctimas no eran mostradas como eran: militantes de un partido legal –como era la UP, sino como guerrilleros cuyo asesinato era representado para el imaginario colectivo como “absolutamente necesario para el bienestar del país”. En ese sentido, se considera que el derecho a la verdad debe ser satisfecho tanto a los familiares de quienes fueron víctimas

de todas las vejaciones, como a la sociedad colombiana es general.

Genocidio Político – El caso de la UP

A pesar de que desde 1984 se registran los primeros asesinatos selectivos relacionados con la pertenencia a la nueva fuerza democrática de oposición conocida bajo el nombre de Unión Patriótica (Romero, 2012), y que en el transcurso de sus primeros años fueran asesinadas 630 personas, el primero de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con las demandas de la colectividad se hizo hasta 1992 mediante la sentencia T-439 (1992), en la cual la Corte estableció que al ser la finalidad del Estado garantizar la paz entendida como condición de posibilidad para el ejercicio de la democracia y de los derechos fundamentales de los ciudadanos, debería velar por la satisfacción de un mínimo de paz, para aquellos pertenecientes a minorías políticas cuya condición de civil se viere afectado por acciones de carácter militar.

En la demanda presentada por el militante Luis Humberto Rolón Maldonado y expuesta por el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, la cual se puede leer como el primero de los pronunciamientos legales respecto de la persecución a la que estaba expuesto uno de los integrantes del partido, militante a su vez del Partido Comunista Colombiano (PCC), se afirmó que era tildado de guerrillero y que tuvo que desplazarse forzosamente del país por temor a perder la vida; no obstante, sus familiares siguieron siendo asediados por las fuerzas militares. La Corte estableció que la petición del ciudadano era justa respecto de los fines del Estado social de derecho y adicionalmente hizo un llamado a los jueces de tutela a tener una especial sensibilidad por los derechos fundamentales y su efectiva protección, para lo cual, no basta limitarse a argumentos lógicos o probabilísticos.

En concordancia con lo anterior, la Corte explicita la necesidad que conmina al Estado de investigar y esclarecer debidamente los hechos relacionados con la eliminación sistemática en contra de los militantes de la

Unión Patriótica y otras minorías políticas bajo las mismas condiciones.

Producto de este requerimiento de la Corte Constitucional el entonces Defensor del Pueblo Jaime Triviño, redacta un informe entregado ante las instancias pertinentes en el cual se determina que existieron, entre los años 1985 y 1992, al menos 717 homicidios contra personas pertenecientes a este tipo de colectividades. Y señala además que de esa cantidad solo un mínimo porcentaje había sido efectivamente investigado y sancionado. Dentro de las recomendaciones que plantea el Defensor está justamente la de presentar ante las instancias internacionales la discusión sobre la existencia del genocidio por razones políticas.

Pese a tales recomendaciones, las cifras ascendentes y el terror derivado de las dinámicas violentas en contra de las colectividades políticas minoritarias, antes que detenerse en nombre de las garantías invocadas, se mantuvo. De acuerdo con las cifras recopiladas por diferentes organizaciones de por lo menos 1598 crímenes a 1997, solo se presentaron 117 sentencias.

Pasaron ocho años hasta que la Corte se volvió a pronunciar y mientras el sistema jurídico y las instancias legales hacían demorar sus declaraciones, las acciones del exterminio seguían su ejecución cabal, a saber, la desaparición de la colectividad política Unión Patriótica por medio del amedrentamiento, los asesinatos selectivos, torturas y/o desapariciones forzosas que se siguieron sumando a la cuenta. Entre 2002 y 2007, el resultado de las indagaciones de la corporación Reiniciar, recogidas por el investigador Yezid Campos en su libro *El Baile Rojo* (2014), arrojaba 136 homicidios, 38 casos de desaparición forzada y 28 tentativas de homicidio.

La Unión Patriótica en la justicia colombiana

Dentro del ámbito internacional el Caso de la Unión Patriótica fue recibido por la Corte Interamericana de Derechos

Humanos (CIDH) bajo el rótulo 11.227 el 16 de diciembre de 1993. La alegación colectiva fue presentada por la Corporación Reiniciar y la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), en ella se sostiene precisamente, que el exterminio del Partido legalmente constituido Unión Patriótica es, por la misma forma en la que ha sido ejecutado, un genocidio, cuya particularidad es haber estado motivado por razones políticas.

El proceso alcanzó en 2000 un momento importante, en el cual las partes –demandantes y Estado–, bajo la supervisión procesal de la CIDH, llegaron a acuerdos conducentes al esclarecimiento de la verdad en favor de la justicia y la reparación integral, pero tales acuerdos se rompieron en 2006, durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, porque los demandantes alegaron la inexistente voluntad del Estado en el esclarecimiento de los hechos.

Algunos casos debido a su particular ejecución han sido presentados como causas individuales que también cursan su tránsito en las labores de la CIDH. Casos como el del Senador Iván Cepeda Vargas o el de Álvaro Garcés Parra –asesinado en Sabana de Torres en 1987 (informe n° 1/94, 1994)–, suponen avances en materia procesal por cuanto las investigaciones particulares evidencian al Estado colombiano en su inoperancia y negligencia: tanto en las actuaciones que llevan a los hechos en los que resultaron asesinadas las víctimas, como, con posterioridad, en las gestiones en favor del esclarecimiento de la verdad como forma de encontrar un camino hacia la justicia y hacia la reparación integral de las víctimas.

Esto es particularmente claro en la insistencia con la cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expresa en sus informes sobre la situación colombiana. La preocupación que les supone el bajo índice de esclarecimiento judicial sobre la mayoría de los hechos denunciados ante esa instancia, algunos de los cuales han corrido trámite a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como consta en el numeral 62 del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre

el proceso de desmovilización en Colombia publicado el 13 de diciembre de 2004.

CONCLUSIONES

El delito de genocidio en el ordenamiento jurídico internacional no necesariamente implica impunidad frente a los crímenes cometidos contra los grupos políticos, puesto que la legislación internacional en el Estatuto de Roma lo reconoce y lo sanciona como un delito de *lesa humanidad*, es decir, como un delito que no solo se comete contra los derechos fundamentales de las víctimas sino contra la humanidad de las mismas.

En Colombia, al igual que el caso armenio, no se ha reconocido por parte del Estado la existencia de genocidio por razones políticas, frente a casos como el de los gaitanistas o la Unión Patriótica, generalmente este tipo de actos atroces se justifican en el hecho de mantener el orden del Estado “en pro del bien común”. En otras palabras, se justifica el actuar del Estado como respuesta contra un grupo de oposición.

Frente al caso de la Unión Patriótica que fue el caso más emblemático en relación con este delito, conviene señalar dos aspectos para llegar a la conclusión que se estaba cara al genocidio: el primero de ellos es sobre las avanzadas militares que se hicieron en contra de las personas que representaban la oposición en Colombia y es claro que la oposición no está representada en un grupo poblacional con características raciales, religiosas o nacionales específicas, sino que constituye un espacio diverso de no identificación política con los poderes tradicionales que toman forma con la consolidación de la alianza de la Unión Patriótica (UP).

Es deber de los Estados el velar por el derecho que le asiste a las víctimas en cuanto

a la verdad y no solo porque se aplique este derecho, sino hacer la gestión que consiste en investigar los hechos ocurridos, descubrir la identidad de los causantes y que se revelen las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizaron los actos de violencia que vulneraron los derechos humanos, que tuvo como resultado la muerte de muchas personas y afectación de otras, en la actualidad hay muchas de ellas que no saben la verdad de lo que sucedió con sus familiares.

El caso de las víctimas de la UP del cual sus derechos a la verdad, justicia y reparación fueron totalmente vulnerados se debe a la ineficacia del Estado por no realizar las investigaciones judiciales, la falta de interés por ser un hecho de hace más de 20 años, las maniobras políticas, entre otras que han hecho que no se aclare lo vivido en esa época en el país, lo que hace sentir por las víctimas de ese suceso que no hubo justicia, verdad, ni reparación.

Una de las preocupaciones que deja esta investigación, es el no reconocimiento por parte de varios Estados acerca de los delitos de genocidio perpetrados hacia los grupos políticos; que para el caso de Colombia a pesar de que la Nación a través de su representante ha pedido perdón a los ciudadanos y víctimas por tan vergonzoso acto contra la humanidad, aún quedan muchos escenarios sin descubrir y muchos capítulos oscuros para las familias de las víctimas, debido a que los casos están inconclusos frente al derecho a la verdad, ya que aún no hay esclarecimiento de los hechos. Las familias perdieron, incluso, el derecho a despedirse de sus seres queridos, lo cual genera impunidad y falta de garantías para ejercer la oposición.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Becerra, P., y Pava, E. (2016). Protección del Derecho a la Verdad. Fundamentos jurídicos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Científica de la universidad autónoma de Manizales*, 23 (40) 121- 147. <https://bit.ly/2IuA7bn>
- » Biblioteca Nacional de Colombia. (2020). La violencia. *Biblioteca Nacional*. <https://bit.ly/32v0rcP>
- » Campos, Y. (2014). *El baile Rojo*. Norma
- » Centro de Memoria Histórica. (2013). ¡BASTA YA! Colombia: memorias de guerra y dignidad. *Centro de Memoria Histórica*. <https://bit.ly/2UdF7UG>
- » Cepeda, I. (2006). Genocidio político: el caso de la Unión patriótica en Colombia. *Revista Cejil*, 2, 101 – 112. <https://bit.ly/3n8ZMp4>
- » Comisión Colombiana de Juristas. (2006). Verdad Justicia y Reparación. Algunas preguntas y respuestas. <https://bit.ly/36lQcbQ>
- » Corte Constitucional (1997, 20 de mayo). Sentencia C-239/97 (Carlos Gaviria Díaz, M.P.). <https://bit.ly/3n4CHnG>
- » Corte Constitucional. (1995, 18 de mayo). Sentencia C-225/95. (Alejandro Martínez Caballero, M. P.). <https://bit.ly/38x8c5D>
- » Corte Internacional de Derechos Humanos. (1996). Caso Castillo Páez Vs. Perú. CIDH. <https://bit.ly/38uy56l>
- » Corte Internacional de Derechos Humanos. (1998). Caso Blake VS Guatemala. CIDH. <https://bit.ly/35joEEE>
- » Corte Internacional de Derechos Humanos. (1998). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. CIDH. <https://bit.ly/2IrxJ5k>
- » Dulitzky, A. (2007). *50 años del sistema interamericano de derechos humanos: una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos y necesarios*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
- » Duran, M. (2015). El genocidio armenio, la pregunta política. *Drugstore*. <https://bit.ly/3eRIPwO>
- » Fajardo, A. (2012). Elementos Estructurales del derecho a la Verdad. *Civilizar*, 12 (22), 15-34. <https://bit.ly/3eQGt1e>
- » Faúndez, H. (2007). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Sistema Interamericano de Derechos Humanos
- » Feierstein, D. (2012). *Memorias y Representaciones. Sobre la elaboración del genocidio*. (1a ed). Fondo de cultura económica de argentina S.A. <https://bit.ly/36pADzV>
- » Ferraro, D. (2015). Genocidio Armenio. Un siglo de silencio. *Noticias Anca*. <https://bit.ly/3nfsJ2Y>
- » Giraldo, J. (2004). La práctica del Genocidio en Colombia. <https://bit.ly/2Ii7QFC>
- » Giraldo, J. (2014). Memory and Reactions of Solidarity to a Horrendous Genocide. Javier Giraldo. <https://bit.ly/3l8IOGW>
- » González Jáuregui, V. (2008). *Impacto del derecho consuetudinario en la conduc-*

ción de hostilidades. CICR

- » González, D. (2008). El Derecho a la Verdad en Situaciones de postconflicto Bélico de Carácter no Internacional. *Rev. Colomb. Derecho Int*, (12) 435 – 468. <https://bit.ly/38vZ01H>
- » González, F. (2008). La iglesia como actor de la gobernanza en Colombia. IRG. <https://bit.ly/38zcTvU>
- » Granosvky, S. (2014). *El Genocidio Silenciado. Holocausto del Pueblo Armenio. Compilación de documentos acerca de la Cuestión Armenia y el Genocidio turco contra el pueblo armenio (1915-1923)*. Ediciones Continente.
- » Guzmán, F. (2012). Derecho a la Verdad y Derecho Internacional. (1a ed). Comisión colombiana de juristas. <https://bit.ly/3knEHFP>
- » Huertas, O. (2006). Aproximaciones al Concepto de Genocidio en Colombia: Un estudio desde el Margen. *Revista diálogos saberes*, 25, 315 – 334. <https://cutt.ly/zgZRw5l>
- » Huertas, O., y Cáceres, V. (2015). Genocidio político y derecho penal internacional: análisis desde su exclusión típica. *Primici IURIS*. <https://bit.ly/2Ug7l0T>
- » Las 2Orillas. (2014). La Violencia no Empezó con la Muerte de mi Padre. Las 2Orillas. <https://bit.ly/38wPhbe>
- » Lemkin, R. (2008). *El Dominio del Eje sobre la Europa Ocupada*. Prometeo libros.
- » Medina, C., y Nash, C. (2007). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: introducción a sus mecanismos de protección*. Universidad de Chile
- » Morgenthau, H. (1975). *Testimonio Sobre el Genocidio cometido por los Turcos Contra el Pueblo Armenio*. Comisión Pro Causa Armenia de la América Latina.
- » Nuñez, S. (2011). Interpretación y aplicación del Derecho Internacional Humanitario en el sistema interamericano de Derechos Humanos. CIDH. <https://bit.ly/2lhZfmk>
- » Oquist, P. (1978). *Violencia, conflicto y política en Colombia*. Instituto de Estudios Colombianos, Banco Popular.
- » Organización de Naciones Unidas. (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Un. <https://bit.ly/3eGg6dY>
- » Organización de Naciones Unidas. (2018). La convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, 1948–2018. Un. <https://bit.ly/32qQfSA>
- » Papa Francisco I. (2016). Papa condena genocidio armenio causado por el Imperio Otomano. *Tele Sur Tv*. <https://bit.ly/3llqw5t>
- » Paredes, R. (2006). *Exclusión de los Grupos Políticos en la Tipificación Internacional del Genocidio*. Rigoberto Paredes y Asociados.
- » Pécaut, D. (2003). “Memoria imposible, historia imposible, olvido imposible”. *Violencia y política en Colombia. Elementos de reflexión*, Medellín, Hombre nuevo, Univalle, 113-133.
- » Pérez, T. (2013). La justicia transicional y el caso colombiano: El derecho a la verdad como pilar fundamental para lograr la justicia y la reparación. *Suma de Negocios*, 4 (1), 9- 20. <https://bit.ly/2JYilyd>
- » Rincón, T. (2010). Verdad, Justicia y reparación. *La Justicia Transicional*. [Tesis,

Universidad del Rosario]. Repository Rosario. <https://bit.ly/36sc05K>

» Romero, R. (2012). *Unión Patriótica expedientes contra el Olvido*. Periodicas S.A.S.

» Rousseau, J. (2000). *Emilio, o de la educación*. (Trad. Ricardo Viñas). El aleph. <https://bit.ly/36g4Q4t>

» Ruiz, R. (2014). Castigar el negacionismo. El país. <https://bit.ly/2lgGrnt>

» Salmón, E. (2004). Introducción al Derecho. Internacional Humanitario. CHDH. <https://bit.ly/2GOVeVs>

» Uribe, M. (2004). *Antropología de la Inhumanidad*. Norma.

» Valencia, M. (2011). El Genocidio al Movimiento Gaitanista. *El Espectador*. <https://bit.ly/2Irlfen>

» Vallejo, V. (2016). En Colombia hay un historicidio sistemático: Gloria Gaitán. *Radio Nacional*. <https://bit.ly/32ASUt0>

Incidencia de la edad y el género en la formación de actitudes en un contexto de reintegración social de las ex FARC-EP en Tunja, Boyacá

Incidence of age and gender in the formation of attitudes in a context of social reintegration of the former FARC-EP in Tunja, Boyacá

Autor: Loren Banessa Castañeda González

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n38.2021.12106>

Para citar este artículo:

Castañeda González, L. (2021). Incidencia de la edad y el género en la formación de actitudes en un contexto de reintegración social de las ex FARC-EP en Tunja, Boyacá. *Revista Derecho y Realidad*, 19 (38), 57-76.



Incidencia de la edad y el género en la formación de actitudes en un contexto de reintegración social de las ex FARC-EP en Tunja, Boyacá*

Incidence of age and gender in the formation of attitudes in a context of social reintegration of the former FARC-EP in Tunja, Boyacá

Loren Banessa Castañeda González

Psicóloga. Labora en Corporación Autónoma Regional de Chivor, CORPOCHIVOR Garagoa Colombia, afiliada a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Facultad de derecho y Ciencias Sociales, Candidata a Magister en Derechos Humanos
<https://orcid.org/0000-0002-0284-8473>
loren.castaneda@uptc.edu.co

Recepción: Noviembre 22 de 2020

Aceptación: Junio 24 de 2021

RESUMEN

Este artículo estableció como objetivo general determinar la incidencia de la edad y el género en las actitudes sociales de la población de Tunja (Boyacá), frente a la reintegración social de excombatientes de las ex FARC-EP, lo anterior a partir de la identificación de las actitudes en consideración de la edad y el género de esta población en un contexto de reintegración social.

El estudio se desarrolló con 90 habitantes de la ciudad, 45 hombres y 45 mujeres subdividiendo cada género en tres etapas del desarrollo (Juventud, Adulthood y Persona Mayor, con 15 participantes cada uno), haciéndose uso del enfoque cuantitativo a través de la recolección de los datos y análisis estadístico bajo la técnica de investigación denominada encuesta.

Obteniendo como resultado la identificación de actitudes favorables/negativas, neutras con tendencia desfavorable, neutras con tendencia favorable y favorables/positivas con una

mayor incidencia en las dos primeras, siendo el género masculino el más dinámico en sus resultados y el femenino el más neutro, pudiendo establecer la incidencia de la edad y el género como una construcción cultural que determina expresiones comportamentales esperadas y/o legitimadas por la sociedad.

PALABRAS CLAVES

Actitudes sociales; reintegración social; Derechos Humanos; FARC-EP.

ABSTRACT

This article established as a general objective to determine the incidence of age and gender in the social attitudes of the population of the city of Tunja, Boyacá towards the social reintegration of ex-FARC-EP combatants, the above based on the identification of attitudes in consideration of the age and gender of this population in a context of social reintegration.

* Producto de tesis de Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

The study was developed with 90 inhabitants of the city, 45 men and 45 women, subdividing each gender into 3 stages of development (Youth, Adulthood and Elderly with 15 participants respectively), using the quantitative approach through data collection and statistical analysis under the research technique called survey.

Obtaining as a result the identification of favorable/negative attitudes, neutral with an unfavorable tendency, neutral with a favorable tendency and favorable/positive with a greater incidence in the first two, being the masculine gender the most dynamic in its results and the feminine the most neutral, being able to establish the incidence of age and gender as a cultural construction that determines behavioral expressions expected and/or legitimized by society.

KEYWORDS

Social attitudes; social reintegration; Human Rights; FARC-EP.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio pretende determinar ¿cuál es la incidencia de la edad y el género en la formación de actitudes en un contexto de reintegración social de las ex FARC-EP en Tunja (Boyacá)?, puesto que Colombia es un país marcado por el conflicto armado, situación que comenzó a cambiar en 2016 con la firma del Acuerdo de Paz entre el Gobierno colombiano y las ex Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP).

Lo anterior supuso –y supone– grandes retos en todos los aspectos que intervienen en el funcionamiento adecuado del Estado, ya sean de tipo económico, político, social, etc.; sin embargo, para efectos del presente estudio existe uno de especial importancia y es aquel que hace referencia al regreso de los excombatientes de los grupos armados ilegales (GAI) a la vida civil y es que luego de pasar por los procesos de desarme y desmovilización, la reintegración como último es quizá el más complejo, puesto que existe preocupación constante por el impacto

que tendrán las comunidades receptoras ante la llegada de los excombatientes. Como lo explican Ugarriza y Mesías (2009), la reintegración no solo es social, sino que también es psicológica; e, inclusive, antropológica, ya que atiende e incide en la cultura tanto propia como del otro.

Investigaciones realizadas permiten sugerir que a pesar de que la población colombiana ha acrecentado la aceptación de los desmovilizados de GAI en los espacios públicos, sigue siendo renuente a compartir de manera más íntima con la misma, esto es, la posibilidad de establecer relaciones interpersonales, elegirlos como líderes políticos, ser vecinos, compartir aulas de clase, etc., lo que evidencia que persiste el rechazo en aspectos en los que se encuentran inmersos derechos fundamentales e inalienables que pueden ser vulnerados, como: el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, derecho a la educación, derecho al trabajo, entre otros.

En este sentido se pronuncia la Fundación Ideas para la Paz (Arias, et al, 2018) haciendo hincapié en que se hace necesario que la sociedad en conjunto y las estructuras sociales de servicios y de productividad se adapten y preparen para recibir a estas personas para poder lograr tanto la reintegración como la reconciliación, promoviendo así el acercamiento de los desmovilizados a los núcleos sociales, comunitarios y familiares de los cuales han sido extraídos por las mismas dinámicas del conflicto (p. 6).

Este estudio se justifica y surge de la importancia de reconocer a las personas desmovilizadas y posteriormente reintegradas a la vida civil como sujetos de derechos, siendo así indispensable entender la dinámica de la formación de actitudes como facilitadora del “éxito y/o de la superación” de este proceso por el que los excombatientes deben transitar y en el que se ha evidenciado que han sido objeto de expresiones de rechazo y estigmatización, lo cual incide y transgrede en el acceso a la salud, al trabajo, a la educación, entre otros, y que como lo reafirman Puentes, Tovar, Galindo y

Guzmán, (2008, citados por Puentes, 2012) una de las “dificultades que aparece de manera repetitiva es la estigmatización y el rechazo de las comunidades receptoras, lo que implica desconfianza, dificultad para encontrar empleo y la necesidad de mantener oculto su pasado o la situación de desmovilizado, desvinculado o reintegrado” (p. 143), sirviendo así como insumo para el futuro establecimiento de un programa de intervención psicosocial colectiva y que como lo manifiesta Araya (2002, citado por Marín, Olarte & Márquez, 2018)

el reconocimiento de las diferentes connotaciones sobre los desmovilizados y el proceso de reintegración social secundan la identificación de dinámicas, conocimiento y actitudes de la sociedad frente a los mismos, así como las razones inciden en la posición particular y definir su propio comportamiento en relación con estos. (p. 9)

Siendo así, se estableció como objetivo general determinar la incidencia de la edad y el género en las actitudes sociales de la población de la ciudad de Tunja (Boyacá), frente a la reintegración social de excombatientes de las ex FARC-EP, a partir de dos objetivos específicos: 1) Identificar las actitudes sociales en consideración de la edad y el género de esta población en un contexto de reintegración social y 2) establecer la dinámica de la formación de estas actitudes.

La estructura del artículo se compone de tres secciones; una, referente a la introducción; la segunda, en la que desarrolla el texto y contempla antecedentes, metodología, resultados y discusión, y, la tercera, que responde a las conclusiones del estudio.

DESARROLLO

Colombia desde los años 80 ha hecho esfuerzos para la construcción de la paz. En 1982, el expresidente Belisario Betancur extendió la invitación a las guerrillas para llegar a un acuerdo de paz. Luego de un par de años las FARC-EP ordenaron un cese

al fuego que terminó en 1990 cuando el expresidente César Gaviria atacó al centro de mando de esta. Ese mismo año, luego de exhaustivas negociaciones se desmovilizó la tercera guerrilla del país: el M-19¹, y se aprobó la nueva Constitución de 1991, en la que se consolidó el Estado de derecho. También en ese año se desmovilizaron los grupos EPL², PRT³, MAQL⁴, en 1992 el CER⁵, en 1994 la CRS⁶, MPM⁷, MMM⁸ y FFG⁹, y en 1998 el MIR-COAR¹⁰. En 1995 “la Conferencia Episcopal Colombiana creó la Comisión de Conciliación Nacional (CCN); y, en 1997, el expresidente Ernesto Samper propuso crear un Consejo Nacional de Paz formado por instituciones y la sociedad civil” (Fisas, 2010, p. 5).

Es así que, para 1998, el ex presidente Andrés Pastrana Arango promovió el intento de paz conocido como El Caguán, con la guerrilla de las FARC-EP. Este proceso se caracterizó por el avance de las negociaciones en medio de la confrontación militar, exceptuando la zona de mutuo acuerdo como de despeje; sin embargo, el desarrollo de los diálogos en medio del conflicto no contribuyó a la construcción de la confianza; asesinatos, secuestros y la ampliación de los cultivos de coca, entre muchos más factores contribuyeron a la disolución de las conversaciones y la ruptura definitiva del proceso el 20 de febrero de 2002 (Centro de Memoria Histórica, 2014).

En años posteriores, con la elección a la presidencia de Álvaro Uribe Vélez se inició el 25 de noviembre de 2003, en Medellín, el proceso de desarme, desmovilización y

-
1. Movimiento 19 de Abril.
 2. Ejército Popular de Liberación.
 3. Partido Revolucionario de los Trabajadores.
 4. Movimiento Armado Quintín Lame (Guerrilla indígena colombiana).
 5. Comandos Ernesto Rojas.
 6. Corriente de Renovación Socialista.
 7. Milicias Populares de Medellín.
 8. Milicias Metropolitanas de Medellín.
 9. Frente Francisco Garnica.
 10. Movimiento Independiente Revolucionario Comandos Armados.

reintegración (DDR)¹¹ con las estructuras paramilitares y esto “comenzó con el bloque Cacique Nutibara y se terminó el 15 de agosto de 2006 con el bloque Elmer Cárdenas”.

En cuanto al proceso de desarme se diferenciaron dos posiciones contrapuestas: “1) la del gobierno, que sugirió la entrega de todas las armas como condición necesaria para aplicar el Marco Jurídico para la Paz (declarado exequible por la Corte Constitucional) y en consecuencia para garantizar la reintegración política, social y económica de la guerrilla, y 2) la de las FARC-EP, que planteaba la dejación paulatina pero no la entrega total de sus arsenales” (Fundación Ideas para la Paz, 2014, p. 48).

Se sabe entonces, en relación con los procesos de desmovilización y reintegración que desde agosto de 2002 y hasta enero de 2010 se desmovilizaron 52.403 personas, 31.671 procedentes de grupos paramilitares que dejaron las armas de manera colectiva y 20.732 miembros de grupos guerrilleros y paramilitares desmovilizados individualmente” (verdadabierta.com, 2008), se ha atendido a un total de 31.803 personas en programas de DDR por la Alta Consejería de Reintegración, en el período agosto de

2010 a julio de 2011, 25.720 desmovilizados recibieron formación educativa y 9.271 formación para el trabajo, pero la reintegración social y psicológica referida a que los excombatientes se sientan parte de una comunidad y que esta efectivamente lo acoga es un *reto* y una *necesidad* en una sociedad que llegue al pos-acuerdo y del cual poco trabajo empírico se ha realizado en Colombia (Ugarriza & Mesías, 2009).

Más recientemente, en la presidencia de Juan Manuel Santos se instaló una mesa de conversaciones con las FARC-EP en Oslo (Noruega) el 18 de octubre de 2012, posteriormente los diálogos en La Habana (Cuba), los cuales se llevaron a cabo de manera directa con Noruega y Cuba como países garantes; y, Chile y Venezuela, como países acompañantes. Tras varios años de diálogos en los que no hubo despejes de territorio, ni tampoco cese de operaciones militares, se logró la firma del acuerdo de paz con las FARC-EP el 26 de agosto de 2016 (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2017).

Para dar validez al Acuerdo, el gobierno convocó a los colombianos a votar por el sí en el plebiscito realizado el 2 de octubre de 2016; sin embargo, los resultados de dicha jornada electoral fueron desalentadores tanto para el gobierno y las FARC-EP como para quienes apoyaban el sí, ya que la votación evidenció una alta polarización en el país, puesto que el No ganó con el 50,23 % de los votos (6.424.385 votos) contra el 49,76 % (6.363.989) correspondiente al Sí, manifestándose entonces la no aprobación de los acuerdos de paz por parte de los colombianos. (El Tiempo, 2016).

Aun así, el gobierno de Juan Manuel Santos optó por la alternativa jurídica de “tramitar el contenido del acuerdo firmado con las FARC-EP a través del Congreso de la República. Esta posibilidad surge por la sentencia de la Corte Constitucional en la que se especifica que el resultado del mecanismo de refrendación obliga únicamente al jefe de Estado y no a las demás ramas del poder público” (Colprensa, 2016).

11. El *desarme*: consiste en la dejación, entrega, recogida, documentación y control de todo aquel material de guerra e intendencia como aquellas armas ligeras y pesadas, municiones y explosivos que se encuentren en posesión de los excombatientes para ser eliminadas; *desmovilización* entendida como la baja oficial y/o discontinuidad en la participación en un grupo armado organizado al margen de la Ley de combatientes activos, ya sea porque la estructura del mismo se deshace o se da por terminada y/o a volición del o de los combatientes que deciden abandonarlo, cuando la razón es dada por la primera opción se habla de *desmovilización* y cuando es dada por la segunda se refiere entonces a *deserción*, esta última se denominará desmovilización cuando el o los excombatientes se adscriben a un programa. La desmovilización entonces se compone de dos momentos, uno inicial que contempla el procesamiento de los excombatientes de manera individual en centros temporales hasta la concentración de tropas en los campamentos; en el segundo momento se proporciona un paquete de apoyo a los desmovilizados, lo que es conocido como *reinserción*. Finalmente, la *reintegración* se trata de un proceso político, social y económico asociado a un programa en el que los desmovilizados adquieren la condición de civiles, regresan entonces a la legalidad y la institucionalidad, obtienen oportunidades laborales por medio de la articulación social y económica y la posibilidad de la reconstrucción del vínculo social junto a su ejercicio de ciudadanía (Naciones Unidas, 2010), (Universidad Nacional de Colombia, 2010, p. 5-6).

La alternativa jurídica del ex presidente de refrendar los Acuerdos de Paz a través del Congreso de la República dio resultado y el 30 de noviembre de 2016 “un total de 130 representantes a la Cámara votaron Sí a la ratificación del nuevo texto, mientras que 0 se declararon en contra” (El Tiempo, 2016).

De manera que el Acuerdo Final recogió todos los puntos alcanzados en el desarrollo del acuerdo general suscrito en La Habana en agosto de 2016; 1. Reforma rural integral; 2. Participación política; apertura democrática para la construcción de la paz; 3. Cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y la dejación de las armas en el cual se encuentra inmersa la reintegración de las ex FARC-EP a la civilidad; 4. Solución al problema de las drogas ilícitas; 5. Víctimas; y 6. Mecanismos de implementación y verificación, “enfaticando que Colombia ha suscrito tratados y declaraciones internacionales que consagran la igualdad, la no discriminación de las personas y la tolerancia como conductas universales, no solo como principios sino como valores que se deben aplicar y defender como condición para el logro de la paz y el progreso económico y social de todos los pueblos y poniendo de presente que la tolerancia consiste en “la armonía en la diferencia” (Alto Comisionado para la Paz, 2016, p. 3).

Por otra parte, la política de reintegración social y económica para personas y grupos armados ilegales se puntualizó en 2002, en el gobierno del expresidente Álvaro Uribe Vélez. Anterior a dicha puntualización fue considerado formalmente el *Programa de reintegración a la vida civil* (PRVC), ejecutado e implementado por el Ministerio del Interior y Justicia, considerado a corto plazo toda vez que la población desmovilizada era pequeña; sin embargo, cuando esta aumentó el programa tuvo inconvenientes tanto administrativos como operativos, los cuales se convirtieron en necesidades y exigencias de un proceso de desmovilización y reintegración sostenible en el tiempo. Dada esta situación, se crea la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración que fue presentada con una mayor capacidad de cobertura y gestión a fin de realizar

un adecuado acompañamiento a los desmovilizados. Esta consejería buscó:

Brindar oportunidades a las personas desmovilizadas mediante una Ruta de Reintegración personalizada con beneficios de tipo psicosocial, educativo, económico y laboral, con el fin de permitir que los desmovilizados encuentren una vida sostenible en la civilidad. Al mismo tiempo también se enfocó en las familias y comunidades receptoras entendiéndolo que bajo el concepto de sostenibilidad en un contexto de reintegración social es implícito trabajar no solo con el desmovilizado sino también con el entorno o contexto en el cual se desenvolverá (Agencia para la Reincorporación y la Normalización, 2019).

En la misma línea,

con la expedición del Decreto 4138 de 2011, la Agencia para la reincorporación y la normalización se transformó en una Unidad Administrativa Especial con personería jurídica, adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (DAPRE), lo cual representó un avance para garantizar la continuidad y el fortalecimiento de la política de Reintegración (Agencia para la Reincorporación y la Normalización, 2019).

En este sentido y con lo dispuesto en el Acuerdo Final del 24 de noviembre de 2016 en el Teatro Colón, la antes Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas (ACR) se denominó Agencia para la Reincorporación y la Normalización (ARN) según el Decreto Ley 897 del 29 de mayo de 2017. Esta agencia tiene como fin gestionar, implementar, coordinar y evaluar la política, planes, programas y proyectos de reincorporación y normalización de los integrantes de las FARC-EP, con lo que se formula la Política Nacional para la Reincorporación Social y Económica (PNRSE) de exintegrantes de las FARC-EP, cuyos lineamientos se recogen en el Conpes 3931 aprobado en junio de 2018. Es así que

al día de hoy la ARN lidera las políticas de reintegración a la vida civil y/o social en el país (Agencia para la Reincorporación y la Normalización, 2019).

De acuerdo con el Conpes 3931 del 2018 y al censo socioeconómico de excombatientes de las FARC-EP realizado por la Universidad Nacional de Colombia en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN), Puntos Transitorios de Normalización (PTN), recintos carcelarios penitenciarios, albergues transitorios de acogida y sedes del mecanismo de monitoreo y verificación

existen 10.015 exintegrantes de las FARC-EP de los cuales el 77 % son hombres y el restante 23% son mujeres. Así mismo, la mayor parte de exintegrantes de este grupo armado se encuentra concentrada en un rango de edades entre los 18 y los 59 años, dado que el 97,3% de los hombres censados y el 97,5 % de las mujeres censadas se encuentran en este grupo etario. La población entre los 12 a los 26 años representa el 27,19% del total de exintegrantes FARC-EP censados. Además, el 54% de los exintegrantes de las FARC-EP entre 18 y 59 años afirmó tener hijos (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2018).

La PNRSE fue establecida con un alcance de ocho años hasta el año 2026 con el objetivo de garantizar a largo plazo que los exintegrantes de las ex FARC-EP y sus familias accedan y hagan goce efectivo de sus derechos como ciudadanos colombianos, así como amparar los beneficios que les corresponden por acogerse al proceso para darle fin al conflicto armado.

En este sentido, la PNRSE contempla:

acompañamiento psicosocial, formación educativa y laboral, aseguramiento en salud y seguridad social para los desmovilizados y sus familias, así como actividades encaminadas a la reconstrucción del tejido social en las comunidades receptoras. Adicionalmente, establecen parámetros de atención en materia de salud,

educación, vivienda, asociatividad y proyectos productivos (Presidencia de la República de Colombia, 2019, p.24).

Es entonces que estos acercamientos y logros de acuerdos con GAI han promovido la realización de diferentes investigaciones que contemplan el estudio de diversas problemáticas que han sido desencadenadas de los mismos.

En esta línea, la investigación *Discriminación hacia los desmovilizados: obstáculo para la reinserción y la paz en Colombia* realizada por Barrios y Peña (2015) analiza hasta qué punto los ciudadanos se encuentran dispuestos a aceptar a los desmovilizados de las FARC-EP dentro de la sociedad y qué factores inciden en las actitudes discriminatorias frente a este sector de la población. Los resultados resaltan que los colombianos han acrecentado su aprobación a la reintegración de los desmovilizados al mercado laboral y a que estos últimos compartan vínculos sociales con familiares cercanos: sin embargo, también indican que aún hay una discriminación persistente hacia los desmovilizados. De esta forma, a pesar de que en los ciudadanos se presentan algunas actitudes menos discriminatorias hacia los desmovilizados, la discriminación social y económica continúa vigente.

Por su parte, Theidon y Betancourt (2006) plantean en su estudio *Transiciones conflictivas: combatientes desmovilizados en Colombia*, realizado en ciudades puntuales como Bogotá, Medellín y Turbo-Apartadó; que los programas de DDR implican una transición para los excombatientes, el Estado y las comunidades que los reciben. Resulta así una ecuación compleja, conflictiva y dinámica entre la verdad, la justicia, la reparación y la reconciliación; es aún más compleja cuando se implementa el proceso en medio de la guerra, de manera que, resulta urgente que el Estado brinde seguridad, llene el vacío y genere alternativas no solo para los excombatientes sino también para aquellas comunidades que los reciben, lo que generará sostenibilidad en el tiempo (p. 110).

En este sentido y “desde la guerra para la independencia hasta las negociaciones políticas de finales de la década de 1980, que derivaron en la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y la Constitución de 1991, el Gobierno hasta el día de hoy ha dispuesto y decretado en siete oportunidades el perdón judicial de penas” (Volkmar, 2017, p. 135) a través de Amnistías e indultos para los excombatientes de estos grupos que voluntariamente le den cese a las hostilidades y actos de violencia.

Por un lado, “las amnistías exoneran a una persona de un proceso judicial en curso o que se inicie en el futuro y los indultos eximen del cumplimiento de una pena ya impuesta. Es decir, la amnistía procede antes de la sentencia mientras que el indulto se concede en los casos en los que ya hay una condena ejecutoriada” (Volkmar, 2017, p. 135). Que para el caso de las ex FARC-EP, la expedición de la Ley 1820 del 30 diciembre del 2016 o Ley de Amnistía contemplada y pactada junto con el gobierno nacional en el Acuerdo de Paz como parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No-Repetición, responde a la extinción de las acciones penales, disciplinarias, administrativas y fiscales impuestas por conductas ocurridas en el marco del conflicto interno, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta a este, cuya finalidad es otorgar seguridad jurídica a los integrantes de este grupo o a personas acusadas de serlo.

Por tal razón, las amplias amnistías y los indultos al igual que la aplicación del principio de favorabilidad intentan que exista una seguridad jurídica sin impunidad para todos los ejecutores de crímenes con ocasión y en desarrollo del conflicto” (Vásquez, 2018, p. 157).

Añadido a esto, la encuesta de Indepaz y la Universidad de los Andes señala que alrededor del 55% de encuestados no estaría dispuesto a recibir en su vecindario a un desmovilizado; el 69% además, cree que su desmovilización contribuye poco o nada a la disminución de la violencia. En la misma línea, el 43% de los encuestados en Colombia por el Barómetro Latinoamericano

cree que la seguridad del país seguirá igual o empeorará con la desmovilización de excombatientes, y un 37% considera que no es posible que estos se reconcilien con la sociedad, concluyendo que gran parte de los colombianos muestran rechazo a relacionarse con excombatientes y no reconocen en su desmovilización un aporte significativo a la disminución de la violencia del país (Ugarriza y Mesías, 2009).

Por su parte, la encuesta nacional *¿Qué piensan los colombianos después de siete años de justicia y paz?*, realizada en 2012 por el Centro de Memoria Histórica, identifica una disposición a relacionarse con ex miembros de GAI, ex miembros de fuerzas militares y políticos o funcionarios que apoyaron a los GAI, en lo que se refiere al hecho de compartir en espacios públicos de relación intermedia, como darles trabajo, vivir en el mismo vecindario o permitir que sus hijos reciban clase en el mismo colegio. Pero, dicha disposición disminuye cuando se trata de compartir espacios privados, más familiares e íntimos, como el hecho tener una relación de noviazgo entre los hijos y se evidencia un rechazo mayor a que ex miembros de grupos ilegales, agentes estatales responsables de crímenes dentro del conflicto armado o personas que apoyaron a organizaciones al margen de la ley participen en política (Centro de Memoria Histórica, 2012).

Así mismo, la investigación realizada por Macías et al. (2018), *Actitudes hacia desmovilizados del conflicto armado en Colombia por parte de civiles y militares en uso de buen retiro, residentes en Bogotá* da cuenta de que “si bien prima la actitud positiva, aún persiste una neutralidad y una actitud negativa hacia los desmovilizados a pesar del esfuerzo por parte del Gobierno y la ACR en el proceso de desarme, desmovilización, reinserción y reintegración (DDRR)”, y es que como lo exponen Marín, Olarte y Márquez (2018) “la guerra ha dejado cargas emocionales e implicaciones psicosociales que refuerzan núcleos de significado que inciden en la percepción favorable o desfavorable sobre las personas excombatientes” (p. 9).

Es así como el desarme, la desmovilización, la reinserción y la reintegración son procesos complejos determinantes tanto para la superación de conflictos como para el regreso a los mismos, aún con el éxito o fracaso son prácticas que resultan valiosas puesto que contribuyen a los inicios de

la normalización institucional, la consolidación de la democracia, la equidad social y el retorno a ambientes de garantías políticas. Es entonces que del buen manejo de las políticas y los programas propios de los procesos de DDR –desmovilización, desarme y reintegración– pueden depender asuntos determinantes como la construcción de la paz, la superación de las causas del conflicto, la reparación de los daños causados y la reconciliación. (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2010)

Actitud

Desde su aparición en la psicología social el término actitud ha asumido distintas definiciones ya sean de considerable o no complejidad. En este sentido, dentro de las definiciones clásicas Allport (1935) define actitud como “un estado mental y neurológico de atención organizado a través de la experiencia, y capaz de ejercer una influencia directiva o dinámica sobre la respuesta del individuo a todos los objetos y situaciones con las que está relacionado” (p. 769). A su vez, Moscovici (1979 citado por Mora, 2002) considera la actitud como una dimensión de la representación social que significa la orientación favorable (positiva) o desfavorable (negativa) en relación con el objeto de la representación social.

Desde la concepción tripartita de las actitudes propuesta por Rodríguez (1991), estas se dividen en: *componente cognoscitivo*, que se refiere al conjunto de percepciones que se tienen frente a un objeto, es decir, la información que se conoce y la representación que se tiene del mismo, aquellos pensamientos y creencias de la persona acerca del objeto de actitud;

un *componente afectivo*, que contempla los sentimientos y emociones que se asocian a favor o en contra del objeto social, que determina la valoración positiva o negativa que se le da al objeto; y un *componente conductual* que considera la intención o disposición a la acción, esto es, aquellas conductas que son dirigidas hacia el objeto de actitud (Zanna y Rempel 1988; Breckler, 1984 citados por Briñol, Falces & Becerra, 2007, p. 459).

En definitiva, se pueden entender las actitudes como representaciones sociales manifiestas en expresiones comportamentales adquiridas mediante la experiencia en la vida individual y colectiva, que representan inclinaciones de carácter electivo y evaluativo ante situaciones, objetos y personas, esto es, que se reconocen, juzgan y aceptan o rechazan.

Metodología

El enfoque de la presente investigación es de tipo cuantitativo, para esto se utilizó la medición numérica a través de la recolección de los datos y análisis estadístico con el fin de elaborar resultados (Hernández, Fernández & Baptista, 2003). De manera que se examinó la correlación entre las variables cuantificadas (edad y género), a fin de identificar representaciones y actitudes sociales que la población objeto de estudio tiene frente a la reintegración social de excombatientes de las ex FARC-EP (Pita & Pértegas, 2002).

La técnica de investigación priorizada para este estudio fue la encuesta, la cual se desarrolló en un cuestionario compuesto por 30 ítems distribuidos en los tres componentes de la teoría tripartita o tridimensional de las actitudes, propuesta por el psicólogo social Rodríguez (1991). De acuerdo con esto, los ítems del 1 al 14 pertenecen al componente cognitivo, del 15 al 21 al componente afectivo y del 22 al 30 al componente conductual.

Se presentan tres modalidades de respuesta: *opción múltiple-ítems del 1 al 11 e ítem 21* (evalúan la significación y

conocimiento que tienen los encuestados respecto a los excombatientes de acuerdo a la presentación de adjetivos calificativos), *grados de acuerdo-ítems del 12 al 21* (evalúan la disposición y sentimientos de acuerdo o en desacuerdo respecto a situaciones que involucran relacionarse con excombatientes) y, por último, *respuesta dicotómica-ítems del 22 al 30* (evalúan la predisposición a actuar de cierta forma).

Para su aplicación se optó por el muestreo no probabilístico por cuotas, en donde la muestra no es representativa por

el tipo de selección ya que es informal, sin embargo, permite realizar un muestreo de los subgrupos de interés posibilitando el análisis de las relaciones entre los rasgos de estos (Explorable.com, 2017).

En este sentido, la muestra fue subdivida en los subgrupos juventud, adultez y persona mayor de acuerdo con la clasificación etaria que realiza el Ministerio de Salud y Protección Social (2019) de la siguiente manera: *etapas juventud (19-26 años), adultez (27-59 años) y vejez y/o persona mayor (60 o más años)*.

Tabla 1. Distribución de la muestra por género y edad

Género \ Etapa del desarrollo	Juventud (18-26 años)	Adultez (27-59 años)	Persona mayor (60 años o más)
Femenino	15	15	15
Masculino	15	15	15
Total			90

Fuente: Elaboración propia.

Población

Habitantes del casco urbano de Tunja (Boyacá). (Población total del municipio, 195.538 hab.).

Muestra

Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (2019) en las proyecciones de la población realizadas de 2005 a 2020, específicamente para 2017, Tunja contaba con 195.538 hab., así:

- 29.333 jóvenes con edades entre 18 y 26 años, de los cuales, 15.257 eran hombres y 14.076 mujeres. Se seleccionaron 15 hombres y 15 mujeres.

- 86.777 adultos con edades entre 27 y 59 años, de los cuales, 40.200 eran hombres y 46.577 mujeres. Se seleccionaron 15 hombres y 15 mujeres.

- 20.994 personas mayores con edades de 60 y más años, de los cuales, 8.695 eran hombres y 12.299 mujeres. Se seleccionaron 15 hombres y 15 mujeres.

RESULTADOS

Identificación de actitudes

Género femenino

Tabla 2. Identificación de actitudes del género femenino

Actitudes	Etapa del desarrollo	% Juventud (18-26 años)	% Adulthood (27-59 años)	% Persona mayor (60 años o más)
Desfavorables/Negativas		27%	33,3%	67%
Neutras/Tendencia Desfavorable		60%	53%	33%
Neutras/Tendencia Favorable		13%	13,3%	0
Favorables/Positivas		0	0	0
Total		100%	100%	100%

Fuente: Elaboración propia.

En el género femenino la prevalencia de actitudes desfavorables/negativas está dada en la etapa de persona mayor; esto es, que dichas actitudes predominan en la medida en que la persona se hace mayor.

Las actitudes neutras con tendencia desfavorable se concentran dentro de este

género en la etapa de juventud, muy similar a las actitudes neutras con tendencia positiva que se manifiestan y mantienen estables tanto en la juventud como en la adultez; sin embargo, en la etapa de persona mayor no se presentan, así como las actitudes favorables/positivas las cuales no mostraron resultados en ninguna de las etapas de desarrollo establecidas. Se entiende entonces que en el género femenino mientras más joven sea

Género masculino

Tabla 3. Identificación de actitudes del género masculino

Actitudes	Etapa del desarrollo	% Juventud (18-26 años)	% Adulthood (27-59 años)	% Persona mayor (60 años o más)
Desfavorables/Negativas		40%	47%	73%
Neutras/Tendencia Desfavorable		13,3%	47%	27%
Neutras/Tendencia Favorable		33,3%	6%	0
Favorables/Positivas		13,3%	0	0
Total		100%	100%	100%

Fuente: Elaboración propia.

la persona sus actitudes tenderán a ser más favorables.

En el género masculino al igual que en el femenino la prevalencia de actitudes desfavorables/negativas aumentan en la medida que la persona se hace mayor. Por su parte las actitudes neutras con tendencia desfavorable se concentran en la etapa de adultez y las actitudes neutras con tendencia y actitudes favorables/positivas prevalecen en la etapa de la juventud. Se entiende entonces que en el género masculino mientras más joven sea la persona sus actitudes tenderán a ser más favorables.

Sin embargo, se evidenció que –aunque las actitudes con tendencia favorable– tuvieron una mayor significancia en la etapa de juventud del género masculino, en comparación con el género femenino, estas actitudes tendieron a ser más constantes en las etapas de desarrollo posteriores en este último.

Identificación de actitudes con independencia del género y la edad–

Tabla 4. Identificación de actitudes con independencia del género y la edad

Actitudes	Todos los participantes
Desfavorables/Negativas	48%
Neutras/Tendencia Desfavorable	39%
Neutras/Tendencia Favorable	11%
Favorables/Positivas	2%
Total	100%

Fuente: Elaboración propia.

Las actitudes frente a la reintegración social de excombatientes de las ex FARC-EP, en Tunja (Boyacá), con independencia del género y la edad, que prevalecen son

las actitudes desfavorables/negativas en un 48 % de los casos, las actitudes neutras con tendencia desfavorable en un 39 % de los casos, las actitudes neutras con tendencia favorable en un 11 % y aquellas favorables/positivas en tan solo en el 2 % de los casos.

Incidencia del género y la edad en las actitudes sociales

Existe una relación diferencial entre el género y las medidas de discriminación, se observa una tendencia en las mujeres a mostrar actitudes más igualitarias que los hombres, por un lado,

las mujeres apoyan la igualdad social y las políticas que protegen a las personas desfavorecidas, muestran su conformidad con los cambios políticos progresistas, son menos xenófobas y suelen oponerse a las guerras, en contraposición, los hombres suelen apoyar en mayor medida la desigualdad grupal generalizada. (Ekehammar y Sidanius, 1982; Heaven, 1999; Pratto et al., 1994, citados por Castillo, 2011)

Parecen haber diferencias entre hombres y mujeres en las actitudes sociales, mediadas por la empatía que cada género suele tener por el otro, como individuo diferente y que aquella diferencia puede ser o no percibida como el bienestar y la diversidad social de la cual se promueva el crecimiento de la sociedad a la que pertenece.

En este sentido, y en aras de entender la dinámica de las actitudes en relación con el género, es válido hablar de los roles sociales entendidos como:

la forma en que el ser humano se ha adaptado y participado en la vida social ejerciendo determinados valores, por su parte los roles de género al igual que los sociales, son un conjunto de expectativas y conductas que rigen la forma de ser, sentir y actuar tanto de los hombres como de las mujeres, los cuales se construyen y aprenden en y

de la sociedad (Instituto Nacional de las Mujeres, 2020).

En esta línea, como lo menciona González (2004), el género en su dimensión colectiva precisa que cada individuo se ajusta, acopla y apropia a las expectativas de la cultura en la que nace; en su dimensión individual, el individuo goza de la experiencia propia y personal de la manera en que vive su propio género, lo que vendría a llamarse identidad de género, por medio de la cual las diferencias innatas entre hombres y mujeres se han reforzado abiertamente estableciéndose las conductas apropiadas y características de hombres y mujeres como grupos separados (p. 3)

al estereotipo de feminidad se le han asociado rasgos distintivos y roles como lo son: la maternidad, labores domésticas, cuidado de otras personas, ser cariñosas, sensibles, débiles, sentimentales, intuitivas, buenas, dependientes, sumisas y adaptables, sin embargo al estereotipo de masculinidad se le ha asociado el rol de proveedor, fuertes, competitivos, racionales, valientes, poco expresivos, dominantes, independientes y se naturalizan conductas violentas (Instituto Nacional de las Mujeres, 2020, párrafo 3).

Lo que explica que a pesar de tener resultados similares el género masculino sobresale en sus extremos, es decir, si tanto el género femenino como el masculino presentaron actitudes favorables/positivas y/o neutras con tendencia favorable como desfavorable, fue el género masculino el que tuvo mayor incidencia en las mismas, presentándose más dinámico en sus resultados; por su parte el género femenino resaltó en la neutralidad con tendencia desfavorable, manteniéndose en una postura indecisa e indiferente.

Por otro lado, la edad enmarcada en etapas de desarrollo señala que en la juventud

el proceso de socialización se lleva a cabo más por la experimentación

propia – empírica ya sea individual o grupalmente que por la imitación de modelos de comportamiento heredados de generaciones de décadas anteriores, siendo así los jóvenes una de las generaciones con un mayor nivel autonomía personal, con sentimientos de libertad que promueven la construcción de un universo de valores sociales, un proyecto de vida que le da relevancia a las relaciones interpersonales y a la multiplicidad de interacciones con lo cotidiano, lo real y por supuesto incredulidad y cautela ante los grandes proyectos y los asuntos políticos. En general, en la juventud existe una inclinación especial a apoyar a los movimientos sociales en la defensa de los derechos humanos, el ecologismo, el pacifismo, el apoyo a refugiados e inmigrantes, el avance social de las mujeres, etc. (González M. D., 2004, p. 6)

Lo que permite comprender por qué sus actitudes tienden ser más favorables/positivas y/o neutras con tendencia favorable que desfavorables negativas.

De otro lado, Osorio (2010) califica y describe el proceso de socialización en la etapa de adultez como básica, puesto que el individuo pasa de una realidad sin responsabilidades a una en la que se comienza a pensar en tener una familia y/o trabajo, lo que implica cumplir con responsabilidades como horarios, compromisos, etc. y contempla un cambio en su estatus social, interacciones, relaciones sociales y comportamientos, siendo los aspectos sociales la clave de la madurez. En esta etapa el individuo pone todo su esfuerzo y sacrificio en la sociedad y construye las bases de la estructura social; el cambio de vida, pensamientos, comportamientos del individuo no está dado por la edad sino por la época y la sociedad en la que le ha tocado vivir, de manera que actuará de acuerdo con las exigencias que determinan los roles y estatus sobre los que va pasando. En este sentido, cabe resaltar que las actitudes que se concentraron más en esta etapa fueron aquellas neutras, con tendencia negativa.

Para el caso de la etapa de persona mayor las relaciones sociales, su forma y dirección se transforman teniendo en cuenta lo aprendido y experimentado a lo largo de su vida, así como los procesos de adaptación vividos en cada etapa o ciclo vital con base en los acontecimientos sociales dados en cada época en la que ha vivido. Su proceso de socialización está dado por el cúmulo e interiorización de experiencias y aprendizajes obtenidos a lo largo de su vida, bajo la influencia de los acontecimientos y dinámicas sociales de las que fueron observadores y partícipes como miembros de una sociedad (Sáez, De Vicente, Meléndez, & Villanueva, 1993, pp. 129-152). Teniendo en cuenta lo anterior, se justifica el por qué sus actitudes se presentan mayormente como desfavorables/negativas, pues han observado y han sido partícipes del conflicto armado interno del país casi que desde sus inicios tienen un conocimiento mucho más amplio que en la juventud y la adultez de sus orígenes, dinámicas, consecuencias, efectos, etc.

En este sentido, las actitudes se forman de acuerdo con las experiencias que el individuo tiene a lo largo de su vida; influyendo así, desde las pautas de crianza hasta los procesos de socialización con el entorno no familiar, bien sea educativo, laboral, etc., de manera que cambia el mundo en el que el ser humano interactúa socialmente, es decir, que no existe una realidad permanente o constante en su totalidad; más bien, el ser humano se encuentra dentro de la misma, en donde se desarrolla, evoluciona y se transforma. Las etapas de desarrollo del ciclo vital son realidades producto de una construcción cultural, puesto que la forma en que el ser humano se desempeña en cada una de estas dependerá de aquellos patrones de acción legitimados y perpetuados en los espacios de interacción social: familiar, educativo, de ocio, interpersonal, laboral, etc. En general, el significado que se le da a la conducta humana estará siempre enmarcado por la cultura de la cual se hace parte, esta cultura que transforma y permite interpretar el contexto de modo particular y que de una u otra manera sesga los fenómenos sociales (Fierro, 2009, p. 16).

En conclusión, la edad y el género inciden en las actitudes sociales no por ser heredadas biológicamente y aparecen en determinados periodos de la vida o edades específicas, sino porque a lo largo de la experiencia que va teniendo el ser humano a través de los años se van formando. Desde el nacimiento se reciben sugerencias, órdenes y castigos que forman actitudes para ver el mundo, en la adolescencia el joven se integra a grupos que influyen en él moldeando su carácter con las equivocaciones que llega a tener, y en la edad adulta hay una tendencia al conservadorismo, defendiéndose el mantenimiento del sistema tradicional de valores políticos, sociales y morales, traducido en el rechazo o resistencia a los cambios radicales o reformas en la sociedad” (Prado, 2006, sección de ¿Cómo se forman las actitudes?, Párrafo 2) .

Actitud, contexto y sociedad

Siguiendo la línea, y partiendo de la concepción de que el ser humano actúa de acuerdo con lo que su contexto le brinda, las exigencias de la época y la sociedad en la que se desenvuelve, las actitudes se ven mediadas por experiencias, roles sociales y de género y su interiorización, como lo plantea la teoría del aprendizaje social de Albert Bandura:

las personas son susceptibles a aprender conductas y el establecimiento de estas esta mediado por la existencia de mecanismos que tienden a reforzarlas a través de la observación de otros modelos, ya sean imágenes o cualquier forma de representación; dicho modelamiento está dado a través de la influencia de agentes sociales como: 1. influencias familiares como modelo principal: los padres o personas adultas como hermanos, primos, tíos, abuelos, etc. quienes a través de sus conductas y pautas de crianza configuran patrones y actitudes en los hijos; 2. influencias subculturales a través de grupos de personas con creencias, actitudes, costumbres y otras formas de comportamiento diferentes a las dominantes en la sociedad influyen en la adquisición de comportamientos

como aquellos de índole agresivos; 3. modelamiento simbólico, el cual no solo a través de la observación y experiencia directa brinda pautas modeladoras sino además por medio de toda aquella imagen que actúe como estímulo llamativo en un determinado contexto, encontrándose así los medios de comunicación como el internet y la televisión siendo los temas violentos como guerras, asesinatos, segregacionismo y la pornografía los que más promueven conductas agresivas. (Bandura, A, y Ribes, E., 1975 citados por Chapi Mori, 2012, pp.87-89)

Es así que en esta construcción cultural, los medios de comunicación a través de sus representaciones y opiniones del conflicto armado contribuyen en el establecimiento de actitudes tanto positivas como negativas en la población civil, es decir, se refuerza todo aquello aprendido a través de los roles sociales y de género dando paso a creencias, sentimientos y conductas frente a determinados grupos sociales, como lo señala Vázquez (2003) “la transmisión imperfecta de la información llega a un espectador sesgado, información que en ocasiones viene acompañada de connotaciones fuertes de carácter negativo y amenazante” (p. 70). El autor pone el ejemplo de los medios de comunicación occidentales, los cuales –con sus referencias ante el fundamentalismo árabe, el terrorismo árabe o de los inmigrantes ilegales– fomentan que determinadas culturas sean asociadas a peligrosidad, incrementando la desconfianza que de por sí genera lo desconocido.” (p. 70)

En este sentido, se evidenció que aquellas personas que poseen actitudes desfavorables/negativas (48%) y/o neutras con tendencia desfavorable (39%) refieren ante la posibilidad de ser vecino de un excombatiente de las ex FARC-EP sentimientos de miedo, desconfianza, oposición e inseguridad, y como lo plantea Alain Touraine (2003, citado por Vázquez, 2003) nos encontramos en la “sociedad del miedo”, que se alimenta del acceso masivo a la difusión de información sesgada, siendo los medios de comunicación los encargados de favorecer la difusión de estereotipos que

generalmente se encuentran dotados de connotaciones negativas que se arraigan a la sociedad y resultan difíciles de desmontar. Dichos estereotipos vienen siendo la razón de ser de la aparición de actitudes prejuiciosas que generan conductas discriminatorias hacia las personas en virtud de su pertenencia a determinado grupo” (Vázquez, 2003, p.70).

De acuerdo con lo anterior, Silva y Cely (2018) en su trabajo sobre representaciones sociales de la reintegración de exguerrilleros de las FARC-EP en la sociedad civil, señalan que las concepciones de la sociedad se encuentran influenciadas por los diferentes medios de comunicación y la subjetividad propia de las personas que contemplan tanto la razón como la conciencia y el sentido de justicia frente a la reintegración. En un primer momento se dan sentimientos de compasión y perdón, los cuales en el espacio de la inclusión activa presentan una incoherencia toda vez que ante la posibilidad de una convivencia cercana, íntima o personal existen sentimientos de desconfianza y miedo que se atribuyen a la información brindada por los medios de comunicación acerca de las conductas delictivas de las que generalmente se les juzga, tales como secuestros, narcotráfico, extorsiones, asesinatos, etc.

Es así como, los medios de comunicación promueven este tipo de actitudes a través de la difusión de información sesgada, generando respuestas emocionales negativas como el miedo, la inseguridad y la desconfianza, siendo estas traducidas en conductas discriminatorias y antisociales que finalmente aprobación contextual, es decir, lo que se percibe en la vida cotidiana; transformando el miedo en un problema social y político no solo de este escenario y que parte de la percepción de seguridad/inseguridad del propio territorio o contexto en el que se desenvuelve.

Por su parte, el gobierno colombiano también ha influido en las mismas, por un lado, después de la firma del acuerdo de paz con las ex FARC-EP poniendo fin a décadas de guerra y estableciendo una

nueva era, “han pasado 3 años desde que los combatientes decidieron entregar las armas y muchas de las promesas hechas por el gobierno no han sido cumplidas, lo que parece alejar cada vez más la perspectiva de una paz real y duradera” (párr. 3), así que por lo menos 3.000 milicianos han regresado a la lucha armada. De los millones de colombianos que vivían en territorios controlados por los rebeldes muchos todavía esperan la llegada de carreteras, escuelas y electricidad, la promesa del gobierno de apoyar al desarrollo rural fue una de las grandes motivaciones para que la guerrilla se desarmara (Casey, 2019). Y es que gran parte de la guerra se libró en el campo y

el acuerdo generó esperanzas de que los problemas rurales que impulsaron el conflicto finalmente serían resueltos; sin embargo, muchos no cuentan con servicios básicos como el acceso al agua o la luz, no se construyeron las escuelas; el gobierno se ha demorado tanto que hasta los territorios despejados ahora son manejados por nuevos grupos armados, el programa de sustitución de cultivos establecido en el acuerdo de paz prometió pagos en efectivo a los productores que arrancaran sus plantas de coca y las remplazaran por cultivos legales pero para muchos agricultores los pagos cesaron por un tiempo después de que Iván Duque asumiera la presidencia, los mismos se reanudaron a fines del año 2018, pero los funcionarios que debían introducir los cultivos alternativos nunca llegaron. (Casey, 2019, sección de Altas expectativas, pero fallas en la implementación, párrafos 2-5)

Sumado a esto, desde que el abogado Iván Duque asumió su gobierno el pasado 17 de agosto de 2018, ha expresado su escepticismo sobre los acuerdos y su deseo de cambiar algunos de los compromisos que fueron fundamentales para que las FARC-EP decidieran entregar las armas, entre los mismos están: 1.) que el narcotráfico no debe ser conexo al delito político; 2.) Eliminación obligatoria de cultivos de uso ilícito; 3.) Cambio en políticas del agro; y 4.) Cambios

a la Justicia Especial para la Paz (Sepúlveda, 2018, párrafos 5-11).

Por todo lo anterior, y tras tres años de haberse firmado el Acuerdo Final para la Paz entre el gobierno del ex presidente Juan Manuel Santos y el grupo armado ex FARC-EP, el anuncio del pasado 29 de agosto del 2019 en relación al rearmen de una fracción de disidentes de dicho grupo liderados por Iván Márquez, Jesús Santrich, El Paisa y Romaña, sorprendió al país y a la comunidad internacional; sin embargo, esto no implicó a todos los excombatientes de la antigua FARC-EP, determinándose que “aquellos que aún se encuentren en espacios de reincorporación serán protegidos y no serán abandonados” (infoaft.com, 2019).

A lo largo del texto se ha establecido la influencia factores contextuales como aquellos que responden a los roles sociales y de género, los medios de comunicación, los avances y retrocesos de un proceso de paz en su implementación, la falta de compromiso del gobierno de turno y además, el rearme de una fracción de disidentes, en la formación de actitudes negativas o desfavorables en la sociedad frente a un escenario de reintegración social de excombatientes y por ende del establecimiento de relaciones interpersonales y de una convivencia pacífica.

CONCLUSIONES

Se evidenció que, la dinámica que sigue la formación de estas actitudes da inicio en el componente cognoscitivo con relación a las concepciones y la significación que se le asignan a un excombatiente, hallándose concepciones y percepciones como: personas deshumanizadas, delincuentes, con trastornos mentales, acostumbradas a mentir, sin derechos, que pueden afectar la seguridad de la ciudad y que además su ambiente debe ser la cárcel; dejándose entrever que se les percibe como una amenaza.

Seguidamente, desde el componente afectivo de las actitudes identificadas en este estudio en relación con el establecimiento

de relaciones interpersonales de amistad, amorosas, laborales y de vecindad con excombatientes tanto por sí mismos como por parte de algún miembro de la familia se asocian con emociones y sentimientos de desacuerdo, desconfianza, inseguridad y miedo; lo que vendría a ser una respuesta adaptativa al proceso cognitivo de las situaciones y personas excombatientes, es decir, la significancia e importancia que se le da a las mismas en relación con el bienestar propio y colectivo como un mecanismo de defensa o de supervivencia, como lo menciona la Real Academia Española (2020), el miedo es “angustia por un riesgo o daño real o imaginario”.

Finalmente, aquellas concepciones, sentimientos y emociones se transforman en representaciones sociales que a su vez se traducen en expresiones comportamentales discriminatorias que tienen la necesidad de responder a situaciones percibidas e interiorizadas como amenazantes, en este caso las personas se reúsan a compartir espacios educativos como aulas de clase, espacios públicos como parques, plazas, iglesias y espacios privados como viviendas, oficinas de trabajo; así mismo, se rehúsan a que participen y sean elegidos en asuntos políticos; lo anterior, expresado en la disminución de los contactos sociales.

De manera que, entendiendo el fundamento de la “sociedad del miedo” de Alain Touraine (2003, citado por Vásquez, 2003) y aplicándolo junto a la “concepción tripartita de la actitud” propuesta por Rodríguez, A (1991), entendemos que los roles sociales y de género, como construcción social de las experiencias individuales y colectivas, son receptores de la emisión de

información sesgada proveniente de los medios de comunicación. Además, el ser espectador de las decisiones, indecisiones e incumplimiento en la implementación de lo pactado en el acuerdo final para la paz entre el gobierno colombiano y las ex FARC-EP y el rearme de algunos de sus disidentes, incide en la percepción de las personas como una amenaza para el bienestar propio.

Y es que, la incidencia del género y la edad en las actitudes que se forjan en un individuo o sociedad, está mediada por las experiencias que los individuos tienen a lo largo de su vida y de la construcción cultural del ciclo vital que se tiene como resultado a través del aprendizaje y puesta en práctica de los roles sociales y de género establecidos, legitimados y esperados en la sociedad, con los cuales la persona decide tanto individual como colectivamente reconocerse y ser reconocido, se promueve así el discernimiento y predisposición tanto favorable como desfavorable en su comportamiento frente a determinados hechos.

Por tanto, en un contexto de reintegración social de excombatientes, las actitudes son una predisposición frente a los hechos conocidos y la forma en que se interpretan de acuerdo con la construcción cultural forjada a partir de los roles sociales y de género establecidos en la sociedad y desde los cuales se espera que los individuos participen y actúen en determinadas maneras o formas en la vida colectiva y desde lo cual se pueda diferenciar entre lo adecuado e inadecuado, lo correcto e incorrecto con una perspectiva personal, tanto de los propios actos como de aquellos de los demás.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Agencia para la Reincorporación y la Normalización. (7 de septiembre de 2019). *Agencia para la reincorporación y la normalización. Reseña histórica*. <http://www.reincorporacion.gov.co/es/agencia/Paginas/resena.aspx>
- » Allport, G. (1935). Actitudes. En C. Murchison, *Handbook of social psychology*. Clark University.

- » Alto comisionado para la paz. (7 de septiembre de 2016). *Acuerdo final*. <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- » Arias, G., Ljunggren, B., Palou, J. C., Avendaño, J., Luna, C. M., Correa, R., & Castro, M. C. (2018). Consolidación de Paz en Colombia. Una experiencia integrada en DDR y Desarrollo. *Fundación Ideas para la Paz*.
- » Barrios, S. P., & Peña, V. A. (2015). *Supuestos: Revista económica, 1-10*. <http://revistasupuestos.com/politica-y-paz/2015/9/23/discriminacin-hacia-los-desmovilizados-obstculo-para-la-reinsercin-y-la-paz-en-colombia>
- » Briñol, P., Falces, C., & Becerra, A. (2007). Actitudes. En J. F. Morales, M. C. Moya, E. Gaviria, y I. Cuadrado. *Psicología Social* (págs. 457-490). Mac Graw Hill.
- » Casey, N. (2019). Las fallas que ponen en riesgo el acuerdo de paz en Colombia. *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/es/2019/05/17/espanol/america-latina/colombia-paz-farc-duque.html>.
- » Castillo, M. R. (2011). *Discriminación de género y dominancia social. Análisis de los estereotipos de género y de la influencia del priming subliminal*. (Tesis doctoral, Universidad de Jaén). <http://ruja.ujaen.es/bitstream/10953/318/1/9788484396017.pdf>
- » Centro de Memoria Histórica. (2012). *Encuesta Nacional ¿Qué piensan los colombianos después de siete años de Justicia y paz?* Reves Diseño Ltda.
- » Centro de Memoria Histórica. (Noviembre de 2014). El Caguán. Obtenido de El Caguán: http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2014/11/El_Caguan.pdf.
- » Chapi Mori, J. L. (2012). Una revisión psicológica a las teorías de la agresividad. *Revista electrónica de Psicología Iztacala* 15(1), pp. 80-93.
- » Colprensa. (16 de octubre de 2016). *¿Qué tan viable es tramitar vía congreso el acuerdo de paz con las FARC?* <http://www.elpais.com.co/proceso-de-paz/que-tan-viable-es-tramitar-via-congreso-el-acuerdo-de-paz-con-las-farc.html>
- » Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. (2010). *La reintegración: logros en medio de rearmes y dificultades no resueltas*. Bogotá: Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.
- » Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2018). *Conpes 3931: Política nacional para la reintegración social y económica de exintegrantes de las FARC-EP*. Consejo Nacional de Política Económica y Social.
- » Congreso de la República de Colombia, (30 de diciembre de 2016). *Ley 1820*.
- » Congreso terminó de refrendar el nuevo acuerdo con las FARC. (30 de noviembre de 2016). *El Tiempo*. <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/refrendan-nuevo-acuerdo-con-las-farc-36116>
- » Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE. (2019). Proyecciones de población por sexo y edad. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/proyecciones-de-poblacion>
- » Duarte, V. G., & Villarreal, Á. F. (2017). La naturaleza jurídico-internacional de los Acuerdos de Paz y sus consecuencias en la implementación. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15(30), pp. 41-60.
- » Explorable.com. (16 de mayo de 2017). *Muestreo por cuotas*. <https://explorable.com/es/muestreo-por-cuotas>

- » Fierro, J. (2009). *La transición de la adolescencia a la edad adulta: Teorías y realidades*. Universidad Autónoma de Madrid.
- » Fisas, V. (2010). *El proceso de paz en Colombia*. Escola de cultura de Pau.
- » Fundación ideas para la paz. (2014). Fin del conflicto: Desarme, Desmovilización y Reintegración- DDR. *Boletín de Paz*, p. 33.
- » González, M. D. (2004). La construcción de la identidad en la juventud: Sociedad, cultura y género. III Jornadas Pedagógicas de la Persona. Identidad personal y educación (págs. 1-9). Universidad de Sevilla, Departamento de Teoría e Historia de la Educación y Pedagogía Social.
- » infolaft.com. (2019). *¿Qué implicaciones tiene el anuncio de rearme de disidentes de las FARC?* <https://www.infolaft.com/que-implicaciones-tiene-el-anuncio-de-rearme-de-disidentes-de-las-farc/>
- » Instituto Nacional de las Mujeres. (16 de febrero de 2020). *Estereotipos de género*. <https://campusgenero.inmujeres.gob.mx/glosario/terminos/estereotipos-de-genero>.
- » Macías, K., Mendoza, P., León, C., Riveros, F., Vera, A., Bernal, A. & Reyes, L. (2018). Actitudes hacia desmovilizados del conflicto armado en Colombia por parte de civiles y militares en uso de buen retiro, residentes en Bogotá. *Psicogente*, 21 (39), pp. 116-126. <http://doi.org/10.17081/psico.21.39.2826>
- » Marín, L. E., Olarte, I. L., & Márquez, Á. V. (2018). Representaciones sociales: excombatientes de grupos armados al margen de la ley y proceso de reintegración. *Pensamiento Psicológico* 16(2), pp. 7-19.
- » Ministerio de Salud y Protección Social. (2019). *Ciclo de vida*. <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/cicloVida.aspx>
- » Mora, M. (2002). La teoría de las representaciones sociales de Serge Moscovici. *Athenea Digital*, 2. <https://atheneadigital.net/article/view/n2-mora>
- » Naciones Unidas. (2010). DDR in peace operations, a retrospective. https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/ddr_retrospective102010.pdf
- » Observatorio de procesos de desarme, desmovilización y reintegración (ODDR). (2010). *Los procesos de desarme, desmovilización y reintegración: buenas prácticas y retos*. Universidad Nacional de Colombia. Embajada de Suecia.
- » Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (2017). *El acuerdo final de paz: La oportunidad para construir la paz*. Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- » Osorio, J. D. (19 de mayo de 2010). *Procesos psicológicos humanos IV*. <https://procesospsicologicosiv.blogspot.com/2010/05/desarrollo-social-aduldez-intermedi1.html>
- » Pita, S., & Pértegas, S. (2002). *Investigación Cuantitativa y Cualitativa*. http://www.fisterra.com/mbe/investiga/cuanti_cuali/cuanti_cuali2.pdf
- » Polarización del país reflejada en resultados del escrutinio. (2 de octubre de 2016). *El Tiempo*. www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/resultados-plebiscito-2016-42861
- » Prado, C. (2006). *Las actitudes y la opinión de los públicos*. <https://studylib.es/doc/4742048/las-actitudes-y-la-opinion-de-los-publicos>

- » Presidencia de la República de Colombia. (4 de julio de 2019). *ABC política de reincorporación*. <http://es.presidencia.gov.co/noticia/180704-ABC-politica-de-reincorporacion>
- » Puentes, J. (2012). *La incidencia del programa de atención especializada a niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados irregulares de ICBF en el proceso de reintegración social en Colombia*. (Tesis de maestría. FLACSO, México).
- » Real Academia Española. (2020). *Diccionario de la lengua Española*. <https://dle.rae.es>
- » Rodríguez, A. (1991). *Psicología Social*. Trillas.
- » Sáez Narro, N., Aleixandre, M., De Vicente, P., Meléndez, J., & Villanueva, I. (1993). Cambio y socialización en la tercera edad. *Investigaciones Psicológicas*, 12, pp. 129-152.
- » Sampieri Hernández, R, Collado Fernández, C., & Lucio Baptista, P. (2003). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill Interamericana.
- » Sepúlveda, J. P. (2018). *Los cambios “sustanciales” que quiere hacerle Iván Duque al Acuerdo de Paz*. <https://cerosetenta.uniandes.edu.co/duque-y-los-acuerdos/>
- » Silva, D. A., & Cely, C. H. (2018). *Representaciones sociales de la reintegración de exguerrilleros de las FARC-EP en la sociedad civil*. [Trabajo de grado. Universidad Santo Tomás]. Repositorio Universidad Santo Tomás. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/13619/2018diegocaputo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- » Theidon, K., & Betancourt, P. A. (2006). Transiciones conflictivas: Combatientes desmovilizados en Colombia. *Análisis político*, pp. 58, 92-111.
- » Ugarriza, J. E., & Mesías, L. (2009). *Dilemas de la integración de ex-combatientes en Bogotá*. Instituto de Estudios Urbanos. <http://www.institutodeestudiosurbanos.info/descargasdocs/eventos/seminarios-de-investigacion-urbano-regional-aciur/memorias-viii-seminario-aciur-2009/mesas-tematicas/seguridad-urbana-conflicto-armado-y-movimientos/266-dilemas-de-la-reintegracion-de-ex-com>
- » Vásquez, H. T. (2018). La responsabilidad por el mando en la justicia transicional colombiana. *Academia & Derecho*, 16, pp. 137-161.
- » Vázquez, J. J. (2003). Medios de comunicación y actitudes en una sociedad mediática global. *Psicología Política*, 26, pp. 57-72.
- » [verdadabierta.com](http://www.verdadabierta.com). (2008). *La desmovilización: el proceso de paz (2003-2006)* <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/244-la-historia/auc/54-periodo4>
- » Volkmar, J. J. (2017). Jurisdicción especial para la paz y su relevancia en la conculsa coyuntura política colombiana. *Ratio Juris*, pp. 131-150.

Descentralización política e impuestos en la Carta de 1991

Political decentralization and taxes in the 1991 Charter

Autor: Jorge Enrique Patiño Rojas

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n38.2021.13692>

Para citar este artículo:

Patiño Rojas, J. E. (2021). Descentralización política e impuestos en la Carta de 1991. *Derecho y Realidad*, 19 (38), 77-93.



DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA E IMPUESTOS EN LA CARTA DE 1991

Political decentralization and taxes in the 1991 Charter

Jorge Enrique Patiño Rojas

Doctor en historia por la Universidad Pedagógica y Tecnológica De Colombia – Uptc.
Docente, investigador, escritor y conferencista.
jorgeepr@yahoo.es

Recepción: Noviembre 30 de 2020

Aceptación: Abril 26 de 2021

RESUMEN

En cualquier forma de Estado, las entidades territoriales tienen la posibilidad de establecer los elementos de alguno o algunos impuestos (hecho generador, base gravable, sujetos activo y pasivo, y tarifa). Estos pueden ser previamente determinados por la ley, la cual sería la forma más genuina de descentralización política; sin embargo, en Colombia, por disposición constitucional de 1886 a la fecha, la competencia impositiva entre la Nación y las entidades territoriales ha sido decidida en favor de aquella. Soslayándose de esta manera dos posibilidades de descentralización política que a través de tributos establece la vigente Constitución. No obstante, la

primera con arraigo en 1886; la segunda con fuente en 1991, y por omisión política del Congreso y tácita anuencia de la Corte Constitucional, en cuanto finalmente no se ha expedido adecuadamente la respectiva ley orgánica de ordenamiento territorial que lo permita. Esta situación que propicia que la Nación continúe manteniendo su preeminencia, casi sesquicentenaria, en el tema político-impositivo.

PALABRAS CLAVES

Descentralización política; impuestos; competencia impositiva; tónica jurídica; regiones; entidades territoriales.

* Artículo de reflexión

ABSTRACT

In any form of State, the territorial entities have the possibility of establishing the elements of one or more taxes (generating event, taxable base, active and passive subjects, and tariff). These can be previously determined by law, which would be the most genuine form of political decentralization; However, in Colombia, by constitutional provision of 1886 to date, the tax competition between the Nation and the territorial entities has been decided in favor of the former. Bypassing in this way two possibilities of political decentralization that the current Constitution establishes through taxes. However, the first with roots in 1886; the second with source in 1991, and by political omission of the Congress and tacit consent of the Constitutional Court, as soon as the respective organic law of territorial ordering that allows it has not been properly issued. This situation that encourages the Nation to continue to maintain its preeminence, almost 150 years old, in the political-tax issue.

KEYWORDS

Political decentralization; taxes; tax competition; legal topic; regions; territorial entities.

INTRODUCCIÓN

En este artículo examinamos dos posibilidades constitucionales. Se parte de la eventualidad que ofrece al nivel territorial (art. 338) en 1848 en la República de la Nueva Granada con la ley del 3 de junio, que dio libertad a provincias, cantones y distritos parroquiales en la aprobación de sus propios tributos. Por su parte, la citada norma constitucional de 1991, además del Congreso Nacional, igualmente pareciera dar libre juego a asambleas departamentales y a concejos municipales en la aprobación de cargas impositivas para departamentos y municipios, respectivamente. Sin embargo, los textos de los artículos 287-3, 300-4 y 313-4, limitan esta competencia a lo dispuesto por la Constitución y la ley, generándose una aparente contradicción en el vigente cuerpo constitucional. Por lo mismo, en este punto,

nuestro desarrollo es hermenéutico, basado en la tópica como lugar común, en nuestro caso, político-jurídico. La otra opción, embotada en lo político, pero jurídicamente más viable en favor del orden subnacional, la establece el art. 307, complementario del 306 constitucionales, pues permite la creación de las regiones como entidades territoriales; de donde, finalmente, puede surgir la posibilidad de legislación residual en materia tributaria.

Así las cosas, cualquier forma político-jurídica que posibilite legislar en tributos a las entidades territoriales sería un buen legitimador institucional complementario de la democracia participativa existente en Colombia y, lo más significativo, a través de la gobernanza –surgida de la concientización tributaria–, se fortalecería el sistema político, tan precario visto desde la trayectoria de nuestra organización estatal. Al respecto, Mora y Enríquez afirman,

“La inexistencia de conciencia tributaria, tanto a nivel individual como colectivo... se motiva por una desconfianza generalizada hacia el Estado y al papel que juega en el cumplimiento de sus objetivos centrales” (Mora y Enríquez, 2017, pp. 273-292). Teniéndose esta, con razón, como causa principal de la evasión y elusión tributaria, por lo que se hace necesario maximizar las contribuciones voluntarias (Macías, y Cortés, 2004, pp. 19-42). Situación que amerita análisis porque, según Mockus, “[p]osiblemente cada persona se dé el lujo de ser altruista o kantiano cotidiano en relación con algunas de las múltiples acciones colectivas que una sociedad ofrece, dando pie a reutilizar el lema de la tributación voluntaria en muchos campos” (Mockus, 2003, pp. 65-80). Por lo mismo, para Garay y Espitia dicen “resulta indispensable recabar en la necesidad impostergable de imponer todos los correctivos que sean idóneos y eficaces para combatir la evasión y la elusión tributarias, tan elevadas y onerosas económica y socialmente para el país”. (2020, pp. 223-224)

En Colombia, aunque la apertura democrática local, materializada en la elección popular de alcaldes (1988), posteriormente complementada con la elección de gobernadores (1992), se consideran dos acontecimientos democrático-participativos, tal vez los más importantes del siglo XX. No obstante, solo alcanzan para la concreción de autogobierno (*self-government*, en versión anglosajona), que en concepto *lockiano* apenas la materializan se da la legitimidad formal de las autoridades, pero que integrada con manejo parcial de poder permitiría cristalizar la autonomía política territorial mediante la facultad legislativa residual, complementaria y colaborativa en favor bien de departamentos (y municipios), o de las regiones. Estas fueron creadas como entidades territoriales mediante la respectiva ley orgánica de ordenamiento territorial. De contera se abrazaría la legitimidad material expuesta por Locke, en cuanto las autoridades territoriales elegidas tuvieran instrumentos propios y eficaces para cumplir los cometidos de felicidad que demanda cada comunidad, en nuestro caso, regional, seccional o local.

1. COMPETENCIA IMPOSITIVA Y TÓPICA JURÍDICA

En el texto de la Constitución de Colombia se halla una aparente contradicción entre dos mandatos suyos que aquí interpretamos en términos estrictamente político-jurídicos, valiéndonos de la tópica como lugar común que la retórica aristotélica habilitó como cliché fijo para la argumentación; pero que, seguidamente, fue retomada por la hermenéutica. Para Aristóteles, dichos lugares “se refieren en común... a muchas materias que difieren por la especie” (1994, pp. 190-191). Así las cosas, la idea entonces sentada por el propio presidente Gaviria, relativa a que la Constitución, estableció una “nueva democracia” y un “nuevo derecho”, mantiene vigente una posible salida en favor de la democracia territorial. Y, según Vidal Perdomo, la Constitución tomó directamente el sitio de las normas (2016, pp. 143-155). Además, se evidencia que la administración

pública está sometida más a la Constitución que a la ley (Montaña, 2014, p. 100).

Por un lado, el art. 338 pareciera dar libre juego tanto al Congreso de la República como a asambleas departamentales y concejos municipales en la aprobación de cargas impositivas, en cada caso, para la Nación, los departamentos y los municipios, como sus correspondientes sujetos activos. Los departamentos y municipios se amparan en la autonomía política prevista en la Constitución. Por el otro, lo dispuesto en los artículos 287-3, 300-4 y 313-4 limitan para las entidades territoriales dicha competencia a lo dispuesto en el marco constitucional y legal. En adelante se examinarán críticamente las disposiciones señaladas para precisar su contenido y determinar, por un lado, la competencia del Congreso en materia tributaria y, de contera, las competencias de las corporaciones territoriales de elección popular en el mismo tema.

Para su desarrollo, primero se precisa la literalidad de las normas materia de cotejo, de inicio el artículo 338, continuando con los artículos 287-3, 300-4 y 313-4. Seguidamente, mediante las posibilidades de interpretación jurídica que ofrece la tópica, como método argumentativo de conciliación de diferencias problemáticas contenidas en un todo unitario, en nuestro caso, en el cuerpo constitucional, precisamos una salida político-jurídica. Es dable valerse de este instrumento retórico-filosófico porque, desde Aristóteles, quien le dio su nombre, integra el mundo de la filosofía; y como lo expresa Carnelutti, “[n]inguna rama de la ciencia vive sin respirar filosofía, pero esta necesidad es sentida en el Derecho más que en cualquiera otra [ciencia]... [Pues], a medida que se avanza por el camino de la jurisprudencia, el problema de lo metajurídico revela más y más su importancia decisiva” (Carnelutti, s.f., p. VIII).

1.1 Normas bajo examen

En el cuadro siguiente (1), para su análisis *prima facie*, en la columna de la izquierda, formando un todo (conjunto A), tenemos el art. 338 (que, paradójicamente, en lo básico,

Tabla 1. Normas sobre impuestos Constitución Política de Colombia

A = [Art. 338]	B = [Arts. 287-3, 300-4, 313-4]
<p>“En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.</p> <p>La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.</p> <p>Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”</p>	<p>Art. 287. “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: (...). 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones”.</p> <p>Art. 300. “Corresponde a las asambleas departamentales, por medio de ordenanzas: (...). 4. Decretar, de conformidad con la ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales”.</p> <p>Art. 313. “Corresponde a los concejos: (...). 4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales”.</p>

Fuente: Constitución Política. Elaboración del autor

su mandato viene del Acto Legislativo 3 de 1910, art. 6º; 42 de la Carta de 1886); y en la columna de la derecha (conjunto B), están los artículos 287-3, 300-4 y 313-4.

En una primera apreciación, pareciera que el art. 338 hoy vigente, indistintamente, les diera libertad impositiva a todas las corporaciones públicas de elección popular de orden nacional, departamental y local (Congreso, asambleas y concejos), no así a las juntas administradoras locales (JAL). Pero esa libertad se ve limitada por la Constitución y la ley, vistos en conjunto los mandatos de los arts. 287-3, 300-4 y 313-4. Es una especie de *laguna constitucional* en esta materia, pues su solución no encuadra al interior de las normas en conflicto, por no ser claras, más bien sí incompatibles entre sí. Asimismo, en el entendido que por tratarse de una unidad político-jurídica la interpretación de la Constitución Política desborda los mandatos que para tal fin se establecieron en la ley (art. 5, Ley 57 de 1887). Así las cosas, para la solución de sus propias incompatibilidades debemos valernos de la tópic jurídica como técnica complementaria de interpretación constitucional. Pues, “la remisión de un argumento cualquiera a un ‘lugar común’ constituye un método por el que es posible sustituir las relaciones de inferencias espontáneas, que la razón realiza entre términos particulares, por las relaciones

comunes y generales que son de aplicación a todos los casos” (Racionero, 1994, 190).

1.2 La tópic como instrumento de interpretación jurídica

Primero, entendida la tópic como como lugar común “de donde se extrae el material para la demostración” (Viehweg, 1964, p. 41), mediante la conciliación de situaciones antagónicas, como contradicciones entre leyes, en este caso de mandatos constitucionales. Se distingue como una técnica de pensamiento problemático, desarrollada por la retórica en su textura espiritual, diferenciándose claramente del ánimo deductivo sistemático (Viehweg, 1964, p. 22). Para el caso bajo examen entendemos la tópic como una forma hermenéutica previa a la propia jurisprudencia.

En este sentido, la aparente o real contradicción entre los artículos constitucionales 338 (que pareciera otorgarle libre albedrío a asambleas y concejos para decretar tributos departamentales y municipales, respectivamente), y los artículos 287-3, 300-4 y 313-4 (que supeditan dicha facultad a la Constitución y a la ley), quedaría zanjada con el lugar común político-jurídico de la unidad nacional prevista en el art. 1 de la Constitución que, como República Unitaria

advierte la existencia de un único lugar común de impulsión política, de leyes, en nuestro caso de contenido fiscal. Recayendo tal distinción y facultad en el Congreso de la República.

Sobre la ambivalencia de la competencia política de los departamentos se tiene el siguiente desarrollo constitucional: el art. 299 original de la Constitución prevé que “[e]n cada departamento habrá una Corporación administrativa de elección popular que se denominará Asamblea Departamental...”. El Acto Legislativo No. 1 de 1996, sin cambiar el anterior mandato, agregó que: “Dicha Corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio...”. El Acto Legislativo 1 de 2003 (art. 16), estableció que: “En cada departamento habrá una Corporación de elección popular que ejercerá el control político sobre los actos de los Gobernadores, Secretarios de despacho, Gerentes y Directores de Institutos Descentralizados y, que se denominará Asamblea Departamental (...). Dicha Corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio...”. Sin embargo, el texto del AL 1 de 2003 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-668 de 2004. En el 2007, el AL 1 volvió a reformar el artículo 299, ratificando que “En cada departamento habrá una Corporación político-administrativa de elección popular que se denominará Asamblea Departamental...”; agregándole que “podrá ejercer control político sobre la administración departamental”.

Por su parte, la Ley 489/98 (art. 39), estipuló que las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son corporaciones administrativas de elección popular. Norma legal que, para las asambleas, contraría el mandato constitucional que indica que son corporaciones político-administrativas. En cambio, desde su origen constitucional, el Congreso de la República es una corporación política (legislativa), que le “corresponde hacer las leyes”. Además, gozando de la prerrogativa de reserva legal en materia impositiva.

El aspecto político constitucional de las asambleas departamentales se pueden asumir como la capacidad para legislar, como su auténtica legitimidad; pues, de las variadas formas de poder del hombre sobre el hombre, en la tradición clásica, expresa Bobbio, el político es “el interés de quien gobierna y de quien es gobernado” (2005, p. 1216). Es el poder civil de Locke previsto sobre el consenso para que la sociedad pueda darse seguridad a fin de preservar la propiedad (1995, p. 173). Con esta atribución política a las dumas departamentales, ganada en décadas de madurez administrativa –sustitutiva de su antigua competencia política–, además, se honraría la teleología participativa del Estado colombiano desde el nivel intermedio, según Bakunin, ahora sí de gobierno, y no de mera administración.

A pesar del anterior marco político-jurídico de los departamentos, Liliana Estupiñán Achury (2012, p. 123) recoge la vieja idea que denota el marchitamiento de las asambleas departamentales, originalmente establecida en el informe de Finanzas Intergubernamentales Wiesner Bird (1981), y que insinúa su muerte institucional. Por análoga línea conceptual y jurídica, en particular valiéndose de la unidad nacional de la organización territorial de Colombia, a la fecha, la Corte Constitucional ha dejado sentado que no es posible interpretar que las entidades territoriales puedan legislar en materia impositiva o tributaria (ni en ninguna otra), solo cuando la ley lo autorice.

En materia de la autonomía financiera se estableció desde la sentencia C-517 de 1992 que los impuestos nacionales deben ser creados por la ley, los departamentales por ordenanzas y los municipales por medio de acuerdos, y que en todo caso ‘...los departamentos y municipios se encuentran sujetos al marco legal en la creación de sus tributos propios en virtud del principio de unidad nacional’. Así se indicó que en desarrollo de esta atribución constitucional los concejos municipales deben adoptar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales (art. 313.4 C. Pol.), dictar las normas orgánicas

de presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos (art. 313.5 C. Pol.) (Corte Constitucional, Sentencia C-130, 28 de noviembre de 2018).

Por su parte, en 2016, el Consejo de Estado manifestó:

Esta Sala, en sentencia del 9 de julio de 2009, precisó que en vigencia de la Constitución Política de 1886, la facultad impositiva de los municipios era derivada en cuanto se supeditaba a las leyes expedidas por el Congreso, pero que con la norma superior promulgada en el año 1991, la ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden determinar los elementos del tributo, de conformidad con los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales concedidos a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales para establecer los diferentes aspectos de la obligación tributaria. Así mismo, señaló que el artículo 338 de la Constitución Política indica la competencia que tienen los entes territoriales para que, a través de sus órganos de representación popular, determinen los presupuestos objetivos de los gravámenes, de acuerdo con la ley, sin que tal facultad sea exclusiva del Congreso, pues de lo contrario se haría nugatoria la autorización que expresamente la Carta les ha conferido a los departamentos y municipios en tales aspectos. Agregó que la competencia en materia impositiva de los municipios, para el caso, no es ilimitada, pues no puede excederse al punto de establecer tributos *ex novo*, porque la facultad creadora está atribuida al Congreso, pero a partir del establecimiento legal del impuesto, los mencionados entes territoriales, de conformidad con las pautas dadas por la ley, pueden establecer los elementos de la obligación tributaria cuando aquella no los haya fijado directamente.

Así pues y en virtud de los principios de autonomía y descentralización territorial el criterio actual de la Sala en materia de

facultad impositiva territorial reconoce la autonomía fiscal de los municipios y distritos para regular directamente los elementos de los tributos que la ley les haya autorizado (Consejo de Estado, Sentencia rad. 21035. C.P., 30 de marzo de 2016).

Así las cosas, actualmente, todo impuesto es creado por la ley con origen en el Congreso de la República. Ella fija el sujeto activo que siempre será un organismo público, bien la Nación o una entidad territorial y, en ocasiones, generalmente como beneficiaria parcial, una entidad administrativa (como las corporaciones autónomas y las áreas metropolitanas); nunca un ente particular, salvo el caso de la parafiscalidad, no de los impuestos. Así las cosas, por hermenéutica constitucional, en Colombia, las corporaciones territoriales de elección popular no pueden decretar impuestos aun cumpliendo el hecho de ser un cuerpo colegiado elegido popularmente, fidedigno depositario, fáctico y legal, de representación política. Naturaleza y composición socio-política que lo hace corresponder con el viejo principio de raigambre anglosajona: *no taxation without representation*. En consecuencia, mediante un proceso iniciado en 1886, hoy, vía jurisprudencial, los departamentos colombianos, aun siendo entidades territoriales, sólo gozan (¿o padecen?), el estatus de entidades administrativas.

Para el municipio, cuyo tratamiento es análogo al del departamento, Paula Robledo lo resuelve mediante el método común de interpretación sistémica, de la siguiente manera:

La autonomía tributaria de nuestros entes municipales está reconocida constitucionalmente y las normas que la regulan se encargan de dejar en claro que no es una autonomía absoluta; por el contrario, se encuentra limitada no solamente por la Constitución sino también por la ley (arts. 287, 313.4).

Pero, según lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución, podría entenderse que las Asambleas departamentales

y los Concejos municipales tienen plena libertad para fijar tributos, puesto que en este precepto no se hace referencia explícita a que la potestad impositiva de los departamentos y municipios se encuentra limitada por la ley. No obstante, en todo caso, una interpretación sistemática, a partir de las demás disposiciones indicadas, lleva a dilucidar rápidamente cualquier posible confusión. (Robledo, 2010, p. 389)

En Colombia, con análogas razones a las anteriores, desde finales del decimonónico solo el Congreso conserva la autoridad tributaria, creadora de impuestos, dado su reconocimiento de único cuerpo colegiado con autoridad política de representación popular. Desde entonces, la competencia de las entidades territoriales en la materia quedó solo a partir del establecimiento legal del gravamen, de conformidad con las pautas dadas por el Parlamento, pudiendo disponer los elementos de la obligación tributaria cuando la ley no los haya fijado directamente. Con esta cicatera concepción institucional, defendida por el orden nacional, se cierra la posibilidad de hacer leyes a las corporaciones subnacionales de elección popular, para el caso bajo examen, en materia fiscal. De contera se entorpece la genuina autonomía política territorial, expresada en la función residual de legislar. Situación, concentradora de poder, que mal posiciona al Congreso en particular. En cambio, con su proceder, como en una especie de menudeo tributario, sí se arroga la función de hacer legisladores a asambleas y concejos, cuando, mediante su autorización legislativa, les permite fijar uno o varios elementos de los impuestos que ha creado a su favor. Olvidando que, desde Locke, antes que Montesquieu moderno creador de la tridivisión de poder, quedó claro lo inadecuado de esa práctica. Pues, expresa el médico inglés, que “[e]l poder de la legislatura, al derivarse de una cesión voluntaria del pueblo, y de una instrucción hecha por éste, no puede ser otro que el que positivamente le ha sido otorgado, a saber: el poder de hacer leyes, y no el poder de hacer legisladores. Por lo tanto, la legislatura está incapacitada para transferir a otros la autoridad de hacer leyes” (Locke, 1995,

pp.148-149). Agregando que ella “no deberá ni podrá transferir a nadie el poder de hacer leyes, ni depositarlo en lugar diferente de aquel en el que el pueblo lo ha depositado” (Locke, 1995, pp. 149).

En consecuencia, en el vigente marco constitucional colombiano, para validar política y jurídicamente la posibilidad legislativa directa de las asambleas departamentales bastaría darle solo a la Constitución el estatus de soberana, sobre la base de su art. 4; y a la ley la dimensión de autonomía política, como lo entiende Aja, constitucionalista catalán, es legítimo “poder para aprobar leyes” (1999). Además, así se aprovecharía el mandato constitucional que posiciona a la asamblea como “corporación político-administrativa de elección popular”; por lo que estaría jurídicamente habilitada para decretar impuestos. En lo político-social, sus leyes, amén de cercanas al ciudadano, serían forjadoras de la anhelada gobernanza y constructoras de comunidad, verdadera expresión de dominio político; y, además de honrar la participación ciudadana, se moderarían los niveles de violencia territorial.

Por otra parte, el Congreso tiene la genérica facultad de “revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República”, para que mediante decretos con fuerza de ley legisle extraordinariamente. Empero, entre otras materias, tales facultades no podrán ser conferidas para decretar impuestos (art. 150-10), configurándose en pleno en Colombia la *reserva legal* en la materia impositiva. Frente al tema, nuestro máximo Tribunal constitucional ha expresado:

Para esta Corte, la reserva legal en materia tributaria y la correlativa exigencia de legitimidad democrática para las normas de índole fiscal, es uno de los pilares del modelo de estado constitucional, e impone un procedimiento democrático representativo como condición para la validez de los tributos –no tributación sin representación–, para evitar los abusos en un asunto que afecta directamente al ciudadano y que debe garantizar al mismo tiempo

la sostenibilidad del Estado para el cumplimiento de sus funciones. (Corte Constitucional, Sentencia C-30, 30 de enero de 2019)

Imponiéndose en este punto precisar la diferencia con la legalidad, entendida como “la cualidad de aquello que es conforme a la ley” (Vedel, 1980, p. 219); pues, según Rivero, “conviene a la legalidad la imagen de una pirámide: desde la cima hasta la base, las reglas, según el nivel en que se sitúan, deben respetar las reglas superiores, y se imponen a la de los niveles subordinados” (Rivero, 1984, p. 84).

Entonces, en observancia de la reserva legal, a diferencia de la Constitución de 1886, la de 1991, prohibió la fijación de impuestos por vía extraordinaria (art. 150-10), quedando solo como competencia exclusiva del Congreso de la República y, a usanza de lo

enseñado por Montesquieu, solo a iniciativa del ejecutivo (1993. p. 121). Así Colombia se puso a tono, entre otros, con países como Francia (1958) y España (1978), que en sus constituciones mantienen disposiciones similares (arts. 34 y 133, respectivamente), consolidándose de esta manera la formal legitimidad como el principio impositivo de reserva legal, derivado de un tiempo histórico braudeliano de larga duración.

Finalmente, además del mandato constitucional que dispone que “[e]n cada departamento habrá una Corporación político-administrativa de elección popular que se denominará Asamblea Departamental” (art. 299), un cotejo sobre el instituto de la reserva legal y la autonomía (tributaria) departamental, reciente, de la Corte Constitucional, se resume en el siguiente cuadro (2).

Tabla 2. Reserva legal vs autonomía departamental en la Corte Constitucional (2018-2019)

Reserva legal	Autonomía del departamento
<p>“Para esta Corte, la reserva legal en materia tributaria y la correlativa exigencia de legitimidad democrática para las normas de índole fiscal, es uno de los pilares del modelo de estado constitucional, e impone un procedimiento democrático representativo como condición para la validez de los tributos – no tributación sin representación–, para evitar los abusos en un asunto que afecta directamente al ciudadano y que debe garantizar al mismo tiempo la sostenibilidad del Estado para el cumplimiento de sus funciones” (CC. Sent. C-30, M.P. Cristina Pardo. 30 enero 2019).</p>	<p>“En materia de la autonomía financiera se estableció desde la sentencia C-517 de 1992 que los impuestos nacionales deben ser creados por la ley, los departamentales por ordenanzas y los municipales por medio de acuerdos, y que en todo caso ‘... los departamentos y municipios se encuentran sujetos al marco legal en la creación de sus tributos propios en virtud del principio de unidad nacional’ (CC. Sent. C-130, M.P. José Fernando Reyes Cuartas. 28 nov. 2018).</p>

Fuente: Cotejo reserva legal vs autonomía departamental, de Jorge Patiño Rojas.

En el cuadro (2) notamos que las características de la reserva legal descritas por el Tribunal de cierre constitucional, aunque referidas al Congreso Nacional, son (formal y materialmente) aplicables a la asamblea departamental, pudiendo así ella legislar en materia tributaria. La diferencia estriba en que la corporación seccional aún se tiene, mental y jurídicamente, como entidad administrativa (art. 39, L. 489798). Por otra parte, paradójicamente, es claro que en la Constitución la autonomía departamental tributaria solo está sujeta al marco legal.

Finalmente, insistimos que están dadas las condiciones para que en Colombia las asambleas departamentales puedan legislar, en nuestro caso en fiscalidad, basta darle a la ley solo el estatus de autonomía política y no de soberana; reservando este privilegio solo para la Constitución Política, valiéndonos de su art. 4º que la posiciona como ley de leyes.

2. LAS REGIONES COMO ENTIDADES TERRITORIALES

En Colombia, desde la Constitución de 1991, quedó institucionalizada la posibilidad

político-jurídica de creación de las regiones como entidades territoriales, situación que, de contera, análogo a como sucede en España (art. 150, Constitución de 1978), les generaría competencia legislativa y, entre éstas, tributarias como sujetos activos de los impuestos que disponga la ley. No obstante, cabe aclarar que, según Aja, en aquel país las comunidades autónomas presentan diferencias estructurales entre ellas (1999, p. 155). Agregando, cómo, por ejemplo, el régimen económico y fiscal especial de Canarias tradicionalmente ha tenido un tratamiento especial por su carácter insular y su lejanía de la península, por lo que la propia Constitución le proporciona cierta garantía como región ultra-periférica (1999, p. 178). Para Colombia proponemos que, de manera homogénea en lo jurídico, a través de la región baje al nivel subnacional la figura de la autonomía política (legislativa), entre otras materias, en tributación. En ese escenario, se tendría un nuevo avance democrático político, que superaría la formalidad de la participación ciudadana en la elección de las autoridades territoriales; primero de autoridades municipales, del alcalde en particular a partir del Acto Legislativo 1 de 1986, con concreción inicial a partir del 13 de marzo de 1988. En 1991, segundo, además de la aprobación de la elección de gobernadores de los departamentos, los artículos 306 y 307 constitucionales dejaron sentadas las bases para que, en el futuro inmediato, mediante ley orgánica, se diera vida político-jurídica a las regiones como entidades territoriales y de esta manera, junto con la Nación, pudieran ejercer la función legislativa, configurándose así un avance real en la descentralización

política, este sí como verdadero reparto de poder en el territorio, en nuestro estudio, en materia fiscal. Entendiendo que lo fiscal, particularmente su concepto tributario, por su trascendencia social forma parte integral de lo político, tal como se halla consignado tanto en la larga tradición parlamentaria inglesa como en el apogeo de los municipios castellanos de los siglos XII y XIII.

No obstante, los ejemplos regionalistas europeos del siglo XX (España, Italia y Francia), nuestro derecho, fortalecido por el ensayo de la Confederación Granadina (1858), y retomando el pensamiento constitucional desde nuestra propia cabeza (Guadarrama, 2001, pp. 385-392), debe poner en marcha la autonomía regional prevista en la Carta Política. Para su examen, primero se hace referencia al contenido de los artículos constitucionales 306 y 307 y, seguidamente, la consecuente legitimación formal y material de la institucionalidad, que surgiría a partir del nuevo orden territorial. Continuando con la omisión legislativa absoluta del Congreso en la materia, aun la expedición de las leyes 1454 y 1962; y la respectiva inhibición de la Corte Constitucional al abordar el estudio de la primera de estas dos leyes. Finalmente, atendiendo la perspectiva histórica, proponemos el modelo de Estado-región, la forma más plausible de legitimidad política para Colombia.

2.1 Normas constitucionales

El contenido de los artículos 306 y 307, es el siguiente:

Tabla 3. De entidad administrativa a territorial. Constitución Política de Colombia

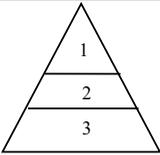
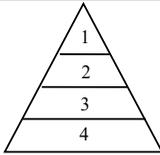
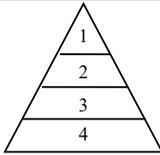
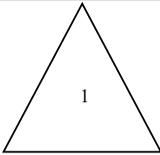
Art. 306	Art. 307
<p>“Dos o más departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio. Su objeto principal será el desarrollo económico y social de la respectiva región”.</p>	<p>“La respectiva ley orgánica, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial, establecerá las condiciones para solicitar la conversión de la región en entidad territorial. La decisión tomada por el Congreso se someterá en cada caso a referendo de los ciudadanos en los departamentos interesados.</p> <p>La misma ley establecerá las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del fondo nacional de regalías. Igualmente definirá los principios para la adopción del estatuto especial de cada región”.</p>

Fuente: Constitución Política. Elaboración del autor.

En Colombia, es claro que, con una adecuada expedición de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT), a aprobar por mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara (art. 151 C.P.), y para lo cual no es legal otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República (art. 150-10 C.P.), se podrían establecer las regiones como entidades territoriales y, de contera, estas tendrían la facultad de expedir normas legislativas cristalizadoras de efectiva autonomía política territorial.

Para nuestro análisis, en el siguiente cuadro (No. 4), se grafican ejemplos de los modelos universales de reparto del poder en el territorio: i) la Federación Norteamericana, ii) el Estado autonómico español, y iii) el Estado colombiano como República Unitaria en sus dos versiones, la del deber ser, si se expidiera correctamente la ley orgánica de ordenamiento territorial que de vida política a las regiones territoriales que ella instituya; y la del ser, esto es, lo que hoy se tiene.

Tabla 4.

Representación gráfica del poder en el territorio			
Sistema Federal (EE.UU.)	Estado Autonómico (España)	Republica Unitaria (Colombia)	
		El deber ser (Art. 307 C.P.)	El Ser
			
1. Constitución Federal (1787) 2. Cada Constitución Federativa 3. Legislación de cada Estado	1. Constitución nacional (1978) 2. Ley orgánica de armonización del proceso autonómico (LOAPA) 3. Estatuto orgánico de cada región 4. Legislación de cada región (residual)	1. Constitución Nal (1991) 2. Ley orgánica de ordenamiento territorial (LOOT) 3. Estatuto especial de cada región 4. Legislación de cada región (residual)	1. Legislación nacional: Constitución política y demás leyes (nacionales)

Fuente: Jorge Patiño Rojas

Como se puede apreciar en el cuadro 4, en primer lugar, cada entidad federativa (en EEUU), utilizando la original figura del sistema federal, tiene competencias residuales tanto en función constituyente (y constitucional), como en legislativa, jurisdiccional y administrativa. Por su parte, el ensayo autonómico de España –en este ejemplo–, otorga a sus regiones competencias residuales en función legislativa, y eso que aun por Constitución tiene como fundamento la “indisoluble unidad de la Nación española” (art. 2, Constitución de 1978). Por su parte, Colombia, como República Unitaria centralizada en lo político, sin desarrollo adecuado del art. 307 constitucional, la fórmula de la competencia residual de sus unidades territoriales, aun posibilitándose por el referido mandato constitucional, sigue siendo únicamente de tipo administrativo; y en lo político solo una quimera.

2.2 Legitimidad institucional

Se decía que el autogobierno solo alcanza para la ejecución de la descentralización política participativa; por lo mismo el desarrollo legal adecuado del art. 307 de la Carta Política, permitiría cristalizar la autonomía política territorial mediante la facultad legislativa residual-cooperativa. Si bien la elección popular de mandatarios subnacionales es y ha sido el acontecimiento democrático más importante del siglo XX en Colombia, en cuanto simultáneamente involucra dos elementos fundamentales: la participación popular y la legitimidad política formal de las autoridades; no obstante, hasta aquí el proceso de descentralización política está cercenado, porque el auténtico poder político, materializado en su ejercicio, se sigue manejando íntegramente, como ha sido desde 1886, a partir de instancias

del gobierno central, en la capital de la República. Entonces, incluso después de la elección de autoridades locales y seccionales, ni siquiera de manera parcial, política y jurídicamente, ellas han podido ejercer un verdadero dominio (al menos fragmentado), que implique un genuino poder político, que se pueda traducir en la capacidad legislativa, residual-colaborativa, en nuestro caso en materia impositiva. Coincidiendo con nuestro planteamiento, Lorena Suárez expresó que en Colombia

[l]as normas tributarias están urgidas de legitimidad formal y sustancial. A la primera responde el procedimiento democrático que se debe observar para la aprobación de los tributos y contribuciones fiscales y parafiscales. La segunda sólo se satisface en la medida en que el deber tributario se enmarque en los conceptos de equidad, justicia y seguridad. (Suárez, 2003. pp. 323-364)

Por lo mismo, como verdadero complemento del aspecto democrático-participativo, también para el orden territorial, es necesaria la debida aprobación de la figura político-jurídica establecida en el art. 307 de la Constitución Política, mediante la ley orgánica de ordenamiento territorial. Con un correcto desarrollo legal de este mandato constitucional, sin ambages, surgiría la genuina autonomía política que supera la puramente participativa; pues, es claro que

Autonomía significa, etimológicamente, poder para aprobar leyes, y en sentido amplio suele equipararse a autogobierno, porque no solo son importantes las leyes sino también el conjunto de elementos que intervienen en las políticas públicas, como la dimensión de la administración y los recursos financieros. El autogobierno de las CCA es notable: sus instituciones solo responden ante el propio electorado, sin ninguna dependencia jerárquica respecto al gobierno central; poseen poder legislativo, reglamentario y administrativo sobre ámbitos tan importantes para los ciudadanos como

el urbanismo, la educación, el medio ambiente, etc. (Aja, 1999, p. 14)

Por lo mismo, en cuanto a la instauración democrática territorial-legislativa, el profesor Clemente Forero, evaluando la descentralización y la participación ciudadana, en particular en fiscalidad, concluye que en Colombia “[u]na propuesta de participación para la eficiencia requiere considerar aspectos más allá de lo político [participativo]. [Argumentando que] es necesario que los ciudadanos se involucren en las decisiones del gasto e ingreso público” (Forero, 1997, p. 204), para lo cual, entre otras medidas, sugiere su intervención directa en la planeación y el diseño presupuestal, situación que de manera directa implica legislación en materia impositiva por cuenta de las regiones, en el evento que se llegaren a crear en debida forma político-jurídica.

2.3 Reglamentación inicial de los artículos 306 y 307 constitucionales

Previo a cumplir los 20 años de expedida la Carta de 1991, mediante la Ley 1454/11, el Congreso reglamentó las anteriores normas constitucionales. No obstante, históricamente, además de omisiva, la actuación institucional del Estado ha sido evasiva del tema, pues, primero, el Congreso demoró en aprobar la ley orgánica que desarrollará la Constitución y le diera vida política a las regiones territoriales y, segundo, aunque después de “más de 19” proyectos presentados fue aprobada la Ley 1454/11, la misma evadió enteramente el tema central, del que debía ocuparse: establecer “las condiciones para solicitar la conversión de la región [administrativa] en entidad territorial”, con atribución de legislar mediante una especie de competencias residuales, en moderna versión mutua, con respecto a las competencias político-legislativas de la Nación, no de las político-constitucionales.

Por su parte, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1454, por la omisión legislativa, la Corte Constitucional se declaró inhibida para fallar de fondo

argumentando que dicha omisión fue absoluta, lo que, expresa, según su historial jurisprudencial, le impide abordar el mérito del asunto. La síntesis de este proceso Congreso - Corte Constitucional, es la siguiente:

2.3.1 Ley 1454 del 28 de junio de 2011

Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se

modifican otras disposiciones. Esta Ley, retomando el mandato constitucional estipulado para la Región Territorial, decretó que: “De conformidad con el artículo 307 de la Constitución Política la Región Administrativa y de Planificación podrá transformarse en Región Entidad Territorial, de acuerdo con las condiciones que fije la ley que para el efecto expida el Congreso de la República” (art. 36). A continuación se coteja con la norma constitucional.

Tabla 5. La región como entidad territorial: de la norma constitucional a la legal

Art. 307 Constitucional	Art. 36, Ley 1454 (LOOT)
<p>“La respectiva ley orgánica, previo concepto de la comisión de..., <u>establecerá las condiciones para solicitar la conversión de la región en entidad territorial.</u> La decisión tomada por el Congreso se someterá en cada caso a referendo de los ciudadanos en los departamentos interesados”. (subrayas fuera de texto).</p>	<p>“De la Región Territorial. De conformidad con el artículo 307 de la Constitución Política la Región Administrativa y de Planificación podrá transformarse en Región Entidad Territorial, <u>de acuerdo con las condiciones que fije la ley que para el efecto expida el Congreso de la República</u>”. (subrayas fuera de texto).</p>

Fuente: Art. 307 constitucional y art. 36 de la LOOT. Resumen del autor.

Lo consignado en el art. 36 de la Ley 1454, reprodujo el contenido básico, de plazo indefinido, del art. 307 constitucional, pues, igual que la norma superior, transfirió en la ley, en una nueva ley (orgánica), las condiciones (que fijará el Congreso), para el paso de la región como entidad administrativa a la región como entidad territorial. Lo correcto, según el mandato constitucional, hubiera sido que la propia Ley orgánica 1454, fijara dichas condiciones, pero no lo hizo. Continuando, como desde 1991, con la inconstitucionalidad por omisión, entendida como “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación” (Díaz, 2016, pp. 129-153). En la Sentencia C-489/12, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 1554 (LOOT), el Alto tribunal constitucional “zanja” el problema jurídico retomando vieja jurisprudencia de su seno, pues dice que al respecto en el 2000 había expresado que: “... se ha dicho que lo relativo al ordenamiento territorial, que debe tramitarse como ley orgánica, bien puede desarrollarse en

diversos cuerpos normativos, siempre que éstos cumplan con el limitante de haber sido tramitados y aprobados como leyes orgánicas” (Corte Constitucional. Sentencia C-795, 29 de noviembre de 2000).

2.3.2 Sentencia C-489/12

(27 de junio), mediante la cual se resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 1454/11 (LOOT). En primer lugar, citando nutrida jurisprudencia constitucional, alude a que siendo una omisión absoluta la que trae la Ley enjuiciada, no puede haber control de constitucionalidad por ausencia de un parámetro normativo. Al respecto expresó: “...esta Corte ha establecido desde las sentencias C-073 y C-543 de 1996 que cuando la demanda se estructura sobre la base de una omisión legislativa absoluta, es decir, cuando existe ausencia total de legislación, no se cuenta con un parámetro normativo para realizar el control y por ende la demanda no procede en este caso porque la Corte carece de competencia para realizarlo” (Corte Constitucional. Sentencia

C-489, 27 de junio de 2012) Por lo mismo, agrega:

Teniendo en cuenta lo anterior se verifica que en la Ley 1454 de 2011, se omite de **manera absoluta** un desarrollo directo de las regiones como entidades territoriales del artículo 307 de la C.P. (...), ya que solo se establecen normas que remiten a una posterior regulación de dichos deberes constitucionales. Por tal motivo, se advierte que en el presente caso, lo que se presenta en el caso concreto es una ausencia total de legislación produciéndose de esta manera una **omisión legislativa absoluta** no sujeta de control por parte de esta Corte. (Corte Constitucional. Sentencia C-489, 27 de junio de 2012)

Con este panorama político-jurídico nugatorio que, paradójicamente, aún con ley, incluye la omisión legislativa absoluta del legislador en la fijación de las condiciones para la conversión de la región administrativa en entidad territorial, y el correspondiente fallo inhibitorio de la Corte Constitucional, se seguía aplazando uno de los anhelos del Constituyente de 1991, la posibilidad de la autonomía política regional y la consecuente capacidad legislativa residual que implicaría el fortalecimiento territorial en materia fiscal, de ingresos y gastos públicos. Con origen en lo político, la solución es puramente normativa, que la ley orgánica establezca a cabalidad las condiciones para poder solicitar la conversión de la región administrativa en territorial. Por ahora, preocupa ese criterio remolón del Legislador –cobijado por la posición jurisprudencial de la Corte–, que legisla, pero no legisla. Así Colombia rememora la historia novelada de El Gatopardo, en la segunda mitad decimonónica en Sicilia, donde queda sentado el statu quo total (incluido el legislativo), impuesto por el régimen de aquella Isla, pues Tancredi, sobrino del príncipe, tuvo como máxima que “[s]i queremos que todo siga como está, es preciso que todo cambie”. (Lampedusa, 1983, p. 29)

2.4 Ley 1962

Nuevamente el 28 de junio de 2019, al cumplir los 8 años de estar rigiendo la Ley 1454, el Congreso expidió la Ley 1962, *Por la cual se dictan normas orgánicas para el fortalecimiento de la región administrativa de planificación, se establecen las condiciones para su conversión en región entidad territorial y se dictan otras disposiciones*, en desarrollo de los artículos 306 y 307 de la C.P. En síntesis, dentro de las atribuciones de las posibles regiones territoriales (art. 9), esta nueva ley no les estableció la facultad de decretar tributos. Por lo mismo, en el tema impositivo, objeto del presente análisis, seguimos en déficit. Pues, en versión de la norma constitucional, “[l]a misma ley establecerá las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del fondo nacional de regalías”. Sin embargo, esta ley guardó silencio sobre la posibilidad de decretar impuestos para funcionamiento, solo estipuló que: “Los recursos de inversión de la Región Entidad Territorial (RET) provendrán de los aportes de las entidades territoriales que concurren en su conformación, los recursos provenientes del crédito público y la cofinanciación del presupuesto general de la Nación y de otras fuentes de financiación territorial, las donaciones en su favor y los demás que establezca la constitución y la ley, en concordancia con sus funciones”; evadiéndose por completo, nuevamente, la fiscalidad regional, en particular su aspecto tributario. Al respecto, ante eventual impugnación, solo quedaría pendiente el pronunciamiento del máximo Tribunal constitucional sobre la Ley 1962, en particular si la omisión legislativa dejó de ser absoluta ameritando en tal evento control de constitucionalidad de fondo.

2.5 Conclusiones. Propuesta regional para Colombia

De acuerdo con Fals Borda, en Colombia “[e]l pluralismo cultural, humano y ambiental sigue predominando como fórmula vital entre nosotros... La diversidad

reconocible y reconocida en la unidad nacional queda consagrada con mecanismos adecuados en la ley en ciernes” (1996, p. viii). En este sentido, la Ley 1962 registró el Hecho Regional, como “un fenómeno territorial que por su naturaleza poblacional y espacial trasciende las escalas de gobierno local y departamental en materia de competencias, inversión, planeación y ejecución de proyectos, requiriendo una atención conjunta para que las acciones que se desarrollen sean eficientes y efectivas, y conduzcan al desarrollo integral de la región” (art. 3). Sin embargo, en específico en materia fiscal, de la Región, la ley en mención solo se refirió a la administración de recursos y no de tributos (art. 10-b). En cambio, sus análogas ibéricas, expresa el art. 133-2 de la Constitución española, “podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes”. Esto a pesar de que la misma Carta ibérica estipula la potestad tributaria originaria exclusivamente al Estado, mediante ley (art. 133-1); empero, aclara que tal facultad puede ser delegada en los niveles subcentrales de Gobierno.

En consecuencia, atendiendo el componente histórico, en Colombia se hace menester establecer la competencia tributaria en favor de las entidades territoriales; pues, aunque “[n]o vamos a reconstruir la sociedad solo con las pautas del pasado, ni vamos a retroceder la historia..., no es dable dejar de lado ese rico acumulado social e histórico que hemos examinado y lo mucho que ha quedado por fuera para pensar que podemos resolver los problemas del momento “ex novo” haciendo tabla rasa de la historia y de la cultura acumulada. ¡Que despilfarro si estos estudios no impelieran hacia adelante y nos dieran mejores herramientas para hacer frente a nuestros retos!” (Fals Borda, 1996, p. 67).

No obstante, en nuestro sentir, si llegare a entrar en funcionamiento en debida forma la región territorial conformada por departamentos, sería adecuado que, para evitar la congestión de tantos niveles territoriales, y su posible anarquía, a criterio del Legislador, se abolieran otros niveles espaciales menos relevantes para propiciar la

armonización integral del territorio nacional. Evento que podría desacomodar privilegios, algunos bicentenarios, aún más venidos de la colonia; siendo oportuno recordar que el patrimonio político del gobernante se gasta gobernando.

Desde el punto de vista epistemológico, bueno sería, con la práctica, creando la Región territorial con autonomía política-tributaria, ensayar en Colombia el modelo intermedio de organización territorial del Estado, pues como lo expresan Bobbio y Bovero: “Buenas teorías no son solamente las que siguen la realidad en su marcha caótica, buscando descifrar la suma de los efectos indeseables y leer escrupulosamente los movimientos de la historia; sino son también, y quizás sobre todo, las que anticipan la realidad, buscando proporcionar criterios de evaluación y orientar los acontecimientos para darles dignidad como proyectos conscientes y racionales” (1984, p. 16); agregando con razón, “en ello radica la fuerza de la filosofía política”.

Finalmente, del examen de las leyes de ordenamiento territorial en Colombia se puede concluir que el Congreso ha soslayado por omisión legislativa su deber político, y la Corte Constitucional por inacción jurisprudencial pretextando que en cuanto dicha omisión es absoluta, ella omite pronunciarse, por ahora sobre el texto de la Ley 1454. Como obligación nuestra insistimos en que política y jurídicamente en Colombia están dadas las condiciones para que algún nivel territorial pueda legislar residualmente y para la armonía de tal finalidad con la unidad nacional basta darle a la ley el grado de autonomía política y solo a la Constitución la condición de soberana.

Concluimos que hasta hoy, en Colombia, la autonomía política territorial solo tiene el alcance de participación popular en la escogencia de sus autoridades, y no el ejercicio residual de poder, por ausencia de competencia legislativa de los niveles subnacionales de administración, no de gobierno. Por lo mismo, siendo los impuestos la más ortodoxa y extendida expresión de poder político del Estado liberal, para

legitimarlos, sería necesario otorgarles alguna capacidad legislativa (residual) a las entidades territoriales existentes (departamentos y municipios), o crear adecuadamente las regiones como entidades territoriales para que automáticamente tengan dicha facultad. Se acataría así el

grito de la historia que, en una democracia real, enseña la directa relación impuestos y representación, pues a más genuina representación más consentimiento de los impuestos, hasta que estos, idealmente, como eran los tributos, regresen a ser voluntarios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Aja, Eliseo. (1999). *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. Madrid: Alianza editorial.
- » Aristóteles. (1994). *Retórica*. Madrid: Gredos, pp. 190-191.
- » Bobbio, Norberto, et al. (2005). *Diccionario de Política*. 10ª ed. en español. México: Siglo XXI. p. 1216.
- » Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo. (1984). *Origen y fundamentos del poder político*. México: Grijalbo, p. 16.
- » Carnelutti, Francesco. (s.f). *Metodología del Derecho*. 3 ed. Bogotá: Lib. del profesional.
- » Díaz Gamboa, Luis Bernardo. (2016). *La inconstitucionalidad por omisión. Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los Derechos Humanos*. En: IUSTA, No. 28. Tunja: Universidad Santo Tomas de Aquino, pp. 129-153.
- » Estupiñán Achury, Liliana. (2012). *Desequilibrios territoriales: Estudio sobre la Descentralización y el Ordenamiento Territorial colombiano. Una Mirada desde el Nivel Intermedio de Gobierno*. Bogotá: Universidad del Rosario, Doctrina y Ley, p.123.
- » Fals Borda, Orlando. (1996). *Región e Historia. Elementos sobre ordenamiento y equilibrio regional en Colombia*. Bogotá: TM Editores-IEPRI UN, p. viii.
- » Forero, Clemente, et al. (1997). *Descentralización y participación ciudadana*. Bogotá: TM Editores, Universidad Nacional, p. 204.
- » Garay Salamanca, Luis Jorge y Espitia Zamora, Jorge Enrique. (2020). *Desigualdad y reforma estructural tributaria en Colombia: Hacia una economía política de inclusión social*. Bogotá: Ediciones desde abajo, pp. 223-224.
- » Guadarrama, Pablo. (2001). *Humanismo en el pensamiento Latinoamericano*. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, pp. 385-392.
- » Lampedusa, Giuseppe Tomassi (de). (1983). *El Gatopardo*. Bogotá: Oveja Negra, p. 29.
- » Locke, John. (1995). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Barcelona: Altaya, p. 173.
- » Macías, Hugo y Cortés, Jaider. (2004). *Disminuir la tarifa general de IVA en Colombia aumentaría el recaudo tributario*. En: *Semestre económico*, Vol. 7, Núm. 13. Medellín: Universidad de Medellín, pp. 19-42.
- » Mockus, Antanas. (2003). *Una revisión de logros y retos de Bogotá desde conceptos de Jon Elster*. En: *Reflexiones sobre la Investigación en Ciencias Sociales y*

Estudios Políticos. Bogotá: Universidad Nacional, pp. 65-80.

- » Montaña Plata, Alberto y otro. (2014). La constitucionalización del derecho administrativo. En: XV Jornadas internacionales de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado, p. 100.
- » Mora, María y Enríquez, Jairo. (2017). Cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias. En: Unimar, Vol. 35, Núm.1. Pasto: Universidad Mariana, pp. 273-292.
- » Montesquieu. Trad. Blázquez, Mercedes y Vega, Pedro de. (1993). Del espíritu de las leyes. Barcelona: Altaya, p. 121.
- » Racionero. (1994). En: Aristóteles. Retórica. Madrid: Gredos, p. 190.
- » Rivero, Jean. (1984). Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central, p. 84.
- » Robledo Silva, Paula. (2010). La autonomía municipal en Colombia. Bogotá: Universidad Externado, p. 389.
- » Suárez Fierro, Lorena. (2003). El poder tributario como emblema de la democracia. El principio de legalidad como límite del poder tributario desarrollado jurisprudencialmente. En: Lecturas de derecho fiscal. Bogotá: Universidad Externado, pp. 323-364.
- » Vedel, Georges. (1980). Derecho administrativo. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, p. 219.
- » Vidal Perdomo, Jaime. (2016). Algunas consideraciones sobre el control de constitucionalidad en Colombia. En: Derecho y Realidad, Vol.4 No. 8. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, pp. 143-155.
- » Viehweg, Theodor. (1964). Tópica y jurisprudencia. Madrid: Taurus, p. 41.

Leyes

- » Asamblea Constituyente. (1991). Constitución Política de la República de Colombia. 2 ed. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 116.
- » Congreso de la República. (2011, 28 de junio). Ley 1454 por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones. Bogotá: Diario Oficial. Nro. 48115.
- » Congreso de la República. (2019, 28 de junio) Ley 1962 por la cual se dictan normas orgánicas para el fortalecimiento de la región administrativa de planificación, se establecen las condiciones para su conversión en Región Entidad Territorial y se dictan otras disposiciones, en desarrollo de los artículos 306 y 307 de la C. P. Bogotá: Diario Oficial. 2019. nro. 50998.

Jurisprudencia

- » Consejo de Estado. (30 de marzo de 2016). Sección 4ª. Sentencia rad. 21035. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.
- » Corte Constitucional. (28 de noviembre de 2018). Sentencia C-130, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- » Corte Constitucional. (29 de noviembre de 2000). Sentencia C-795, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- » Corte Constitucional. (27 de junio de 2012). Sentencia C-489, M.P. Adriana María Guillén Arango.

Perspectiva del fraude a subvención en el derecho colombiano: un análisis desde la función pública

*Perspective of a subsidy fraud in Colombian law.
An analysis from the public service*

Autores: Daniel Rigoberto Bernal Gómez, Duván Stiven Díaz Bejarano

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n38.2021.13693>

Para citar este artículo:

Bernal Gómez, D. R., y Díaz Bejarano, D. S. (2021). Perspectiva del fraude a subvención en el derecho colombiano: un análisis desde la función pública. *Derecho y Realidad*, 19 (38), 95-112.



Perspectiva del fraude a subvención en el derecho colombiano: un análisis desde la función pública

Perspective of a subsidy fraud in Colombian law. An analysis from the public service

Daniel Rigoberto Bernal Gómez

Doctor en Derecho (c) Universidad de Mar del Plata Argentina, Doctor en Derecho Público (c) Universidad Santo Tomás. Magister en Derecho Administrativo Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Privado Económico y Abogado Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador Grupo Fundador semillero Aurora del Saber, del Grupo de Investigación Justicia Social Primo Levi (B) Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. E-mail daniel.bernal02@uptc.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4223-0678>

Duván Stiven Díaz Bejarano

Estudiante semillero de investigación. Integrante semillero Aurora del Saber, del Grupo de Investigación Justicia Social Primo Levi (B) Facultad de Derecho Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia e-mail: duvan.diaz@uptc.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7004-4226>

Recepción: Marzo 30 de 2021

Aceptación: Abril 23 de 2021

RESUMEN

La corrupción administrativa es un fenómeno recurrente en muchos ordenamientos jurídicos. En este sentido Colombia no escapa a estas desafortunadas maniobras realizadas por particulares y servidores públicos. El presente artículo es una revisión jurídica del fenómeno del fraude a subvención a través de la reflexión de este, usando el método sintético. Primero, haciendo una introducción al marco constitucional de separación de poderes del Estado de Derecho Colombiano y, segundo, tomando el referente doctrinal y de derecho

comparado, para concluir con algunos precedentes jurisprudenciales de impacto al ordenamiento jurídico colombiano.

PALABRAS CLAVES

Corrupción; derecho administrativo; función pública; subvención; derecho penal.

ABSTRACT

Administrative corruption is a recurring phenomenon in many legal systems. In this

* Artículo de Revisión de derecho comparado en el marco de la Función pública del Derecho Administrativo colombiano, su relación con el tipo penal Fraude de Subvenciones en la legislación penal, de países integrantes de la U.E. y conexidad con la figura abuso del derecho desarrollada por la Jurisdicción Constitucional y Ordinaria.

respect Colombia does not escape these unfortunate maneuvers made by individuals and public servants. This article is a legal review of the phenomenon of subsidy fraud through reflection on it, using the synthetic method, first making an introduction to the constitutional framework of separation of powers of the Colombian State of Law, then in a second section it is taken the doctrinal and comparative law reference, to conclude with some jurisprudential precedents of impact on the Colombian legal system.

KEYWORDS

Corruption; Administrative Law; Civil service; Subventions; Criminal Law.

INTRODUCCIÓN

La organización del Estado colombiano se erige sobre la división de poderes compuestas por la rama legislativa, ejecutiva y judicial. Ocupándonos de estas dos últimas con la finalidad de adentrarnos en la figura específica de abuso del derecho, contemplada dentro de las sentencias del Consejo de Estado y el tipo penal fraude de subvenciones estipulado en la Ley 599 de 2000. Nos preguntamos acerca del si existen diferentes tipos de sanciones para las personas que realizan estas conductas que pueden ser de orden punitivo, pecuniarias, disciplinarias o una combinación de estas y sobre cómo se ha abordado desde la perspectiva del derecho comparado.

La justificación de la presente revisión jurídica se aborda desde una panorámica dada por el tipo de regulación constitucional, como lo expresan los artículos 1 y 2 Superior en relación con la organización del Estado y los fines esenciales de este, los cuales son conducidos por los servidores públicos mediante el ejercicio de la función administrativa y con ello se comprende la manera en que la responsabilidad que se pregona sobre ellos, tiene un mayor grado de observación por realización de conductas omisivas o extralimitaciones de funciones consagradas en la legal o constitucionalmente.

Son ejemplo de ello la Ley 599 de 2000 y la existencia de tipos penales como el art.

170.5. sobre las circunstancias de agravación de la conducta punible del secuestro; el art. 179.2, 181.1., en cuanto a las circunstancias de agravación. Asimismo, el art. 14 de la Ley 1474 de 2011, el cual expresa: "...Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella el término de la prescripción se aumentara en la mitad...". De lo anterior se colige que en efecto se da estricto cumplimiento al mandato del art. 6 Superior acerca de la responsabilidad de los particulares y, en este caso, de los servidores públicos. Si bien es cierto este principio constitucional no determina ni desarrolla exclusivamente este articulado como lo manifiesta la Corte Constitucional en Sentencia C- 908/13:

(...) Es al Legislador a quien le compete determinar la responsabilidad de estos y la forma de hacerla efectiva; la responsabilidad por los daños antijurídicos causados por el Estado o por uno de sus agentes; la posibilidad de solicitar a la autoridad competente aplicar sanciones penales o disciplinarias por las conductas de las autoridades administrativas, ninguna autoridad administrativa podrá ejercer funciones diferentes a las encomendadas por mandato constitucional o legal (...). (Corte Constitucional de Colombia, 2013)

Con ello se quiere decir que de la realización de conductas *contra legem* se derivan los diferentes tipos de sanciones y de responsabilidades civiles, penales, contractuales, fiscales, patrimoniales y disciplinarias, pero este tipo de conductas deben ser analizadas conforme a las funciones constitucionales y legales que le fueron encomendadas para definir el grado de responsabilidad de este, pues no se puede incurrir en una responsabilidad fiscal si este funcionario no maneja recursos públicos. Lo anterior respondería a un principio de legalidad *lato sensu*, conforme a que las actuaciones deben ceñirse a la ley, salvo que por extralimitación de funciones pueda ser sancionado por dicha conducta, lo que es el principal objetivo de este análisis.

Inclusive para el correcto análisis de tipicidad o de legalidad de las normas hay que desglosar el concepto de servidor público, del cual nace una subdivisión: Los trabajadores oficiales y los funcionarios públicos. Hay que mencionar, además que durante la vigencia de la Constitución de 1886 no existía esta subdivisión; actualmente lo está, permitiendo realizar una diferenciación con base en algunas características: los trabajadores oficiales son aquellas personas que trabajan para el Estado, fruto de una relación contractual para dar cumplimiento a una actividad misional, sin perjuicio de las relaciones contractuales que puedan existir como la prestación de servicios, los contratistas del Estado o los mismos particulares, que aunque no atañen, vale recordarlas. Literalmente la existencia del funcionario público tiene la característica de no ser fruto de relación contractual sino constitucional, legal, de acto administrativo o reglamentaria.

Al examinar brevemente lo anterior, el funcionario público es aquel que trabaja con el Estado fruto de una relación legal y reglamentaria con un nombramiento y una posesión que se desglosa de la siguiente forma: a. La relación legal nace del juramento de cumplir la Constitución y las leyes; b. La relación reglamentaria refleja su cargo y las funciones a desempeñar, así como el sueldo a devengar; c. El nombramiento debe estar consignado por escrito donde acepta el cargo y, d. La posesión sobre este. Estos cargos en lo particular son de carrera administrativa, aunque hay excepciones como sucede con los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales etc.

En consecuencia, se ha expuesto de forma abstracta el principio de supremacía constitucional que reza el art. 4 Superior, que demuestra el cumplimiento de estos mandatos establecidos por el constituyente de 1991 y que son regulados por el Congreso de la República para su ejecución por parte de la rama ejecutiva. A su vez, se da claridad a algunos aspectos de la investigación, con el propósito de dar continuidad a otros elementos esenciales de las conductas

desplegadas y sancionadas conforme a su naturaleza, o respetando la figura del Juez natural. Si bien es cierto, la ciencia jurídica kelseniana permite una mejor comprensión debido al esquema jerarquizado de las normas dentro del Estado, siendo la principal la Constitución Nacional, sumada a la confrontación entre la corriente positivista e iusnaturalista que genera Kelsen en su obra, donde el gobierno de la sociedad se rige por leyes creadas por el hombre.

1. MARCO NACIONAL DEL TIPO FRAUDE DE SUBVENCIONES DENTRO DE LA LEY 599 DE 2000 E INTERNACIONAL EN PAÍSES INTEGRANTES DE LA UNIÓN EUROPEA

El origen de las sanciones de las conductas delictivas tiene su génesis desde épocas muy remotas como el código de Hammurabi o el Codex de Manú en la India; sin embargo, la obra del *Tratado de los delitos y las penas* es un referente esencial para entender el origen de las sanciones proporcionales a la conducta desplegada por el agente.

Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas, en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último. (Beccaria, 2015, p.26)

Posteriormente varias escuelas como la italiana o la alemana permiten continuar con una corriente positivista, en especial esta última, representada por ilustres juristas como Claus Roxin y Günter Jakobs con la teoría de la imputación objetiva. No obstante, en Colombia la legislación interna adoptó los postulados de la escuela finalista de Derecho penal de Hans Welzel, cuya base se cimienta en la conducta típica, antijurídica y culpable, y la definición del delito como una acción realizada con la finalidad de obtener un resultado deseado. De forma que el Código

Penal en su art. 9 contempla los elementos de la conducta punible seguido de los elementos de la dogmática penal para la realización de una correcta adecuación típica conforme a los postulados del Finalismo.

Así la teoría de imputación objetiva de Jakobs permite encuadrar la responsabilidad del agente partiendo de la teoría del delito para desembocar en la conducta objetiva delictiva. Por ende, parte de las bases: a. el *riesgo permitido* es una situación estática y normativa representa la idiosincrasia de la sociedad; b. *principio de confianza* que refleja una comparación entre actividades de división de trabajo de la cual se genera un lazo de seguridad o de un deber entre pluralidad de sujetos para sopesar el riesgo permitido; c. *prohibición de regreso*¹ parte de un desarrollo sistemático en el Capítulo III de su obra, con la finalidad de generar un dique a la participación del agente tanto en conductas dolosas como imprudentes, pese al conocimiento de un suceso futuro y; d. *competencia de la víctima*, un juicio de valor que permite desentrañar el alcance de las conductas e inicio de la responsabilidad y la intervención de la víctima en cuanto a lo acaecido.

Respecto a la imputación objetiva de Claus Roxin el profesor Cancio Meliá (2001):

la sintetiza como un resultado causado por un agente que debe ser imputado a este como autor si y solo si realiza un daño antijurídico preestablecido, se haya consumado y por último se encuentre dentro del tipo penal, es decir, exista tipicidad de la conducta. Su sistematicidad de exclusión: **a. disminución de riesgo** cuando el agente busca anular un resultado grave, empleando una conducta con un resultado leve sin la intención de afectar

al sujeto pasivo²; **b. el riesgo jurídico relevante** ocasionado cuando la conducta del agente no crea un efectivo daño antijurídico; **c. aumento del riesgo permitido** cuando así el agente haya decidido actuar diligentemente el daño antijurídico se hubiese producido y; **d. esfera de protección** es la envoltura de las anteriores pues pese a haber cumplido con los requisitos sistemáticos la lesividad no existe si la norma penal no la contempla. (p. 44)

Teniendo en cuenta los elementos sustanciales de la conducta punible es posible realizar una segregación del tipo penal contemplado en el art. 403-A, Título XV Delitos contra la Administración Pública, Capítulo primero, del Peculado de la Ley 599 de 2000:

Artículo 403-A. Fraude de subvenciones

El que **obtenga** una **subvención, ayuda o subsidio** proveniente de **recursos públicos** mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

Las mismas penas se impondrán al que no **invierta** los recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados.

Inicialmente en cuanto a los sujetos intervinientes en el tipo penal se verá que el agente corresponde tanto a servidores públicos como a particulares sin distinción

1. Zaffaroni (2002) sostiene: ...Jakobs sostiene que se activa la prohibición de regreso (no puede haber imputación) si el deudor le paga a su acreedor sabiendo que con el dinero comprará un arma para matar a una persona, porque el deudor no se halla en posición de garante respecto de la vida de esa persona. Excluye la imputación aun por culpa, aunque el curso causal sea previsible. (p. 474)

2. Roxin (2008) manifiesta que si el agente ve como una piedra vuela peligrosamente a la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, si logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa, pese a su causalidad no comete lesiones, al igual que tampoco las comete el médico que con sus medidas solo puede aplazar la inevitable muerte del paciente. (p. 365)

alguna, pues no se exige cualificación, pero tratándose de delitos contra la administración pública se encontrará que el bien jurídico protegido cobija a la persona jurídica de derecho público, por cuanto es el Estado el que sufre el detrimento en forma directa.

Simultáneamente para una correcta tipificación se debe de usar un método de interpretación ad litteram de los elementos normativos que contiene este: a. **subvención** ha de entenderse la entrega de una suma de dinero o en especie particularmente a una persona jurídica o excepcionalmente natural destinado a una finalidad³; b. **ayuda** como acción que se realiza en situaciones imprevistas para cumplir con una finalidad como lo serían desempleados, damnificados o situaciones de desastres naturales; c. **subsidio** forma de ayuda o apoyo económico destinado a un sector de la sociedad como resultado de unas políticas públicas predestinadas y; d. **recursos públicos**⁴ como objetos de utilidad pública susceptibles de valor económico o que permiten acceder, obtener o desarrollar fines propuestos. Estos no son sinónimos incorporados en el tipo penal, aunque sí buscan cumplir con una misma finalidad, la de contribuir al desarrollo de los fines esenciales del Estado a nivel infraestructural y social. Es necesario recalcar acerca de la interpretación literal, *prima facie* porque guardan similitud ínfima aunque tienen aplicabilidad distinta, pues la primera lo es para las personas jurídicas en tanto las otras dos no, salvo que se disponga lo contrario legal o administrativamente.

Cabe abrir un paréntesis respecto de la palabra **subvención**, debido a su complejidad, palabra que alude a la entrega

de sumas de dinero, aunque Ruíz (2005) ofrece una visión más amplia de esta:

...nos encontramos con las llamadas en sentido genérico o subvenciones indirectas que generan un beneficio para el agente sin que se haya realizado la entrega; las virtuales como obtención de descuentos en cuota, intereses, preferenciales entre otras y; de dispensa para ciertas obligaciones cuyo cumplimiento supone un determinado sacrificio patrimonial. (p. 141)

Con base en lo anterior cabe la pregunta ¿es posible que conforme al art. 403-A pueda existir este tipo de modalidades dentro del elemento normativo subvención? La respuesta sería que sí es posible encajarlas dentro de este delito, por cuanto todas estas acciones cumplirían con el verbo rector: *obtener*, sin importar el tipo de beneficio que obtenga el agente con el despliegue de su conducta, más aún porque la acción no especifica recibir, por ende, con solo obtener el respectivo acto administrativo que adjudique la subvención, ayuda o subsidio la conducta se consuma, de lo contrario existiría la figura de la tentativa. Para ilustrar lo anterior X suministra información, documentos o declaraciones a la Secretaría X para la obtención de vivienda de interés general y dentro del proceso de verificación se halla que la información es falsa.

Hay que mencionar además que el tipo penal no consagra que elementos configuran la conducta delictiva, sin embargo, establece un modo “mediante engaño de las condiciones requeridas” o “callando total o parcialmente la verdad”, lo que lleva al ente acusador primero a identificar la norma que contempla la subvención, subsidio o ayuda a otorgar; segundo a precisar los requisitos para acceder a estos que pueden ser documentales, electrónicos o declarativos. Finalmente cotejará los elementos físicos, declarativos o digitales que se reputan falsos para probar el engaño o la supresión de información que hubiese impedido el acceso, en última instancia detallará la posible existencia de concurso de conductas punibles.

3. Aceptación que desarrolla estructuralmente Sánchez López (1997) como subjetivos corresponde al ente público adjudicador, el particular como persona natural o jurídica y objetivos la atribución patrimonial, el carácter no devolutivo y la finalidad que pretende (pp. 101-108).

4. Para el profesor Hernández Quintero, H. (2013) esta terminología se implementó en forma genérica con un fin teleológico, evitar inconvenientes a la hora de realizar una imputación para que de esta manera no sea nula si llegado el caso los dineros estén siendo administrados por un privado a favor del Estado (p. 47).

La doctrina y jurisprudencia española contienen dos acepciones respecto de la conducta engañosa:

- a. Subjetiva, aquel que determina en error a un tercero, aunque dicho error no hubiese pasado por alto en una persona mínimamente diligente – engaño típico todo aquel que produce un error– y; b. objetiva, todo aquel que resulta objetivamente apto para producir error y es objetivamente apto cuando en términos generales el destinatario medio del mismo –objetivamente, mínimamente diligente– corre el peligro en incurrir en el a juicio ex ante de un observador objetivo. (Arroyo, 1987, p. 56)

Esto quiere decir que el engaño encausado ha de contener una apariencia de realidad y formalidad suficiente para engañar a una persona perspicaz y diligente en sus actividades con el fin de inducirla al error para obtener de esta forma el desplazamiento patrimonial a su favor, esta acepción hace parte de los reiterados fallos del Tribunal Supremo Español en cuanto a la figura del engaño. Seguidamente el objeto jurídico corresponde a la Administración pública como se ha mencionado reiterativamente dando salvaguarda a la actividad administrativa y a los fines esenciales del Estado; el objeto material real-monetario- al recaer sobre bienes del Estado.

Continuando con la desmembración de este tipo penal se hallará que se compone de un verbo rector compuesto: a. **obtener** llegar a obtener cierta cosa que se quiere, se solicita o se merece y; b. **invertir** emplear cierta cantidad de dinero en un proyecto o negocio. Por ende, la conducta del agente debe permear estos dos verbos rectores para que la conducta cumpla el requisito de la tipicidad, esto es, adecuada a la norma sustantiva que consagra el 403-A, *contrario sensu* estaríamos frente a la posibilidad de una atipicidad absoluta o relativa, por consiguiente, la extinción de la presunta conducta delictiva. Lo anterior sin perjuicio de los dos elementos restantes

de la dogmática penal como lo son la antijuridicidad y la culpabilidad.

La antijuridicidad como categoría dogmática penal desarrolla el principio de lesividad expuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia así:

“El principio de lesividad de la conducta punible surge como criterio de limitación al ius puniendi, de forma que permite tolerar a las autoridades toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe ni ponga en riesgo a otras personas, ligado al bien jurídico protegido”. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2016)

En síntesis, la conducta debe generar un perjuicio considerable para que se le realice posteriormente el juicio de reproche a esta misma, porque de lo contrario carecería de la característica principal de esta categoría dogmática que sería poner en efectivo peligro los derechos abstractos que protege el Estado a través de la legislación penal. Lo complejo del asunto es delimitar hasta qué punto la antijuridicidad de la conducta pondría en efectivo riesgo los derechos abstractos protegidos sí como tal la norma no establece una cuantía determinada como sucede en otras legislaciones, en otras palabras, ¿cuál es el valor monetario, en especie o su equivalente dinerario que en realidad genera una afectación a la administración pública?

Por último, la culpabilidad cuando el agente mediante la comisión de la conducta dolosa o culposa tiene capacidad racional adecuada para comprender la finalidad de su conducta, aquí también se complementa esta esfera con el juicio de reproche⁵ que se le realiza por no haber obrado conforme a derecho, tener conciencia de la ilicitud de su conducta y en especial ser imputable y que, a su vez, no existan causales de exculpación, recordando que estas categorías deben ser concadenadas por lo menos hasta la antijuridicidad si se busca una sanción.

5. El doctor Torres Velásquez (2011) determina que el poder actuar de otra manera es el fundamento del denominado juicio de reproche que se le realiza al sujeto agente de la conducta típica y antijurídica (p. 609).

Acto seguido, el tipo penal nos describe el modo en que el sujeto agente obtiene dichos recursos mediante engaño o callando total o parcialmente información verídica que puede impedir el acceso a estos recursos públicos, so pena de incurrir en las respectivas sanciones punitivas, aunque valga recordar que si el agente no invierte los recursos para su finalidad también será acreedor de esta. En este mismo orden otro rasgo importante a señalar tiene que ver con las sanciones o penas que consagra el tipo penal de lo cual se extracta que contiene dos penas principales que tácitamente se reflejan: la privativa de la libertad, la pecuniaria o multa y la privación del ejercicio de derechos y funciones públicas sin perjuicio de las penas privativas de otros derechos contempladas en el art. 43 y Ss. del Código Penal.

Con el objeto de avanzar en el marco internacional de la Comunidad Europea se recopila que alrededor de los años setenta se buscó implementar una unificación del Derecho Penal, como sucedió con el Congreso de Derecho Penal europeo, cimientos realizados en la capital belga en 1968. Así en este sentido Fernández Ogallar (2013) expresa: “Pese a intentos de unificar el Derecho Penal la comunidad europea no estaba dispuesta a ceder su *ius puniendi* en razón a que esta alianza tenía por objeto el mercado, empero, 1994 marca hito con la creación de bienes jurídicos” (p. 21). Profundizando en este campo se muestra que este paso conllevó primero a retirar el principal impedimento que tenía el surgimiento del actual derecho penal comunitario el carácter económico, que con la creación de la hacienda pública europea permitió el origen de este derecho con la finalidad de blindar estos recursos. Dicho esto, este eje estará compuesto por tres países: España, Italia y Alemania, de los cuales se examinará brevemente su legislación penal respecto de los tipos penales que puedan existir en relación con subvenciones o ayudas provenientes de entes públicos.

En primer lugar, la legislación española a través de la Ley orgánica 10 de 1995 contempla:

Art. 308

El que obtenga **subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea, en una cantidad o por un valor superior a cien mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido** será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, **los aplique en una cantidad superior a cien mil euros a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida**, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6...

...
Si la cuantía obtenida, defraudada o aplicada indebidamente **no superase los cien mil euros pero excediere de diez mil**, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6... (Subrayados y negrilla fuera de texto original).

Del análisis realizado a los precitados numerales se puede extractar que guarda semejanza con la legislación colombiana salvo por la divergencia existente entre el Derecho Penal y Administrativo español especialmente con la cuantía de la subvención, de forma que si la cuantía no supera los 10.000€ el sujeto agente no será responsable penalmente al carecer de elementos sustanciales como tipicidad y antijuridicidad. Pese a esto, administrativamente se procederá a su

recuperación, lo anterior sin perjuicio que pueden coexistir ambos procedimientos en caso de que se cumpla con la tipicidad de la subvención o ayuda recuperada administrativamente, la cual ha de tenerse en cuenta por parte del juez competente que adelanta el proceso penal. Algo que llama la atención respecto del mismo articulado, es que configura –tácitamente– el concurso de infracciones dentro del mismo, como lo son las falsedades instrumentales en las que incurrió el agente sino realiza el efectivo reintegro de la subvención o ayuda.

La Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, modifica de forma significativa el delito fraude de subvenciones, transformando la definición de unidad típica de acción, los referentes cuantitativos —siendo delictivas las conductas a partir de 10.000€—, la consideración homogénea de las subvenciones españolas y europeas como objeto material del delito, la conexidad procesal o la prescripción. (Gabriel Rodríguez & Ramos Laradía, 2019)

Ahora bien, en cuanto a los sujetos intervinientes en la conducta punible vemos que tampoco exige una cualificación dentro del mismo, por cuanto es posible que sea realizada por particulares, autoridades o funcionarios públicos como consagran algunos artículos⁶ de la Ley orgánica y respecto a la acción o verbo rector el Derecho Penal español contempla dos: obtener y aplicar, sin los cuales la conducta vendría siendo atípica.

Alrededor de este asunto la corrupción juega un papel importante dentro del contexto del fraude de subvenciones como lo sostiene Javier Valls Prieto (2005):

Tanto en investigaciones de la OLAF⁷ como en sentencias del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea y los interinos se detalla la intervención de funcionarios públicos en este delito... El sujeto activo casi siempre es funcionario público o autoridad en los casos de corrupción de las cuales distingue dos modalidades una pública en beneficio propio, de partidos políticos o sindicatos y otra privada dado particularmente por la preexistencia del cohecho (p. 54).

Continuando con este análisis el sujeto pasivo de la conducta recae directamente en los entes públicos y la Unión Europea así que los dineros pueden ser producto de recursos destinados a sanear o fortalecer determinadas actividades por parte de esta organización o en su defecto de dineros públicos. Es menester resaltar acerca de las penas para las personas jurídicas en cuanto al concurso de conductas como el ofrecimiento de dádivas o retribuciones que en este caso contempla penas graves. Igualmente, en cuando a la consumación de este tipo penal se puede inferir razonablemente que se da una vez se cree el acto administrativo que genera la asignación de la subvención o ayuda por cuanto es un prerequisite, dado que sin este no obtendría dicho beneficio y la tentativa se configuraría hasta antes de la concesión de este.

Segundo, en la legislación italiana:

Art. 316-bis. Malversación de fondos en detrimento del Estado.

Quien ajeno a la administración pública, que haya obtenido contribuciones, subvenciones o préstamos del Estado u otro organismo público o de las Comunidades Europeas destinados a favorecer iniciativas encaminadas a la realización de obras o la realización

6. v.gr. art. 322.2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia. (Cursiva fuera de texto).

7. Oficina Europea de Lucha contra el Fraude. Órgano de investigación y control externo independiente, asimismo

con facultad de investigar administrativamente los fraudes relacionados con fondos de la UE... Sin embargo, se considera un ente inquisitivo debido a sus amplios poderes investigativos, su independencia configura una Fiscalía General Europea, tanto así que acceden a locales u órganos de la comunidad sin previo aviso ni plazo, así como de interrogar e investigar en secreto por el tiempo que sea necesario. (Arroyo Zapatero & Nieto Marín, 2016, p. 12)

de actividades de interés público, no las destina a los fines antes mencionados, se sanciona con pena privativa de libertad de seis meses a cuatro años.

Art. 316-ter. Recepción indebida de fondos en perjuicio del Estado.

Salvo que el hecho constituya la infracción prevista en el artículo 640 bis, quien, **utilizando o presentando declaraciones o documentos falsos o certificando hechos que no son ciertos, u omitiendo la debida información, obtenga indebidamente, para sí o para otros, subvenciones,** préstamos. Los préstamos en condiciones favorables u otros desembolsos del mismo tipo, cualquiera que sea su denominación, concesión o desembolso por el Estado, por otros organismos públicos o por las Comunidades Europeas, son sancionados con prisión de seis meses a tres años. La pena es de prisión de uno a cuatro años si el delito es cometido por un funcionario público o un responsable de un servicio público con abuso de su calidad o facultades. La pena es de prisión de seis meses a cuatro años si el acto atenta contra los intereses económicos del Unión Europea y el daño o beneficio supere los 100.000 euros.

Cuando la cantidad indebidamente recibida sea igual o inferior a 3.999,96 €, solo se aplicará la sanción administrativa de pago de una suma de dinero de 5.164 € a 25.822 €. En cualquier caso, esta penalización no puede exceder el triple del beneficio obtenido.

En efecto, esta legislación contempla dos tipos penales para la sanción de las conductas a la persona que destine la subvención encaminada a fortalecer obras o actividades de interés público, esto es, que el tipo penal sanciona al agente por el uso indebido de los recursos públicos dados para determinada finalidad, siendo necesario que para la comisión de la infracción debió haber recibido la subvención o ayuda. Consecuentemente el utilizar artificios u

engaños para obtener dicha subvención presentando información o declaraciones falsas, aunque se debe tener en cuenta que existe una subsidiariedad en cuanto al tipo como atañe al inicio de este, por ello debe desplegarse un efectivo juicio de valoración respecto al art. 640-bis. Esto quiere decir que si la conducta desplegada no concurre en las formalidades de hecho y de derecho del artículo dará paso subsidiariamente al art. 316-ter.

Nótese que el primer artículo precitado no exige cualificación alguna, a pesar de que en el segundo inicia excluyendo cualificación alguna del agente, más sin embargo en el mismo inciso establece la cualificación de funcionario público extralimitando sus facultades o la calidad que posee. Por ello, realizando un cotejo con la anterior legislación se encuentra conexidad en cuanto a la máxima suma de dinero (100.000€) y en cuanto a la mínima, corresponderá a 3.999,96€, dando paso a la jurisdicción administrativa para imponer la sanción respectiva a la contemplada en el inciso final del art. 316-ter cuando la cifra sea inferior a esta. Por último, si bien ha de hacerse tomar tangencialmente las acciones sancionadas, para el primero corresponde a obtener y para el consiguiente, se habla de acciones compuestas como: utilizar, presentar, omitir y obtener.

Por último, se retoma la legislación alemana:

Art. 264 Estafa de subvenciones

(1) Con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa, será castigado quien,

1. suministre para sí o para un tercero datos incorrectos o incompletos sobre hechos relevantes de la subvención, que sean ventajosos para sí o para otro, a una autoridad competente para la aprobación de una subvención o a otra dependencia o persona (otorgante de la subvención), competente para la concesión de la subvención,

2. deje al otorgante, en desconocimiento de hechos relevantes sobre las subvenciones, en contra de las disposiciones legales sobre la adjudicación de subvenciones,

3. utilice en un proceso de subvenciones un certificado sobre un derecho a la subvención o sobre hechos relevantes de la subvención, conseguido por medio de datos incorrectos o incompletos.

Esta legislación es más compleja y extensa en cuanto a la descripción minuciosa de la conducta del agente y de sus respectivas sanciones. Nuevamente, realizando una breve segregación de la conducta punible sobre las subvenciones⁸ vemos que no exige cualificación alguna del agente y que se compone de acciones compuestas para la comisión de este. Además, la legislación contempla sanciones más duras⁹ contra el agente que obtiene una subvención en grandes proporciones, abuse del cargo para su obtención, así mismo como la negligencia será sancionada¹⁰.

2. FIGURA DEL ABUSO DEL DERECHO, PRECEDENTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y APLICACIÓN DENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La jurisdicción Contencioso Administrativo más allá de dirimir los conflictos entre Estado-particulares,

8. (7) Subvención, en el sentido de esta disposición, es una prestación de medios públicos, según el derecho federal o de los Estados, o del derecho de las comunidades europeas, a empresas o industrias que por lo menos parcialmente 1. Se otorga sin contraprestación según el mercado y 2. Debe servir para el fomento de la economía

9. (5) Aparte de una pena privativa de la libertad de por lo menos un año, a causa de un hecho antijurídico según los incisos 1 a 3, el tribunal puede denegar la capacidad de ocupar cargos públicos y la capacidad de obtener derechos por elecciones públicas (§ 45, inciso 2). Los objetos que se refieran al hecho pueden ser confiscados; se debe aplicar el § 74 a.

10. (3) Quien actúe con negligencia en los casos del inciso 1, numerales 1 y 2, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

también versa sobre temas sancionatorios y conflictos Estado-servidores públicos o entre entidades públicas. Dando así una perspectiva más profunda acerca del Derecho Administrativo dentro del ordenamiento jurídico colombiano como acto que regula la estructura del Estado y la función administrativa de este.

Considerando ahora que la función administrativa ha de entenderse como el conjunto de actividades y funciones que realizan las entidades públicas con el fin de dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado o en palabras del profesor Sarria (1974):

La función administrativa es el conjunto de actividades que se ejercen de manera permanente, directa, practica e inmediata, para la satisfacción de los intereses generales de la comunidad, mediante actos administrativos de carácter particular, haciendo uso –si es necesario– de las prerrogativas del poder público, para lograr los fines del Estado y de los fines que establece la ley cuando atribuye esa competencia, a saber, siempre estando subordinada al orden jurídico preestablecido. (p. 214)

Es necesario resaltar que la teoría del abuso del derecho se puede colegir de la siguiente forma:

A. La Corte Constitucional en Sentencia SU 631 de 2017 manifestó: El abuso del derecho, según lo ha destacado esta Corporación, supone que su titular haga de una facultad o garantía subjetiva un uso contrapuesto a sus fines, a su alcance y a la extensión característica que le permite el sistema. Se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se desbordan los límites que el ordenamiento le impone a este, con independencia de que con ello ocurra un daño a terceros. Es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho, mientras el daño le es meramente accidental.

B. La Corte Suprema de Justicia se ha apoyado en diversas sentencias (Sentencia

ref. 5464 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo del 23 de junio de 2000 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia) en la doctrina del profesor Jorge Joaquín Llambias (1997) “...no es posible dejar que los derechos subjetivos se desvíen para el fin que han sido consagrados, y se utilicen como armas para explotar a los demás... si es legítimo el ejercicio de los derechos no puede tolerarse su abuso” (p. 158).

C. El Consejo de Estado Sección Cuarta rad.17107 (2014) por su parte y en lo particular (Consejo de Estado Sección Tercera, Sala Plena 3-SPU-825-2014) se basa en la doctrina del profesor Rengifo García (2004) “abuso del derecho es un control de los derechos, especialmente de propiedad, de crédito y de control a la autonomía privada... aunque puede presentarse en todos aquellos casos en que el ordenamiento entrega poder, prerrogativas o facultades a particulares” (p. 179). El autor sugiere para precisar si se está frente a la figura de abuso del derecho debe de tenerse en cuenta la finalidad del derecho por parte del interprete y establecer si el ejercicio resultado abusivo o tuvo la intención de causar daño contrastado de forma axiológica con la Constitución Nacional.

Dentro de este mismo contexto se puede colegir algunas características genéricas como: a. Debe ser ejercido por el titular del derecho; b. se aparta de la teleología del derecho legal-constitucional; c. implica la lesión de otro derecho sea de inferior o superior gradación (Pabón Almanza & Mora Ramírez, 2014, p. 74). Situaciones previas que el individuo debe de poseer para configurar el abuso del derecho que como se expresó en el capítulo anterior puede darse por particulares o servidores públicos, aunque en el desarrollo se estructurara con más detalle mediante la jurisprudencia puesta a colación.

Teniendo en cuenta las anteriores exposiciones de los órganos de cierre de la jurisdicción colombiana hallamos variedad de conceptos doctrinarios y teóricos enfatizando en un punto común: la extralimitación de los derechos subjetivos de las personas. De esta forma la línea a

seguir está frente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con situaciones concretas que se presentan en el sistema de pensiones con la Unidad Administrativa Especial de Gestión del Pasivo Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) quien se ha visto inmersa en diversas disputas mediante Acciones de Tutela ante la jurisdicción Constitucional. Algunas han llegado a manos de los magistrados de esta misma corporación bajo la regla específica del abuso palmario del derecho y, por otra parte, la simulación de actos jurídicos con abuso del derecho en la jurisdicción ordinaria.

Claro ejemplo se da con los aumentos desproporcionados en las mesadas pensionales. Empero, la Corte Constitucional en Sentencia T-034 de 2018 ha reiterado los precedentes y mecanismos que tiene la UGPP y demás administradoras pensionales para actuar frente a esta extralimitación de derechos subjetivos. En especial alude el Acto Legislativo 1 de 2005, art. 1, no obstante, la Sentencia SU 427 de 2016 ha sido marco referencial debido a la ausencia legislativa frente al Acto Legislativo precitado, dando paso de esta forma al art. 20 de la Ley 797 de 2003 sobre el recurso de revisión para las prestaciones obtenidas mediante irregularidades o con abuso del derecho, siguiendo el precedente jurisprudencial de la C-258 de 2013 de esta corporación. Adicionalmente el art. 251 de la Ley 1437 de 2011 establece el término que tienen las administradoras pensionales sobre las prestaciones obtenidas con abuso del derecho es de cinco (05) años contados a partir de la ejecutoria de la providencia.

Hecha esta salvedad, las acciones constitucionales de amparo contra providencias judiciales interpuestas son improcedentes, al no cumplir con el requisito de subsidiariedad –salvo que se trate del abuso palmario del derecho *condicio sine qua non*– puede ser resuelta de fondo por el juez competente.

La Sentencia C-258 de 2013 expresa: “... para que el abuso del derecho se configure el aumento en la mesada pensional debe ser

desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral...”.

En esta misma ilación la Sentencia SU 631 de 2017 establece:

En el ejercicio del derecho pensional pudo haber transgredido los límites del principio de solidaridad del sistema de seguridad social... generando ventajas irrazonables que ponen en riesgo a los demás afiliados del sistema de seguridad social... atentando contra la equidad y la sostenibilidad del sistema.

Lo anterior sienta el precedente que permite identificar las causales de existencia de la figura abuso del derecho: i. la presencia de incrementos pensionales ilegítimos mensualmente cuantiosos, que desfinancian el sistema pensional; ii. inexistencia de correlación entre la historia laboral y el reconocimiento pensional del beneficiario, permitiendo ver el excesivo incremento y; iii. que este beneficio este encaminado de forma evidente, inconfundible y a ultranza una ventaja irrazonable o incremento monetario significativo frente a sus pares.

A su vez, la simulación de actos jurídicos con abuso del derecho encuentra una de múltiples referencias en el precedente horizontal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, en el cual resuelve el recurso de apelación teniendo en cuenta lo fáctico:

Seguros de Vida Suramericana S.A., demanda a Merlyn Yeimy Muñoz Obando y otros, en orden a que se declare la simulación absoluta del acto civil de matrimonio contenido en el registro civil de matrimonio Nro. 4279643 del 20 de junio del 2006, celebrado entre la demandada y el señor Anatolio Cerón Túquerres, por cuanto en realidad entre las partes no existió una verdadera y real voluntad de perseguir los fines esenciales derivados de contraer nupcias y con ello conformar una familia, sino enmascarar un acto jurídico para acceder a unos beneficios en calidad de cónyuge supérstite.

Ante esta situación el cuerpo colegiado ha resaltado que cualquier persona con interés, (Corte Constitucional, Sentencia T-574 de 2016) en que haya prevalencia entre el acto real y el aparente puede ejecutar la acción de simulación. En cuanto a la figura del matrimonio contemplada en la Constitución Nacional y en el art. 113 C.C. permite deducir que tiene una finalidad la unión y que en ausencia de los requisitos esenciales del matrimonio conlleva a precisar que este nunca existió o nació a la vida jurídica; esto es, la declaración de simulación absoluta con efectos *ex tunc*. Aunando en esta institución, legalmente solo puede disolverse conforme a los postulados del art. 140 C.C., ante todo, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en que no es el único medio para extinguir la vida jurídica del matrimonio, existiendo otras vías como sucede en el acto jurídico simulado tanto en vida como a ausencia de uno de estos¹¹, estas situaciones jurídicas son las que la doctrina ha denominado matrimonios de complacencia, conveniencia o en blanco.

El verdadero objeto de los matrimonios de complacencia es obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería, aunque también incluye adquirir una residencia en el país o la reagrupación de familiares en el Estado... particularmente celebrados mediante promesa remunerada con el acuerdo de que nunca existirá convivencia matrimonial ni voluntad de fundar o formar familia, para posteriormente iniciar el proceso de separación judicial (Ortega, 2014, p. 77).

De lo anterior se extrae que lo que se obtiene son intereses económicos, sociales y jurídicos, generando *beneficios mutuos* para los intervinientes en este acto. No obstante, el acto jurídico celebrado entre los contrayentes no está encaminado a cumplir con las finalidades de esta institución

11. Corte Suprema de Justicia STC11819-2019... Tanto la nulidad absoluta como la simulación del matrimonio puede ser invocada pese a la muerte de uno de los contrayentes y la consecuente disolución del vínculo. Toda vez que el matrimonio sigue produciendo efectos jurídicos y patrimoniales, por ejemplo, pensionales, por lo que se hace necesario los correctivos para que cesen estas defraudaciones.

sino en obtener un provecho mutuo o individual como en el tema de los seguros o pensiones de viudedad. De forma que en la presente providencia judicial se confirma la decisión del *A-quo* por cuanto este tipo de matrimonios distorsiona los fines de esta institución, a expensas de satisfacer intereses particulares y con base en la sana crítica este Tribunal evalúa los testimonios, hallando inconsistencias entre los mismos. Esto lleva a definir implícitamente la figura de abuso del derecho, pues los sujetos en el caso *sub examine* hicieron de un derecho legal-constitucional un fin contrapuesto a su esencia o en palabras de la Sala Civil de la C.S.J. una desviación de la garantía subjetiva para lo cual fue consagrada.

3. ¿COLISIÓN DE JURISDICCIONES RESPECTO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA? PRINCIPIO CONSTITUCIONAL *NON BIS IN ÍDEM*

Dentro del Estado Constitucional de Derecho colombiano se habla de unos fines esenciales que se deben suplir por parte de los gobernantes para con los coasociados, formando armonía con el principio de la dignidad humana, replicado en todos los procesos legislativos. Con todo esto, la capacidad sancionatoria que tiene el Estado *ius puniendi* para con el bien jurídico protegido, la Administración Pública busca ser un mecanismo de *última ratio* para con estas conductas antijurídicas.

Cabe hacer un paralelo dentro de esta figura Contencioso Administrativo y el tipo penal 403-A de la Ley 599 de 2000:

a. En primer lugar, reiteramos que se debe a una extralimitación de un derecho subjetivo de la persona, por mandato constitucional, legal o contractual y, sobre la conducta típica, antijurídica y culpable, deducimos que guarda una similitud, pues es una transgresión a lo que un derecho objetivo prohíbe.

b. Sin embargo, como se aludió en la Sentencia SU-631 de 2017, en algunos casos la materialización de dicho comportamiento

no causa un daño a terceros, pero sí se configura una tergiversación teleológica del derecho objetivo, mientras que el tipo penal *fraude de subvenciones* necesariamente pone en peligro el bien jurídico protegido, causando un detrimento a los recursos públicos de los que es titular el Estado destinados a un beneficiario, el cual obtiene provecho suministrando información incorrecta, adulterada o realiza una inadecuada implementación de estos.

c. En cuanto a las sanciones, podemos encontrar de orden disciplinarias para aquellos servidores públicos o particulares que desempeñen funciones públicas que enmarcan desde la inhabilidad, las multas y la compulsión de copias a otros entes investigativos. En tal sentido como se detalló en la segregación del tipo penal, la conducta no exige un agente cualificado para la comisión de la conducta, por ende, también es aplicable a cualquier persona natural o representante legal de una persona jurídica la comisión de este hecho. Pero ¿hasta dónde llevaría aplicabilidad la imposición de sanciones disciplinarias, fiscales, penales o de cualquier otra índole a una persona por la comisión de este tipo penal o la extralimitación de un derecho subjetivo?

En ese mismo contexto el principio *non bis in ídem* en sentido estricto manifiesta que un mismo hecho no debe ser sancionado más de una sola vez, vale decir, duplicidad de sanciones para con el mismo agente por los mismos hechos acaecidos. En este entendido, la Corte Constitucional en Sentencia C-554 2001 expresa:

La prohibición del *non bis in ídem* no acarrea la imposibilidad de que unos mismos hechos sean castigados por autoridades de distinto orden...En efecto, es posible que un mismo hecho pueda ser objeto de investigación y punición en forma independiente por parte de autoridades diferentes, puesto que la potestad sancionadora del Estado que se despliega en esos campos obedece a la necesidad de proteger bienes jurídicos de distinta naturaleza.

Lo anterior conduce a dilucidar que el principio *non bis in ídem* permea todo el tipo de sanciones sean de orden: penal, contravencional, disciplinario, correccional, punición por indignidad política (conocido también por el anglicismo “*impeachment*”, mediante el cual se le atribuye un grado de responsabilidad a altos funcionarios del Estado, como el Presidente de la República), entre otros, y que, en efecto es posible ser sancionado por el mismo hecho cometido por el agente en sí, teniendo en cuenta la finalidad del *ius puniendi* de cada autoridad sancionatoria. Para ejemplificar lo anterior el derecho penal sanciona las conductas delictivas del agente buscando la reinserción a la sociedad, mientras que el derecho disciplinario pretende mantener el desempeño diligente y eficiente de la función administrativa; por tanto, las teleologías de las sanciones son diferentes, lo cual conlleva a que sea admisible aplicar diferentes sanciones siempre y cuando no exista una doble finalidad de estas.

5. CONCLUSIONES

En conclusión, las legislaciones de estos tres países pertenecientes a la Comunidad Europea, guardan relación entre sí en cuanto a la claridad y especificidad de la conducta punible, así como prevé situaciones

concretas que no dan facilidad al agente de eximirse de la responsabilidad penal, ya sea por una atipicidad absoluta o relativa, *contrario sensu* la legislación colombiana pese a que no describe detalladamente algunas características como elementos normativos, acciones en beneficio del agente como estas dos legislaciones europeas (española-alemana) permite a través de estos lograr la adecuada tipificación; además estos países guardan un elemento valioso dentro de estos tipos penales y es en relación con la existencia de precedentes jurisprudenciales de los altos tribunales estatales, a diferencia de Colombia que aún no se contempla precedente alguno en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En síntesis, no encontraríamos una colisión de jurisdicciones entre la figura administrativa y el tipo penal de fraude de subvenciones, sino que hallaríamos una especie de complementación en sí encaminadas armónicamente a dar cumplimiento al art. 2 Superior. Siempre y cuando no exista una finalidad doble al momento de dar aplicación a las respectivas sanciones, pues en este sentido la Corte Constitucional ha sido enfática en cuanto a la posibilidad de sancionar a un agente por el mismo hecho cometido, respetando el principio constitucional del *non bis in ídem*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Legislativas

- » Acto Legislativo 01 de 2005. Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Art. 1. Julio 25 de 2005. D.O. No. 45.980. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2005.html
- » Código Civil de Colombia [C.C.]. Ley 57 1887, 15 de abril de 1887. Art. 113. D.O. No. 2.867. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- » Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia [C.P.A.C.A.]. Ley 1437 de 2011, 18 de enero de 2011. Art. 251. D.O. No. 47.956. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#PARTE%20PRIMERA
- » Código Penal de Colombia [C.P.]. Ley 599 de 2000. Art. 403-A. 24 de Julio de 2004. D.O. No. 44.097. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

- » Código Penal Español [C.P.]. Ley Orgánica 10 de 1995, 23 de noviembre de 1995. Art. 308. BOE No. 281. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- » Constitución Política de Colombia [Const.]. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- » Ley 1474 de 2011 de Colombia. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Art. 14. Julio 12 de 2011. D.O. No. 48128. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html
- » Ley 797 de 2003 de Colombia. Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. Art. 20. enero 29 de 2003. D.O. No. 45.079. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html

Jurisprudencia

- » Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia Rad. 25000-23-27-000-2006-00963-02, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; 13 de noviembre de 2014. http://www.icdt.co/noticia_al_dia/FEBRERO2015/23%20DE%20FEBRERO%20DE%202015/CEst_Sec4_17107_14.pdf
- » Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia Rad. 20001-23-31-000-2009-00199-01, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 28 de abril de 2014. https://www.d1tribunaladministrativodelmagdalena.com/images/Jurisprudencia/Consejo_de_Estado/41834.pdf
- » Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-258 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 7 de mayo de 2013. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-258-13.htm>
- » Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-554 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 30 de mayo de 2001. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-554-01.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D554%2F01&text=La%20prohibici%C3%B3n%20del%20non%20bis,sean%20apreciados%20desde%20perspectivas%20distintas.>
- » Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-908 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos; 3 de diciembre de 2013. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-908-13.htm>
- » Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU 631 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 12 de octubre de 2017. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU631-17.htm#:~:text=SU631%2D17%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20abuso%20del%20derecho%2C%20seg%C3%BA,que%20le%20permite%20el%20sistema.>
- » Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T 574 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo; 20 de octubre de 2016. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-574-16.htm>
- » Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Gaceta Judicial. Tomo XLIII, pág. 310-316, M.P. Antonio Rocha; 30 de octubre de 193. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20XLIII%20n.%20>

1904-1913%20 (1936- 1937).pdf

- » Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia Rad. 5464, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo; 23 de junio de 2000. <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- » Corte Suprema de Justicia. Sala de tutelas. Sentencia STC11819-2019, M.P. Arnoldo Wilson Quiroz Monsalvo; 4 de septiembre de 2019. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/09/STC11819-20192.pdf>
- » Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP-14190, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya; 2 de noviembre de 2016 <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2nov2016/SP14190-2016.pdf>
- » Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali. Sala Civil. Providencia Judicial Rad. 76001 -3 1-03-005-201 6-00 16 1-0 1-321 I, M.P. Homero Mora Insuasty; 13 de marzo de 2019.

Doctrinales

- » Altalex. (2020, 10 de junio). Derecho Penal Delitos contra la Administración pública (Trad. Por Microsoft translator). <https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/14/dei-delitti-contro-la-pubblica-amministrazione>
- » Arroyo Zapatero, L. & Nieto Martín, A. Fraude de Subvención en la UE y en el CP. Universidad de Castilla- La Mancha. <1el-fraude-de-sub-final.pdf> (uclm.es)
- » Arroyo Zapatero, L. (1987). Delitos contra la hacienda pública en materia de subvenciones. Ministerio de Justicia. https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=06gUEaF_dswC&oi=fnd&pg=PA51&dq=fraude+a+subvenciones&ots=wY1xOpj4q-&sig=15uNKO5aGU-ARi1J1HpgJfyoBAG&redir_esc=y#v=onepage&q=fraude%20a%20subvenciones&f=false
- » Atienza, M. (2010). Constitucionalismo, globalización y derecho. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 573-589). Universidad Externado de Colombia.
- » Beccaria, Cesar. (2015). Proporción entre los delitos y las penas. En M. Martínez Neira (Ed.), *Tratado de los Delitos y las Penas* (pp.25-27). Universidad Carlos III de Madrid.
- » CANCIO MELIÁ, Manuel. (2001). *Líneas básicas de la teoría de la Imputación Objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo.
- » Comisión Nacional del Servicio Civil. (2017). *Carrera Administrativa*. <https://www.cnsc.gov.co/observatorio/index.php/informacion-general/3-carrera-administrativa>
- » Fernández Ogallar, B. (2013). *El Derecho Penal armonizado de la Unión Europea*. Dykinson.
- » GabrielRodríguez&RamosLaria(2019). *La nueva configuración del Fraude a Subvenciones*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6888667>
- » Gómez, JAR. (2005). *Fraude de Subvenciones y Estafa: aspectos concursales*. Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Extremadura. Dialnet. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjilOKJ7u_uAhVluVlKdKBVATsQFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F1390168.pdf&usg=AOvVaw0Qulp2gmnwEcy2MaDoiOf0

- » Günter, J. (1997). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. Cancio Meliá, Manuel). Ad-Hoc. (Primera edición 1996).
- » Hernández Quintero, H. (2013). El nuevo delito de fraude a subvenciones. *Derecho Penal Y Criminología*, 34(96), 31-55. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3640>
- » López Díaz, C. (1999). *Código penal alemán traducido al español*. Universidad Externado de Colombia. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_02.pdf
- » Llambias, Jorge Joaquín. (1997). *Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo II*. Perrot. (Decimoséptima edición).
- » Montesquieu, C. (1977). *Del espíritu de las leyes*. Editorial Porrúa S.A.
- » Ortega Giménez, A. (2014). España: el problema de los denominados "matrimonios de conveniencia". *Dialnet*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4785976>
- » Pabón Almanza, C. & Mora Ramírez, A. (2014). Límites al ejercicio abusivo del derecho de retracto Inconstitucionalidad en la sobreprotección del consumidor. *Con-texto Revista de derecho y economía*, (41), pp. 67-86. *Vista de Límites al ejercicio abusivo del derecho de retracto. Inconstitucionalidad en la sobreprotección del consumidor* (uexternado.edu.co)
- » Rengifo García, E. (2004). *Del abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. Universidad Externado de Colombia. (Segunda Edición).
- » Roxin, C. (2008). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Thomson, p. 365.
- » Sánchez López, V. (1997) *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código Penal*. Colex.
- » Sarria, Eustorgio & Sarria Barragán, Mauricio. (1984). *Derecho Administrativo colombiano –general y especial–*. Pequeño foro. (Novena edición).
- » Torres Vásquez, F. (2011). *Manual de Derecho Penal*. Ediciones USTA.
- » *Unidad Administrativa Especial de Gestión del Pasivo Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (2020)*. *Sobre la entidad. ¿Quiénes Somos?* <https://www.ugpp.gov.co/nuestra-unidad>
- » Valls Prieto, J. (2005). *El fraude de subvenciones de la Unión Europea*. Dykinson.
- » Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. EDIAR

Límites y aplicación al principio de oportunidad en delitos dolosos contra menores

Limits and application of the principle of opportunity in crimes against minors

Autor: Diego Borbón

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n38.2021.12656>

Para citar este artículo:

Borbón, D. (2021). Límites y aplicación al principio de oportunidad en delitos dolosos contra menores. *Derecho y Realidad*, 19 (38), 113-130.



LÍMITES Y APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN DELITOS DOLOSOS CONTRA MENORES*

Limits and application of the principle of opportunity in crimes against minors

Diego Borbón

Universidad Externado de Colombia. Investigador y Coordinador de la línea de investigación en NeuroDerechos Humanos y Tecnologías del Observatorio Latinoamericano de Derechos Humanos y Empresas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2115-2105>
Correo: diego.borbon01@est.uexternado.edu.co

Recepción: Abril 5 de 2020

Aceptación: Abril 21 de 2021

RESUMEN

En el presente artículo se abordan los límites institucionales, reglamentarios, judiciales y las prohibiciones legales para aplicar el principio de oportunidad en delitos dolosos contra menores, desde el Código de Infancia y Adolescencia, así como las reformas al Código de Procedimiento Penal. Consecuentemente, se explicará el desarrollo legal y jurisprudencial que ha sustentado la imposibilidad de renunciar, suspender o interrumpir la acción penal en casos de delitos graves contra menores. Sin embargo, a pesar de la existencia de expresas prohibiciones legales, se argumentará el porqué es posible dar plena aplicación del principio de oportunidad en los casos en los que las prohibiciones legales contradicen normas, principios y valores de jerarquía constitucional. En este orden de ideas, se

justificará que en aquellos casos en los que la prohibición de aplicar el principio de oportunidad conduzca a la vulneración del principio de proporcionalidad, los derechos fundamentales y los principios constitucionales del derecho penal, se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad para respetar la supremacía de la Constitución Política.

PALABRAS CLAVES

Principio de oportunidad; principio de legalidad; principio de proporcionalidad; ultima ratio; excepción de inconstitucionalidad.

* Artículo fruto de las discusiones académicas del seminario en derecho procesal penal a cargo de la Dra. Norma Myriam Bejarano y el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia.

ABSTRACT

This article addresses the institutional, regulatory, judicial limits and the legal prohibitions to apply the principle of opportunity in crimes against minors, from the Childhood and Adolescence Code, as well as the reforms to the Criminal Procedure Code. Consequently, the legal and jurisprudential development that has sustained the impossibility of resigning, suspending or interrupting the criminal action in cases of serious crimes against minors will be explained. However, despite the existence of express legal prohibitions, it will be argued why it is possible to fully apply the principle of opportunity in cases in which the legal prohibitions contradict norms, principles and values of constitutional hierarchy. In this vein, it will be justified that in those cases in which the prohibition of applying the principle of opportunity leads to the violation of the principle of proportionality, fundamental rights and the constitutional principles of criminal law, the exception of unconstitutionality should be applied, to respect the supremacy of the Political Constitution.

KEYWORDS

Principle of opportunity; principle of legality; principle of proportionality; ultima ratio; exception of unconstitutionality.

INTRODUCCIÓN

El derecho penal es el mecanismo de control social formal que más gravemente lesiona los derechos de los ciudadanos. Suspende no sólo la libertad, sino que materialmente afecta todos los derechos fundamentales de quienes reciben una sanción penal, especialmente de prisión. Siguiendo al sociólogo Nils Christie: “la palabra penal está estrechamente relacionada con ‘pena’ o dolor” (p.19). Los Códigos Penales, entonces, no son otra cosa que normas para la imposición consciente de dolor. Aun así, es claro que ni en los textos, ni en las cátedras de derecho penal general se acepta a este mecanismo como lo que es: dolor estéril.

Las teorías de la pena, entonces, pretenden establecer una narrativa justificante y legitimadora de la sanción penal. Por su parte, la teoría del delito busca delimitar el campo de acción del *ius puniendi* en cabeza del Estado. Sin embargo, como bien reconoce Ferrajoli, por más límites y garantías que se establezcan, el derecho penal siempre conservará “una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política” (Ferrajoli, 1995, p. 21).

Colombia, infortunadamente, es un claro ejemplo de lo anterior. Por lo menos desde 1998, la Corte Constitucional reconoció la existencia de vulneraciones sistemáticas, generalizadas, permanentes y graves de todos los derechos de las personas privadas de su libertad. En esa dirección, la Corte identificó correctamente que el hacinamiento carcelario es el principal síntoma de la existencia de causas estructurales que desdibujan los propósitos humanistas de la Constitución Política. Así las cosas, al comprender que “las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos” (Sentencia T-153 de 1998), la Corte declaró por primera vez la existencia del Estado de Cosas Inconstitucionales, que sería declarado nuevamente en la Sentencia T-388 de 2013 y reiterado en la Sentencia T-762 de 2015.

La declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional implica la existencia de “situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general -en tanto que afectan a multitud de personas-, y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades” [Sic.]. (Sentencia T-153 de 1998)

Posteriormente, en la Sentencia T-388 de 2013, la Corte Constitucional identificó correctamente que las causas estructurales obedecen principalmente a la existencia de una política criminal “evidentemente

insostenible”. Con la Sentencia T-762 de 2015, la Corte sería aún más clara al señalar que la forma en que se ha creado e implementado la política criminal en Colombia es reactiva, inestable, inconsistente, volátil, sin fundamento empírico, con tendencia al endurecimiento y poco reflexiva frente a los retos del contexto nacional (Sentencia T-762 de 2015).

Bajo este contexto, infortunadamente, se ha sostenido una irracional política legislativa en materia penal, cuya única consistencia es obedecer al llamado “populismo punitivo”. En ese sentido, se han creado nuevos tipos penales, elevado penas, eliminado beneficios y se han restringido mecanismos alternativos para la solución de conflictos penales. Es a este contexto al que el principio de oportunidad se enfrenta y se limita.

El principio de oportunidad es quizás una de las herramientas más valiosas para reducir el ámbito de aplicación del derecho penal, buscando la extinción de la acción penal por razones de política criminal. Sin embargo, desde su introducción con el Acto Legislativo 03 de 2002, se han expedido numerosas normas de carácter reglamentario y legal que han establecido fuertes restricciones a la aplicación del principio de oportunidad. De la misma manera se han elevado interpretaciones jurisprudenciales que han soportado tesis restrictivas a la aplicación de esta valiosa herramienta que prometía cambiar el sistema penal en Colombia.

En el presente artículo se abordarán los límites institucionales, reglamentarios, judiciales y las prohibiciones legales para aplicar el principio de oportunidad en delitos dolosos contra menores, desde el Código de Infancia y Adolescencia, así como las reformas al Código de Procedimiento Penal. De manera subsecuente, se explicará el desarrollo legal y jurisprudencial que ha sustentado la imposibilidad de renunciar, suspender o interrumpir la acción penal en casos de delitos graves contra menores.

Sin embargo, en la presente investigación pretendemos responder a la cuestión de si es

posible aplicar el principio de oportunidad en delitos dolosos contra menores a pesar de la existencia de expresas prohibiciones legales. Consecuentemente, se argumentará favorablemente que en efecto es posible dar plena aplicación en los casos en los que las prohibiciones legales contradicen normas, principios y valores de jerarquía constitucional. En este orden de ideas, se justificará que en aquellos casos en los que la prohibición de aplicar el principio de oportunidad conduzca a la vulneración del principio de proporcionalidad, los derechos fundamentales y los principios constitucionales del derecho penal, se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad para respetar la supremacía de la Constitución Política.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de oportunidad es la facultad constitucional de la Fiscalía General de la Nación de renunciar, suspender o interrumpir la acción penal por razones de política criminal. Para su aplicación se requiere observar alguna de las 17 causales del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004. De manera general, de acuerdo con la Fiscalía General de la Nación y otros (2017), se pueden clasificar las causales bajo las categorías de aplicación por ser de interés nacional (numerales 2, 3 y 8); en virtud de la colaboración con la justicia y la desarticulación de bandas criminales (numerales 4 y 5); por ser el derecho penal como intervención mínima y ultima ratio (numerales 6, 9, 10, 11, 12 y 15) y para reparación de las víctimas en el marco de programas de justicia restaurativa (numerales 1, 7, 13, 14 y 16).

Ahora bien, el principio de oportunidad, como herramienta de política criminal, parece contraponerse al deber de persecución penal propio del principio de legalidad. Este principio obliga a las autoridades del Estado a asegurar el cumplimiento de la ley, por lo que, si una conducta reviste categoría de delito, debe ser perseguida penalmente como obligación

del Estado de cumplir con el Código Penal colombiano y la Constitución Política.

En ese sentido, el artículo 250 de la Constitución Política consagra claramente el principio de legalidad en materia penal como obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal cuando se cuenta con suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia de un delito. Lo mismo es reiterado por el artículo 322 de la Ley 906 de 2004. Para Perdomo (2015) “desde la perspectiva procesal penal el principio de legalidad conlleva el imperativo del ejercicio de la acción penal ante el conocimiento de un hecho sancionado con pena desde el derecho penal material” (p. 54).

Sin embargo, con la introducción del Acto Legislativo 03 de 2002 se establece la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación suspenda, interrumpa o renuncie a la persecución penal para la aplicación del principio de oportunidad. Precisamente las causales del Código de Procedimiento Penal establecen el marco de discrecionalidad con la que cuenta la Fiscalía. Está claro que un seguimiento de estas causales permite materializar los principios constitucionales del derecho penal para limitar el ejercicio punitivo a criterios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad. Con lo anterior, entonces, el principio de oportunidad permitiría materializar una política criminal minimalista y garantista.

Se suele decir que la aplicación de esta herramienta es de carácter discrecional, por lo que la Fiscalía podría definir abiertamente cuándo conceder o no un principio de oportunidad. Si ello fuera así, dicha discrecionalidad sería expresamente contraria a la consagración de legalidad. Y, como bien destacan Bernal y Montealegre (2004), la “discrecionalidad no significa que la Fiscalía defina en su criterio qué es una conducta punible, porque tal tarea viene atribuida al legislador, sino que para efectos de su labor prioriza la persecución de unos comportamientos sobre otros” (p. 185).

Para algunos autores, entonces, el principio de oportunidad es una excepción al principio de legalidad, que sería la regla. El profesor Jaime Bernal y Eduardo Montealegre (2004), son autores que en esa dirección sostienen que “el principio de oportunidad, como excepción al principio de legalidad significa que el órgano de persecución penal puede sustraerse de tal ejercicio bajo determinados supuestos definidos por el legislador (p.186).

Autores como el profesor Juan Carlos Forero acogen la tesis de que los principios de legalidad y oportunidad son complementarios. En sus palabras: “el de oportunidad es un principio complementario al de legalidad y que, por ende, el verdadero principio sigue siendo este y no aquél” (Forero, 2013, p. 29). Lo anterior se puede comprender precisamente porque el principio de oportunidad está reglado y supeditado a enmarcarse dentro de las 17 causales que el legislador consagró en el Código de Procedimiento Penal, mientras que el deber de persecución penal se predica como un imperativo en todos los casos de hechos que revisten categoría delictiva. Por lo tanto, si el principio de oportunidad es delimitado como posibilidad por el mismo legislador, su aplicación no es una excepción en estricto sentido al deber de perseguir penalmente, sino que es más bien un desarrollo mismo de la ley; es un complemento legal y constitucional a dicho deber.

El principio de oportunidad, junto a otras figuras, fueron creadas como una apuesta por la solución rápida, integral y eficiente de la justicia, también como herramienta para reducir la congestión judicial y materializar una justicia restaurativa. En ese sentido, prescindir del ejercicio de la acción penal facilita la búsqueda de otras finalidades legales y constitucionales válidas para limitar el *ius puniendi*.

En síntesis, renunciar, suspender o interrumpir a la acción penal es una decisión en el marco de la legalidad que le compete a la Fiscalía General de la Nación. En caso de buscar aplicar esta figura, el fiscal,

con el consentimiento del acusado y su defensor, puede hacerlo si se ajusta a una de las 17 causales expuestas en el Código de Procedimiento Penal. En algunos casos, debe tener el visto bueno por un superior del ente acusador¹ y pasar a revisión de un juez de control de garantías.

LÍMITES INSTITUCIONALES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La aplicación del principio de oportunidad depende en gran medida de las decisiones internas del Fiscal General de la Nación de turno. Este funcionario no solo tiene el deber de dar el visto bueno en aquellas causales de su competencia, sino que también tiene el deber de reglamentar la aplicación de la figura. En virtud de la resolución que expida, se podría facilitar o dificultar su aplicación. En Colombia hemos transitado desde distintas resoluciones: 0-6657 de 2004, 0-6658 de 2004, 0-6618 de 2008, 0-3884 de 2009, 0-0692 de 2012, 0-0919 de 2014, 1168 de 2014, 2370 de 2016 y la Resolución 4155 de 2016. Estas permiten que el Fiscal General de la Nación reglamente el nivel de discrecionalidad de los Fiscales delegados, pero también permite materializar lineamientos de priorización que a la larga son sus instrucciones en materia político-criminal.

En esa dirección, en nuestro país el principio de oportunidad ha enfrentado serias limitaciones de carácter legal y reglamentaria, establecidas por una errática política criminal desde el Congreso de la República e incluso desde la Fiscalía General de la Nación. De acuerdo con Cita y González (2017), Colombia ha experimentado un promedio de 3,3 reformas al Código Penal al año, lo que es relativamente alto comparado con otros países cercanos.

Las políticas legislativas han inflado de manera exacerbada las penas privativas de

la libertad, dificultando así encontrar delitos con penas que no excedan los seis años de prisión, por lo que casi cualquier caso debería tener autorización del Fiscal General de la Nación si se contempla dentro de las causales de su competencia exclusiva, como establece el numeral 1º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y la Resolución 4155 de 2016. Esto puede llegar a ser problemático pues el fiscal del caso, quien conoce de primera mano las circunstancias y alternativas en las materias, debe someter al criterio de terceros ajenos al caso una decisión trascendental como renunciar, suspender o interrumpir la acción penal.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha reconocido que los Fiscales delegados, si bien gozan de autonomía en sus casos, también deben supeditarse al principio de jerarquía y de unidad de gestión. Lo anterior pues el ente acusador está en cabeza del Fiscal General de la Nación y los grupos que este designe. En materia de principio de oportunidad, en Sentencia C-979 de 2005, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 330 que exige la reglamentación del principio de oportunidad por parte del Fiscal General para expedir un procedimiento interno y el plan de política criminal del Estado. En dicha decisión la Corte reconoce:

[...] el principio de unidad de gestión y jerarquía contemplado en el segundo segmento del artículo 251.3 en virtud del cual el Fiscal General puede determinar el criterio y la posición que la entidad debe asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados en la ley. Este principio radica en el Fiscal poderes de dirección y orientación que, con criterio general, promuevan la responsabilidad institucional y la unidad de actuación en las fases de investigación y acusación. (Sentencia C-979 de 2005)

Sin embargo, en la Sentencia C-232 de 2016, la Corte fue enfática en subrayar que la reglamentación del principio de oportunidad fue atribuida al Fiscal General de la Nación a través, por ejemplo, “de la organización y funcionamiento de comités técnicos, cuyos

1. En la Resolución 4155 de 2016, el Fiscal del caso tendría que someter la decisión ante el grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa y esta llegará a revisión del Fiscal General, en las causales de su competencia (Numerales 2, 3, 4, 5, 8, 9, 14 y 18 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004).

conceptos sean vinculantes y prevalezcan sobre la posición del fiscal del caso". Es posible vislumbrar, entonces, que la inflación legislativa en materia penal obliga a acudir en los casos de causales de competencia exclusiva al Fiscal General para que este decida sobre la aplicación o no del principio de oportunidad en un caso que le es ajeno.

Así las cosas, las políticas internas de la Fiscalía General de la Nación constituyen un primer gran obstáculo burocrático a la aplicación del principio de oportunidad. El Fiscal General, sin embargo, debe ocuparse de cuestiones que no siempre obedecen a criterios jurídicos sino políticos para mantener una imagen y percepción ciudadana positiva. En ese sentido, es claro que, en ocasiones, pese a considerarse necesario jurídicamente por el fiscal del caso, el Fiscal General de la Nación podría restringir la aplicación del principio de oportunidad para evitar impactos sobre la imagen del ente acusador, o de sí mismo como su representante. Esto puede ser especialmente problemático para autorizar el mecanismo en casos de delitos contra menores de edad, que generan un exacerbado rechazo ciudadano.

Ahora bien, es cierto que dicha reglamentación se muestra en general proporcional y necesaria en Colombia por cuestiones de respeto al derecho a la igualdad, legalidad, debido proceso, pero también para evitar posibles aplicaciones indebidas del principio de oportunidad. Sin embargo, no deja de ser complejo jurídicamente el hecho de tener que acudir a un grupo de mecanismos de terminación anticipada y luego a revisión del Fiscal General, a quienes les es ajeno el caso que manejaba el fiscal delegado.

LÍMITES EN EL CONTROL JUDICIAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

A pesar de que el principio de oportunidad se suele entender como una facultad discrecional de la Fiscalía, para su aplicación no sólo se debe ceñir a las causales de la Ley 906 de 2004, la reglamentación interna de la Fiscalía, el visto bueno de los

grupos y el Fiscal General, sino que debe ser aprobado por un Juez de Control de Garantías. El artículo 250 de la Constitución Política consagró dicho requisito, reiterado en el Código de Procedimiento Penal, artículo 323 y 327.

Más aún, a la luz de la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional, en control de legalidad judicial puede ser material y no sólo formal. Desde la Sentencia C-979 de 2005 la Corte estableció que:

El control que ejerce el juez de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad, independientemente de sus consecuencias provisionales, precarias o definitivas (interrupción, suspensión o renuncia), debe estar orientado no solamente a emitir un dictamen de adecuación a la ley de la causal aplicada, sino que debe extenderse al control material sobre las garantías constitucionales del imputado.

Lo anterior se muestra razonable en virtud de que la función de este tipo de jueces es la de velar por la protección de los derechos y garantías de los indagados, investigados y también de las víctimas. Sin embargo, es problemática la definición de control material pues puede dar paso a que el juez ejerza una valoración material de la conveniencia político-criminal de la aplicación del mecanismo y las alternativas del caso. En otras palabras, un control material podría conllevar a que un juez que no es de conocimiento valore los elementos cognoscitivos y ofrezca lo que a su criterio es una mejor alternativa en el caso concreto, sea, por ejemplo, la preclusión o la continuación de la acción penal. En dichas circunstancias, el fiscal del caso se ve supeditado a someter su decisión formalmente discrecional, a la valoración material de sus superiores y al control de un juez.

En nuestra opinión, es importante comprender que lo anterior sería una extralimitación de la función de control de garantías, pues los jueces de control hacen valoraciones formales y también sustanciales tan sólo en el ámbito de hacer respetar las

garantías y derechos de los investigados e imputados y las víctimas. Si bien es cierto que en audiencias preliminares como las de medida de aseguramiento los Jueces de Control de Garantías hacen valoraciones de los elementos cognoscitivos y de la necesidad de las medidas, ello es distinto frente al principio de oportunidad, los preacuerdos y otros actos propios de la Fiscalía como la imputación y la acusación. En otras palabras, el control sustancial en este tipo de actos debería limitarse a la protección de los derechos y garantías, más nunca a una valoración del caso, las alternativas y la conveniencia político-criminal de aplicar un principio de oportunidad; valoración que le corresponde exclusivamente al fiscal del caso.

Esta opinión no es enteramente compartida por el profesor Juan Carlos Forero Ramírez (2013), quien argumenta que el Juez de Control de Garantías debe hacer una valoración material sobre el contenido de las causales y sus elementos, las pruebas e intereses del Estado, entre otras consideraciones. El profesor José Joaquín Urbano (2006) respalda dicha postura al sostener que el juez debe hacer una valoración formal en el cumplimiento de la causal, una valoración sustancial de los derechos del imputado y la víctima, pero también una valoración material para verificar:

[...] si el principio se ajusta a la política criminal del Estado en cuanto mecanismo de racionalización del sistema penal. De no ser así, si no existe una correspondencia razonable entre la flexibilización de las normas sustanciales y el grado de realización de la verdad y de los derechos de los intervinientes, el juez debe rechazarla aplicación del principio por incumplimiento de la realización de la justicia como fin del proceso penal (p.127).

Se considera, por el contrario, que un control material, más allá de la constatación formal de legalidad y el respeto sustancial a los derechos y garantías, constituye un límite

exacerbado a una facultad que se predica discrecional de la Fiscalía. Más aún si se supone que es la Fiscalía la que ha definido sus lineamientos de política criminal, por lo que no le corresponde a un juez de garantías hacer una valoración material sobre su conveniencia o ajuste político-criminal.

Salta a la vista la necesidad de resaltar la solución que se ha dado a esta tensa relación entre el control formal y material en los preacuerdos, un mecanismo similar al principio de oportunidad y valioso en nuestro ordenamiento jurídico en materia de política criminal. En decisión SU-479 de 2019 la Corte Constitucional recordó que los preacuerdos deben realizarse sobre los términos de la imputación y deben respetar los principios constitucionales y los derechos fundamentales de las partes. Lo cierto es que, en este sentido, la Jurisprudencia no establece ninguna facultad real de que los Jueces puedan extender sus consideraciones más allá de la constatación fáctica y el respeto de los derechos y garantías constitucionales. En concreto, sobre el control material del principio de oportunidad, la Corte Constitucional ha establecido en Sentencias C-979 de 2005 y C-387 de 2014, que:

No debe desconocerse que el control que ejerce el juez de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad, independientemente de sus consecuencias provisionales, precarias o definitivas -interrupción, suspensión y renuncia-, debe encaminarse no solamente a emitir un dictamen de adecuación a la ley de la causal aplicada, sino que debe extenderse al control material sobre las garantías constitucionales del imputado o acusado.

PROHIBICIONES LEGALES FRENTE A DELITOS DOLOSOS CONTRA MENORES

El Código de la Infancia y de la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, contiene dos expresas prohibiciones frente a la aplicación del principio de oportunidad en delitos contra niños, niñas y adolescentes.

El artículo 193, numeral 6, establece que las autoridades judiciales se deben abstener de aplicar el principio de oportunidad salvo que se demuestre que los menores han sido indemnizados. Por su parte, el artículo 199, numeral 3, establece que cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se prohíbe la aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba y la posterior extinción de la acción penal.

En Sentencia C-738 de 2008 la Corte Constitucional analizó una demanda realizada, entre otras normas, a dicho numeral 3 del artículo 199. El demandante aseguraba que dicha prohibición de aplicar el principio de oportunidad por la causal 8 del artículo 324, es decir, de suspender el procedimiento a prueba, es una vulneración a la Constitución. Lo anterior al sostener que no era constitucional establecer una prohibición para negar la aplicación de un mecanismo de política criminal consagrada a nivel constitucional en el artículo 250. Por otra parte, el demandante sostenía que dicha prohibición también negaba los derechos de los menores al no poder ser reparados integralmente en el periodo de suspensión de la acción penal.

Después de realizar un examen constitucional, la Corte concluyó que dicha prohibición pretende ofrecer una protección de los derechos de los menores, que prevalecen y son de carácter preferente. La Corte también sostiene lo anterior a partir de un análisis de Tratados Internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad. Cabe mencionar, sin embargo, que ninguno de estos establece la obligación del Estado de perseguir penalmente y la consecuente prohibición de renunciar a la acción penal; todos los tratados citados sólo mencionan el carácter preferente y especial de los derechos de los menores. Por otra parte, la Corte concluye que la prohibición del principio de oportunidad no implica que el Estado y las autoridades no deban realizar los demás trámites para lograr la reparación integral de

los menores. Estimó la Corte, entonces, que la prohibición de aplicarlo es Constitucional.

Ahora bien, además de las prohibiciones del Código de Infancia y Adolescencia, el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, también establece una prohibición aún más general. La Ley 1312 de 2009 modificó el texto del artículo agregando al parágrafo 3 la prohibición de aplicar el principio de oportunidad cuando se trate de conductas dolosas donde la víctima sea un menor de 18 años. En otras palabras, si las prohibiciones del Código de Infancia y Adolescencia no fuesen suficientemente restrictivas, esta nueva modificación terminaría por prohibir completamente la aplicación en cualquier caso en el que un menor de 18 sea víctima.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL CONSTITUCIONAL

Si bien es cierto que las políticas legislativas expansivas del derecho penal y prohibicionistas de las salidas alternativas están vigentes en Colombia, no obstante, es posible sostener que el principio de oportunidad se debe aplicar en aquellos casos donde su no aplicación vulnera preceptos constitucionales. Así las cosas, al entender la supremacía de la Constitución Política, expresamente aclamado en el artículo 4, toda actuación judicial y penal se debe ceñir bajo los principios de la Carta. En otras palabras, nuestro derecho penal está constitucionalizado y debe respetar los límites, garantías, derechos y principios constitucionales.

La Corte Constitucional ha manifestado expresamente que el derecho penal se encuentra constitucionalizado. Por ejemplo, desde la Sentencia C-127 de 1993 la Corte argumentó que

Con la Constitución Política de 1991 explícitamente se ha constitucionalizado todo el derecho, ya que la Constitución es su hilo conductor, por el artículo 4º que establece que ésta es norma de normas, y no hay área jurídica inmune

al derecho constitucional. Por lo tanto con la Carta Fundamental de 1.991 se ha "constitucionalizado" el Derecho penal en particular. Igualmente con la misma Carta se ha internacionalizado el Derecho penal a partir del *ius cogens*.

En Sentencia C-038 de 1995 reitera lo que a hoy ya es una verdad indiscutible y pacífica:

[...] ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados –particularmente en el campo de los derechos fundamentales– que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

Siguiendo a Gómez (2016), los llamados ‘efectos normativos directos’ de la Constitución son reconocidos como una verdad inconcusa. Lo anterior reiterado por la Corte al enfatizar en que:

La fuerza vinculante de las normas constitucionales se irradia también a todo el ámbito del resto de la actividad jurisdiccional. [...] La Constitución tiene un impacto directo sobre todo el resto del orden jurídico, que impone a cualquier juez el fallar realizando, es decir haciendo efectivos en el plano de los hechos, los principios y valores contenidos en la Constitución, especialmente los enunciados en el artículo 2° superior (Sentencia C-037 de 2000)

Así las cosas, la constitucionalización del derecho penal se materializa, sobre todo, con

el reconocimiento de los principios y normas rectoras. Estos principios se desprenden directamente de normas constitucionales e indirectamente de una interpretación de los derechos fundamentales. Destacamos entre estos a los principios del derecho penal de *ultima ratio*, fragmentariedad, subsidiariedad y los principios constitucionales de proporcionalidad y necesidad.

El principio de *ultima ratio* significa que la utilización del *ius puniendi* sólo puede ser el último recurso al que puede acudir el Estado. Esto se manifiesta, como bien establece Gómez (2016), mediante el principio de subsidiariedad, que implica que sólo cuando todas las demás alternativas han fracasado, se puede utilizar el derecho penal. De la misma manera, el principio de fragmentariedad conlleva que el derecho penal sólo se puede ocupar de aquellos comportamientos que produzca las afectaciones más graves y que a todas luces se estimen intolerables socialmente.

El principio de oportunidad es, en consecuencia, un mecanismo constitucional para la racionalización del poder punitivo logrando su carácter de mínima intervención y de *ultima ratio*. Esta herramienta permite renunciar, suspender o interrumpir la acción penal del Estado cuando se encuentre que las vías alternativas son las que idóneamente materializan los postulados de la Constitución Política.

La respuesta punitiva no es siempre, e incluso podría decirse que en la inmensa mayoría de las ocasiones no es jamás, la mejor respuesta que existe para solucionar un conflicto. En ese sentido, la aplicación del principio de oportunidad se vincula inescindiblemente a los principios constitucionales del derecho penal y, con ello, a los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

Es claro que no todos los delitos dolosos que tengan a un menor de edad como sujeto pasivo son delitos que afectan gravemente los bienes jurídicos de los que son titulares estos. La diversidad de las acciones humanas puede conducir a que una persona recorra

materialmente los verbos rectores de una conducta típica, sin que, necesariamente, ello implique que del juicio de antijuridicidad se concluya una grave lesión de los bienes jurídicos del menor. De manera similar, controlar los hechos típicos de una acción no implica que en sede de culpabilidad el juicio de reproche no pueda ser de tan secundaria consideración que resulte inútil e innecesaria la continuación de la acción penal. De la misma manera, en caso de que se esté en presencia de una conducta punible de baja lesividad, pero por razones de política criminal sea muchísimo más útil suspender la acción penal para que el sujeto entregue información que permita desarticular una banda criminal que afecta de manera permanente los derechos de los menores, la aplicación del principio de oportunidad no sólo debería ser una posibilidad sino incluso una vía necesaria.

Sin embargo, la irracionalidad legislativa *so pretexto* de defender a los niños, niñas y adolescentes, ha creado una barrera infortunada que imposibilita aplicar mecanismos alternos como los preacuerdos o el principio de oportunidad. En perspectiva, el impacto real no se dirige necesariamente a la protección de los menores, sino que incluso podría tener consecuencias nefastas como, por ejemplo, la imposibilidad de recopilar información para desarticular una banda criminal.

En síntesis, las prohibiciones legales no hacen más que obstaculizar la aplicación de una valiosa herramienta de política criminal que otrora permitiría la materialización de la justicia y de los principios del derecho penal constitucional.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DE CARA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de oportunidad no es sólo una valiosa herramienta de análisis constitucional de la restricción de derechos fundamentales, es también un principio que rige toda actuación del Estado, sea mediante un legislador, administrador o juez (Bernal y

Montealegre, 2013). La Corte Constitucional he reconocido su plena aplicación a todos los procedimientos en materia penal, por lo que se suele exigir que cualquier actuación de las autoridades judiciales debe incluir un pronunciamiento expreso sobre el principio de proporcionalidad. Además, en Sentencia C-108 de 2017, la Corte reitera que:

La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve.

En ese sentido, siguiendo la estructura sintetizada de los tres elementos del juicio de proporcionalidad, que permite analizar la constitucionalidad de una medida restrictiva, la Corte ha entendido de forma pacífica que se debe hacer un análisis de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (Sentencia C-520 de 2016).

Si se quisiese aplicar un principio de oportunidad a pesar de la existencia de expresas prohibiciones legales, lo primero que debe hacer la autoridad judicial es analizar la proporcionalidad mediante estos elementos; una vez superado este, debe pasar el examen de la excepción de inconstitucionalidad; discusión que se retomará luego.

La idoneidad sería el análisis de la finalidad, es decir, si lo que se persigue es constitucionalmente legítimo. En otras palabras, requiere hacer un juicio de valor de que la restricción es valiosa y deseable. Tanto si se analiza la idoneidad de las prohibiciones, como la idoneidad de aplicar un principio de oportunidad, es sencillo advertir que ambas superarían un juicio de legitimidad constitucional.

La prohibición legal de aplicar un principio de oportunidad en delitos dolosos contra menores es idónea por cuanto persigue un fin constitucionalmente válido de protección a los menores. Por su parte, la aplicación de este mecanismo, inaplicando las restricciones legales y en aparente

contraposición de los derechos de las víctimas, es idóneo por cuanto un principio de oportunidad busca la consecución de una verdadera justicia material, integral y de ultima ratio en materia penal; fines legítimos en nuestro ordenamiento jurídico.

A propósito de la necesidad, esta es la inexistencia de medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención de fines menos restrictivos de los principios afectados. La Corte en su análisis a la norma del Código de Infancia y Adolescencia encontró que prohibir la aplicación del principio de oportunidad se puede mostrar como necesario para evitar que las autoridades abandonen su deber legal de protección a los menores.

Ahora bien, si se llevase a cabo un análisis de la necesidad en el sentido de dar aplicación a un principio de oportunidad, en contrario a las prohibiciones legales, puede, en ciertos casos, arrojar una conclusión positiva. Dependiendo de las circunstancias fácticas y jurídicas de los casos particulares, se podría argumentar que las demás vías son más lesivas de derechos fundamentales o no permiten materializar los legítimos fines del juicio de idoneidad. Véase por ejemplo que la preclusión, en aquellos casos donde proceda, no siempre garantizará integralmente los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación, la justicia y la no repetición. En cambio, la aplicación del principio de oportunidad podría materializar, no sólo los derechos del imputado y los principios constitucionales del derecho penal, sino los derechos de las víctimas; así como también a permitir dismantelar bandas criminales o facilitar la aplicación de la justicia restaurativa.

Así las cosas, como el principio de proporcionalidad se predica de toda actuación judicial, el principio de oportunidad puede en ocasiones ser la mejor alternativa para solucionar un conflicto. Infortunadamente, por la inflación legislativa, el adelanto de la acción penal podría conducir a consecuencias punitivas nefastas en contra del procesado y sin garantizar los derechos de las víctimas y

los intereses colectivos en materia político criminal.

La proporcionalidad en sentido estricto busca que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción. En esta fase es posible vislumbrar la necesidad de una fuerte argumentación si se busca aplicar el principio de oportunidad a pesar de las restricciones legales. En este sentido, les corresponderá a los interesados y al Fiscal, hacer una fuerte exposición de los motivos por los cuales la aplicación de un principio de oportunidad reporta más beneficios que afectaciones; por ejemplo, que frente a un reproche de tan secundaria significación e inutilidad, se pueda obtener con el principio de oportunidad información para dismantelar bandas criminales. Otro ejemplo podría ser en aquellos casos de baja lesividad de los derechos que permitan pensar en una salida restaurativa, poniendo en prioridad los derechos e intereses del menor, que son superiores y preferentes.

Una vez superado un análisis de proporcionalidad, la autoridad podrá aplicar un principio de oportunidad frente a la existencia de prohibiciones legales siempre que logre superar un análisis de los requisitos de la excepción de inconstitucionalidad.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El artículo 4 de la Constitución Política establece el principio de supremacía constitucional y hace expreso que “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Para Bernal y Montealegre (2004) “La constitucionalización del proceso penal se evidencia en el artículo 29 C.N., [...] toda vez que a través de él se elevan a rango constitucional las pautas mínimas que deben cumplir en todo proceso” (p. 86). Así las cosas, en cualquier caso donde una autoridad advierta la incompatibilidad de aplicar una norma de carácter legal por su

contraposición con un principio, valor o norma constitucional, deberá inaplicar la de menor jerarquía y mantener la vigencia de la supremacía constitucional.

En la SU-132 de 2013, la Corte Constitucional recordó que:

La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.

Por su parte, las causales para inaplicar una norma inferior en virtud de la excepción de inconstitucionalidad son, de acuerdo con la Sentencia T-215 de 2018:

(i) La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad. (ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso. O (iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental.

La norma del párrafo 3 del Código de Procedimiento Penal vulnera los principios de proporcionalidad y aquellos principios constitucionales del derecho penal, como anteriormente se expuso. En ese sentido, si bien es razonable establecer limitaciones en virtud de la protección de los menores, una prohibición absoluta de aplicar el principio de oportunidad en cualquier delito doloso contra un menor no es necesaria ni puede tenerse como proporcional en sentido estricto. De la misma manera, dicha prohibición podría ir en contravía de los principios de *ultima ratio* y mínima intervención, consecuentemente de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad. Dicha norma sólo puede reputarse constitucional si se acepta la prohibición sólo en aquellos casos donde supere un examen de proporcionalidad en los casos particulares, discusión que retomaremos adelante.

Por otra parte, pese a que existe un pronunciamiento de constitucionalidad, este es sólo frente al artículo 199, numeral 3 del Código de Infancia y Adolescencia, donde la misma Corte Constitucional limitó su decisión de exequibilidad “Exclusivamente por las razones indicadas en la parte considerativa” (Sentencia C-738 de 2008). Lo anterior permitiría sostener que el análisis de su constitucionalidad no está zanjado completamente y podría ser controvertido con argumentos distintos. Esto fue efectivamente corroborado por la Corte Constitucional en Sentencia T-142 de 2019, al afirmar que:

[...] la sentencia C-738 de 2008 no constituye cosa juzgada constitucional que impida realizar un juicio en concreto de la constitucionalidad del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia”. [...] materialmente solo estudió un cargo respecto del numeral 3º, por el presunto desconocimiento del artículo 250 de la Constitución, en la medida que la norma excluye la aplicación del principio de oportunidad que se encuentra previsto sin excepciones por la Constitución, así como también por la vulneración del artículo 2º de la Constitución, que

propugna el goce efectivo de los derechos de los habitantes de Colombia.

Retomando el examen de la proporcionalidad en el caso específico, si se concluye que la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental, podría inaplicarse. Esta podría ser la causal principal para sostener ante un Juez de Control de Garantías, la necesidad de dar completa aplicación del principio de oportunidad en un caso de delitos dolosos contra menores.

Es menester recordar la discusión sostenida en el apartado antecedente sobre el control que ejerce el Juez de Control de Garantías. Este funcionario no debería hacer un control material sobre las alternativas que en su criterio debería tomar el Fiscal, pues goza de autonomía en sus decisiones y representa el monopolio de la acción penal. En ese sentido, la argumentación del Fiscal y demás interesados se debe dirigir a convencer al Juez de Control de Garantías del examen del principio de proporcionalidad y la excepción de inconstitucionalidad sin que este pueda negarlo al extralimitarse a un control material o por no simpatizar con la idea.

La argumentación necesaria debe ser exhaustiva, clara y precisa a los motivos por los que continuar la acción penal sería una respuesta exacerbada e inconstitucional. Dicho análisis se podría hacer desde la consideración de los márgenes punitivos del delito imputado, o por consideraciones sobre la baja lesividad o culpabilidad. El funcionario público se podría servir de las causales del principio de oportunidad para coadyuvar su justificación. De la misma manera, se podría argumentar cómo la aplicación del mecanismo permitiría la consecución de fines restaurativos que podrían ser, precisamente, los que materializan el interés superior del menor. Sería una falacia de generalización apresurada sostener que el interés superior del menor es siempre que se logre una pena privativa de la libertad.

Por otro lado, el Fiscal que solicita la excepción de inconstitucionalidad deberá argumentar por qué los otros caminos se muestran igualmente desproporcionados. Por ejemplo, la preclusión, si bien no exime a las autoridades de buscar la reparación de la menor víctima, sí dificultan la consecución de una finalidad restaurativa que de manera integral garantice la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Por otra parte, la preclusión no permitiría recolectar aquella información útil para dismantelar bandas criminales que afectan muchísimo más los derechos de los menores.

En esa misma dirección, es necesario recordar que el principio de oportunidad se aplica frente a casos donde efectivamente se ha cometido un delito y se tiene prueba para sostener razonablemente la autoría o participación y la culpabilidad de los investigados. En contraposición, la preclusión sólo se puede predicar de casos específicos, como por ejemplo, la atipicidad de una conducta o la muerte del imputado. Así las cosas, puede que para el caso específico la única salida posible sea el principio de oportunidad o el adelantamiento de la acción penal, que sólo produciría el desgaste del aparato judicial y una posible condena innecesaria.

Dejamos a un lado la salida alternativa de los preacuerdos porque la misma prohibición de recibir una rebaja en casos de delitos contra menores, hace de los preacuerdos una institución inoperante en la práctica.

Como último apartado, se mencionará una reciente Sentencia de la Corte Constitucional que coadyuva la tesis sostenida a lo largo del texto: a pesar de las prohibiciones legales es posible aplicar el principio de oportunidad en casos de delitos dolosos contra menores.

SENTENCIA T-142 DE 2019: PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN DELITO DOLOSO CONTRA MENOR

Esta sentencia de la Corte Constitucional analiza un caso en el cual un menor de edad tuvo relaciones sexuales consentidas con

una menor de 14 años. Se le imputó el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Sin embargo, en atención a que las relaciones sexuales entre los dos menores de edad fueron consentidas, la víctima y sus representantes no querían continuar con la acción penal y el adolescente infractor había asistido a cursos pedagógicos sobre el tema, la Fiscalía General de la Nación solicitó dar aplicación al principio de oportunidad. Se escogió el numeral 12 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 como la causal a aplicar pues el juicio de reproche de culpabilidad era de tan secundaria consideración que la sanción penal sería una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

El Juzgado decidió aprobar el principio de oportunidad, que tuvo oposición del Ministerio Público que apeló la decisión por no tenerse en cuenta las prohibiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia. La decisión, sin embargo, fue confirmada por el superior. Ello acarrió que el representante del Ministerio Público interpusiera una acción de tutela por la decisión, que fue nuevamente negada por el Juez de Tutela. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, al recibir la impugnación de la tutela, decidió tutelar y aceptar la petición del procurador, por considerar que se inobservó la norma legal y no se respetó los precedentes judiciales. Frente a estos hechos, la Corte Constitucional se pronunció permitiendo la aplicación del principio de oportunidad.

Es interesante que de los antecedentes procesales de dicha sentencia se obtiene que este no es un caso único y aislado. De acuerdo con la respuesta de la Fiscalía en dicho proceso, el número de solicitudes de aplicación del principio de oportunidad en este tipo de delitos entre 2005 y 2018 había sido de 485 en total; 303 por acceso carnal abusivo con menor de catorce 14 años y 182 por acto sexual abusivo con menor de catorce 14 años. Por su parte, el juzgado que tenía el caso aseguró que desde 2009 hasta 2018 en materia de delitos sexuales cometidos con menores de edad, por otros menores, han sido aprobados 15 principios de oportunidad y 9 negados (Sentencia T-142 de 2019). En otras palabras, este no es el único caso

donde se ha podido aprobar un principio de oportunidad aun cuando existe una expresa prohibición legal.

Llama la atención que de las consideraciones de la Corte se puede concluir con claridad que el principio de oportunidad no está prohibido de manera absoluta en aquellos casos donde el sujeto activo de la conducta es un menor de edad, tal como se desprende de la interpretación del Código de Infancia y Adolescencia, artículo 174, así como de la Resolución 4155, artículo 33 y 36, de la Fiscalía. En otras palabras, la Corte fue clara al sostener que el principio de oportunidad es uno preferente en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

Así las cosas, la Corte Constitucional señaló que se debe tener en cuenta que en dicho Sistema especial:

(i) el principio de oportunidad es entendido en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes como un eje rector y, en el Sistema Procesal Penal, como un postulado que permite la concesión de beneficios judiciales a cargo de la Fiscalía, con sujeción a la aprobación por parte del Juez de Control de Garantías y a la política punitiva del Estado;

(ii) la primacía de los derechos constituye la finalidad del Código de Infancia y Adolescencia, mientras que la justicia restaurativa es la medida principal en favor de los menores; y por último,

(iii) las obligaciones internacionales ratificadas por Colombia relativas a la protección del menor de edad en cuanto a las sanciones a imponer, las cuales establecen que siempre se debe evitar la restricción de la libertad, razón por la cual siempre acudiese a mecanismos de alternatividad penal. (Sentencia T-142 de 2019)

La conclusión a la que llega la Corte Constitucional es que:

[...] en el caso concreto, se tornaría en una aplicación desproporcionada de la norma que acarrearía consecuencias que no estarían acordes a la luz de la normatividad constitucional, por cuanto: (i) se dio cumplimiento a la finalidad pedagógica del proceso adelantado en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (ver supra, numeral 119 y siguientes), medidas que resultaron idóneas para garantizar el interés superior y prevalente de los menores de edad; (ii) se dio aplicación y lectura integral a la normatividad aplicable al principio de oportunidad, de cara a las especiales circunstancias y necesidades de los responsables (Ver supra, numerales 121 y siguientes).

Con fundamento en lo anterior, concluyó la Sala que, en el caso estudiado en esta ocasión, en aplicación de un test de proporcionalidad en sentido estricto, permitió concluir que de no darse aplicación al principio de oportunidad se tendría como efecto una sanción penal desproporcionada e innecesaria. Por lo cual, en este caso, no tuvo lugar el defecto sustantivo alegado por el accionante. (Sentencia T-142 de 2019)

Más allá de estos reconocimientos sobre el principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, es posible identificar unas consideraciones que pueden servir como el verdadero precedente en esta sentencia. El precedente² que puede señalarse de la *ratio decidendi* de la Sentencia T-142 de 2019 no es, como se podría pensar, que el principio de oportunidad es plenamente aplicable en cualquier caso de

2. Se puede anotar en este punto que aún existe un tema problemático sobre los precedentes que puedan extraerse de Sentencias de Tutela. En reciente providencia del Consejo de Estado Sección Quinta, Sentencia 11001031500020200323400 (AC) de Sep. 24/20, se recordó que en el mejor de los casos las Sentencias T sólo constituyen un criterio auxiliar más no pueden configurarse como precedente en estricto sentido por no poderse extraer de ellas una regla de derecho. Anotamos, sin embargo, que ello es debatible y que como se hizo en el texto sí es posible extraer una regla de derecho a partir de la *ratio decidendi* de una Sentencia de tutela, que pueda aplicarse como precedente en adelante.

un sujeto activo menor de edad. La misma Corte Constitucional reconoció que:

[...] esto no implica que en todos los casos en los que un menor de edad sea el sujeto activo del delito que afecte contra la integridad y formación sexual de otro menor de edad, deba necesariamente concederse beneficios derivados del principio de oportunidad. De acuerdo con la información recaudada por la Corte Constitucional en el presente asunto, debe analizarse cada caso para determinar tanto la justificación del recurso al principio de oportunidad (la reparación del daño causado a la víctima y la adecuada participación de ésta en el marco de la solicitud de aplicación de la medida), como los efectos que generaría la sanción penal respecto del menor agresor para concluir si, en cada caso concreto, resulta factible la alternatividad penal. También, debe recordarse que la concesión de beneficios como la alternatividad penal debe tomar en consideración también los derechos de las víctimas a la reparación integral, lo que debe ser examinado en desarrollo del control jurídico de legalidad, llevado a cabo por parte del juez de control de garantías.

El verdadero precedente es que dicha prohibición legal se puede inaplicar en aquellos casos donde se concluya la necesidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad fruto de un test de proporcionalidad en el caso concreto. Así las cosas, la Corte concluye que es necesario realizar una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico, tomando en cuenta también normas, principios y valores constitucionales que prevalecen sobre cualquier norma legal.

Esto significa, en palabras sencillas, que pese a la irracionalidad legislativa, es posible ponderar las prohibiciones legales frente a consideraciones del orden constitucional. El principio de oportunidad, en consecuencia, es perfectamente aplicable en aquellos casos donde se muestre como una alternativa necesaria y proporcional. En adelante,

cualquier servidor público que así lo advierta, debe justificar mediante la excepción de inconstitucionalidad, la necesaria aplicación del principio de oportunidad aun cuando existan prohibiciones legales expresas.

CONCLUSIONES

En el presente texto se analizaron los límites institucionales, reglamentarios, judiciales y legales para la aplicación del principio de oportunidad. Se hizo especial énfasis en la necesidad de respetar la independencia y autonomía de los fiscales delegados. De la misma manera, se señaló que el Juez de Control de Garantías no debería hacer un control material del principio de oportunidad a no ser que advierta la existencia de vulneraciones a

los derechos y garantías del imputado o las víctimas. Posteriormente, se estudiaron las prohibiciones legales del Código de la Infancia y la Adolescencia y el Código de Procedimiento Penal, para comprender que el principio de oportunidad es aplicable mediante la excepción de inconstitucionalidad en aquellos casos donde se requiera para respetar el principio de proporcionalidad. Finalmente, se señaló a la Sentencia T-142 de 2019 como un caso donde ya la Corte Constitucional reconoció la aplicación del principio de oportunidad frente a un delito sexual contra un menor de edad, fruto de un análisis de proporcionalidad y de los principios de Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Bernal, J. y Montealegre, E. (2004). *El Proceso Penal: Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- » Christie, N. (1988). *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica.
- » Cita, R. y González, I. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- » Constitución Política de Colombia (1991).
- » Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Editorial Trotta, S.A
- » Fiscalía General de la Nación y otros. (2017). *Principio de Oportunidad: Nociones y procedimiento*. Bogotá, Colombia: Fiscalía General de la Nación; Departamento de Justicia DOJ y OPDAT.
- » Fiscalía General de la Nación. (2016). *Resolución 4155 de 2016*. Colombia.
- » Forero, J. (2013). *Aproximación al estudio del principio de oportunidad*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario y Grupo Editorial Ibáñez.
- » Gómez, C. (2016). *Introducción al Derecho Penal Constitucional*. Ediciones Nueva Jurídica.
- » Ley 1098 de 2006. *Código de la Infancia y de la Adolescencia*. Colombia
- » Ley 906 de 2004. *Código de Procedimiento Penal*. Congreso de la República. Colombia.
- » Perdomo J. (2015). *Fundamentación penal material para el ejercicio procesal del ius puniendi y su renuncia*. *Derecho Penal y Criminología*. 26, 78 (1), pp. 53-86.
- » Sentencia C-127 de 1993. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez.

- » Sentencia C-038 de 1995. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez.
- » Sentencia T-153 de 1998. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- » Sentencia C-037 de 2000 Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- » Sentencia C-979 de 2005. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba.
- » Sentencia C-738 de 2008 Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy.
- » Sentencia SU-132 de 2013. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Julio Estrada.
- » Sentencia T-388 de 2013. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: María Victoria Calle.
- » Sentencia T-762 de 2015. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz.
- » Sentencia C-232 de 2016. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Linares.
- » Sentencia C-520 de 2016. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: María Victoria Calle.
- » Sentencia C-108 de 2017. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas.
- » Sentencia T-215 de 2018. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Cristina Pardo.
- » Sentencia T-142 de 2019. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Linares.
- » Sentencia SU-479 de 2019. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz.
- » Sentencia C-979 de 2005. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- » Sentencia C-387 de 2014. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.
- » Sentencia SP-3723-2018. Radicación 51551. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- » Sentencia SP-2073-2020. Radicación 52227. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- » Urbano Martínez, J. (2006). Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad. *Derecho Penal Y Criminología*, 27(80), 111-128. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/996>

Protección de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario

Protection of indigenous peoples in situations of voluntary isolation

Autores: Ricardo Schembri Carrasquilla, Angela Schembri Peña

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n38.2021.13695>

Para citar este artículo:

Schembri Carrasquilla, R. y Schembri Peña, A. (2021). La Protección de los Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento Voluntario. *Derecho y Realidad*, 19 (38), 131-147.



Protección de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario

Protection of indigenous peoples in situations of voluntary isolation

Ricardo Schembri Carrasquilla

Jefe del Servicio Jurídico de la Comunidad Andina (Lima, Perú). Presidente del Consejo Superior de la Universidad Andina Simón Bolívar. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con posgrados en Derecho Público Comparado (Italia), Derecho Administrativo y Derecho de los Negocios (Colombia), magister en Integración (Venezuela), doctor en Gobernabilidad (España); litigante, asesor y consultor internacional. Académico y directivo universitario. ricardoed.schembri@gmail.com

Angela Schembri Peña

Abogada egresada de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), magister en Derecho Internacional de la Universidad París I Panthéon-Sorbonne (Francia). Cónsul Honoraria de la República de Malta en Colombia. Asesora y consultora Internacional. Docente universitaria. Asistente de investigación en la Línea derechos humanos, desarrollo y empresa en la Pontificia Universidad Javeriana. angela.schembri92@gmail.com

Recepción: Junio 29 de 2021

Aceptación: Julio 19 de 2021

RESUMEN

La presencia de pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario o contacto inicial es un fenómeno frecuente en la era actual en el continente americano; de hecho, la mayoría de ellos se encuentran ubicados en la selva Amazónica. La regulación y protección jurídica de estas comunidades, en un contexto multicultural, se erige como un desafío para el derecho, por esta razón, en el presente artículo se estudian las disposiciones de la legislación colombiana e internacional, encaminadas a proteger a los pueblos indígenas en

aislamiento, identificando y analizando los principios fundamentales que rigen su protección jurídica: libre autodeterminación, no contacto, protección especial e intangibilidad territorial, en virtud de los cuales los Estados deben reconocer, respetar y proteger los territorios y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva. Se busca analizar, desde un punto de vista sociojurídico, la tensión existente entre el deber de no intromisión del Estado y su soberanía en los territorios pertenecientes a los pueblos

* Artículo de reflexión. Trabajo realizado en actividades profesionales de consultoría e investigación en América Latina.

indígenas en aislamiento voluntario, así como la garantía del multiculturalismo y el respeto de la voluntad y autodeterminación de estos pueblos, concluyendo que se trata de un régimen jurídico *sui generis* que dota de derechos extraordinarios a estos pueblos y cuyo análisis amerita una investigación de derecho comparado detallada, en los países latinoamericanos.

PALABRAS CLAVES

Pueblos indígenas en aislamiento; derechos de los pueblos; principio de no contacto; protección especial; autodeterminación; sistema interamericano de derechos humanos.

ABSTRACT

The presence of indigenous peoples in a situation of voluntary isolation or initial contact is a frequent phenomenon in the current era in the American continent; most of them are located in the Amazon rainforest. The regulation and legal protection of these communities, in a multicultural context, stands as a challenge for the law. For this reason, this article studies the provisions of Colombian and international legislation, aimed at protecting indigenous peoples in isolation, identifying and analysing the fundamental principles that govern their legal protection, namely: Free self-determination, no contact, special protection and territorial intangibility, which impose on the States the obligation to adopt adequate policies and measures, with the knowledge and participation of indigenous peoples and organizations, to recognize, respect and protect the territories and cultures of these peoples, as well as the guarantee of multiculturalism and respect for the will and self-determination of these peoples, concluding that it is a *sui generis* legal regime that endows these peoples with extraordinary rights and whose analysis warrants a detailed comparative law investigation in Latin American countries.

KEYWORDS

Pueblos indígenas en aislamiento; derechos de los pueblos; principio de no contacto;

protección especial; autodeterminación; sistema interamericano de derechos humanos.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo abordar el fenómeno de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario desde una perspectiva sociojurídica. Este fenómeno es característico del continente americano, en particular de la región latinoamericana, con especial presencia en la selva amazónica.

La regulación del régimen de protección de los pueblos indígenas desde el derecho se erige como un desafío para las constituciones, normas nacionales e internacionales en América, que se ha caracterizado por la presencia de diversas comunidades que han marcado la multiculturalidad del continente. Son numerosos los pueblos indígenas presentes en el territorio, cada uno con costumbres, religiones, y conocimientos tradicionales diversos. Además, cada uno de estos pueblos tiene un variado nivel de interacción con la sociedad occidental: hay pueblos que permanecen en sus resguardos o territorios indígenas, incluso algunos Estados los reconocen una jurisdicción autónoma, denominada jurisdicción indígena; y, a su vez, se identifican casos de pueblos indígenas que se integran con la sociedad o cuyos miembros se adaptan al denominado modelo capitalista. Pero, por el contrario, también existen pueblos indígenas que deciden vivir voluntariamente aislados, por lo que ninguna persona externa, ni siquiera el Estado pueden penetrar en su realidad autónoma e independiente. Teniendo en cuenta lo anterior, se plantea la pregunta: ¿cuál es el régimen jurídico de protección aplicable a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario en América Latina?

El régimen jurídico de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario amerita una especial atención y un juicioso estudio, puesto que pone en tensión el deber de los Estados de reconocer, respetar y proteger los territorios y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva; poniendo límites importantes a su soberanía territorial frente al deber de

no intromisión del Estado en los territorios indígenas. No obstante, hay cuestiones como la protección del medio ambiente o de los derechos humanos, así como la garantía del orden público en el territorio estatal, los cuales representan dificultades al momento de respetar la intangibilidad de estos pueblos; y, para determinar si se trata de una prohibición absoluta o si le aplican excepciones, ya que este deber se relaciona intrínsecamente con la garantía del multiculturalismo, el respeto de la voluntad y la autodeterminación de los pueblos indígenas. Con base en lo anterior, los objetivos de este artículo son: contextualizar la situación de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario en América Latina, identificar el régimen jurídico aplicable a estos pueblos –desde el punto de vista del derecho nacional y del sistema interamericano–, proponer posibles soluciones y perspectivas para abordar la regulación jurídica de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario en América Latina.

Para ello se abordará la siguiente estructura: en primer lugar, se realiza una descripción general del fenómeno de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario; en segundo lugar, se analiza el régimen jurídico aplicable; posteriormente se analizan los mecanismos de protección en favor de estos pueblos y, por último, en la conclusión se plantea que el régimen jurídico aplicable a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, que se trata de un régimen jurídico sui generis, el cual reconoce derechos extraordinarios en cabeza de estos pueblos.

DESCRIPCIÓN GENERAL: EL FENÓMENO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO VOLUNTARIO

Dentro de este convulsionado mundo, pleno de contradicciones y transformado enteramente al acomodo del ser humano, que es la especie dominante, aún en pleno tercer milenio se encuentran grupos de personas que de una manera u otra han

logrado sobrevivir con sus dispersos conglomerados y por voluntad propia se han mantenido al margen de la civilización, viviendo aislados y en estado de naturaleza, lejos de todo adelanto o invento, aparatos tecnológicos, avances científicos, medios de comunicación y de transporte, comida industrializada, cadenas de supermercados, servicios públicos domiciliarios, corrientes filosóficas, dogmas religiosos, iglesias evangelizadoras, colonizadores, colonos, gobiernos estatales, delincuencia, diversiones masivas, congestiones humanas y vehiculares, depredación ecológica, confort y bienestar con gran cantidad de medios.

Resulta difícil imaginar esta situación y aún más difícil visualizar cómo lo han logrado, pero lo han hecho. Viven aislados, no conocen ni utilizan ningún aparato o elemento de la civilización, no tienen contacto por fuera de su grupo y zona de vida, tienen una economía de recolección en la naturaleza, probablemente son nómadas estacionarios; pueden tener o haber tenido contactos esporádicos con la civilización, muchos de ellos violentos, pero a pesar de saber de la otra opción de vida prefieren mantenerse aislados.

Es una decisión a lo mejor incomprensible para muchos por multiplicidad de razones, pero es su decisión y hay que respetarla. Es probable que la forma de vida que estos pueblos aislados mantienen y que se asemeja a la de los primeros humanos que habitaron la Tierra sea en el fondo profundamente sabia y esté llamada a perseverar por mucho tiempo más o simplemente sea una forma de vida perenne; no se puede afirmar arrogantemente que la vida en civilización sea mejor *per sé* pues basta ver los terribles conflictos que han azotado a la humanidad, el hambre y la carencia de agua de millones, el estrés que acosa a los seres humanos, las dificultades de vida en sociedad, la agobiante omnipresencia del Estado en la vida de las personas, la violencia y la delincuencia, para darse cuenta de que la vida en civilización dista mucho de ser ideal para el ser humano.

Así que sin la arrogancia de quien cree tener la verdad, con la humildad tan

necesaria para la convivencia, con la certeza de que no somos ni perfectos ni mucho menos infalibles, debemos respetar profundamente esta decisión, admirar esa forma de vida sin idealizarla, pero por supuesto dudar de si los equivocados somos quienes vivimos sumidos en el convulsionado mundo “civilizado”.

Por todo ello, desde hace unas décadas se ha logrado un consenso mundial o al menos un criterio mayoritario de que hay que proteger esa forma de vida, hay que hacerla respetar por todos, se deben conservar sin acceso alguno los territorios de estos pueblos, se debe vetar toda interferencia o pretensión colonizadora o evangelizadora, no se pueden admitir presiones económicas extractivas o explotadoras de ninguna índole que afecten a estos especiales seres humanos, todo lo cual implica además preservar estas zonas naturales.

El problema radica en que se empiezan a vislumbrar fisuras en esa visión externa y ya no solamente explotadores ilegales pretenden incursionar en los territorios protegidos como reserva natural o como asiento territorial de los pueblos aislados sino que agresivas y retardatarias concepciones políticas están sorpresivamente llegando al poder para desde allí instaurar todo un andamiaje político y económico antiecológico, negacionista del cambio climático y del daño ambiental, decididos a destruir lo que sea en aras de un pretendido “desarrollo”, siniestras políticas estas que están llegando al poder en muy poderosos e importantes países. Por ello, todo lo avanzado en materia ambiental en las últimas décadas está en grave peligro, el consenso mundial al respecto se ha roto y lo logrado hasta ahora será aún más difícil de hacer avanzar y consolidar. Así que a la lista de peligros que amenazan a los pueblos aislados y al medio ambiente, se debe añadir uno muy grave: los gobiernos negacionistas, antiecológicos e invasores. Pueblos aislados en estado de naturaleza existen en varias partes del mundo y se tienen noticias de ellos en la India, en Indonesia, en Australia, en Siberia. (El Tiempo, 2018).

En América Latina sin duda hay una fuerte presencia de pueblos aislados, según la información expuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el documento de trabajo titulado: Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto a sus Derechos Humanos, acorde con lo expuesto a continuación:

En el continente americano se sabe de la presencia de pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario o contacto inicial en Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela. También hay indicios de su presencia en Guyana y Surinam, en las zonas fronterizas con Brasil. Brasil es el país con la mayor diversidad de pueblos indígenas en aislamiento, seguido por Perú y Bolivia. (CIDH, 2013, p. 5).

Pero, según los datos proporcionados por la CIDH, probablemente el mayor número de seres humanos que tienen esa condición habitan en la Amazonia, que es, a la vez, la selva tropical más grande del mundo, la mayor reserva acuífera, el mayor ecosistema existente con la mayor biodiversidad y por todo ello debe por supuesto ser objeto de la más importante, vigorosa, eficaz, eficiente y plena protección, pues son el hábitat de estos pueblos, los cuales “habitan en las zonas más remotas y de difícil acceso de Sudamérica, en la selva amazónica y la región del Gran Chaco” (CIDH, 2013, p. 6).

Es fundamental proteger el hábitat de estos pueblos, ya que su supervivencia está ligada de forma intrínseca a la preservación y protección de su territorio, ante –por ejemplo– la amenaza de la explotación de los recursos naturales, tanto de forma legal o ilegal, o incluso los efectos nocivos que el cambio climático puede generar en los diversos ecosistemas.

Teniendo en cuenta el informe mencionado, la magnitud y diversidad de los pueblos indígenas aislados en el mundo, es sorprendente, y además muchos de ellos no han podido ser identificados. En efecto, en su Informe, la Comisión Interamericana

establece que “es imposible saber cuántos pueblos o personas indígenas permanecen en aislamiento, pero algunos cálculos se refieren a unos 200 pueblos y aproximadamente 10.000 personas” (CIDH, 2013, p. 6).

A pesar de la difícil individualización de los pueblos indígenas aislados, al igual que las dificultades en la delimitación de su territorio, no cabe duda de que su protección abarca la intangibilidad territorial, así como la protección de los derechos colectivos e individuales de sus miembros.

En el Amazonas se estima que habitan varios pueblos en aislamiento, los cuales viven en estado de naturaleza. De acuerdo con las cifras expuestas en el Informe Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto a sus Derechos Humanos, de la CIDH: “los Estados de la región han reconocido, en diferentes términos y con diferentes niveles de protección, más de nueve millones (9.000.000) de hectáreas a favor de pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial” (CIDH, 2013, p. 6) y se calcula que estos son aproximadamente 10.000 personas, esto arroja una increíble densidad poblacional de un habitante por cada novecientas (900) hectáreas. Por tanto, los Estados, deben adoptar medidas de protección de los ecosistemas naturales, encaminadas a la protección de los recursos naturales y de la integridad territorial del hábitat de estos pueblos, por ejemplo:

Se calcula que en Brasil hay cerca de 70 pueblos en aislamiento voluntario. Perú, por otro lado, tiene 5 pueblos en aislamiento voluntario confirmados: los “Isconahua”, “Mashco Piro” y “Murunahua” en la región de Ucayali; “Madre de Dios” en la región de Madre de Dios; y “Kugapakori, Nahua, Nanti y Otros” entre las regiones de Cusco y Ucayali. Actualmente, existen cinco reservas territoriales que protegen a los pueblos en aislamiento y que abarcan 2 millones de hectáreas del territorio peruano, según Mongabay. (El Espectador, 2018a).

Por otro lado, en el caso de Colombia, el expresidente Juan Manuel Santos señaló que se habían identificado diversas comunidades de este tipo en el territorio colombiano. Por lo tanto, el gobierno nacional promulgó el Decreto 1232 del 17 de julio de 2018 para la protección de las comunidades indígenas en aislamiento, cuyos efectos jurídicos se aplican en todo el territorio nacional. De acuerdo con la opinión del columnista Barragán de la prensa nacional colombiana, RCN Radio:

[...] el decreto que firmó el presidente Santos establece que las autoridades se podrían trasladar a zonas del país en las que al parecer existen grupos indígenas huyendo de enfermedades, esclavitud y un proceso de evangelización. En el país existirían más de 16 indicios de la eventual presencia de comunidades en estado natural, población que estaría ubicada en la cuenca amazónica. (RCN Radio, 2018).

Así mismo, el gobierno creó mediante el decreto arriba mencionado el Sistema Nacional de Prevención y Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento, reconociendo que la supervivencia de los Pueblos Indígenas está ligada a la protección y reconocimiento de su territorio como propiedad colectiva e intangible y al ejercicio del derecho a su autodeterminación. Cabe resaltar que el presente decreto establece el principio de participación, según el cual debe garantizarse la plena participación de las autoridades indígenas legalmente constituidas y de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas directamente colindantes ante las diversas instancias y frente a las distintas entidades del Estado comprometidas con el desarrollo, ejecución y seguimiento de las medidas de prevención y protección establecidas.

Por las razones de su aislamiento milenario y su protección actual, no se conoce la realidad sociológica de estos pueblos; se asume claramente que viven y se alimentan de recoger los frutos de la tierra que habitan, cazan, pescan, se movilizan

cuando hay escases de alimentos en una zona determinada, son de hábitos estacionarios, viven de la selva. Estas circunstancias tienen un impacto en su protección pues la imposibilidad de determinar un territorio permanente, así como las dificultades en la identificación del grupo son susceptibles de generar un impacto negativo en la protección de sus derechos.

Por otro lado, los Pueblos Indígenas aislados perciben las intrusiones como actos hostiles. Así, por ejemplo, en noviembre de 2018 un joven misionero americano que buscaba acceder a una tribu aislada en la India para evangelizarla fue muerto a flechazos, pues “al vivir aislados del mundo, esta comunidad no tiene un sistema inmunitario adaptado contra las posibles infecciones presentes en los organismos de los intrusos”. (El Espectador, 2018b).

Surgen entonces una gran cantidad de interrogantes: ¿tienen algún tipo de justicia sancionatoria? o ¿cuentan con alguna forma de poder político? o ¿existe alguna normatividad social? o ¿tienen escritura? Por su estructura social confirmarían que el ser humano no es el animal político *zoon politicon* aristotélico sino, al decir de liberales y comunistas, el ser humano en su estado de naturaleza vive sin estar sometido a poder político alguno y solamente a través del contrato social (liberales) o del sometimiento de la clase dominante que emerge (comunistas) se vincula a ese poder político cuando surge el Estado como instrumento de dominación. ¿Cuál es entonces su realidad sociopolítica?

Se trata, sin duda, de un maravilloso laboratorio social, pero es inaccesible y debe continuar así. Probablemente sean depositarios de grandes conocimientos herborísticos que les permitan palear sus problemas de salud. Se movilizarán a pie y en canoas y seguramente tendrán algún tipo de vivienda. Y todo lo demás queda a la imaginación. Maravilloso sería poder observarles sin ser intrusos, poder conocerles sin incursionar en sus territorios, pero ello es precisamente lo que se busca evitar, así que estas y tantas otras incógnitas

tendrán que quedarse sin solución en aras de preservar y respetar este aislamiento voluntario de los pueblos que aún hoy viven en estado de naturaleza y que por ello son admirables e incluso hasta envidiables en alguna medida y en el buen sentido de la palabra.

Tampoco se debe idealizar su situación, su vida tendrá muchos problemas y deben afrontarlos en su estado de naturaleza, sin los apoyos y comodidades de la vida moderna, sin el bienestar y ayuda que pueda dar el Estado, con desconocimiento de tantos avances científicos y tecnológicos con que cuenta el resto de la humanidad. Se trata pues de un aislamiento como el acto volitivo de evitar toda interacción y/o contacto con agentes de la civilización y de los diversos grupos de la sociedad. Según el profesor Rivas Toledo, esta decisión de aislamiento:

[...] es regularmente el producto de encuentros dramáticos con efectos negativos para su sociedad, como por ejemplo enfermedades, epidemias; heridos y asesinados en actos de violencia física (masacres, crímenes, desalojos, tiroteos), exfoliación de sus recursos naturales (genes, fauna, flora, minerales, hidrocarburos), secuestros y otros eventos que en general vulneran su vida, territorios y entornos naturales. (Rivas-Toledo, 2007, p. 2).

Pues bien, esa extraordinaria forma de vida ha pasado a ser protegida por la comunidad internacional, por los gobiernos nacionales y territoriales, por los pueblos indígenas con ella colindantes. En efecto, la doctrina reconoce que las estrategias de protección de los pueblos aislados constituyen “un reto para las políticas públicas de los Estados Nacionales sudamericanos, marcadas en las últimas décadas por el surgimiento del multiculturalismo de frente a la pluriculturalidad y de la gestión ambiental como respuesta al deterioro ambiental acelerado”. (Rivas-Toledo, 2007, p.1).

Los principios fundamentales que rigen la protección jurídica especial de los Pueblos Indígenas Aislados son: Libre

autodeterminación, No contacto, Protección especial e Intangibilidad territorial, los cuales le imponen a los Estados la obligación de adoptar políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger los territorios y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva, y que a su vez le imponen obligaciones de no hacer al Estado y a la sociedad, como por ejemplo la no intrusión. Pero entonces ¿esto implica que, en esas grandes extensiones territoriales con poquísimos pobladores, el correspondiente Estado ha renunciado a su soberanía? Por supuesto que no, simplemente el mismo Estado está decidiendo no actuar allí ni permitir a nadie hacerlo, precisamente por su decisión política de proteger a estos pueblos aislados en condición de naturaleza; de hecho, la intangibilidad territorial tiene importantes excepciones jurídicas como se verá más adelante.

Ahora bien ¿qué pasaría si los mismos pueblos en estado de naturaleza o algunos de sus habitantes deciden salir de su aislamiento? Sencillamente serían aceptados en la civilización para ser incorporados a la misma: es su decisión, es su voluntad lo que los mantiene en aislamiento, mal podría el Estado negarle a cualquier ciudadano el acceso a la seguridad social, la educación, el empleo, la salud si esa es su decisión. Y si en una emergencia, como: una plaga, epidemia o catástrofe natural, los pobladores aislados piden auxilio o apoyo temporal, pues habría que dárselos como un deber constitucional de todo gobierno. Es decir, no es que por ese respeto a su aislamiento el Estado pueda considerar que hay una irrevocable renuncia de estos ciudadanos a sus derechos políticos, económicos o sociales; ellos siguen siendo detentadores de los mismos y si los requieren, hay que asegurárselos.

Planteado así el panorama general pasemos ahora a conocer las normas específicas que a nivel internacional y en Colombia protegen a estos pueblos aislados en estado de naturaleza. Por supuesto una cosa es que la norma esté vigente y otra muy distinta que sea eficaz, que se cumpla; así que

lo primero es lograr la vigencia normativa, pero esta no puede ser la meta pues después se requiere poner en marcha todo el andamiaje estatal y la vigilancia ciudadana para que estas normas sean eficaces y para que se sancione su incumplimiento.

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO VOLUNTARIO

La protección jurídica de los pueblos indígenas aislados o en estado de naturaleza presenta unas condiciones normativas extraordinarias, que corresponden precisamente a la condición sociológica *sui generis* de estos grupos humanos.

En primer lugar, es fundamental definir qué se entiende por pueblos indígenas aislados o en estado de naturaleza. Según lo establecido por la Comisión Interamericana en el citado informe titulado “Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos”:

“los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario son pueblos o segmentos de pueblos indígenas que no mantienen contactos sostenidos con la población mayoritaria no indígena, y que suelen rehuir todo tipo de contacto con personas ajenas a su pueblo. También pueden ser pueblos o segmentos de pueblos previamente contactados y que, tras un contacto intermitente con las sociedades no indígenas han vuelto a una situación de aislamiento, y rompen las relaciones de contacto que pudieran tener con dichas sociedades”. (CIDH, 2013, p. 4).

Se evidencia la presencia de un elemento voluntario, pues es la libre decisión de los pueblos indígenas el permanecer aislados. No obstante, la CIDH relativiza este componente volitivo, ya que en ocasiones la decisión de permanecer en o volver al aislamiento en realidad obedece a las presiones de la

sociedad envolvente sobre sus territorios, y no un ejercicio libre de su voluntad. La decisión de permanecer en aislamiento es una estrategia de supervivencia y es la pura expresión de la autonomía y del ejercicio de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. Es usual que el rechazo al contacto con terceros sea producto de experiencias negativas como por ejemplo rechazo, discriminación o violencia. Se destaca, además, que el estado de aislamiento no se pierde en caso de contactos esporádicos de corta duración con agentes externos. Por otro lado, en lo referido al componente de "estado natural", la legislación colombiana ha establecido, en su Decreto 1232 de 2018, que este término hace referencia a su estrecha relación con los ecosistemas, su forma de vida originaria y al alto grado de conservación de sus culturas.

La protección jurídica de los pueblos indígenas aislados o en estado natural empieza a darse mediante la aplicación de normas de protección de los derechos humanos, y se amplía mediante la protección de los derechos colectivos de las poblaciones indígenas a nivel general, esto es sin hacer alusión específica a los pueblos aislados. Por lo tanto, los indígenas aislados son titulares de una protección de los derechos individuales de sus miembros, así como de los derechos colectivos de todos los pueblos indígenas y en particular de la protección *sui generis* otorgada a los pueblos indígenas aislados.

Probablemente la primera norma jurídica que a nivel mundial hizo alusión específica a estos pueblos indígenas aislados fue la Ley Indígena, No. 6.001139 que expidió Brasil en 1973, lo que deriva claramente del hecho de ser Brasil el país con mayor cantidad de pueblos aislados en el mundo. Posteriormente empezó a darse una cierta evolución a nivel jurídico internacional y así en interpretación extensiva se ha asumido que el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) contiene normas alusivas a los pueblos indígenas aislados, pues el mismo establece que: "[I]os gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la

participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad".

Pero es en el Siglo XXI cuando aparecen variadas regulaciones específicas con reconocimiento explícito de estos grupos humanos y la declaración de sus derechos, que bien se pueden catalogar de extraordinarios por ser exclusivos para esta muy minoritaria población y por alterar en buena medida todo el andamiaje jurídico institucional de los derechos humanos. Se propone entonces el adoptar esta denominación por ser la que mejor refleja esta situación jurídica atípica pero legal. Así, las primeras declaraciones de los derechos extraordinarios de los pueblos indígenas aislados o en estado de naturaleza se dan a través de normas internacionales de *soft law* o derecho internacional no vinculante para los Estados, como son las "Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay", publicado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en 2012, así como el documento "Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos", de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, publicado en 2013.

En 2016 surge la primera norma jurídica internacional en la cual se regulan estos pueblos con normas jurídicas vinculantes: la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada el 14 de junio de 2016 por la Organización de los Estados Americanos, la que en su artículo XXVI establece que los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario o en contacto inicial tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente, y que los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger los territorios y culturas de estos pueblos,

así como su vida e integridad individual y colectiva.

Se encuentran también una diversidad de normas de derecho interno que progresivamente han ido desarrollando en las diversas legislaciones nacionales la regulación de este muy interesante fenómeno jurídico que se da en torno a estos grupos humanos extraordinarios.

En Colombia esta legislación específica y/o expresa se inicia con el Decreto Ley 4633 de 2011 que por primera vez en la legislación colombiana regula en dos de sus disposiciones esta realidad sociológica pues determina en su artículo 17 lo siguiente:

[...] el Estado garantizará el derecho de los pueblos indígenas no contactados o en aislamiento voluntario a permanecer en dicha condición y vivir libremente, de acuerdo a sus culturas en sus territorios ancestrales. Por tanto, como sujetos de especial protección, en ningún caso podrán ser intervenidos o despojados de sus territorios ni serán objeto de políticas, programas o acciones, privadas o públicas, que promuevan el contacto o realicen intervenciones en sus territorios para cualquier fin". Además, en el artículo 71 estipula que "deberán concertarse medidas de prevención, atención, protección y medidas cautelares tendientes a la protección inmediata y definitiva de las estructuras sociales, culturales y territorios ancestrales de los pueblos indígenas no contactados o en aislamiento voluntario.

Luego se expidió el Decreto 1232 de 2018, con el cual el Estado colombiano regula íntegramente esta situación jurídica y en el que establece medidas especiales de prevención y protección de los derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento o Estado Natural y se crea y organiza el Sistema Nacional de Prevención y Protección de los derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento o Estado Natural. Es decir, es una norma que en todo su articulado regula la protección de estos pueblos y que busca ser integral en ese propósito.

También la normatividad indígena, expedida por los mismos pueblos indígenas, ha visualizado y regulado la situación para aquellos en estado de aislamiento. Así, por ejemplo, en Colombia, las autoridades indígenas del Resguardo Curare, los Ingleses, en su calidad de gobierno propio, en observancia de la Ley de Origen, el Derecho Mayor o Derecho Propio de sus comunidades, y en ejercicio de los derechos conferidos por la Constitución Política, en el marco de la Jurisdicción Especial Indígena, emitieron la Resolución 001 de 2013, a través de la cual se reconoció la presencia de pueblos indígenas en aislamiento en la jurisdicción del territorio del resguardo y se formalizaron las decisiones de protección de dichos pueblos.

La Comisión Interamericana ha descrito de forma detallada el desarrollo de las normatividades nacionales sobre este fenómeno (vigentes en 2013); se trata del mejor trabajo recopilatorio realizado sobre la materia y bien vale la pena denotarlo para futuros desarrollos y actualizaciones en estudios de derecho comparado que aboque la academia de la región amazónica. En su análisis, la Comisión establece que "algunos países de la región han adoptado legislación y medidas administrativas a nivel interno para proteger a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial." (CIDH, 2013).

En este aspecto las constituciones de Ecuador y Bolivia abordan directamente los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y les reconocen explícitamente sus derechos.

Los derechos de dichos pueblos son el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, así como sus tradiciones ancestrales y formas de organización social, la posesión ancestral irreductible e intangible de su territorio. Un aspecto interesante de la ley de Ecuador es que la misma prevé que la violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. Además, es deber del Estado garantizar la aplicación de

estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad.

Por otro lado, la Constitución Política de Bolivia reconoce a los pueblos indígenas los derechos a existir libremente, a la libre determinación y a la territorialidad, y dispone además el respeto de las formas de vida individual y colectiva de los pueblos indígenas originarios en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y no contactado. Adicionalmente, la Constitución prevé que las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, y a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan.

La Constitución de la República de Brasil, en su artículo 231, reconoce la organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones de los pueblos indígenas, así como los derechos sobre las tierras que han ocupado tradicionalmente. De manera similar, la Constitución de la República del Paraguay prohíbe la remoción o traslado de pueblos indígenas de su hábitat sin su expreso consentimiento y lade Venezuela (1999) también reconoce los derechos de los pueblos indígenas a su organización social, sus culturas, usos y costumbres.

La Constitución Política de Colombia de 1991, por su parte, trata sobre el régimen especial de territorios indígenas, pero no aborda el tema de pueblos en aislamiento o contacto inicial. Sin embargo, en sus artículos 7 y 8, reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana y determina que es obligación del Estado y las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

Asimismo, la CIDH ha tomado nota que algunos de los Estados con presencia de pueblos en aislamiento han implementado el delito de genocidio en los términos de la Convención contra el Genocidio. A esto se suma la adopción de normatividad interna especial encaminada a la protección de los pueblos indígenas aislados. Otro mecanismo particular de protección lo constituyen las reservas indígenas, que se originan por

primera vez en la ley peruana, en las cuales no se pueden establecer asentamientos poblacionales distintos a los de los pueblos en aislamiento o contacto inicial, y se prohíbe toda actividad diferente a la de los usos y costumbres ancestrales de los pueblos indígenas que allí habitan.

Las medidas de este tipo tienen un impacto en la explotación de los recursos naturales del territorio, los cuales pueden ser usados exclusivamente por sus habitantes para sus actividades tradicionales y de subsistencia, sin interferencia de terceros, salvo en caso de necesidad pública del Estado. En Ecuador, el Estado adoptó la Política Nacional de los Pueblos en Situación de Aislamiento Voluntario, dirigida principalmente a asegurar el respeto a los derechos de los pueblos Tagaeri y Taromenane que se encuentran en situación de aislamiento en Ecuador, tal como fue establecido en el Informe 96 de 2014 de la CIDH, que será analizado posteriormente. La legislación ecuatoriana se destaca por consolidar y potenciar el principio de intangibilidad; asegurar la existencia e integridad física, cultural y territorial de los pueblos en aislamiento voluntario y velar por la protección de la dignidad humana, entre otros. (CIDH, 2014, p. 29).

Algunos estudiosos han avanzado en la comparación normativa de la protección de los pueblos indígenas aislados como es el caso de la académica peruana Beatriz Huertas Cantillo en su escrito Normatividad sobre Pueblos Indígenas en Aislamiento, contacto reciente y contacto inicial en la región andina, en el cual la autora busca realizar lista armonizada de normas, reglamentos y otros instrumentos, correspondientes a diferentes sectores del Estado, referidos a pueblos indígenas en aislamiento, contacto reciente y contacto inicial, en la región, con el objetivo de presentar “el estado del arte” con respecto a los instrumentos legales, técnicos y operativos existentes para la protección de dichos pueblos. Sin embargo, consideramos de suma importancia realizar un esfuerzo académico conjunto para la investigación y publicación de un estudio de derecho

comparado sobre este tema en la región amazónica.

MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO VOLUNTARIO

Aparejada con esta normatividad jurídica se han desarrollado políticas públicas dirigidas a proteger a los pueblos indígenas aislados o en estado de naturaleza, implementadas por los Estados y/o por organismos internacionales como es el caso de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Bien valdría la pena que la OTCA y los países amazónicos tramitaran ante la UNESCO el que las costumbres y forma de vida de los pueblos indígenas aislados o en estado de naturaleza del Amazonas sean declarados Patrimonio Cultural Inmaterial (PCI) y que por ello contasen con un plan especial de salvaguardia a nivel nacional e internacional (UNESCO). Colombia después de haber suscrito la Convención de la UNESCO de 2003, adoptó en 2006 la lista representativa de patrimonio cultural inmaterial como uno de los instrumentos para promover su salvaguardia. En efecto, a partir de la implementación de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, adoptada en 2003, define como patrimonio inmaterial:

[...] todo aquel patrimonio que debe salvaguardarse y consiste en el reconocimiento de los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas transmitidos de generación en generación y que infunden a las comunidades y a los grupos un sentimiento de identidad y continuidad, contribuyendo así a promover el respeto a la diversidad cultural y la creatividad humana.

La Convención puede ser utilizada como un instrumento para la protección de los pueblos indígenas aislados, con miras a salvaguardar su identidad cultural, su supervivencia y modo de vida, y en consecuencia la intangibilidad de sus costumbres y su integridad. En líneas generales, el PCI puede ser integrado por manifestaciones que correspondan a la lengua y tradición oral de las comunidades, que se constituyen como un medio de expresión o comunicación de los sistemas de pensamiento, así como un factor de identidad e integración de los grupos humanos; su organización social, por ejemplo los sistemas organizativos tradicionales, incluyendo el parentesco y la organización familiar; los conocimientos tradicionales sobre la naturaleza y el universo; la medicina tradicional, así como los conocimientos y prácticas tradicionales de diagnóstico, prevención y tratamiento de enfermedades; los medios de producción tradicional agropecuaria, forestal, pesquera y la recolección de productos silvestres; las técnicas y tradiciones asociadas a la fabricación de objetos artesanales, las artes populares, los actos festivos y lúdicos, así como los eventos religiosos tradicionales; las técnicas tradicionales asociadas al hábitat, como los relacionados con la construcción de la vivienda y las prácticas culturales asociadas a la vida doméstica.

Por último, para ser incluida como PCI, la manifestación debe ser relevante, pertinente, representativa de los procesos culturales y de identidad del grupo, comunidad o colectividad, así como parte fundamental de su identidad, memoria, historia y patrimonio cultural. De esta forma, su conocimiento y valoración tendría como consecuencia la protección y el fomento de la identidad cultural de los Grupos Indígenas Aislados (GIA) y contribuiría a su preservación y protección.

Ante la pluralidad de peligros que amenazan a los indígenas aislados, surge la necesidad de la adopción de medidas de prevención y protección de sus derechos. La CIDH estableció como factores de riesgo para estos grupos: el contacto; las presiones

sobre sus tierras y territorios; la extracción de recursos naturales; los contagios y otras enfermedades; las agresiones directas; los proyectos turísticos; el narcotráfico. (CIDH, 2014, p. 45).

La siguiente cita de la Introducción del libro de Roberto Franco (2012) denominado *Cariba Malo* (Blanco Malo) nos presenta magníficamente la visión de estos pueblos aislados ante los terceros que podrían ser catalogados como “intrusos”:

En lo profundo de las selvas más alejadas de las ciudades y pueblos amazónicos colombianos, como San José del Guaviare y Mitú, Araracuara y La Chorrera, La Pedrera o Tarapacá, en medio de estos sitios, todavía hoy, los sabedores y chamanes de los grupos indígenas aislados de la civilización occidental están pensando en el mundo que los rodea: gente blanca o caribas que han querido contactarlos en medio de cantos religiosos en una lengua incomprensible, aviones que pasan en sus rutas de Bogotá a Leticia, guerrilleros que recorren armados sus caminos, extraños caminantes con caras codiciosas cargando bateas y palas, que pasan por su territorio en busca de quién sabe qué, barcos inmensos iluminados en la noche, lavando las arenas auríferas del río Puré.

Se evidencia de esta forma la intrusión de terceros contra los GIA, pues la irrupción de las tecnologías modernas, las tentativas de evangelización, la explotación de recursos naturales, las consecuencias negativas de conflictos armados ponen en riesgo su supervivencia física y cultural (Franco et al., 2012, p. 17).

En la aplicación práctica o la dinámica social de estas normas de protección, cabe destacar el rol de la CIDH en la protección de los derechos de los pueblos indígenas aislados en América Latina.

En el Informe 96 del 6 de noviembre de 2014, la Comisión tomó medidas cautelares para proteger a los indígenas aislados Tagaeri y Taromenani en el Ecuador. (CIDH,

2014, Informe 96/14) En el presente caso, la Comisión recibió una petición en la cual se alegaba la responsabilidad internacional de la República de Ecuador por las violaciones a los derechos humanos en perjuicio de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario Tagaeri y Taromenani y sus miembros. Mediante nota recibida por la CIDH el 14 de octubre de 2009, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador” solicitó adherirse a la petición. La petición inicial fue presentada en relación con la falta de adopción por parte del Estado ecuatoriano de mecanismos efectivos para proteger la existencia de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario Tagaeri y Taromenani y su territorio ancestral, ya que estos pueblos fueron presuntas víctimas de diversos actos de violencia, de masacres, así como de la invasión de su territorio ancestral y de la explotación legal de sus recursos naturales.

Los peticionarios alegan que la explotación ilegal de madera se encuentra directamente relacionada con el exterminio de los pueblos indígenas aislados y que se trata de actos de genocidio. Por otro lado, el Estado ecuatoriano, en respuesta a la petición, presenta información relacionada con medidas adoptadas para proteger a los pueblos en aislamiento, tales como el establecimiento y delimitación de una zona intangible, y la adopción de la “Política Nacional de Pueblos en Situación de Aislamiento Voluntario”. Sin embargo, los peticionarios alegan que el Estado no tomó las medidas necesarias para evitar la masacre y los actos de violencia en contra de estos pueblos y que, por tanto, la situación de violencia que amenaza la subsistencia de los últimos pueblos en aislamiento en Ecuador es producto de la inactividad del Estado para protegerlos y de la impunidad en la que permanecen tales crímenes.

Una vez analizados los argumentos de ambas partes, la Comisión decidió declarar el caso admisible. Adicionalmente, en vista de la situación de riesgo, el 10 de mayo de 2006 la CIDH solicitó que el Estado ecuatoriano

adopte medidas efectivas para proteger la vida e integridad personal de los

miembros de los pueblos Tagaeri y Taromenani, en especial adopte las medidas que sean necesarias para proteger el territorio en el que habitan, incluyendo las acciones requeridas para impedir el ingreso a terceros.

Sin embargo, el Estado ecuatoriano argumenta que la petición debe ser declarada inadmisibles por falta de agotamiento de recursos internos y porque los peticionarios buscan que la Comisión se convierta en un tribunal de cuarta instancia. No obstante, dicho Estado actuó diligentemente en la protección de los pueblos Tagaeri y Taromenane, en cumplimiento de las medidas cautelares otorgadas por la CIDH, mediante la ejecución del Plan de Medidas Cautelares que corresponde al espacio en que se encuentran los pueblos en aislamiento, es decir en el Parque Nacional Yasuní, la Zona Intangible Tagaeri-Taromenane y el territorio de la Reserva Waorani.

Es fundamental tener en cuenta que el sistema interamericano se ha constituido como una instancia de protección de los derechos de los pueblos indígenas aislados puesto que la CIDH ha reconocido mediante su jurisprudencia la situación *sui generis* en la cual se encuentran estos pueblos a causa de su condición de aislamiento. Si bien esta condición puede generar dificultades en la posibilidad de individualización de sus miembros, ya que ello presupone el contacto con la sociedad mayoritaria, la Comisión ha considerado que esto no puede suponer un obstáculo para la protección de los derechos de estos pueblos a través del sistema interamericano, el cual tiene la necesidad de tomar en cuenta esta realidad.

De esta forma, el sistema interamericano, mediante diversos pronunciamientos entre los cuales se destacan por ejemplo el caso de la Corte I.D.H de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni. (Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C Nº 79); el informe CIDH No. 62/04, sobre Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros (Ecuador), el informe CIDH No. 58/09, Pueblo Indígena Kuna de Mandungandi y Emberá de Bayano y sus miembros

(Panamá), entre otros, ha reconocido a los pueblos indígenas como sujetos colectivos titulares de derechos reconocidos por los instrumentos interamericanos, y de igual manera ha considerado como esencial el respeto de su decisión de permanecer en aislamiento como expresión de la libre determinación de estos pueblos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reconoció en 2013, a través del documento Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos, el principio de no contacto como manifestación del derecho de esos pueblos a su autodeterminación.

De igual manera, la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada el 14 de junio de 2016 por la Organización de los Estados Americanos, en su artículo XXVI, establece que los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario o en contacto inicial tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente, y que los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger los territorios y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva.

CONCLUSIONES

Lo que se pretende finalmente es denotar cómo esta regulación jurídica cuya evolución aquí se ha descrito se vuelca en la generación de uno derechos extraordinarios a favor de estos singulares pobladores que constituyen una categoría *sui generis*.

De esta manera, los Pueblos Indígenas Aislados (PIA) son titulares de derechos colectivos, así como sus miembros gozan de derechos individuales como por ejemplo a la vida, integridad y dignidad humana, y el territorio en el cual habitan se beneficia de un régimen especial. Según lo enunciado anteriormente, se han presentado importantes avances en materia de las políticas públicas de los estados, en la

protección y prevención de sus derechos, así como en la sanción de su incumplimiento, con miras a garantizar la efectividad del régimen de protección especial para los PIA. No obstante, aún quedan muchos interrogantes que resolver.

En primer lugar, en virtud del principio del no contacto, el Estado correspondiente prácticamente renuncia a la imposición de deberes a estos ciudadanos: no prestan servicio militar, no pagan impuestos, no están registrados, no tienen documentos oficiales, no son censados, etc.; aparejado con ello y en virtud del principio de intangibilidad territorial el Estado en buena medida renuncia al ejercicio de su soberanía en los territorios de estos pueblos aislados y solamente en casos extraordinarios el Estado puede ingresar allí o permitir el ingreso de particulares, como en el caso de necesidad pública de explotación de los recursos naturales (previsto por la legislación peruana), actividades ilegales, ingreso de personas no autorizadas, eventos de salud pública que presenten alto riesgo de contagio y mortalidad para los PIA, seguridad, defensa nacional y orden público, reducción severa de su población, emergencia o desastre antrópico que ponga en peligro a los pueblos aislados (según la legislación de Colombia).

A la vez el aislamiento, el no contacto, la intangibilidad territorial implica que el Estado Social de Derecho no implementa allí políticas públicas, no provee derechos económicos como la salud y la educación, no hay pensiones ni servicios públicos, en fin, los derechos económicos de segunda generación de derechos humanos no están allí implementados; tampoco hay seguridad

ni organismos policiales; es decir, el Estado es legalmente omisivo ante estos pobladores aislados.

Y para poder dar aplicación a la obligación de consulta previa consagrada nacional e internacionalmente ¿qué se puede hacer?, ¿cómo implementar consultas, que son obligatorias para el Estado, con poblaciones indígenas que ni siquiera ese Estado puede contactar? La solución encontrada es la de hacerlas con los pueblos indígenas colindantes, que son aquellas poblaciones no aisladas cuyos territorios son adyacentes a los territorios de los indígenas aislados; estos pueblos indígenas colindantes, en virtud de la ley, actúan entonces como representantes legales de los pueblos aislados y cumplen un papel central y definitivo en la protección de los mismos. Ciertamente y al igual que con los demás grupos indígenas, pero con mayor intensidad con estos grupos aislados, el Estado reconoce el autogobierno indígena y no sabemos si estos pueblos en estado de naturaleza tengan alguna legislación o regulación no escrita, costumbres, jerarquías, jueces o sanciones, poder colectivo, pero lo cierto es que los poderes del Estado allí no se ejercen e impera el principio de la autodeterminación de estos pueblos.

Como se observa, se trata de un fenómeno jurídico totalmente atípico, pleno de interrogantes, completamente contrario a la situación normal de cualquier otro poblador del territorio de un estado, que responde ciertamente a la condición única de estos seres humanos que viven en una maravillosa y excepcional situación, casi de fábula, muy similar a la de los primeros humanos que habitaron la Tierra.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Normatividad

- » Decreto 1232 del 17 de julio de 2018. Sistema Nacional de Prevención y Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento. Gobierno Nacional de Colombia.
- » Constitución Política de Colombia. (1991)
- » Parques Nacionales Naturales de Colombia. (2014). “Guía Institucional para la protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario contacto inicial”

Proyecto conservación de bosques y sostenibilidad en el corazón de la Amazonía (P144271). GEF – Banco Mundial. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/253071598952863346/pdf/Gu%c3%ada-Institucional-para-La-Protecci%c3%b3n-de-los-Pueblos-Ind%c3%adgenas-en-Aislamiento-Voluntario-o-Contacto-Inicial.pdf>

Informes y jurisprudencia

- » CIDH. (2014). Informe 96 de 14, Petición 422-06. Admisibilidad. Pueblos Indígenas en aislamiento Tagaeri y Taromenani. Ecuador, 6 de noviembre de 2014.
- » CIDH. (2013). Informe “Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos”. Relator especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.
- » Corte IDH, Caso de los pueblos indígenas Kuna de Magungandi y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, sentencia del 14 de octubre de 2014.
- » Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni, sentencia del 31 de agosto de 2001.
- » Corte IDH, Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia del 27 de junio de 2012.

Tratados y declaraciones internacionales

- » Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- » Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (2012) "Las Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay".
- » OEA. (2016). Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Artículos

- » Ávila S., R. (2013). *“Los pueblos en aislamiento y nosotros”*.
- » Blohm, M.C. (2019) *Consentimiento libre, previo e informado y Pueblos Indígenas en Aislamiento*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos- OACDH Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Leuphana Universität Lüneburg
- » Franco, R. (2012). Cariba malo: episodios de resistencia de un pueblo indígena aislado del Amazonas. Universidad Nacional de Colombia, Sede Amazonia. Consultado en: <http://www.orasconhu.org/documentos/SI%202%20Base%20de%20datos%20Normas%20PIAV%20y%20CI%20Beatriz%20Huertas.pdf>
- » Huertas C., B. (s.f). *Normatividad sobre pueblos indígenas en aislamiento, contacto reciente y contacto inicial en la Región Andina*. Recuperado en: <http://www.orasconhu.org/portal/sites/default/files/file/webfiles/doc/Normativa%20y%20propuestas%20pueblos%20ind%3%ADgenas%20Beatriz%20Huertas.pdf>
- » Huertas, B. (2002) *Los Pueblos Indígenas en Aislamiento: Su lucha por la sobrevivencia y la libertad*. Lima: IWGIA, pp. 11-14.

» Rivas T, A. (2007) *Los pueblos indígenas en aislamiento: emergencia, vulnerabilidad y necesidad de protección (Ecuador)*. México. Revista Cultura representaciones. Vol.1, No.2.

Sitios web

» CIDH. Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Consultado en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/r/DPI/default.asp> (consultado en mayo de 2021)

» Territorio y Gobernanza. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Consultado en: <https://www.territorioindigenaygobernanza.com/web/pueblos-indigenas-en-aislamiento-voluntario/> (consultado en mayo de 2021)

» UNESCO. Patrimonio Cultural Inmaterial. Consultado en: <https://ich.unesco.org/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003> (consultado el 25 de enero de 2019).

Notas de prensa

» El Espectador. (2018a). “Firman decreto para proteger los pueblos indígenas aislados en Colombia”. 19 de julio de 2018. Redacción Medio Ambiente, Info Amazonía, Consultado en: <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/firman-decreto-para-protoger-los-pueblos-indigenas-aislados-de-colombia-articulo->

» El Espectador. (2018b). “Misionero habría muerto a flechazos intentando evangelizar a una tribu en India”. 22 de noviembre de 2018) Consultado en: <https://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/misionero-habria-muerto-flechazos-intentando-evangelizar-tribu-en-india-articulo-825083>

» El Espectador. (2018c). “Dron revela la existencia de nueva tribu aislada en la Amazonía Brasileña”. (28 de agosto de 2018). Consultado en: <https://www.elespectador.com/ambiente/dron-revela-la-existencia-de-nueva-tribu-aislada-en-la-amazonia-brasilena-article-807941/>

» El Tiempo. (2018). “Tribus aisladas del mundo que ignoran la existencia de la civilización”. (27 de noviembre de 2018). Consultado en: <https://www.eltiempo.com/mundo/mas-regiones/tribus-aisladas-del-mundo-que-ignoran-la-existencia-de-la-civilizacion-298054>

» RCN Radio. (2018). “Gobierno fijó normas para la protección de indígenas en condición de aislamiento”, Barragán, J. (17 de julio de 2018). Consultado en: <https://www.rcnradio.com/colombia/gobierno-fijo-normas-para-proteccion-de-indigenas-en-condicion-de-aislamiento>

» Asociación Ambiente y Sociedad. (2018). “Proteger a los indígenas en aislamiento voluntario, una carrera contra el tiempo”. (5 de julio de 2018) Consultado en: <https://www.ambienteysociedad.org.co/proteger-a-los-indigenas-en-aislamiento-voluntario-una-carrera-contra-el-tiempo/>

» Mongabay Latam. (2019). “Latinoamérica: pueblos en aislamiento enfrentan enfermedades y el avance de actividades ilegales”. (21 de agosto de 2019) Recuperado de: <https://es.mongabay.com/2019/08/latinoamerica-pueblos-en-aislamiento-enfermedades-actividades-ilegales/>

La vida y la obra de Nilce Ariza: una académica comprometida con la transformación social

*The life and work of Nilce Ariza: an academic committed to
social transformation*

Autor: Luis Bernardo Díaz Gamboa

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n38.2021.13696>

Para citar este artículo:

Díaz Gamboa, L. B. (2021). La vida y la obra de Nilce Ariza: una académica comprometida con la transformación social. *Derecho y Realidad*, 19 (38), 149-163.



LA VIDA Y LA OBRA DE NILCE ARIZA: UNA ACADÉMICA COMPROMETIDA CON LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL*

The life and work of Nilce Ariza: an academic committed to social transformation

Luis Bernardo Díaz Gamboa Phd^a

Abogado Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo U. Del Rosario. Máster en Relaciones Internacionales Escuela Diplomática de Madrid. Doctor en Derecho U. Complutense de Madrid. Postdoctor de las Universidades de Valencia y American University de Washington
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0117-4753>
luisber2004@yahoo.com

Recepción: Noviembre 30 de 2020

Aceptación: Mayo 20 de 2021

RESUMEN

La profesora Nilce Ariza Barbosa desarrolló una gran tarea pedagógica a favor de las comunidades más abandonadas. El artículo –desde una óptica de historia de vida– pretende recrear su vida y su obra, como una maestra integral. Sus enfoques educativos profundamente humanistas la caracterizaron como una defensora de derechos humanos, en especial de la paz y los derechos de la mujer. Su trayectoria demostró una articulación entre la praxis y la teoría, en la línea de Orlando Fals Borda de Investigación-Acción Participativa. El artículo explora varios de sus

aportes académicos en el tema económico y sociológico, así como su experiencia vital de luchas que le valieron contradicciones de las cuales salió airosa y dejó huella. La defensa de los derechos humanos, la educación para la paz, la ética impecable como manejo de la responsabilidad fueron emblemas de su vida ejemplar. Desgraciadamente, una sorpresiva enfermedad le produjo su muerte el 20 de agosto de 2020 en medio de la más virulenta pandemia que haya sufrido la humanidad en el último siglo. *In memoriam*.

* Artículo de reflexión

a. Coordinador Observatorio de Derechos Humanos Orlando Fals Borda y del Grupo Primo Levi en Justicia Social. Exdefensor del Pueblo de Boyacá. Ex decano Facultad de Derecho de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC–.

PALABRAS CLAVES

Nilce Ariza; Pedagogía crítica; defensora de Derechos Humanos; feminismo; Juntas de Acción Comunal.

ABSTRACT

Professor Nilce Ariza Barbosa developed a great pedagogical task in favor of the most abandoned communities. The article –from a life history perspective– aims to recreate her life and work, as an integral teacher. Her deeply humanistic educational approaches characterized her as a defender of human rights, especially peace and women's rights. His career demonstrated an articulation between praxis and theory, in the line of Orlando Fals Borda of Participatory Research-Action. The article explores several of his academic contributions on economic and sociological issues, as well as his life experience of struggles that led to contradictions, which he came out with and left his mark. The defense of human rights, education for peace, impeccable ethics and responsibility management were emblems of his exemplary life. Unfortunately, a surprising illness caused his death on August 20, 2020 in the midst of the most virulent pandemic that humanity has suffered in the last century. In memoriam.

KEYWORDS

Nilce Ariza; Critical pedagogy; defender of Human Rights; feminism; Juntas de Acción Comunal.

INTRODUCCIÓN

La profesora Nilce Ariza Barbosa fue una académica que desplegó una tarea inconmensurable en materia de formación de nuevas generaciones en la paz y los derechos humanos. ¿Cuál fue su aporte en materia pedagógica y cuál su ejemplo de vida? La presente investigación pretende recoger su historia, sus luchas, su legado académico y personal. En este sentido, la memoria de su vida y obra amerita un examen juicioso, para visibilizar lo que las nuevas generaciones deben reconocer y seguir. Se presenta su

experiencia desde que nació en Santander, sus vinculaciones laborales, su trabajo en materia de derechos humanos, así como sus profundas enseñanzas humanísticas.

SUS INICIOS

Nació en Bolívar (Santander) el 13 de septiembre de 1960. Víctima del desplazamiento forzado por la violencia bipartidista, se radicó en Bogotá con su familia en los 70. Con gran esfuerzo hizo sus estudios secundarios y universitarios, trabajando al mismo tiempo en la Caja de Previsión de Cundinamarca y en el SENA, a donde llegó por concurso de méritos, nunca por enchufe o “dedazo”.

Maestra por excelencia, su formación pedagógica desde tempranas horas le permitió educarse en el pensamiento freiriano y de la línea más progresista. Estudió su Especialización en Política en la Javeriana, Maestría en Planificación y Desarrollo Regional en Los Andes y Doctorado en Derechos Fundamentales en la Carlos III de Madrid. También Maestría en Educación de Adultos y Desarrollo Comunitario en la Universidad de San Buenaventura, de la mano de Lola Cendales, una gran mentora.

SENA, JAVERIANA Y MADRID

Su compromiso siempre estuvo en la reivindicación emancipatoria de las clases populares, sectores excluidos en 200 años de vida republicana en Colombia. Inició su vida laboral como profesora de preescolar, que recordaría como la labor más maravillosa en su trayectoria como docente. Bajo la égida del malogrado Enrique Low Murta (asesinado por la mafia) ingresó al SENA, donde trabajó en la formación de las comunidades organizadas, en especial, en las Juntas Comunales.

Posteriormente, el actual Ministro de Salud Fernando Ruiz la llevaría a vincularse a la Universidad Javeriana, desde donde continuó con su labor haciendo presencia en las comunidades populares, esta vez

unida a la Investigación Acción Participativa, metodología creada por Orlando Fals Borda, de gran reconocimiento internacional y años después participaría en la entrega del Doctorado honoris causa al este maestro de maestros en la UPTC.

En Madrid, coetáneamente con sus estudios de doctorado, participó activamente en la Asociación Española de Cooperación con Colombia, AESCO, liderada por la exdiputada colombiana Yolanda Villavicencio, donde apoyó las causas de los emigrantes africanos y latinoamericanos, así como las peticiones de asilo o refugio político de los perseguidos o los apátridas.

Volvió a Colombia a la Javeriana, desarrollando una gran labor académica, de la mano de su mentor el gran filósofo Guillermo Hoyos, del cual aprendió a conocer a fondo a Habermas y Rawls. Ello marcaría su derrotero político e ideológico. Enemiga del totalitarismo y del populismo, siempre defendió la causa del bien común por encima de los privilegios clasistas y las exclusiones negativas. También participó con Luis Sandoval en el Instituto María Cano ISMAC, junto con su amiga Pilar López.

Ganó concurso de planta en la UIS, volviendo a su departamento natal en el 2000 (comienzos del presente siglo), donde realizó una gran labor en la Escuela de Derecho que le hizo ganar el respaldo de sus alumnos para catapultarme a la Dirección de la misma, lo cual fue desconocido por los directivos de turno, encabezados por un neofascista en la Rectoría y otro en la Facultad. Sería desvinculada por su forma de pensar; demandando, diez años después la justicia le daría la razón, ganando el proceso y haciendo que la verdad se revelara. La Corte Constitucional –en célebre sentencia– profirió un hito sobre la participación de los estamentos en la definición de sus directivas.

TRAYECTORIA EN TUNJA

Se vinculó a la UPTC en Tunja de la mano de otro gran señor que la acompaña desde el más allá: Germán Bernal Camacho, el cual indudablemente fue un excepcional Decano

de la Facultad de Derecho. Desgraciadamente la derecha lo sacó y llegó otro neofascismo de dos innombrables (Polanco y Olarte), que la excluyeron por desarrollar tareas tan encomiables como: organizar el Centro de Investigaciones (donde reemplazó a Germán Zavala), fundar la Revista Derecho y Realidad y crear la Casa de la Mujer de la UPTC. Un acto encomiable de solidaridad fue crear una escuela de formación para mujeres cabeza de familia, por lo cual no recibía ningún dinero, yendo los domingos a empoderarlas para salir adelante en su tarea emancipatoria.

Para el neofascismo eso que hacía era peligroso, por lo cual decidieron echarla. El rector de la época dijo: “que la mantenga su marido”, lo cual no deja de ser irónico e indignante para una feminista. También cumplió una tarea destacable en la Dirección de Investigaciones –DIN– de la UPTC, como asesora, donde se le reconoció su sentido del deber y su cumplimiento riguroso de las normas.

Políticamente, empezando el siglo se lanzó por el Polo Democrático Alternativo al Concejo de Tunja, para el cual obtuvo 275 votos limpios y transparentes, junto a su fórmula para la Alcaldía, Ana Isabel Gil, su gran amiga; las precarias condiciones de cultura política de la región impidieron que la mejor propuesta hubiera cristalizado: dijeron que eran propuestas para Dinamarca, cuando la verdad es que eran el desarrollo de la Constitución del 1991 a nivel local. Se enfocaban en la línea de centro-izquierda socialdemócrata, que es avanzada en justicia social. Quien fue elegido como alcalde ahora tiene decenas de procesos por corrupción.

En la UPTC fue fundadora del primer sindicato autónomo y libre, Asoprofe-UPTC que reunía un destacado grupo de docentes libertarios y defensores de la educación públicas, contra la privatización.

Posteriormente se vinculó a la Universidad Santo Tomás en Tunja, donde desarrolló una gran labor al frente del Centro de Investigaciones de la misma, dejando un gran legado. Un cura misógino se enfrentó a ella haciéndole la vida imposible, por lo cual

renunció, pues para ella la dignidad estaba por encima de los sueldos. No era puestera, ni burócrata. Era su grandeza. Fustigaba a los burócratas ineptos y chismosos.

Posteriormente, se vinculó a la ESAP, desde donde coordinó trabajos de formación de los líderes de las Juntas de Acción Comunal. Desgraciadamente la politiquería de dicha institución no estimuló su trabajo trascendental, como el periódico que publicó para las Juntas Comunales. Allí elaboró el periódico “Derecho a saber”, donde las fotografías las tomaba ella misma, con excelente enfoque. En su presentación, señaló: “Este periódico es una herramienta de información, que surge en el contexto del desarrollo del proyecto “Educación para la Paz-Derechos Humanos y su incidencia en el Desarrollo Humano”, del que también surge el Observatorio de Derechos Humanos, cuyo objetivo es recopilar, sistematizar, analizar y producir información de calidad técnica, social y jurídica, como conceptos y estrategias de gestión para la promoción y protección de los derechos humanos y la integración de dicha información a procesos de educación para transformar a través de información producto de investigación social que se hace pública.

En Derecho a Saber está implícito “el deber de saber y estar bien informado” como fundamento esencial para tomar decisiones que afectan la vida cotidiana propia, familiar y social. En tal sentido, el diseño, gestión de información, edición y entrega de los periódicos *Derecho a saber* tiene como propósito contribuir en procesos de comunicación para educar a través de apropiación de conocimiento en DDHH, que consiste en generar cambios educativos donde cada persona individualmente y en colectivo comprenda de manera crítica el origen histórico y desarrollo de los lenguajes y conceptos de los DDHH y cómo estos, a su vez, se constituyen en reglas o normas que motivan y exigen autorregulación de comportamientos (ejemplo, diálogo contra violencia) y determinan las relaciones de poder entre personas e instituciones, hasta constituirse en norma jurídica que direccionan la toma de decisiones en la

formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas. En dicho contexto, Derecho a saber debe contribuir a los esfuerzos de comunicación para el cambio social, que “es un proceso de diálogo y debate, basado en la tolerancia, el respeto, la equidad, la justicia social y la participación activa de todos” (*Communication for Social Change Consortium*, 2003); en tal sentido se estaría contribuyendo en la construcción de valores éticos, estéticos (sensibilidad), políticos (capacidad de decidir con autonomía) en educación para la paz-cultura de paz”. E invocaba al Grupo Grimap, del cual hacía parte:

Así, el Grupo de Investigación GRIMAP-ESAP ofrece a los lectores un medio escrito de publicación trimestral, en el que podrán reflexionar acerca de la importancia del conocimiento de DDHH como medio y fin en el acceso a la justicia. Este primer número inicia con conocimientos básicos sobre Derechos a la Educación, la salud, al trabajo y a la vivienda en el contexto de seguridad ambiental (p. 2).

con lo cual demuestra su talante de verdadera defensora de derechos humanos.

LEY 100 ASESINA

La mató la Ley 100 (ponente Álvaro Uribe), que privatizó la salud, pues siempre se cuidaba y acudía a sus exámenes rigurosamente. Sin embargo, jamás le ordenaron un examen a fondo de los pulmones y el maligno fue encontrado tardíamente, cuando ya era tarde. Demandaremos. Es nuestro deber. Murió como consecuencia de la neoliberal Ley 100. Pasó al Oriente Eterno el 20 de agosto de 2020.

El Coordinador del Centro Orlando Fals Borda, Dr. Jairo Delgado ha determinado crear la Corporación Nilce Ariza Barbosa en Derechos al trabajo femenino, y aspiramos a que la Casa de la Mujer de la UPTC lleve su nombre, lo cual sería un modesto homenaje a su memoria. Su directora Astrid Castellanos

–presidenta de Asoprofe– tiene esa responsabilidad, pues Nilce fue la creadora de dicha Casa.

SU PENSAMIENTO ACADÉMICO

Sobre su obra, rescató *ab initio* un artículo publicado en la primera edición de la Revista Derecho y Realidad que ella fundara.

Se intituló: “*Una política económica alternativa para Latinoamérica: imperiosa necesidad*”, escrito la Revista Derecho y Realidad que ella fundara, volumen 1 número 1, del primer semestre de 2003, página 144. En este importante artículo se refirió a temas de trascendencia económica y social, al fracaso neoliberal, a los satisfactores y bienes económicos, a la reivindicación de lo subjetivo, a la autodependencia, al trabajo como un multirrecurso y a las alternativas de financiamiento local y a los dilemas de la teoría económica.

Ella afirmaba que resulta un imperativo categórico señalar grosso modo que:

El neoliberalismo monetarista fracasó en el contexto latinoamericano por tres razones; la primera, porque a pesar de impulsar el crecimiento económico, este no es generador de desarrollo en el sentido amplio que hoy entendemos; segunda, porque sus supuestos de racionalidad económica son profundamente mecanicistas inadaptables, por lo tanto, a las condiciones de países pobres, donde la miseria no se puede erradicar como consecuencia de la liberación de un mercado del que los pobres se encuentran, de hecho, marginados; y, tercera, porque en mercados restringidos y oligopólicos, donde los grupos de poder económico no se enfrentan a fuerzas capaces de limitar su comportamiento, la actividad económica se orienta con sentido especulativo, lo que deriva en resultados concentradores que son socialmente inaguantables.

El agravamiento de la pobreza en los sectores populares, el hecho de que

algo más de la mitad de la población económicamente activa se debata entre el desempleo y el subempleo, el agravamiento de los grandes déficits sociales, especialmente la vivienda, y, por último, una deuda externa que, al margen de consideraciones éticas respecto de lo que tendríamos o No tendríamos que hacer, resulta claramente impagable, a menos que agravemos nuestra pobreza y agotemos nuestros recursos hasta límites estructuralmente irreversibles, son elementos contundentes que señalan el desvanecimiento de los denominados “paradigmas” economicistas que han hecho agua.

En relación con esto debo anotar, por una parte, que si la concepción económica (desarrollismo-monetarismo liberal) que ha dominado el escenario latinoamericano no ha logrado satisfacer las innegables carencias de las mayorías latinoamericanas, una nueva concepción ha de orientarse primordialmente hacia la adecuada satisfacción de las necesidades humanas... por otra parte, la nueva concepción ha de orientarse inevitablemente hacia la generación de una creciente auto dependencia.

La alternativa, en las actuales condiciones, gira menos en torno a opciones ideológicas estereotipadas que en función de la posibilidad de combinar procesos de desconcentración económica, descentralización política, fortalecimiento de institucionales auténticamente democráticas y autonomía creciente de los movimientos sociales emergentes.

Vivimos y trabajamos modelos de sociedad que desconocen la complejidad creciente de la sociedad real en que estamos inmersos. De allí que observamos el quehacer febril y obsesionado de los tecnócratas que diseñan soluciones antes de haber identificado el ámbito real de los problemas. La justificación de los modelos la buscamos en los modelos mismos, de manera que cuando las

soluciones fracasan, no es por fallas del modelo, sino por trampas que hace la realidad. Esa realidad que se hace presente no se percibe como un desafío que hay que enfrentar, sino como un obstáculo que hay que domesticar, imprimiendo aún mayor fuerza en la aplicación reincidente del modelo.

Vivimos y trabajamos la construcción de un orden, sin entender lo que es ordenable, ni lo que estamos ordenando. De allí que observamos el culto fetichista por la forma, como manera de ocultar el temor inconsciente a las incertidumbres que encierra el fondo. Confundimos así la ley con la justicia y el reglamento con la eficiencia. Identificamos la generosidad con la limosna y la participación con la reivindicación concedida. Utilizamos las palabras sin respetar su contenido y acabamos así construyendo caricaturas en vez de contextos coherentes en los cuales sustentar la construcción de nuestros proyectos de vida individuales y colectivos.

Sobre los satisfactores y bienes económicos...

Son los satisfactores los que definen la modalidad dominante que una cultura o una sociedad imprimen a las necesidades. Los satisfactores no son los bienes económicos disponibles, sino que están referidos a todo aquello que, por representar formas de ser, tener, hacer y estar, contribuye a la realización de necesidades humanas. Pueden incluir, entre otros, formas de organización, estructuras políticas, prácticas sociales, condiciones subjetivas, valores y normas, espacios, contextos, comportamientos y actitudes; todos en una tensión permanente entre consolidación y cambio.

La alimentación es un satisfactor, como también puede serlo una estructura familiar (de la necesidad de protección, por ejemplo) o un orden político (de la necesidad de participación, por ejemplo). Un mismo satisfactor puede

llenar distintas necesidades en culturas distintas o vivirse de manera divergente por las mismas necesidades en contextos diferentes

En referencia con la reivindicación de lo subjetivo, Nilce subrayó que:

Los satisfactores son lo histórico de las necesidades y los bienes económicos su materialización. De allí que el constitucionalismo progresista luche por obstaculizar cualquier intento de afectar los derechos económicos sociales y culturales en diversos escenarios.

Integrar la realización armónica de necesidades humanas en el proceso de desarrollo significa la oportunidad de que las personas puedan vivir ese desarrollo desde sus comienzos dando origen así a un desarrollo sano, autodependiente y participativo, capaz de crear los fundamentos para un orden en el que se puedan conciliar el crecimiento económico, de la solidaridad social y el crecimiento de las personas y de toda la persona en sí misma.

Sobre las alternativas de financiamiento local, dijo Nilce que:

El sistema financiero convencional no ha sido adecuado para la promoción del desarrollo local, ni ha respaldado experiencias alternativas de organización económica. Ello es parte de un contexto político que requiere de una revisión crítica. Tanto más importante es esta revisión cuando se toma conciencia de la crisis económica que atraviesan los países de la región. Las políticas estabilizadoras destinadas a resolver los problemas de desequilibrio interno y endeudamiento externo fueron minadas por un proceso irresponsable de financiamiento a los grandes grupos económicos y al Estado por parte del sistema financiero internacional y nacional. Lejos de conducir a nuestros países a su desarrollo estos procesos precipitaron una profunda crisis económica y social que no tiene paralelo

en la historia latinoamericana. Si algo no puede soslayarse, es el hecho de que el financiamiento a los grandes grupos económicos y al Estado agudizó una crisis que empobreció aún más a aquellos sectores que han sido tradicionalmente excluidos social, económica y políticamente del proceso histórico de expansión económica.

Sin desmedro de su autonomía, los bancos locales también podrían estar vinculados tanto al sistema financiero nacional como al internacional. Con relación a esta última articulación cabría pensar en la creación de un banco regional latinoamericano cuya función primordial fuese la de apoyar el financiamiento local. Dicho banco, de cobertura regional, podría concebirse como una institución cooperativa integrada por bancos locales.

Otra forma de financiamiento local es la de la llamada "Banca Descalza" (*Barefoot Banking*); se trata de un mecanismo que generalmente se vincula con alguna institución financiera oficial. Su objetivo es asignar recursos a actividades que pueden desarrollar grupos locales que de no mediar esta gestión no tendrían acceso a financiamiento de ninguna otra institución bancaria, fuese pública o privada. El sistema tiene múltiples variantes, pero en general funciona a través de la identificación de oportunidades de inversión por personas entrenadas que conviven con la comunidad. Tales agentes seleccionan actividades en función de las condiciones locales en la medida en que contengan potencialidades de desarrollo. En estos casos el apoyo se adapta a las posibilidades reales del proyecto local, en lugar de que el proyecto deba adaptarse a las exigencias del mercado financiero tradicional.

Sobre los dilemas de la teoría económica, dijo la autora que en el Plan de Desarrollo de la Administración Pastrana se predecía que la economía crecería en promedio 4.5% anual. Luego de un

cuatrienio de diagnósticos equivocados y políticas erráticas, se encuentra que el PIB sólo avanzó 0.5% anual. Hoy en día los colombianos tienen un ingreso per cápita inferior al observado al principio del gobierno Pastrana y la pobreza pasó del 52 al 60%. El balance, pues, de la Administración Pastrana no podía ser más lamentable. Durante esos cuatro años se registró el crecimiento promedio más bajo del siglo y el desempleo más alto del mundo, al tiempo que la pobreza regresó a los niveles de los años 50, y al final la economía queda endeudada en exceso, descapitalizada y ante un serio conflicto entre el crecimiento económico y la estabilidad cambiaria.

Fijar criterios de ejecución interna más estrictos de los que se requiere va en contra de los principios proclamados por el Fondo Monetario Internacional: "evitar la aplicación de medidas que vayan en detrimento de la prosperidad nacional e internacional". El Fondo no es consecuente con estos principios, puesto que las "recetas" implementadas han deteriorado aún más las economías de los países y agudizaron los conflictos sociales. Entre las fórmulas presentadas por el Fondo se destaca el conjunto de políticas contraccionistas en los aspectos monetario, fiscal, cambiario y laboral que supuestamente deberán desembocar en la solidificación del sector externo nacional y en la consolidación de una economía capaz de crecer sin inflación en el mediano plazo. Nada de esto se ha cumplido.

Este fue el artículo de la profesora Nilce Ariza Barbosa: "Una política económica alternativa para Latinoamérica: imperiosa necesidad", donde citaba además una bibliografía muy rica, como por ejemplo Cuauhtémoc Gutiérrez, Chomsky, Manuel Castells, Antonio Colomer, entre otros. Se refiere a mi artículo sobre "La dolarización como perversión de sistema monetario internacional y la crisis de la deuda latinoamericana"; igualmente, comparte tesis con José Luis Sampedro y Carlos Berzosa (ex rector de la Complutense), Ramón Tamames,

Félix Varela y Javier Martínez Peñado, José María Vidal Villa, Hailbronner, etc.

El tiempo le daría la razón y el sistema económico neoliberal ha hecho agua, ahora agudizado por la pandemia, al entregarle a los monopolios privados que dominan la economía la riqueza y el ingreso en ingentes porcentajes. La reciente reedición del libro de Julio Silva Colmenares “Los verdaderos dueños del país”, así lo demuestra.

Sus características personales la hacen ver como un ser especial, defensora del paradigma martiano “Patria es humanidad”. Enemiga de la xenofobia y el racismo, consideraba que somos habitantes del mundo, no de una ciudad o departamento. “El ser humano no es de donde nace, sino de donde lucha”, decía. O “La democracia vive, si se vive”, era una frase recurrente en ella. Su defensa de la mujer y los sectores excluidos eran impronta de su actuación, así como su lucha contra el centralismo en un país o en el mundo. Era activista de los derechos humanos y los 25 de noviembre participaba en la manifestación contra la violencia de género.

Su defensa era el criterio del buen vivir, la felicidad de la Ilustración, el *summa causay* (quechua) o *summa qamaña* (aymara), en armonía con la naturaleza. No aceptaba la violencia.

Odiaba la hipocresía y la toxicidad psicológica, la doble moral. Por ello chocaba contra los volubles y sin criterio. Era de una sola pieza y se destacaba por su verticalidad y sinceridad a toda prueba.

Defendía al campesinado, a los negros, a los indígenas, a quienes veía como víctimas. Apoyó siempre el proceso de paz con la guerrilla, como salida hacia la convivencia pacífica, con cambios estructurales.

Cuestionaba el acendrado centralismo que impedía a las regiones volar con capacidad propia.

Como ejercicio de coherencia estuvo participando en calidad de Fiscal en la Junta

de Acción Comunal de su Vereda Poravita y del Acueducto rural comunitario, donde impulsó la instalación de la planta de tratamiento del agua potable, en el municipio de Oicatá, donde pasó sus últimos años. Allí defendió el carácter comunitario del acueducto y se opuso, en repetidas ocasiones, a la privatización por parte de una empresa que de manera monopólica es dirigida desde Tunja.

La excelencia era su enseñanza. No improvisaba. Cada tarea que asumía la hacía con gran responsabilidad. La planeación era vital en cada actividad.

En materia religiosa, penetró en la teología de la liberación de Boff, Casaldáliga, Camilo y Javier Giraldo, así como del Grupo Golconda donde estuvo su gran amigo Fabio Mojica y su esposa Rosita. La doctrina Spinoziana le convenía bastante. Dios está en todo y en todos, en la naturaleza y en uno mismo. Nadie tiene la verdad absoluta y por ello rechazaba los fundamentalismos sectarios. En la fraternidad ingresó al Oriente Francés. Defendía el Estado laico, donde el Estado se separa de cualquier confesión, pues en un mundo con 4.500 religiones –todas poseedoras de la verdad– resulta más favorable un diálogo ecuménico entre creyentes, agnósticos, ateos, etc., para convivir en paz y por el progreso de la humanidad.

Propugnaba por la defensa del bien común y gustó de la encíclica del Papa Francisco Laudato si, en la cual establecía los parámetros frente al cambio climático. Estaba en contra de las privatizaciones por ser privilegio de minorías.

Era amiga de la libertad y de la igualdad en todo sentido, por lo cual era partidaria del matrimonio igualitario, así como los derechos reproductivos, donde la opinión de la madre se torna en central frente a cualquier decisión extrínseca. Para ella el matrimonio o la unión marital no tenía fines exclusivamente procreadores.

Tenía una visión omnicompreensiva de la ética, donde la ética del cuidado fue

medular en su ejercicio, como les consta a sus invitados por la calidad de anfitriona que revestía. Hacía tertulias con figuras como Rafael Ballén, quien sometía a lectura abierta sus libros en nuestra casa antes de enviarlos a la casa editorial. Sus aportes eran muy valiosos, pues encontraba detalles que ninguno otro veía.

Desde la ética de la responsabilidad tenía un anclaje profundo, como quiera que el ser debía ser coherente entre su pensamiento y su acción. Pensadores como Aristóteles, Platón, Freire, Nussbaum, Estanislao Zuleta, Habermas, Guillermo Hoyos, Adela Cortina, Victoria Camps, Hanna Arendt, entre otros, fueron sus permanentes guías.

Admiraba a los héroes que defendían con ardencia sus ideas y morían por su causa, como Policarpa Salavarrieta –La Pola–, José Antonio Galán, Antonio Nariño, Rafael Uribe Uribe, Jorge Eliécer Gaitán, María Cano, Luis Carlos Galán, José Antequera, Jaime Pardo Leal, Bernardo Jaramillo, Eduardo Umaña Mendoza, Carlos Pizarro, Álvaro Gómez, Camilo Torres, Camilo Cienfuegos, Salvador Allende y Ernesto Guevara –el Ché–, a quien admiraba porque como ministro en Cuba se colocaba el overol y con sus propias manos construía edificaciones para el pueblo. Fustigaba el que los parlamentarios en Colombia ganaran \$34 millones mensuales, mientras miles se morían de hambre.

En materia educativa, consideraba el analfabetismo como crimen de *lesa humanidad*. Se enfocaba en la línea de Freire de la pedagogía del oprimido, donde la educación juega un papel en el proceso emancipatorio. Por ello el acto de habla y lectura deben estar revestidos de conciencia de clase y de ubicación en el mundo. Y aludiendo a Freire creía que la *praxis* debía ir de la mano de la teoría y por ello era necesaria la organización social, la cual estimuló en forma permanente.

La interculturalidad como potencia transformadora de la apropiación y dimensión territorial fue una de sus premisas. El conocimiento como base del ejercicio de los derechos; por ello muchas veces al

empezar sus reuniones preguntaba “quién había leído la Constitución”, llevándose sorpresas desagradables: la mayoría del pueblo no la conocía, ni la conoce.

Se aterraba de la crisis de conciencia de clase, como ver a los pobres votando por sus verdugos:

en cuanto cuerpos conscientes, en relación dialéctica con la realidad objetiva sobre la cual actúan, los seres humanos están envueltos en un permanente proceso de concientización. Lo que varía, en el tiempo y en el espacio, son los contenidos, los métodos, los objetivos de la concientización. Su fuente original se encuentra en el remoto momento que Chardin llama “hominización”, a partir del cual los seres humanos se vuelven capaces de desvelar la realidad sobre la cual actúan, de conocerla y de saber que la conocen. El problema que se plantea, por lo tanto, es el de la viabilidad o no de la concientización en sociedades calificadas de complejas, sino el de la indeseabilidad, el del rechazo al trasplante de lo que se hizo, en distintas formas, en distintas zonas de América Latina, a otro espacio histórico, sin el debido respeto por él. No importa que ese otro espacio histórico pertenezca también al tercer Mundo. Como hombre del Tercer Mundo, sé muy bien lo que representa el poder ideológicamente alienador de los trasplantes al servicio de la dominación. No seré yo, que siempre he estado contra ellos, quien los defienda hoy. (Freire, 1986, p. 92)

Allí también el brasileño critica acerbamente la burocratización y la calificaba de indeseable.

Las políticas públicas debían centrarse en mayor inversión en ciencia y tecnología y no como ocurre en Colombia con menos del 1% del PIB en este renglón y el Minciencias se encuentra altamente politizado, como el Ministerio de Educación. Por ello, apoyó mi iniciativa de abrir una sede de la UPTC en Aguazul para impulsar el desarrollo de la Orinoquía, así como el nocturno de

Derecho en Bogotá, junto con la Universidad Distrital, que fue hundido por amigos de la privatización y la exclusión de las mayorías, negando así el derecho a la educación. Tampoco se pudieron llevar a cabo ni en Sogamoso ni en Tunja, por falacias esgrimidas por contradictores del bien común.

Lo cierto es que consiguió salvar la Maestría de Derechos Humanos tanto en Bogotá como en Tunja, con la renovación de los respectivos registros calificados, así como conquistar la reacreditación de alta calidad del Programa de Derecho de la UPTC bajo mi Decanatura. Cuando en 2019 la Administración de la UPTC intentó cerrar el Programa de Extensión en Aguazul, Nilce fue la primera en indignarse. Por fortuna los responsables de tal desafuero tuvieron que recular y hoy la sede lleva 5 años de prosperidad contra los incrédulos y es un foco de desarrollo de la Orinoquia.

En su artículo “Derechos Humanos en Boyacá: una necesidad inherente a la construcción del desarrollo con base en la justicia como equidad” publicada en la Revista Derecho y Realidad 6, expresa tajantemente:

Desde mi convicción ética y política frente a la vida, considero que una de las herramientas más valiosas para construir una sociedad más justa o equitativa es la educación, la Constitución Política y la Declaración Universal de los DDHH, entendiéndolas como herramientas pedagógicas para desarrollar en todos los espacios de la vida privada y pública. (p. 21)

Y en la dicotomía derecho-deber muy propio de la dialéctica y del Kybalion, señaló que

hoy, en el siglo XXI, existe una mayor comprensión acerca de que la lucha social y política por la conquista de los DDHH también lleva implícita la necesidad de comprender los principios del deber al derecho y los valores éticos para vivir y convivir: libertad, autoestima, autonomía, respeto, reconocimiento,

solidaridad responsable, reciprocidad para la construcción del bienestar. No se podría asumir el derecho a la vida si no cumplimos y respetamos los deberes para vivir con dignidad. En síntesis, no hay derecho sin deber y no hay deber sin derecho, ejemplo: el derecho al trabajo exige el deber de cumplir lo pactado entre las partes, reconocer y respetar la dignidad de las personas y las normas establecidas en equidad y justicia. (pp. 23-24)

La Constitución Política de 1991 reconoce que las normas relativas a los DDHH y a las libertades se interpretan de conformidad con esta Declaración, constituyéndose el Estado Social de Derecho. Así, derivan de los principios fundamentales los derechos fundamentales: a la vida y como inherente a la vida la dignidad, la libertad, la igualdad ante la ley, iguales oportunidades, a la intimidad, la honra, la paz, la propiedad, sin ninguna discriminación de sexo, condición económica, raza, religión o credo político, nacionalidad. Los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos y del ambiente se constituyen en la garantía del bienestar y desarrollo de la vida humana y la vida del planeta/universo: el derecho a la familia y los derechos-deberes de la familia, al trabajo justo, a recibir atención médica y jurídica oportuna y eficiente, a la educación, información, a la libertad de asociación, participación para construir los bienes colectivos a través de la planificación y gestión del desarrollo, el uso y conservación de la naturaleza como sustento de todas las formas de vida: el agua, la tierra, las plantas, el aire, los animales y los frutos o ecosistemas de la tierra, como la casa de todos. Reconociendo que la vida humana depende de la vida del planeta y que ambos tienen límites de existencia. (p. 24)

Nilce nunca claudicó en su lucha por el mérito, como quiera que odiaba el clientelismo rampante y asqueroso, el

enchufe, el dedazo. Miraba con sorpresa que los más mediocres eran los que militaban en los partidos con opciones burocráticas, y no los sabios y más talentosos. Se sorprendía que varios políticos, como Uribe, Amaya o Claudia, abrieron recepción de hojas de vida para “gobernar con los más capaces” y terminaron tirándolas al cesto de la basura, pues no es el mérito el que lleva a gobernar o a seleccionar los equipos, sino el clientelismo. Así lo dice Alain Deneault en su último libro “Mediocracia. Cuando los mediocres toman el poder”, en la línea de “El Hombre mediocre” de José Ingenieros.

Generalmente colocaba la lectura de ¿Qué es la Ilustración? de Kant o “La formación de la mentalidad sumisa” de Vicente Romano o el “Discurso sobre la servidumbre voluntaria” de Étienne de la Boétie, para trabajar la falsa conciencia, la alienación y el pensamiento libertario y crítico que nos lleva a ubicarnos como seres “sentipensantes” en el mundo, al mejor estilo de Fals Borda.

Fue gran defensora del método científico y sus orientaciones estaban revestidas de la perspectiva analítica y su rigurosidad procedimental, sin improvisaciones o estulticias. El IX Congreso Internacional de DDHH aprobó, por iniciativa de Pascual Mora, crear en la UPTC la Cátedra de Derechos Humanos, Interculturalidad y Estudios de Género.

Trabajó asiduamente la prevención de desastres y la mitigación de los mismos. Desarrolló una tesis IAP en el botadero de basura en Bogotá con las personas que sustentaban su ingreso recogiendo las basuras, detectando una serie de aspectos novedosos de exclusión social y atraso.

Valoraba altamente la producción autóctona, como las artesanías. También la historia de nuestros indígenas, donde defendía la recuperación de las semillas ancestrales y luchaba contra los transgénicos. Como dice Mejía:

estas dinámicas permitieron construir una autovaloración en cuanto aprendimos no solo que teníamos

algo que decir, sino a sospechar de las teorías universales que eran ejercidas en ámbitos de poder y saber y reconocer nuestra potencia basada en lo pluriverso, lo cual ha permitido la visibilización de un sur narrativo que había tomado forma en múltiples expresiones de este pensamiento latinoamericano que ahora también reconocíamos en Asia y África, mostrándonos esas otras maneras de explicar el mundo diferentes a la euronorteamericana (p. 165).

La educación para la formación en DDHH era básica en su trayectoria. Veamos:

Seguramente, hemos escuchado o expresado un dicho popular: ¡Que persona tan mal educada! ¿De qué le sirve tener tantos títulos, si se comporta como un patán? Pues, veamos qué es educación y qué es formación. La educación es el proceso mediante el cual la persona asume “la misión de capacitarse (uso de sus propias capacidades) a partir de desarrollar todos sus talentos al máximo y expandir su potencial creativo (capacidad, observación, sentido crítico-analítico) incluyendo la responsabilidad de su propia vida y el cumplimiento de sus objetivos personales (Delors, 1996, p. 250) apoyándose en sistemas formales de educación formal y con ello obtener un título, un certificado que lo acredita como experto, docto en una profesión”; y , dada la condición de ser humano-ser de dignidad, libertad e iguales como humanos, la educación, en el sentido ontológico del ser humano, debería estar unida e interdependiente a la formación humanista, que consiste en la formación de la estructura de la personalidad ética y moral; ésta es simultánea al desarrollo de las propias capacidades intelectuales y se construye en el sentido de los valores que guiarán el comportamiento consigo mismo –autoestima, autonomía, libertad para decidir por sí mismo, respeto por el otro ser humano, respeto como honradez, honestidad, lealtad, fidelidad, sinceridad, amor, amistad, corresponsabilidad, compasión, paciencia, prudencia... y a qué edad

se inicia la formación en valores como base del comportamiento para la vida? Dos reflexiones que se pueden unir a las reflexiones del lector: primera, los derechos de los niños y niñas que incluyen educación y formación inician en la mente de potenciales padres y madres si dentro de sus proyectos de vida está el sentido de responsabilidad para construir una familia deseada, planificada, hijos deseados con padres preparados para educar y formar en los valores propios de esos futuros padres y su familia; la formación humanista comienza en el hogar y se complementa con la escuela y el entorno social; segunda, sería el escenario contrario al anterior, hijos no deseados, nacidos por accidente, condiciones de pobreza estructural, o personas con prejuicios y costumbres que obligan a tener hijos porque la cultura se lo impone o familias en condiciones económicas estables pero con precariedad afectiva; tercera, mujeres y hombres que independientemente del proceso de educación y formación que hayan recibido en sus hogares, asumen su propio proceso de auto-formación para construir y luchar en lograr sus sueños. (Derecho a Saber, 2018, p.4)

En materia minero-energética se opuso al *fracking* y a los combustibles fósiles que llevan al calentamiento global, al cambio climático y a nuestra destrucción (suicidio). Por ello era partidaria de energías alternativas. Nos acompañó con Emma Ávila, Jairo Delgado y Francisco Giraldo a la zona de la Macarena en dos oportunidades, para proteger el agua de la zona, frente a los embates extractivistas.

Trató de generar emprendimiento engañada por un exalcalde corrupto que la invitó a sembrar sábila en la esperanza de poder vender el producto para diversas modalidades requeridas por la industria alimenticia y cosmética. Sin embargo, jamás se volvió a aparecer el sujeto que timó a muchos campesinos ingenuos. Además, cuando intentó ubicar en el mercado el aloe vera le compraban a un precio irrisorio y el

que vendía le sacaba jugosas ganancias, por lo cual desistió de esa empresa familiar. Ello demuestra la tragedia del agro colombiano, como se demostró recientemente con la papa. Soñaba con tener una empresa editorial que generara productos para la formación de los campesinos, pobres e indígenas. Se murió sin cristalizar ese sueño.

Era defensora de los DDHH, pues los consideraba axiales en la defensa de la vida con dignidad. Por ello siempre distribuía la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU para que el pueblo se la apropiara y la ejerciera. En esta línea, Boaventura de Souza y Enrique Dussell también le imprimieron su sello. Se sintió feliz que compartiéramos el Diccionario de Autobiografías de pensadores Latinoamericanos con este último, el cual se presentó por su Coordinador Hugo Biagini en el marco del IX Congreso Internacional de DDHH.

Viajera incansable, desarrolló ese tercer ojo que le permitió asimilar y entender otras culturas de diversos rincones de la tierra. Sus viajes iban más allá de tomar unas cuantas fotos y congraciarse con los amigos en dichos periplos. Realmente contactaba pensadores, documentos, libros, rasgos culturales, que los analizaba en profundidad y servía para sus escritos y conferencias. Estuvo en procesos históricos como la posesión del Presidente Tabaré Vázquez, donde conoció al inigualable Pepe Mujica, así como en la Constituyente Boliviana, donde estuvo con las indígenas que hacían parte de la misma. Era generosa con el conocimiento y siempre lo compartía.

En su relación matrimonial siempre defendió la libertad por encima de papeles y ritos, que a veces dañan el amor. Por ello siempre fue respetuosa del fuero interno y de la libertad propia de quien –como yo– también viajaba por muchas partes del mundo, a veces durante largos períodos de tiempo, sin colocar cortapisas o generar inconveniente alguno. Así dura más la estabilidad de una relación, con el respeto activo de por medio frente a los planes y proyectos de la pareja, apoyándolos, sin torpedearlos.

Permanentemente se consideraba una aprendiz, tanto así que adelantó en la Universidad de Los Andes cursos de fotografía con la gran virtuosa Vicky Ospina y de edición de videos, para sus labores pedagógicas.

EL COMPROMISO ES LA CLAVE

Los sorprendentes homenajes recibidos por Nilce, generó cosas que ni ella misma los esperaba: más de 5.000 personas se conectaron a los diferentes foros virtuales. Fue emocionante el apoyo de sus estudiantes y de los líderes y lideresas sociales. El gran amor en su pedagogía se demostró con esos encuentros. Su memoria será perenne. Aún se siguen programando homenajes en su memoria.

Creo que la clave de su vida estuvo en la palabra “compromiso”, en todos los ámbitos de la vida. Asumía con gran responsabilidad y seriedad todas las empresas y gestas. Una anécdota que yo sólo conocí después de su deceso (pues da fe de su excesiva discreción) consistió en que en una ocasión nuestro común amigo y hermano Pascual Mora – postdoctor venezolano– fue víctima de un timo que le sustrajo una suma de dinero por parte de un delincuente. Ella le preguntó cuánto había sido el dinero hurtado y se lo entregó, como gesto de solidaridad frente a esta penosa situación. Igualmente, recogía zapatos para los venezolanos que lo requirieran y participaba de acciones benéficas permanentemente en favor de sectores desfavorecidos.

Todo ello da muestra de su gran corazón, que dejó de latir el 20 de agosto de 2020, en medio de una de las peores pandemias en la historia de la humanidad y de uno de los peores modelos económicos, que en Colombia en materia de salud ha matado a 1.400.000 personas. “Eso hay que cambiarlo”, decía la profesora Nilce Ariza, mi gran

compañera de vida y amiga incondicional, si queremos un mundo con justicia y felicidad”. Ese fue su legado y debemos cumplir ese imperativo categórico.

CONCLUSIONES

Una vida ejemplar entregada a la formación en conciencia crítica de los sectores populares, refleja el compromiso de Nilce Ariza Barbosa, una maestra comprometida con la formación de su pueblo. Alejada del boato y la zalamería, demostró coherencia en todas sus actuaciones. Ello le generó incomprendiones que la llevaron a desenvainar la espada jurídica en más de una oportunidad. Pero jamás apelando a la violencia, la cual rechazaba. Las fuerzas reaccionarias siempre perdieron la batalla contra esta brillante docente. Sus orientaciones estuvieron ceñidas a Paulo Freire y la pedagogía del oprimido, desde donde liberó a numerosas personas, en especial a mujeres pobres y abandonadas a su suerte.

Hizo estudios de alta calidad tanto en Colombia, como en Europa, donde adelantó su doctorado. Visitó varios países realizando importantes contactos que le permitieron cimentar su formación y siempre se orientaba a defender a su pueblo. Nunca pensó en abandonar a Colombia, a pesar de las injusticias que vislumbraba día a día.

Al finalizar su vida estuvo comprometida en su Junta de Acción Comunal veredal y en su acueducto comunitario, en el cual impulsó la planta de tratamiento para la potabilización del agua. Su tarea con los campesinos fue vital. Fue víctima de la mercantilización de la salud (Ley 100 de 1993) que por no actuar a tiempo la dejó morir. Un importante legado dejó Nilce Ariza, ejemplo para las nuevas generaciones que esperan ver referentes y paradigmas de ética y compromiso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Ariza Barbosa, Nilce. (2003). Una política económica alternativa para Latinoamérica: imperiosa necesidad. En: Revista Derecho y Realidad. Vol. I, N° 1, I semestre, Tunja, UPTC, pp. 143-156.
- » Ariza Barbosa, Nilce. (2018). “Los derechos son mis deberes”. En: Derecho a Saber, Tunja, ESAP, julio a septiembre, N° 1, p. 2.
- » Ariza Barbosa, Nilce. (2018). Educación, Derechos Humanos, formación. En: Derecho a Saber. Tunja, ESAP, julio a septiembre, p. 4.
- » Ariza Barbosa, Nilce. (2005). Derechos Humanos en Boyacá: una necesidad inherente a la construcción del desarrollo con base en la justicia como equidad. En: Revista Derecho y Realidad, No 6, II semestre de UPTC, Tunja, pp. 19-37.
- » De La Boetie, Étienne. (2015). Discurso sobre la servidumbre voluntaria. Buenos Aires, Interzona.
- » Deneault, Alain. (2019). Mediocracia. Cuando los mediocres toman el poder. Madrid, Turner.
- » Freire, Paulo. (1986). La importancia de leer y el proceso de liberación. México, Siglo XXI.
- » Mejía, Marco Raúl. (2020). Educación Popular. Raíces y travesías de Simón Rodríguez a Paulo Freire. Bogotá, Ediciones Aurora.
- » Romano, Vicente. (1993). La formación de la mentalidad sumisa. Madrid, Catarata.

Análisis histórico-social de los Consultorios Jurídicos. Balance del Consultorio Jurídico de la UPTC en el Área Laboral (2018-2019)

Social Historical Analysis of Legal Clinics. Balance of the UPTC Legal Clinic in the Labour Area 2018-2019

Autores: Nury Yohana Zipa-Vargas, Luis Carlos Cepeda Villar y Yair Leonardo Fonseca Alfonso

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n38.2021.13697>

Para citar este artículo:

Zipa-Vargas, N., Cepeda Villar, L. y Fonseca Alfonso, Y. (2021). Análisis histórico-social de los Consultorios Jurídicos. Balance del Consultorio Jurídico de la UPTC en el Área Laboral 2018-2019. *Derecho y Realidad*, 19 (38), 165-186.



ANÁLISIS HISTÓRICO-SOCIAL DE LOS CONSULTORIOS JURÍDICOS. BALANCE DEL CONSULTORIO JURÍDICO DE LA UPTC EN EL ÁREA LABORAL (2018-2019)*

Social Historical Analysis of Legal Clinics. Balance of the UPTC Legal Clinic in the Labour Area 2018-2019

Nury Yohana Zipa-Vargas

Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC–.
yohanazipa@gmail.com

Luis Carlos Cepeda Villar

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
Actualmente realiza judicatura como modalidad de grado. Cuenta con un diplomado en Introducción a la Ciencia Política de la UNAD. Redactor Revista Llano Adentro.
luiz_cepeda@hotmail.com

Yair Leonardo Fonseca Alfonso

Abogado, Magíster en Derecho–Profundización en Derecho del Trabajo. Docente Catedrático Externo de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC–. <https://orcid.org/0000-0002-7717-1321>
yair.fonseca@uptc.edu.co

Recepción: Abril 11 de 2021

Aceptación: Junio 2 de 2021

RESUMEN

Este artículo de investigación, mediante un método inductivo con enfoque cuantitativo, realizó un análisis histórico-social de los consultorios jurídicos tanto a nivel internacional como desde el punto de vista nacional. A partir de lo anterior, se estableció como objetivo principal de investigación, hacer un estudio detallado y verídico, con base en información concreta y real, de la efectividad del Consultorio Jurídico Armando Suescún Monroy de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, en relación con el acceso a la justicia, particularmente en el Área

Laboral, por ser de interés público y de vital trascendencia para las poblaciones vulnerables dentro del marco de su competencia.

Los resultados obtenidos en la presente investigación, han sido concluyentes y motivo de reflexión. La mayoría de los usuarios, después de un largo lapso, desiste de sus pretensiones; los procesos que llegan a la jurisdicción son pocos, lo cual lleva a concluir que la función del consultorio está quedando en una simple formalidad.

* Artículo producto del Semillero de Investigación Ignacio Torres Giraldo.

PALABRAS CLAVES

Consultorio jurídico; acceso a la justicia; vulnerabilidad; derechos; formación práctica; derecho laboral.

ABSTRACT

This research article using an inductive method with a quantitative approach carried out a historical social analysis of legal clinics, both internationally and from a national point of view. From the above, it was established as the main research objective to make a detailed and truthful study based on concrete and real information of the effectiveness of the legal clinic Armando Suescún Monroy from the Pedagogical and Technological University of Colombia, in regard to access to justice, particularly in the area of labour law, because it is of public interest and vital importance for vulnerable populations within the framework of their competence.

The results obtained in this research have been conclusive and cause for reflection. Most users after a long lapse withdraw their claims, the processes that enter the jurisdiction are few, which leads to the conclusion that the function of the legal clinic is being left in a simple formality.

KEYWORDS

Legal clinic; access to justice; vulnerability; rights; practical training; labour law.

INTRODUCCIÓN

En Colombia acceder a la justicia sigue siendo toda una hazaña para aquellos que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad, a pesar de que este derecho universal se ha consagrado como uno de los pilares de la Constitución Política, la cual se manifiesta como ente regulador de las relaciones humanas y soporte pacificador del pacto social. Su aplicabilidad permite no solo el cumplimiento de sus fines, sino que además conlleva la satisfacción de un sinnúmero de derechos.

Por consiguiente, se han establecido políticas gubernamentales como la implementación de los consultorios jurídicos, buscando dar cumplimiento a los cometidos de todo Estado Social de Derecho y específicamente con el fin de garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia a las personas de bajos recursos o en condiciones de vulnerabilidad. Actualmente, estas instituciones tienen un papel importante en la garantía del derecho en mención; así lo concluyen La Rota et al. (2014) al indicar que estos centros representan un tercio de los abogados que prestan sus servicios a las personas en situación de pobreza extrema. No obstante, de acuerdo con Recalde et al. (2017), los consultorios se han convertido en espacios ritualistas donde prima la forma sobre la sustancia, por lo que no están logrando materializar el derecho al acceso a la justicia de las personas de bajos recursos socioeconómicos.

Con la finalidad de proyectar propuestas de cambio, en este texto se presenta un estudio sobre el Consultorio Jurídico Armando Suescún Monroy de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia – UPTC– y se analiza su efectividad en relación con el acceso a la justicia de los usuarios del área laboral entre 2018 y 2019, por la particular relevancia que tienen los conflictos de esta jurisdicción “por tratarse de asuntos de interés social general y por la desigualdad económica, de cultura y de medios de defensa, que existe entre las partes” (Echandía, 2012, p.108).

En tal sentido, para desarrollar este trabajo se formuló la siguiente pregunta de investigación: ¿El Consultorio Jurídico de la UPTC garantizó durante 2018 y 2019 el acceso efectivo a la administración de justicia a sus usuarios del área de derecho laboral?

Correlativamente, como hipótesis se pretende validar que la labor de este centro se está quedando en lo meramente formal. Por ende, se está dejando de lado la garantía de acceso efectivo a la administración de justicia.

En Colombia, no existe una regulación adecuada, ni políticas públicas acordes a la realidad social de aquellas personas en situación de vulnerabilidad que buscan acceder a la justicia, siendo pertinente recordar que “si alguien es titular de un derecho, pero carece de la posibilidad de reclamarlo... en realidad carece del derecho que le ha sido teóricamente reconocido” (La Rota, et al., 2014, p.13).

En función de lo planteado, esta investigación se desarrolla así: el primer capítulo, estudia desde un punto de vista conceptual e histórico el origen de los consultorios jurídicos, tanto en América Latina como en Colombia; en el segundo capítulo se exponen los fundamentos normativos y jurisprudenciales, con especial énfasis en el derecho de acceso a la administración de justicia. En el tercer capítulo, mediante un método inductivo con enfoque cuantitativo, se analiza el desempeño del consultorio de la UPTC respecto a la garantía de acceso a la justicia y, por último, se presentan las conclusiones de esta investigación y algunas recomendaciones en procura del mejoramiento del servicio y corrección de las falencias que se puedan estar presentando.

1. ORIGEN DE LOS CONSULTORIOS JURÍDICOS

Resulta imperativo comenzar precisando qué es un consultorio jurídico, con el objetivo de entender sus funciones y finalidades. Pues bien, los consultorios jurídicos son instituciones que prestan servicios jurídicos gratuitos a personas de bajos recursos económicos, con el objetivo de garantizar su derecho al acceso a la administración de justicia, mediante un acompañamiento jurídico en procesos laborales, civiles, penales, disciplinarios y fiscales.

En palabras de Duque et al. “los consultorios jurídicos se conciben como un servicio legal para los más pobres y como una forma de reivindicar la labor social del abogado y de las facultades de derecho” (2012, p. 292); y, según Bonilla (2018), se describen como un espacio académico

que busca que los estudiantes desarrollen destrezas necesarias para ser profesionales competentes del derecho. Adicionalmente, este último autor indica que los consultorios se pueden clasificar por el tipo de cliente al que usualmente sirven, encontrándose los que laboran para clientes individuales; los que se enfocan en comunidades y los que sirven a organizaciones sociales. Así mismo, se pueden clasificar de acuerdo con la temática: nacional o internacional; así como por la duración: corto tiempo con un solo individuo o a largo plazo con comunidades.

Ahora bien, aunque algunos autores suelen hacer semejanza entre Consultorio Jurídico y Clínica Jurídica, no son lo mismo. De manera acertada Villarreal (2013) aclara la diferencia, con las siguientes palabras:

Es precisamente la defensa del interés público el aspecto que marca la diferencia entre las clínicas jurídicas y los Consultorios Jurídicos que tradicionalmente han existido en Colombia por mandato legal, los cuales, si bien implican la presencia de estudiantes de derecho asumiendo causas jurídicas reales, se centran en las áreas tradicionales del derecho y en el manejo de causas individuales; mientras que las clínicas jurídicas han evolucionado hacia un esquema que procura por la búsqueda de la justicia social por medio del acceso de los grupos menos favorecidos y las colectividades vulnerables a la administración de justicia, el manejo de casos de alto impacto social, la estructuración de casos paradigmáticos y la enseñanza a los grupos vulnerables de sus derechos y la forma de protegerlos, lo que evidencia la importancia de la defensa del interés público en la enseñanza del derecho. (p. 718)

Sin embargo, los consultorios jurídicos en el desarrollo de sus actividades “pueden atravesar los límites que diferencian estas taxonomías. Así, por ejemplo, un consultorio jurídico puede al mismo tiempo pretender solucionar casos individuales y estructurales y tener como clientes tanto a comunidades

como a individuos y organizaciones sociales” (Bonilla, 2018, pp. 59-60).

En efecto, en la práctica se ve que muchos consultorios, como medio de llegar también a las comunidades, han establecido el desarrollo de clínicas jurídicas transitorias, por lo que los estudiantes además de adelantar procesos individuales, también desarrollan investigaciones y proyectos que benefician a determinadas comunidades.

Retomando la conceptualización, la esencia de los consultorios jurídicos consiste en “formar a estudiantes en habilidades profesionales y en deontología profesional, al tiempo que se ofrecen servicios jurídicos a personas en riesgo de exclusión social o sin capacidad económica”. (García-Añón, 2014, p. 27)

1.1. Creación en Latinoamérica y Colombia

De acuerdo con Bonilla (2018), los consultorios jurídicos se crearon en las primeras décadas del siglo XX en Estados Unidos, como herramienta para contrarrestar la educación jurídica formalista y buscaban garantizar una adecuada formación profesional a través de la experiencia como método de aprendizaje y, a su vez, se ayudaría a proporcionar a las minorías el acceso a la justicia.

En cuanto a Latinoamérica, describe Thome (1984), que “los servicios legales financiados o subvencionados por el estado no existieron de manera consistente sino hasta la década de 1930. Un periodo marcado por gobiernos populistas y nacionalistas” (p.527). Agrega el mismo autor, que la prestación de los servicios era insuficiente y los potenciales beneficiarios no tenían la posibilidad de ejercer sus derechos o aprovechar los beneficios de los programas. Para las personas de menos recursos era difícil entender los requisitos y el complejo procedimiento administrativo.

En consecuencia, a pesar de que en las siguientes décadas hubo un notable crecimiento de los programas de asistencia

legal, estos seguían siendo insuficientes para contrarrestar los conflictos y problemas políticos que enfrentaban en aquella época las sociedades de América Latina. Lo anterior, coincidió con:

una época en que Estados Unidos intentaba promover su marca de desarrollo económico y social en todo el Tercer Mundo. Se crearon nuevos programas e instituciones, como el Cuerpo de Paz y el Banco Interamericano y los gobiernos fueron presionados a promulgar reformas agrarias y educativas y otros programas de bienestar social. Para Latinoamérica y el Caribe estos programas se denominaron Alianza para el Progreso (Thome, 1984, p. 529).

En ese panorama surgieron los consultorios jurídicos en América Latina, con similar origen: la alianza para el progreso como bandera; el liderazgo de la Agencia de Cooperación Internacional Estadounidense (USAID) y de la Fundación Ford; el patrocinio, entre otros, de un grupo de universidades norteamericanas (Yale, Harvard, la Universidad de Wisconsin y Stanford); y la buena recepción de algunas universidades, como es el caso de la Universidad de los Andes en Colombia. (Castro-Buitrago et al., 2011).

Por su parte, en Colombia por aquellas épocas abundaban los famosos leguleyos, rúbulas y tinterillos¹ y había escasez de verdaderos litigantes, ya que los egresados de la época salían sin ningún tipo de experiencia. Por ello, en el país desde la década de los sesenta ya existía un común acuerdo sobre la necesidad de modificar los métodos de enseñanza del Derecho. Entre los que pregonaban la necesidad de

1. “Los leguleyos, sujetos que sabían de memoria las leyes, pero que ignoraban los principios de la jurisprudencia; los tinterillos, sujetos que comenzaron los estudios de jurisprudencia pero no los terminaron pero conocían de las leyes y su práctica; los rúbulas, sujetos que conocían algo de la rutina forense pero que ignoraban del todo las leyes y los principios de la jurisprudencia... Los rúbulas, leguleyos y tinterillos existieron en todos los pueblos y absorbieron las funciones que de antaño eran reservadas, única y exclusivamente, a los abogados”. (González, s.f., pp.6-7)

un nuevo rumbo, se destaca al maestro Gaviria Diaz (1968, citado en González, s.f.) quien señalaba que una función indiscutible de la Universidad —en especial en los países subdesarrollados—, es capacitar profesionales que se hagan cargo de las necesidades urgentes de la comunidad.

Ante tal escenario, enhorabuena se expidió el Estatuto del Abogado y con este llegaron los consultorios jurídicos a Colombia, “fueron importados por las elites jurídicas y políticas colombianas durante los gobiernos de Carlos Lleras Restrepo y Misael Pastrana Borrero y exportados por las élites jurídicas estadounidenses durante los gobiernos de John F. Kennedy y Lyndon Johnson.” (Recalde, et al., 2017, p.5).

Como resultado, actualmente en Colombia, los consultorios jurídicos funcionan como dependencias de las Facultades de Derecho, que procuran que los ciudadanos de escasos recursos económicos puedan acceder a la administración de justicia. Las competencias que pueden adelantar los estudiantes adscritos a estos centros, se encuentran determinadas en la ley, y a fin de garantizar la idoneidad en la representación, defensa o cualquier intervención a nombre de una persona que carezca de los recursos para acudir a los servicios profesionales de un abogado titulado, se prevé que todas las actuaciones del estudiante se darán bajo la coordinación de los asesores designados y atendiendo las orientaciones del consultorio jurídico.

2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

Los consultorios jurídicos se han cimentado en el ordenamiento jurídico colombiano, sobre bases con raigambre constitucional, legal y jurisprudencial. A continuación, se exponen los fundamentos jurídicos que soportan la existencia de los consultorios.

2.1. Fundamentos constitucionales

Dentro del sustento constitucional de estas instituciones, se encuentran los

siguientes preceptos de la Carta Fundamental de 1991:

2.1.1. Los principios de respeto de la dignidad humana y de la solidaridad

En el primer artículo de la Constitución establece que Colombia es una república fundada en el respeto de la dignidad humana, así que; “una primera consecuencia de esto es que nunca es lícito negar a una persona su condición de titular de derechos” (Madrid-Malo, 1998, p.45). Claramente, esta consecuencia tiene relación directa con los consultorios jurídicos; pues es función de estas instituciones, el asegurar a las personas de bajos recursos el ser titulares del derecho de acceso a la justicia, el cual implica la consecución de otros derechos.

Por su parte, el principio de solidaridad, también consagrado en el artículo primero de la Constitución de 1991, es guía y finalidad clave de los consultorios, con el acompañamiento judicial que de manera gratuita realizan los estudiantes, se busca ayudar a superar las carencias de los menos favorecidos.

2.1.2. El derecho a la igualdad y la especial protección de las personas en situación de vulnerabilidad

El artículo 13 consagra la igualdad ante la ley y establece que el Estado tiene la obligación de propender porque se haga efectiva; asimismo, este artículo indica que es obligación del Estado el brindar especial protección a aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. En otras palabras, es motivo de vigencia del Estado Social de Derecho y condición para la existencia de la real democracia, que todos gocen de los mismos derechos (Barreto y Sarmiento, 1997). Siendo ello así, es claro que, respecto a estos cometidos estatales, a los consultorios jurídicos se les ha asignado una importante labor; pues mediante el desarrollo de sus

actividades ayudan a desarrollar estos postulados.

2.1.3. Título de idoneidad para el ejercicio de la abogacía

Con el artículo 26 superior se faculta al legislador para exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de una profesión, esta facultad excepcional y limitada del legislador, está orientada a proteger los derechos fundamentales de la comunidad (Barreto y Sarmiento, 1997). Por consiguiente, la práctica que se hace en un consultorio jurídico se constituye en uno de los requisitos esenciales para acreditar la idoneidad de quienes aspiran a obtener el título de abogado. Asimismo, con base en esta facultad, por expresa autorización de la Ley 583 de 2000², los estudiantes de derecho adscritos a un consultorio pueden ejercer la abogacía en representación de personas de bajos recursos.

2.1.4. El derecho fundamental al debido proceso y la defensa técnica

El derecho al debido proceso se consigna en el artículo 29 constitucional y “comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad, el principio del juez natural o legal, el principio de favorabilidad penal y el principio de presunción de inocencia”. (Sentencia T-572 de 1992). A su vez, uno de los elementos más importantes de este derecho es la defensa técnica, la cual es esencial en el desarrollo de las actividades de los consultorios. Estos centros, a través de sus estudiantes y asesores, deben garantizar a las personas en situación de vulnerabilidad una adecuada defensa, protegiendo así de manera efectiva y eficaz sus derechos, lo cual sería, según Thea (2012), el núcleo esencial del debido proceso.

2. Artículo 1. “(...) Los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, son abogados de pobres... mientras pertenezcan a dichos consultorios, podrán litigar en causa ajena...”.

2.1.5. El acceso efectivo a la administración de justicia

El eje fundamental de la existencia de los consultorios jurídicos es quizá el artículo 229 superior; que establece el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia, objetivo último y razón del funcionamiento de los consultorios. Sin embargo, la labor de estos centros no consiste en simplemente permitir a las personas en condición de vulnerabilidad ejercer el derecho de acción. La noción de este derecho ha evolucionado y con base en los tratados sobre derechos humanos hoy se habla de acceso efectivo a la administración de justicia (Silva, 2013).

Lo anterior se traduce en “la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley” (Sentencia C-037 de 1996), pero “no solamente es poner en movimiento el aparato jurisdiccional, a través de los actos de postulación requeridos por la ley procesal, sino en que se surtan los trámites propios del respectivo proceso, se dicte sentencia estimatoria o desestimatoria de las pretensiones de la demanda y que ésta sea efectivamente cumplida” (Sentencia T-268 de 1996).

En tal sentido, según el Máximo Tribunal Constitucional, este derecho tiene un contenido múltiple, del cual se pueden identificar tres categorías: (i) aquéllas que tienen que ver con el acceso efectivo de la persona al sistema judicial; (ii) las garantías previstas para el desarrollo del proceso; y (iii) las que se vinculan con la decisión que se adoptó dentro del proceso en cuestión (Sentencia T-799 de 2011).

De igual forma, este importante derecho se articula con un número significativo de convenios y tratados internacionales que buscan de manera mancomunada su protección y eficacia, entre ellos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 8 y 10); el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

(Artículo 13); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14), siendo particularmente cercano a nuestra definición de acceso efectivo a la justicia, el principio contenido en el inciso primero del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual establece el derecho de toda persona a ser oída por los jueces, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (Silva, 2013).

Lo planteado se sintetiza en que el efectivo acceso a la justicia implica el derecho de toda persona “sin discriminación alguna, a que existan mecanismos adecuados y sencillos del sistema de justicia para la resolución de necesidades jurídicas y sobre las cuales se adopte una decisión mínimamente satisfactoria, oportuna y a la que se le dé cumplimiento” (La Rota et al., 2014, p.31).

2.2. Fundamento legal

Desde el punto de vista legal, el nacimiento de los consultorios jurídicos empieza con el artículo 30³ del Estatuto del Abogado (Decreto 196 de 1971), con el cual fueron creados por primera vez en Colombia los consultorios jurídicos. Es necesario aclarar que dicho artículo fue modificado en 2000 por el artículo 1° de la Ley 583; sin embargo, en cuanto a lo sustancial, esta ley “reitera la calidad de abogados de pobres para los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, y excluye toda posibilidad de omisión u homologación en lo relativo al deber de prestar el servicio” (Acosta-Madiedo, 2006, p. 161).

Asimismo, el funcionamiento de estas instituciones ha sido reglamentado especialmente con normas como: el Decreto

765 de 1977, el cual establece sus requisitos de funcionamiento; el Decreto 3200 de 1979, por el cual se dictan normas sobre la enseñanza del Derecho y por la Ley 941 del 2005, que organiza el sistema de defensoría pública.

De los decretos y leyes referidos, se puede sintetizar lo siguiente:

- Las facultades de Derecho deben organizar consultorios jurídicos con los alumnos de los dos últimos años lectivos.
- El funcionamiento de estos centros requiere de la aprobación del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial.
- Los estudiantes, según el término legal, actúan como “abogados de pobres”.
- La atención en estos lugares es gratuita y orientada a población de estrato 1 y 2, y excepcionalmente 3.
- Estos estudiantes hacen parte del sistema nacional de defensores públicos.

2.3. Fundamento jurisprudencial

Jurisprudencialmente se destacan las siguientes sentencias de la Corte Constitucional:

2.3.1. Sentencia SU-044 de 1995

Con esta sentencia, en vigencia del artículo 30 del Decreto 196 de 1971, la Corte Constitucional aclaró “que aunque la norma permite confiar la defensa a quienes no son abogados titulados, ello no contraría el precepto del art. 29 en referencia, pues se debe entender que el legislador, facultado por la Constitución para determinar en qué casos se exigen títulos de idoneidad, ha habilitado especialmente al egresado de facultad de derecho que ha obtenido licencia temporal y al estudiante de derecho miembro de consultorio jurídico para actuar como defensores”.

Al respecto Acosta-Madiedo acorde con lo indicado por la Corte afirma que “esto se debe a que a menos que se plasme una

3. “Las facultades de derecho oficialmente reconocidas organizarán, con los alumnos de los dos (2) últimos años lectivos, consultorios jurídicos cuyo funcionamiento requerirá aprobación del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial ...”.

regla manifiestamente irrazonable, hace parte de la discrecionalidad del legislador la de establecer los tipos de procesos y las instancias en que puede actuar una persona todavía no graduada, y no por contemplar distinciones –que son necesarias en todo régimen excepcional– se vulnera el derecho a la igualdad alegado en esa ocasión por el actor” (2006, p. 164).

2.3.2. Sentencia C-143 de 2001

Como contexto de esta sentencia, es necesario tener en cuenta que:

[...] han sido recurrentes los ataques contra la existencia de los consultorios jurídicos debido al riesgo social que comporta el ejercicio de la abogacía... por ello, se cuestionaba la posibilidad de deferir el ejercicio de la profesión, por ministerio de la Ley 583/00, a un número exagerado de ingenuos estudiantes de derecho sin considerar su idoneidad, tipo de universidad, disponibilidad de recursos bibliográficos y técnicos, etc., patrocinando la irresponsabilidad e improvisación en la defensa en lugar de descongestionar los despachos judiciales (Acosta-Madiedo, 2006, p. 163).

En atención a lo referido, fue interpuesta una acción de inconstitucionalidad (parcial) en contra del artículo 1 de la Ley 583 de 2000. Sin embargo, la Corte concluyó que, el legislador al permitir que se ejerza la profesión de abogado, sin estar titulado e inscrito, lo que hizo fue desarrollar principios constitucionales que garantizan derechos como el debido proceso, la solidaridad y el acceso a la administración de justicia; en consecuencia, dejó en firme lo preceptuado en dicha ley, con la condición de que los estudiantes actúen bajo la debida supervisión, guía y control de la institución educativa a la que pertenecen.

2.3.3. Sentencia C-110 de 2017

En esta oportunidad, se estudió la denominación de “abogados de pobres” que ostentan los estudiantes adscritos a

los consultorios jurídicos, declarándose su exequibilidad, al concluir la Corte que, con dicho término no se quebrantan principios como el de dignidad humana. Empero, dicha concepción sigue siendo cuestionable; a pesar de que se debe reconocer que a la órbita del derecho se le escapan muchas cuestiones humanas; y que el significado y peso real de las palabras no siempre puede ser establecido o delimitado desde lo jurídico, “desde el punto de vista idiomático, pobre es un término de múltiples acepciones⁴, de las cuales solo una o dos se refieren directamente al aspecto económico” (Velázquez, 2012, p.155).

Hasta aquí, se ha expuesto el fundamento constitucional, legal y jurisprudencial de los consultorios jurídicos, haciendo especial énfasis en el derecho de acceso a la administración de justicia por ser la piedra angular de esta investigación. En el siguiente apartado, se expondrá el desempeño del Consultorio de la UPTC en relación con el acceso a la justicia en el área laboral.

3. ANÁLISIS DE LA EFECTIVIDAD DEL CONSULTORIO DE LA UPTC: ÁREA LABORAL 2018-2019

Antes de presentar los resultados de esta investigación, como preámbulo, es pertinente resaltar la postura de Velázquez (2014), quien en su investigación indica que:

La obligación de los consultorios jurídicos en materia de acceso a la justicia es un tema que no ha sido estudiado con suficiente profundidad por la academia en cuanto a las cargas que impone a los estudiantes de Derecho y los consultorios jurídicos en general. Esto ha llevado a que se ignore la verdadera dimensión de esa obligación legal, con los compromisos que adquiere aquel que sea su garante, por lo cual la mayoría de las universidades, posiblemente, hayan aceptado... esta carga y orienten

4. “Necesitado, que no tiene lo necesario para vivir. Escaso, insuficiente. Humilde, de poco valor o entidad. Infeliz, desdichado y triste...”. Diccionario de la RAE (2019).

parte de sus prácticas hacia este fin, con la creencia de que, por realizar las actividades permitidas en la Ley 583 de 2000, se satisfacen las necesidades de acceso a la justicia, cuando la realidad es muy distinta a la que crea esta norma. (p. 574).

3.1. Objeto de estudio

El Consultorio Jurídico Armando Suescún Monroy es un centro de extensión de la Facultad de Derecho de la UPTC, localizado en Tunja, cuyo objetivo principal gira en torno a prestar servicios de asesoría, acompañamiento judicial y extrajudicial de manera gratuita a la comunidad Boyacense⁵. Su origen se remonta a 1997 cuando la primera promoción de estudiantes de la Facultad de Derecho llegó a octavo semestre⁶.

“El nombre de Consultorio Jurídico Armando Suescún Monroy, fue dado, por el Consejo de Facultad... y se debe a que el docente posee una amplia trayectoria académica e histórica en la institución. De igual manera, el docente Suescún, fue el primer director del Consultorio Jurídico de la UPTC, (creador del mismo), el segundo Decano de la Facultad de Derecho, fue Rector de la UPTC, hace parte de la Academia Boyacense de Historia, Doctor Honoris causa en historia, ha escrito varios libros, no solamente en materia histórica sino del Derecho” (Dirección Jurídica UPTC, comunicación personal, 4 de marzo de 2021).

De este modo, se hace honor y reconocimiento en vida, al docente, historiador e investigador Armando Suescún; por su dedicación e innumerables aportes a la comunidad upetecista: como lo son la fundación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC; la consolidación de la historia en general y la historia del Derecho en Colombia; autor del

libro de “Derecho y sociedad en la historia de Colombia”, que actualmente tiene cuatro tomos; así como su invaluable aporte al desarrollo del Departamento de Boyacá y de la República de Colombia.

Ahora bien, sobre el tema en particular, en el área de Derecho Laboral los servicios del Consultorio se concretan en realizar liquidaciones laborales, adelantar procesos ordinarios laborales de única instancia, ejecutivos laborales cuya cuantía no supere 20 smlmv y procesos de acoso laboral.

3.2. Metodología

Para dar respuesta a la pregunta planteada y validar la hipótesis de esta investigación, se realizó un trabajo de campo en el cual se hizo una revisión del archivo del Consultorio Jurídico de la UPTC; se identificaron los procesos y liquidaciones laborales archivados entre 2018 y 2019. Se establecieron una serie de indicadores⁷, con los cuales se elaboró una base de datos, que integra la información obtenida de 92 carpetas; por último, se realizó la correspondiente representación gráfica y sus análisis.

3.3. Resultados

Tras analizar las gráficas realizadas, se logró identificar una serie de resultados y tendencias en la prestación de servicios del consultorio, información que a continuación se presenta en el siguiente orden: primero se realizará lo que se ha denominado Análisis Poblacional, con el cual se pueden identificar las características personales y sociales de los usuarios que acuden al consultorio; y, posteriormente, se realiza el Análisis de Efectividad, en el que se puede evidenciar el desempeño en la prestación de los servicios del consultorio en el área laboral.

5. La representación judicial está delimitada a la población perteneciente al Distrito Judicial de Tunja.

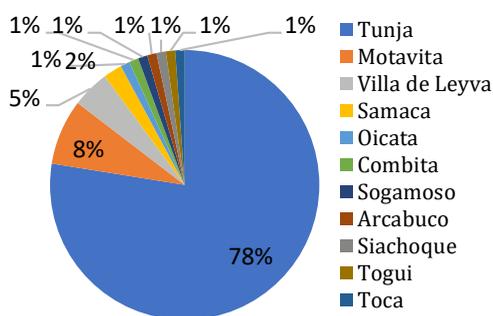
6. Este centro fue creado, aprobado y autorizado por el Acuerdo 001 de 1997 del Consejo de Facultad; la Resolución 0001 de 1998 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja y la Resolución 0720 de 2002 del Ministerio de Justicia y del Derecho.

7. Los cuales corresponden a las gráficas que se analizaron y se presentan a partir del numeral 3.3 de este trabajo, entre otros, estrato socioeconómico, tiempo de asignación, tipo de proceso, características personales.

3.3.1. Análisis poblacional

A través de este análisis se caracterizó a los usuarios del Consultorio Jurídico de la UPTC-área laboral. Con las gráficas que componen este análisis, se pueden identificar los siguientes aspectos de la realidad social de los usuarios que solicitaron los servicios del consultorio.

Gráfica 1. Municipio de residencia

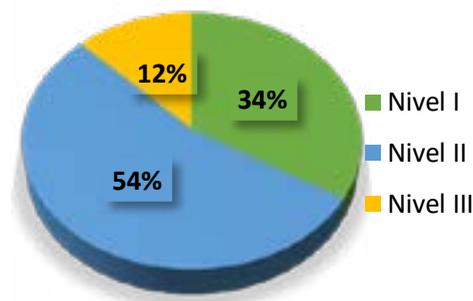


Fuente: Elaboración propia

En esta primera gráfica, se aprecia que Tunja con el setenta y ocho por ciento (78%) representa el municipio con mayores usuarios que hacen uso de los servicios del Consultorio, le siguen en orden descendente municipios como Motavita (8%), Villa de Leiva (5%) y Samacá (2%), los restantes municipios sumados representan el siete (7%) por ciento.

Este porcentaje superior de Tunja frente al resto de municipios, es comprensible por ser este el lugar de localización de la sede física del Consultorio. Sin embargo, ese 22% restante, se puede ver como una cifra importante de población que se traslada en busca de acompañamiento jurídico.

Gráfica 2. Estrato socioeconómico

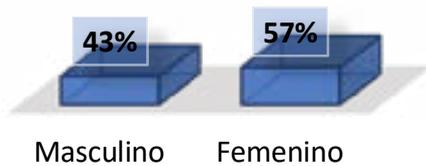


Fuente: Elaboración propia

La Ley 583 de 2000 en su artículo primero preceptúa que los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, son “abogados de pobres”, por lo anterior se ha entendido que los servicios de los consultorios están destinados a las personas de los estratos 1, 2 y excepcionalmente 3, cuando estos últimos presentan declaraciones juradas de su incapacidad económica.

Dicho esto, con los resultados de la gráfica de estrato socioeconómico se observa que los usuarios del Consultorio pertenecen en su gran mayoría al nivel dos con un cincuenta y cuatro por ciento (54%); la población de estrato uno representa el treinta y cuatro por ciento (34%) y los usuarios nivel tres el doce por ciento (12%). Vale destacar que, el porcentaje de usuarios nivel tres es una cifra reveladora, teniendo en cuenta que su acceso a los servicios es excepcional; quizá por eso Velázquez (2014) afirma en su investigación que la dificultad no es tener o no el dinero para pagar un abogado, pues existen otras situaciones de imposibilidad social que impiden a las personas defender sus derechos y que no se pueden leer en términos de estrato socioeconómico.

Gráfica 3. Género de los usuarios



Fuente: Elaboración propia

En los usuarios del consultorio predomina la población femenina con el cincuenta y siete por ciento (57%). Aun así, no existe una diferencia marcada con la población masculina, que equivale consecuentemente al cuarenta y tres por ciento (43%) de los usuarios. Sin embargo, esta gráfica refleja que la población femenina, como es de amplio conocimiento, en situaciones laborales sigue siendo la menos favorecida.

Gráfica 4. Características personales



Fuente: Elaboración propia

Igualmente, dentro de los procesos analizados se encontraban diferentes sujetos de especial protección, las cifras son las siguientes: veintiún (21) usuarias eran madres cabezas de hogar, cuatro (4) usuarios eran padres cabeza de hogar, dos (2) personas se encontraban en situaciones de desplazamiento, tres (3) de los usuarios eran inmigrantes y dos (2) eran adultos mayores.

Esta gráfica tiene particular importancia, pues indica que el treinta y cuatro por

ciento (34%) de los usuarios, además de ser población de bajos recursos, presenta alguna condición específica de vulnerabilidad, lo que evidencia la existencia de otros factores que pueden hacer más gravosa la situación de los usuarios que buscan acceder a la administración de justicia a través del Consultorio.

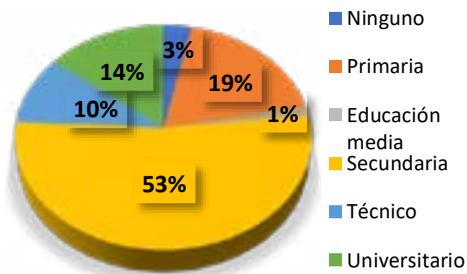
Gráfica 5. Edad al momento de acudir al consultorio



Fuente: Elaboración propia

Los resultados de esta gráfica, en principio se diría que no son lógicos por ubicarse en los niveles superiores entre 18 y 45 años; sin embargo, entendiendo la realidad social del departamento, con esta gráfica se evidencia que la afluencia de personas mayores de 60 años al Consultorio es mínima, lo cual indica que no se está llegando a una población tan vulnerable, como lo es el adulto mayor⁸.

Gráfica 6. Nivel de escolaridad

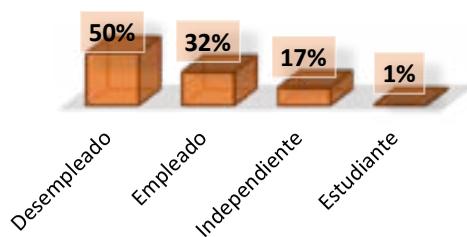


Fuente: Elaboración propia

8. Ver Boyacá 7 Días. (10 de julio de 2019). "La población boyacense cuenta con un 71,47% de personas mayores de 60 años". 30 de cada 100 boyacenses son adultos mayores de 60 años.

Se dice que, las personas que no pueden acceder a la educación superior en sí ya son relativamente vulnerables en el campo laboral. Pues bien, en esta gráfica se aprecia que el setenta y seis por ciento (76%) de usuarios no cuentan con educación superior, solo con secundaria o básica primaria y el veinticuatro por ciento (24%) de los usuarios que acudieron tenían algún tipo de formación universitaria o técnica.

Gráfica 7. Ocupación de los usuarios



Fuente: Elaboración propia

De acuerdo con los datos analizados, el cincuenta por ciento (50%) de los usuarios se encontraban desempleados, condición que los deja en situación de mayor vulnerabilidad. De igual manera, se resalta que hay muchas actividades, que no requieren sólo del recurso humano de los consultorios sino también recursos financieros (pago de copias, certificaciones, notificaciones, emplazamientos, etc.) y muchas de esas diligencias truncan la evolución de los procesos; no existe una regulación efectiva⁹ que establezca cómo solucionar este tipo de impases, motivo por el cual los usuarios muchas veces desisten de sus pretensiones.

Hasta este punto, se han analizado las características sociales de los usuarios del área laboral que acudieron al Consultorio

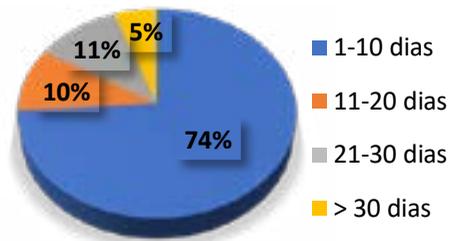
9. Anaya (2016) en su investigación concluye sobre el Amparo de Pobreza que "aun cuando la intención del legislador fuera eximir al amparado de todos los gastos procesales que le impidan tener una resolución efectiva del conflicto presentado, no hay vías concretas y funcionales para que en la práctica sea de esa manera" (p. 21).

Jurídico de la UPTC entre 2018 y 2019. A continuación, se evalúa el nivel de efectividad que tuvo el Consultorio en cuanto a la garantía de acceso a la administración de justicia para aquellos usuarios.

3.3.2. Análisis de efectividad

El estudio de los gráficos que a continuación se presentan, resulta de gran importancia para evaluar el desempeño que tuvo el consultorio jurídico en cuanto a la materialización del derecho a acceder a la administración de justicia; el cual resulta pertinente reiterar, no se entiende agotado con el mero diseño normativo para su operatividad, sino que persigue la materialización efectiva del derecho sustancial (Sentencia C-420 de 2020).

Gráfica 9. Tiempo de asignación



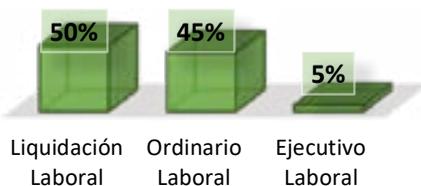
Fuente: Elaboración propia

Para analizar adecuadamente esta gráfica, se debe tener en cuenta que de acuerdo con el funcionamiento interno del Consultorio Jurídico de la UPTC, después de recepcionada la solicitud de servicios, por regla general, semanalmente se realiza un reparto de asignación entre sus estudiantes adscritos. Asimismo, en estos tiempos de asignación influyen aspectos como vacaciones o suspensiones académicas.

Aclarado lo anterior, con la gráfica de tiempos de asignación, se vislumbra que, en el tiempo transcurrido entre la fecha de la solicitud y el tiempo de asignación del proceso por parte del Consultorio al respectivo estudiante, predomina el lapso

entre uno y diez días con el setenta y cuatro por ciento (74%). El veintiséis por ciento (26%) restante se asigna en un tiempo superior a diez días.

Gráfica 9. Tipo de consulta



Fuente: Elaboración propia

Con esta gráfica, se puede categorizar el posicionamiento de los servicios prestados en el área laboral. El servicio por el que mayormente recurren los usuarios al consultorio en el área laboral es para la realización de liquidaciones laborales, las cuales están representadas con el cincuenta por ciento (50%); en segunda posición, se encuentran los procesos ordinarios laborales con un cuarenta y cinco por ciento (45%); y, en el último lugar, se hallan los procesos ejecutivos laborales, que en relación con los mencionados anteriormente son mínimos al contar solamente con el cinco por ciento (5%).

Entendiendo la naturaleza del servicio dominante, la anterior información es de gran importancia pues se aprecia que de los usuarios del área laboral que se acercaron al consultorio, solo el 50% lo hizo con miras de acceder propiamente a la administración de justicia, los demás solo aspiraron a obtener una labor técnica.

Gráfica 10. Tiempo de entrega de liquidación laboral



Fuente: Elaboración propia

Es necesario resaltar que, a pesar de que las liquidaciones son un procedimiento relativamente sencillo, por cuanto su realización no requiere mayor tiempo; según la gráfica, se evidencia que solo el once por ciento (11%) fueron realizadas y entregadas en un término más o menos razonable¹⁰. Cabe aclarar que muchas veces los datos consignados en la solicitud de servicio resultan incompletos; por esta razón, el usuario debe ser contactado para que proporcione la totalidad de la información; entonces, la entrega oportuna de la liquidación dependerá del tiempo de obtención de los datos requeridos.

En adición a lo anterior, resulta pertinente denotar el sistema burocrático que para el caso, prima en el Consultorio, pues el estudiante debe asistir en los horarios y fechas establecidos a la asesoría especializada para la verificación de la liquidación¹¹. Es decir que si el estudiante no puede acogerse a una de las fechas fijadas, automáticamente se dilatará el procedimiento. Tratándose de una labor técnica, el consultorio debería facultar a uno de los asesores permanentes para que haga la revisión y autorice la entrega de la liquidación.

Gráfica 11. Motivo de archivo de las liquidaciones laborales



Fuente: Elaboración propia

10. Se ha considerado más o menos razonable el término de 1 a 10 días, en consideración al tipo de procedimiento, el cual se basa en la aplicación de fórmulas matemáticas plenamente establecidas, lo que implicaría un resultado automático en los casos en que los datos necesarios son precisos.

11. El Consultorio por área de competencia, tiene designado un asesor profesional especializado y presta su acompañamiento a todos los estudiantes que llevan procesos del área durante dos horas, dos veces a la semana.

En cuanto al resultado final de las liquidaciones laborales, con esta gráfica se evidencia que el ochenta y tres por ciento (83%) de estas fueron entregadas a sus solicitantes, mientras que el restante diecisiete por ciento (17%) fueron archivadas debido al desistimiento de los usuarios.

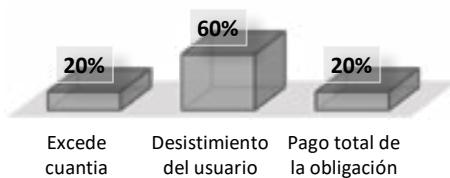
Gráfica 12. Duración de los procesos ejecutivos laborales



Fuente: Elaboración propia

Respecto a la duración de los procesos ejecutivos laborales, se aprecia con esta gráfica que, en la tramitación de los mismos desde la fecha de solicitud hasta la fecha de archivo, priman una de las más altas, esto es de uno a cinco años.

Gráfica 13. Motivo de archivo de los procesos ejecutivo laborales:

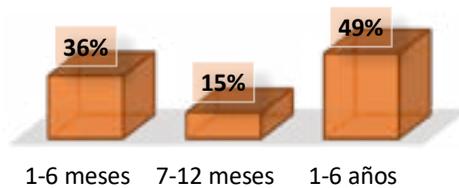


Fuente: Elaboración propia

Entendiendo la naturaleza especial de los procesos ejecutivos laborales y la relevancia que tiene la capacidad económica de la parte ejecutada, resulta comprensible la imposibilidad muchas veces de resultados satisfactorios; sin embargo, teniendo en cuenta los tiempos de duración presentados en la gráfica anterior, que un sesenta por ciento (60%) sean archivados por

desistimiento de los usuarios, es claramente un resultado poco alentador.

Gráfica 14. Duración de los procesos ordinario laborales



Fuente: Elaboración propia

Respecto a los procesos ordinarios laborales, existen dos tendencias predominantes en cuanto a la duración. Con los resultados se evidencia que el cuarenta y seis por ciento (46%) de estos procesos tienen una duración entre uno y seis años; la otra parte que destaca, se encuentra dentro de uno a seis meses con el treinta y seis por ciento (36%). Solo el quince por ciento (15%) ha tenido una duración de siete meses a un año.

Gráfica 15. Motivo de archivo de los procesos ordinarios laborales.



Fuente: Elaboración propia

En relación con el acceso efectivo a la administración de justicia, con esta gráfica se evidencia que solo el trece por ciento (13%) llegó a la jurisdicción, obteniendo como resultado: un acuerdo conciliatorio el cinco por ciento (5%), a otro cinco por ciento (5%) se le negaron las pretensiones y solamente el tres por ciento (3%) obtuvo un fallo favorable.

El fenómeno de la prescripción se presentó en un cinco por ciento (5%). Sobre un diez por ciento (10%) de los procesos, el Consultorio no tenía competencia por superar la cuantía límite establecida. El cinco por ciento (5%) logró un acuerdo extrajudicial con el empleado y el tres por ciento (3%) una transacción. Un cinco por ciento (5%) resultó improcedente por falta de pruebas.

Definitivamente, los resultados de esta gráfica son dicentes para esta investigación, claramente se puede apreciar que el cincuenta y nueve por ciento (59%) de los procesos ordinarios laborales fueron archivados debido al desistimiento del usuario, su aspiración inicial al transcurrir el tiempo fue abandonada sin haber recibido solución alguna.

CONCLUSIONES

La presente investigación se ha dedicado al estudio del acceso efectivo de la administración de justicia de las personas en situación de vulnerabilidad como objetivo trascendental de los consultorios jurídicos. En particular, se analizó la efectividad que tuvo entre 2018 y 2019 el Consultorio Jurídico Armando Suescún Monroy para con los usuarios del área laboral. En el desarrollo del trabajo, se logró establecer el origen y finalidades para las cuales fueron creados los consultorios jurídicos; los cuales son sin duda alguna cruciales para un ordenamiento jurídico que se soporta en principios como lo son dignidad humana, solidaridad y justicia social. Se evidenció que, los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos cumplen una importante función al brindar acompañamiento judicial gratuito a las personas menos favorecidas; al mismo

tiempo, los educandos adquieren habilidades y destrezas para su desempeño profesional.

Además, se demostró que el concepto actual de acceso a la justicia ha evolucionado. Con fundamento en preceptos constitucionales, legales, jurisprudenciales, la normativa internacional y el análisis doctrinal, se ha concluido que, no basta con reconocer la existencia del derecho de acción, sino que se debe buscar su materialización. El sistema de justicia debe contar con mecanismos adecuados y sencillos que garanticen una resolución de fondo, que no implica la existencia siempre de un fallo favorable, sino el pronunciamiento, ajustado al derecho y dentro de un plazo razonable, sobre la existencia o no de la pretensión reclamada.

Dentro del análisis realizado sobre el Consultorio Jurídico Armando Suescún Monroy, se puede evidenciar que este centro está atendiendo en su mayoría a las personas consideradas desfavorecidas económicamente por pertenecer al estrato socioeconómico uno y dos. Sin embargo, se evidenció también, que dentro de los usuarios existe un gran número de los catalogados como no desfavorecidos al pertenecer al estrato tres, lo cual indica que las necesidades reales no pueden medirse de acuerdo con las clasificaciones, muchas veces contrarias a la realidad social.

Asimismo, se determinó el nivel de efectividad del Consultorio Jurídico en cuanto al acceso a la justicia. Los resultados del área laboral son poco favorables, el servicio más solicitado no requiere propiamente acceder a la administración de justicia y aquellos que son objeto de litigio, en su mayoría y luego de un largo tiempo de tramitación, son archivados por desistimiento de los usuarios; penosamente son muy pocos los que terminan satisfactoriamente.

Se confirmó así en esta investigación, que la labor del Consultorio Jurídico de la UPTC en el área laboral, en cuanto a la garantía de acceso a la administración de justicia, se está quedando en lo meramente formal.

Sin políticas públicas adecuadas y una reglamentación consolidada; así como su correcta implementación en los establecimientos educativos de educación superior. Asegurar a las personas en situación de vulnerabilidad el acceso a la justicia, es una finalidad utópica para los Consultorios Jurídicos, pues son ampliamente debatibles las obligaciones y regulaciones que existen para estos centros. La realidad social de los usuarios que hacen uso de los servicios del consultorio, muestra que no es suficiente la designación de un estudiante en representación de un usuario, para que efectivamente se puedan eliminar los obstáculos que conlleva acceder a la administración de justicia.

RECOMENDACIONES

Como se dejó establecido desde el inicio de este artículo, una de las principales finalidades de este trabajo era proyectar necesidades de cambio y así lograr una mejora en el desempeño del Consultorio Jurídico de la UPTC. Aunque los factores que desencadenaron los resultados presentados pueden ser diversos y considerables, se debe buscar el mejoramiento del servicio, enfocándose en garantizar efectivamente el acceso a la justicia, para lo cual se debe propender por un adecuado manejo, regulación¹² y financiamiento para este centro de extensión.

12. Cabe aclarar que en el Congreso de la República se está desarrollando un proyecto de Ley (No. 275 de 2019 Senado y No. 007 de 2019 Cámara), con el que se busca regular el funcionamiento de los consultorios jurídicos; lo cual es oportuno ya que hasta el momento no existe una ley que regule de manera específica el funcionamiento de estos centros. Del texto aprobado en segundo debate por la Cámara de Representantes, de manera general se puede vislumbrar que uno de los principales objetivos del proyecto es ampliar la competencia o rango de acción de los consultorios; sin embargo, respecto a nuestra área de estudio -laboral-, no se advierten cambios sustanciales.

En consecuencia, se recomienda reestructurar el funcionamiento del Consultorio, buscando eliminar aquellas falencias en la prestación de los servicios. Para ello resulta indispensable, primero que todo, establecer un reglamento interno y un manual de funcionamiento, como bien lo indica nuestra Carta Superior.

Ahora bien, específicamente para el área laboral, es necesario asegurar un acompañamiento continuo, garantizando de un asesor de tiempo completo, si la cantidad de estudiantes así lo exige. Por otra parte, sería ideal que el consultorio promoviera espacios de retroalimentación para que los estudiantes den a conocer sus experiencias ante la jurisdicción, así mismo respecto a la percepción de los usuarios.

Igualmente, es necesario que en el Consultorio se dé cumplimiento a Ley General de Archivo (Ley 594 de 2000) y a la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública (Ley 1712 de 2014). En el desarrollo del trabajo de campo se evidenció que no existe un adecuado sistema de gestión documental, el cual resulta indispensable para facilitar la gestión de la información y, en suma, la gestión del conocimiento en el Consultorio.

Por último, dada la trascendencia que tienen los consultorios jurídicos en la materialización de los principios de nuestro Estado Social de Derecho y de los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad, con este trabajo pretendemos abrir la puerta a futuras investigaciones, en las que se realicen análisis profundos y detallados del consultorio, respecto a su efectividad en la prestación de los servicios y su impacto tanto en las comunidades como en la formación de sus estudiantes adscritos.

ANEXOS

Anexo 1. Consultorios jurídicos y clínicas jurídicas en Colombia. Armando Suescún Monroy

	Regulación de los consultorios jurídicos	Las clínicas jurídicas
Aprobación para iniciar funcionamiento	La normatividad exige que el consultorio sea "aprobado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial donde funcione la respectiva facultad" (Ley 583 de 2000).	Han existido diversas opciones: Aprobación como asignatura electiva por la facultad. Trabajo voluntario. Línea de investigación para grado aprobada por la facultad. Inclusión como parte del consultorio jurídico (área o estructura similar).
Tipología de servicio de los estudiantes	Carácter obligatorio: "la prestación del servicio del consultorio jurídico en ningún caso será susceptible de omisión ni homologación" (Ley 583 de 2000). Litigio en causa ajena como abogados de pobres: "los estudiantes son abogados de pobres y como tales deberán verificar la capacidad económica de los usuarios" (Ley 583 de 2000).	Este ha sido uno de los obstáculos para la creación de clínicas en Colombia. En las existentes y adscritas al consultorio, se llevan casos de la clínica y del consultorio para no incumplir con este requisito. Los casos de interés público no pasan por este filtro económico, sino por un examen sobre su viabilidad como litigio de alto impacto o de interés social. En las clínicas los estudiantes actúan como abogados de interés público y derechos humanos y cumplen con labores de responsabilidad social universitaria, aprendizaje-servicio y extensión.
Dirección del servicio	El director del consultorio debe ser un "abogado titulado dedicado exclusivamente al consultorio, con experiencia en docencia universitaria o práctica profesional no inferior a cinco (5) años". Debe "ejercer el profesorado en la facultad o ser abogado de pobres del Servicio Jurídico Popular" (Decreto 765 de 1977).	La dirección de la clínica la ejerce un abogado titulado, docente universitario con dedicación exclusiva o parcial en algunas universidades.
Dirección administrativa	Si se tienen más de 100 alumnos, deben contar con esta dirección.	No la tienen, salvo que compartan la que existe en el consultorio jurídico.
Asesores en derecho público, penal, privado y laboral	Estas son las áreas que tradicionalmente tienen los consultorios jurídicos colombianos, aunque en algunos casos se han abierto nuevas áreas. En relación con los asesores se sigue la directriz que señala el Decreto 765 de 1977, que exigía que fuesen "abogados titulados con experiencia profesional no inferior a tres (3) años". En dicha norma se exige tener un asesor de tiempo completo por cada 50 estudiantes o de tiempo parcial según los estudiantes que coordine (nota: el Decreto 765 de 1977 ha sido derogado por la Ley 583 de 2000).	Se denominan supervisores y cumplen la labor de asesoría directa a los estudiantes en los casos que asume la clínica. Según la experiencia de las clínicas se observa que son abogados titulados con experiencia en el área de la clínica. Se recomienda al menos un supervisor de tiempo completo por cada diez estudiantes.

Monitores	Son egresados, o alumnos de último año de la carrera. Se exige uno por cada 20 alumnos.	En los casos en que la clínica está adscrita al consultorio jurídico se cuenta con un monitor.
Condiciones locativas y logísticas adecuadas	La institución debe "disponer de locales en condiciones adecuadas para el trabajo de los profesores, monitores y alumnos, y muebles, biblioteca y equipos suficientes para el funcionamiento del consultorio".	La clínica exige de unas condiciones locativas adecuadas, sala de reunión para todo el grupo, equipos y recursos para la labor que adelanta.
Dedicación de los alumnos	Por lo menos dos semestres en los dos últimos años de la carrera.	Por lo menos dos semestres en los dos últimos años de la carrera.
Competencias	<p>a. En los procesos penales de que conocen los jueces municipales y los fiscales delegados ante estos, así como las autoridades de policía, en condición de apoderados de los implicados.</p> <p>b. En los procesos penales de competencia de la jurisdicción ordinaria, como representantes de la parte civil.</p> <p>c. De oficio, en los procesos penales como voceros o defensores en audiencia.</p> <p>d. En los procesos laborales en que la cuantía de la pretensión no exceda de 20 smmlmv y en las diligencias administrativas de conciliación en materia laboral.</p> <p>e. En los procesos civiles de que conocen los jueces municipales en única instancia.</p> <p>f. En los procesos de alimentos que se adelanten ante los jueces de familia.</p> <p>g. De oficio, en los procesos disciplinarios de competencia de las personas municipales y la Procuraduría General de la Nación.</p> <p>h. De oficio, en los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías municipales, distritales, departamentales y General de la República.</p> <p>i. De oficio, en los procesos administrativos de carácter sancionatorio que adelanten las autoridades administrativas, los organismos de control y las entidades constitucionales autónomas" (Ley 583 de 2000).</p> <p>j. La Corte Constitucional en Sentencia C-143 de 2001, MLP José Gregorio Hernández Galindo, declaró condicionalmente exequible este artículo y señaló que en todos los casos la exigencia debe ser que: "siempre que los estudiantes que actúen en su desarrollo ejerzan el derecho bajo la supervisión, la guía y el control de las instituciones educativas a las cuales pertenecen".</p>	<p>En Colombia la labor se ha basado en el artículo 28 del Decreto 196 de 1971, que señala que excepcionalmente "se podrá litigar en causa propia sin ser abogado inscrito, en los siguientes casos:</p> <p>1°. En ejercicio del derecho de petición y de las acciones públicas consagradas por la Constitución y las leyes".</p> <p>El derecho de petición ha sido una herramienta muy valiosa en el trabajo clínico, pero también todos los mecanismos de participación ciudadana, entendiéndolo que ellos pueden ser ejercidos por cualquier persona y con mayor razón por los estudiantes de derecho bajo la coordinación de sus Supervisores.</p> <p>Las clínicas surgieron como grupos de trabajo en acciones públicas porque con la Constitución de 1991 ninguna de estas acciones exige para su ejercicio el ser abogado titulado. Para darle un enfoque de interés público, las acciones más utilizadas han sido las populares y las de inconstitucionalidad. Para las acciones de tutela se realiza una asesoría al afectado o afectados y se presentan en su nombre.</p>
Exigencia para las actuaciones de los estudiantes	Autorización del consultorio jurídico para realizar las respectivas actuaciones judiciales y administrativas.	Como regla general, en todas las actuaciones judiciales se incluye la autorización del consultorio jurídico y la mención de pertenecer a la clínica jurídica.

Fuente: Beatriz Lodoño (2015)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Acosta-Madiedo, C. (2006). Estatuto del Abogado: El porqué de lo polémico. *Universitas Estudiantes*, 3, pp.157-188.
- » Anaya, M. (2016). El amparo de pobreza en Colombia como garantía efectiva del derecho al acceso a la administración de justicia. [tesis de pregrado, Universidad de los Andes]. Repositorio Institucional. <https://repositorio.uniandes.edu.co/>
- » Boyacá 7 Días. (10 de julio de 2019). “La población boyacense cuenta con un 71,47% de personas mayores de 60 años”. *30 de cada 100 boyacenses son adultos mayores de 60 años*. Disponible en: <https://boyaca7dias.com.co/>
- » Barreto, M. y Sarmiento, L. (1997). Título II. En *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas*. Comisión Colombiana de Juristas, pp. 1-461.
- » Bonilla, D. (2018). Consultorios Jurídicos: Educación para la democracia. En Bonilla (Ed.), *Abogados y justicia social: derecho de interés público y clínicas jurídicas*, Ediciones Uniandes –Siglo del Hombre Editores, pp. 17-110.
- » Castro-Buitrago, E., Espejo-Yaksic, N., Puga, M., y Villarreal, M. (2011). Clinical Legal Education in Latin America: Toward Public Interest. En *The Global Clinical Movement: Educating Lawyers for Social Justice*. Universidad de Oxford, pp. 69-86.
- » Congreso de la República de Colombia. (2000, 13 de junio). Ley 583. *Por la cual se modifican los artículos 30 y 9 del Decreto 196 de 1971*. Diario Oficial 44042. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1662987>
- » Congreso de la República de Colombia. (2005, 14 de enero). Ley 941. *Por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública*. Diario Oficial 45791. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1671540>
- » Corte Constitucional. (1992, 26 de octubre). Sentencia T-572. (Jaime Sanín Greiffenstein, M.P.). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-037-20.htm>
- » Corte Constitucional. (1995, 9 de febrero). Sentencia SU 044. (Antonio Barrera Carbonell, M.P.). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/SU044-95.htm>
- » Corte Constitucional. (1996, 18 de junio). Sentencia T-268. (Antonio Barrera Carbonell, M.P.). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-268-96.htm>
- » Corte Constitucional. (1996, 5 de febrero). Sentencia C-037. (Vladimiro Naranjo Mesa, M.P.). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-037-20.htm>
- » Corte Constitucional. (2001, 7 de febrero). Sentencia C-143. (Gregorio Hernández Galindo, M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-143-01.htm>
- » Corte Constitucional. (2011, 21 de octubre). Sentencia T-799. (Humberto Antonio Sierra Porto, M.P.). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-799-11.htm>

- » Corte Constitucional. (2017, 22 de febrero). Sentencia C-110. (Alberto Rojas Ríos, M.P.). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-110-17.htm>
- » Corte Constitucional. (2020, 24 de septiembre). Sentencia C-420. (Richard S. Ramírez Grisales M.P.). Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-420-20.htm#_ftn435
- » Duque, S, González, & Quintero, M. (2012). La popularización del derecho en el consultorio jurídico: una apuesta por una educación jurídica con relevancia social. *Revista Estudios de Derecho*, 2, pp. 45-63.
- » Echandía, D. (2012). Teoría general del proceso (3ª ed.). Editorial Universidad.
- » García Añón, J. (2014). Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del derecho: ¿La educación jurídica clínica como elemento transformador? *Teoría & Derecho*, 15, pp. 12-33.
- » González, J. (s.f.). El discreto aporte del derecho. Universidad de Antioquia.
- » La Rota, M., Lalinde, S., Santa, S., Uprimny, R. (2014). Ante la justicia: Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia. Colección Dejusticia.
- » Lodoño, B. (2015). Educación legal clínica y litigio estratégico en Iberoamérica. Universidad del Rosario.
- » Madrid-Malo, M. (1998). Preámbulo, Títulos I y XIII. En *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas*. Comisión Colombiana de Juristas, pp. 1-136.
- » Presidencia de la República. (1971, 10 de marzo). Decreto 196. *Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía. 10 de marzo de 1971*. Diario Oficial 33255. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1044523>
- » Presidencia de la República. (1977, 29 de abril). Decreto 765. *Por el cual se reglamentan los artículos 30, 31 y 32 del Decreto-Ley 196 de 1971, y se regula la prestación de servicio profesional para optar al título de abogado*. Diario Oficial 34775. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1161656>
- » Presidencia de la República. (1979, 21 de diciembre). Decreto 3200. *Por el cual se dictan normas sobre la enseñanza del Derecho*. Diario Oficial 35444. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=81515>
- » Real Academia Española. (2019). Diccionario. Disponible en: <https://dle.rae.es/>.
- » Recalde, G, Luna, T, y Bonilla, D. (2017) Justicia de pobres: Una genealogía de los consultorios jurídicos en Colombia. *Revista de Derecho*, 47, pp. 1-72.
- » Silva, M. (2013). Módulo Sobre Integración del Código General del Proceso al Proceso del y Trabajo y la Seguridad Social. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

- » Thea, F. (2012). Artículo 8. Garantías judiciales. *En La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino* Universidad de Buenos Aires, pp.127-166.
- » Thome, J. (1984). New Models for Legal Services in Latin America. *Human Rights Quarterly*, 6(4), pp. 521-538.
- » Velásquez, H. (2012). Críticas a las competencias de los consultorios jurídicos a la luz del Decreto 196 de 1971 y la Ley 583 de 2000. [tesis de maestría, Universidad Pontificia Bolivariana]. Repositorio Institucional. Disponible en: <https://repository.upb.edu.co/>
- » Velásquez, H. (2014). Prácticas de consultorio jurídico y aporte para el acceso a la justicia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 44 (121), pp. 551-576.

El documento electrónico. Un análisis desde el derecho cubano en tiempos de pandemia

The electronic document. An analysis from Cuban law in times of pandemic

Autores: Yanixet Milagro Formentín Zayas, Yaimara Martínez Sifontes, Idarmis Knight Soto

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n38.2021.13698>

Para citar este artículo:

Formentín Zayas, Y., Martínez Sifontes, Y. y Soto, I. (2021). El documento electrónico. Un análisis desde el Derecho cubano en tiempos de pandemia. *Derecho y Realidad*, 19 (38), 187-203.



EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO. UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO CUBANO EN TIEMPOS DE PANDEMIA*

The electronic document. An analysis from Cuban law in times of pandemic

Yanixet Milagro Formentín Zayas

Licenciada en Derecho. Máster en Derecho. Especialista en Asesoría Jurídica. Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular. Coordinadora Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Camagüey (Cuba). yanixet.formentin@reduc.edu.cu, yenima33@gmail.com
ORCID 0000 0002 2131 7733

Yaimara Martínez Sifontes

Licenciada en Derecho. Máster en Derecho. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Camagüey (Cuba). yaimara.martinez@reduc.edu.cu

Idarmis Knight Soto

Licenciada en Derecho. Especialista en Asesoría Jurídica. Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de Derecho Internacional Público. Universidad de Ciego de Ávila, (Cuba) idarmis@unica.cu.
ORCID 0000 0003 4713 7488

Recepción: Agosto 27 de 2021

Aceptación: Septiembre 30 de 2021

RESUMEN

El presente artículo parte de la idea de que el tema de la prueba es fundamental para las partes de un proceso civil o mercantil, teniendo en cuenta que el éxito de sus pretensiones viene determinado, fundamentalmente, por la actividad probatoria desplegada a través de los medios de pruebas legalmente previstos, centrandó nuestra atención en la fijeza que al hecho de probar ofrece el documento como medio de prueba de gran relevancia, ampliamente abordado en el ordenamiento procesal patrio, aunque su variante electrónica no ha corrido idéntica suerte. Se utilizaron los métodos de derecho comparado,

teórico-jurídico, exegético, y el análisis síntesis, con el objetivo de analizar el documento electrónico como medio de prueba admisible en Cuba en tiempos de pandemia, haciendo especial referencia a su fuerza demostrativa y a la importancia de este para acreditar hechos o consolidar determinados actos concernientes al tráfico jurídico.

PALABRAS CLAVES

Prueba judicial; medios de prueba; proceso civil o mercantil; documento; documento electrónico.

* Artículo de reflexión

ABSTRACT

This article is based on the idea that the issue of evidence is fundamental for the parties to a civil or commercial proceeding, taking into account that the success of their claims is determined, fundamentally, by the evidentiary activity deployed through the means of evidence legally provided for focusing our attention on the fixity that the fact of proving offers the document as a means of proof of great relevance, widely addressed in the national procedural system, although its electronic variant has not suffered the same fate. The methods of comparative law, theoretical-legal, exegetical, and synthesis analysis were used, with the aim of analyzing the electronic document as a means of admissible evidence in Cuba in times of pandemic making special reference to its demonstrative force and the importance of this to prove facts or consolidate certainties concerning legal trafficking.

KEYWORDS

Judicial evidence; means of proof; civil or commercial proceedings; document; electronic document.

INTRODUCCIÓN

La sociedad cubana actual se ha visto impactada por la revolución tecnológica, trayendo consigo el avance de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, de suma importancia en la conducción de las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas, por medio de la utilización de medios tecnológicos virtuales y menos presenciales.

Del mismo modo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró al Coronavirus (Covid-19) como una pandemia debido a su propagación mundial, lo que ha afectado simultáneamente a un gran número de personas durante un período de tiempo concreto, requiriendo una actuación específica en los ámbitos de prevención y tratamiento; Cuba no se ha visto exento de ello.

Todo lo anterior ha influido en el ámbito del derecho procesal, generando cambios en la actividad probatoria e imponiendo una nueva orientación en los medios de prueba tradicionales, si se tiene en cuenta que dadas las condiciones actuales, los hechos pueden registrarse en medios físicos y electrónicos, resultando los documentos electrónicos de vital trascendencia para la transmisión de datos en el quehacer cotidiano, al punto de considerarse que los de elaboración electrónica han remplazado a los documentos tradicionales.

Los estudios sobre la prueba documental, como medio de probanza, han sido profusos en la doctrina procesal foránea y en la academia nacional; sin embargo, en el caso específico del documento electrónico la complejidad de su uso y aceptación como fundamento de las decisiones de los jueces en la solución de un conflicto civil o mercantil, radica en la certeza de los mismos. Siendo así, la judicatura cubana ha de adaptarse a los nuevos cambios para lo cual tendrán que apartarse de los conceptos tradicionales de la prueba e ingresar al escenario jurídico con una visión tecnológica en garantía de los derechos fundamentales de las partes en el proceso. En esta línea estarán encaminadas nuestras enunciaciones.

1. LA PRUEBA JUDICIAL. CONSIDERACIONES GENERALES

La noción de prueba va más allá del ámbito del derecho, pues está presente en todas las esferas de la vida humana al ser sinónimo de comprobación, verificación, constatación. De ahí que, exista una noción ordinaria o vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica, y que ésta varíe según la clase de actividad o de ciencia a la que se aplique (Devis-Hechandía, 2000, p. 16). La prueba judicial es sin más, una modalidad de la prueba, como actividad del ser humano en su interacción con la naturaleza y con la propia sociedad en que convive (Mantecón, 2016, p. 144).

Para el derecho, el término prueba tiene un carácter multívoco, lo que puede llegar a generar confusiones; por ejemplo, las

normas procesales manejan técnicamente a la institución a través de distintas acepciones, en dependencia de a qué se orienta la idea de la prueba. Cabe hablar entonces de ella como actividad, medio y resultado.

En primer lugar, se puede identificar como una actividad que se desarrolla al interior del proceso, a través de la cual las partes aportan los antecedentes necesarios para sustentar sus alegaciones y el juzgador determina la cuestión fáctica debatida. En este sentido, la prueba aparece en un aspecto dinámico, integrada por una variedad de factores que se encuentran en constante movilidad, con intervención de los litigantes y del juez, de todo lo cual se obtiene la determinación de los hechos (Meneses, 2008, p. 45). Esta actividad es regulada por el procedimiento probatorio, entendido este como el conjunto de actos que se llevan a cabo para lograr la realización de la prueba en un proceso.

La prueba judicial aparece, además, como el medio o instrumento utilizado en el iter procesal para que el tribunal pueda dar por acreditadas las afirmaciones de hecho de la causa, así se habla de prueba de testigos o prueba documental.

Es también usado para identificar un resultado, consistente en la conclusión a la cual llega el juzgador sobre el *factum probandum* a partir de los antecedentes allegados al proceso. Corresponde a la parte final del procedimiento probatorio, y en esa dirección se dice que se logró la prueba que se esperaba del hecho litigioso, o sea que el hecho resultó probado.

Empero, doctrinalmente se define a la prueba en el proceso civil como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos apuntados por las partes, certeza que en unos casos se deriva del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos (Montero, 2007, p. 30).

De acuerdo con este concepto, se debe destacar que la doctrina probatoria actual no reconoce la distinción entre búsqueda de la verdad material (como finalidad del proceso

penal) y búsqueda de la verdad formal (como misión del proceso civil), pues la verdad es o no es, no caben situaciones intermedias o aparentes. Al respecto, se acepta la idea de que en el proceso civil la función de la prueba judicial será propiciar certeza sobre los hechos o datos ventilados en el proceso, los que deben ser establecidos y fijados con la mayor correspondencia posible a la realidad, para poder arribar a una decisión sobre el conflicto.

A partir de la teoría general de la prueba, además del concepto al que ya se ha hecho referencia, existen otras situaciones importantes a tener en cuenta, tales como: qué se prueba, cuándo se alude a su objeto, quién prueba para hacer mención a la carga y cómo se prueba y qué valor tiene la prueba producida en el sentido de su valoración.

Con frecuencia se produce una confusión entre lo que constituye el objeto y tema de la prueba, lo que ocasiona que se desvirtúe la noción que se tiene sobre cada una de estas categorías, de ahí que se torne indispensable separarlas y explicarlas detalladamente:

- El objeto de la prueba busca respuesta a: ¿qué cosas pueden ser probadas? De manera general se refiere esta categoría al espacio dentro del cual puede moverse la actividad probatoria en el proceso. Es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso ni a las pretensiones de las partes.
- Por necesidad o tema de la prueba se entiende lo que en cada proceso en particular debe ser materia de la actividad probatoria, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir. También se manifiesta la relación entre una noción objetiva, porque no se contempla en ella la persona o parte que debe suministrar la prueba de esos hechos, sino en general el panorama probatorio del proceso; y, concreta, porque recae sobre hechos determinados que deben ser probados allí.

En tal sentido la prueba puede recaer sobre:

- Las conductas humanas, los sucesos o acontecimientos, los hechos y los actos involuntarios o voluntarios, individuales o colectivos, sus circunstancias de tiempo, lugar y modo.
- Los hechos de la naturaleza.
- Las cosas u objetos materiales y los lugares, es decir cualquier aspecto de la realidad material, sea o no sea producto del hombre o sobre ellos haya incidido o no la actividad humana.
- La propia persona humana, en cuanto realidad material, tanto en lo que se refiere a su propia existencia como a sus condiciones físicas y mentales, sus aptitudes y cualidades.
- Los estados psíquicos o internos del hombre, en tanto sean determinantes de las relaciones jurídicas tuteladas en el proceso.

Excepcionalmente puede constituir objeto de la prueba una norma jurídica, siempre que la norma de cuya aplicación se trata sea de derecho extranjero, en cuyo caso lo que debe probarse es su vigencia¹. Se entiende que el juez conoce el derecho nacional y la existencia de esta presunción de conocimiento del derecho, justifica el hecho de que el juez no requiere ser ilustrado sobre las normas jurídicas que aplicará, cuestión esta que tiene su fundamento en la publicidad².

1. Sentencia RC.000580 de Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, del 6 de octubre de 2016, Venezuela.

2. En Cuba el tema de la publicidad de las leyes tiene asiento constitucional, específicamente en el artículo 165 de la Constitución, se estipula que las leyes y decretos-leyes que emitan la Asamblea Nacional del Poder Popular o el Consejo de Estado, según corresponda, entran en vigor en la fecha que, en cada caso, determine la propia disposición normativa. Las leyes, decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos, resoluciones y demás disposiciones de interés general que se emitan por los órganos competentes se publican en la Gaceta Oficial de la República. La ley establece el procedimiento para la elaboración, publicación y entrada en vigor de las disposiciones normativas.

Ahora bien, no todo lo que se aporta al proceso por la actividad alegatoria de las partes constituye objeto de prueba. Entre ellas:

- Los hechos notorios por su publicidad y evidencia, entendidos estos como aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social, en el tiempo en que se produce la decisión judicial. La notoriedad es un concepto relativo, por cuanto lo que es de general conocimiento en un determinado lugar o momento puede no serlo en otro lugar o en otro momento distintos. De modo que se deben tener presentes las circunstancias concretas de tiempo y espacio.
- Los hechos confesados (admitidos) o no negados por las partes en los escritos polémicos, se trata de hechos que no son controvertidos, por tanto, la prueba que se proponga será impertinente. Esta regla viene consagrada en el artículo 260 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (en lo adelante LPCALE) el que establece la inadmisión de las pruebas propuestas para verificar hechos confesados o admitidos en los escritos polémicos, disposición que debe acogerse con relatividad, sobre todo en los procesos de objeto indisponible.
- El hecho favorecido por una presunción, se refiere a las presunciones legales, las cuales a su vez pueden ser de derecho o simplemente legales. En todo caso se debe distinguir entre el hecho base o premisa y el hecho presumido propiamente tal. El hecho base o premisa debe estar probado, y sólo entonces puede darse por acreditado el hecho presumido. No obstante, incluso en este caso puede ser que el hecho presumido requiera prueba. En efecto, si la presunción es de derecho, hay exclusión de prueba y no se puede rendir prueba en contrario, pero si es simplemente legal, es admisible prueba por parte del que quiere destruir el hecho presumido. El artículo 350 de la LPCALE

estipula que las presunciones que la ley establece, dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas.

Una vez instaurado lo que se debe probar, el juicio lógico conduce a preguntarse quién debe hacerlo, sin que la respuesta ofrezca mayores dificultades, pues el principio de aportación de parte determina que son las partes las que deben probar. Sobre ellas recae la carga de alegar los hechos que son el supuesto base de la norma cuya aplicación piden, y sobre ellas recae también la carga de probar la existencia de esos hechos.

El concepto de la carga de la prueba reviste gran importancia toda vez que impide que se produzca la situación conocida como la absolución de la instancia o *non liquet*, que existía en el derecho romano y en virtud de la cual, si no se acreditaban los hechos, el juez estaba obligado a sobreseer el proceso. Hoy en día, si no se rinde prueba, trae como consecuencia que el juez dicte sentencia desfavorable contra el que no sobrellevó la carga de la prueba.

La relación procesal, de manera general, no impone obligaciones a las partes entre las que se constituye, sino cargas. Según Goldschmidt (1936, p. 23), una carga es el ejercicio de un derecho para el logro del propio interés, es el poder o facultad de ejecutar libremente ciertos actos o adoptar cierta conducta provista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables. En consecuencia, el depositario de una carga que no la cumple oportunamente, deja de recibir los beneficios específicos que se derivarían de haberla satisfecho debidamente.

Como regla general tendrá la carga de la prueba de un hecho controvertido aquella parte que lo afirmó. El artículo 244 de LPCALE dispone que a cada parte incumbe tanto probar los hechos que afirme como los que oponga a los alegados de la contraparte.

Una vez practicadas las pruebas propuestas por las partes en el proceso, el juez debe formarse juicios sobre todo el material aportado, fundamentalmente con criterios psicológicos y humanos (Ramos, 1985, p. 20). Dicha operación es sumamente compleja, pero a la vez necesaria, si se tiene en cuenta que la traducción de los hechos de la realidad la han realizado las partes, es por ello que se afirma que la valoración de las pruebas es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria al constituir el núcleo del razonamiento probatorio.

Por valoración de la prueba, según KISCH (1940), se puede entender que a la actividad intelectual que lleva a cabo el juez para medir la fuerza probatoria de un medio de prueba. Como se muestra es exclusiva del juez, define si la prueba cumple o no el fin procesal a que estaba destinada, de llevarle la convicción al juzgador, de ahí su importancia significativa.

Dentro de la apreciación de la prueba la doctrina más acabada distingue las operaciones de interpretar y valorar. Interpretar una prueba significa fijar el resultado, mientras que valorar una prueba supone otorgar la credibilidad que merece, atendiendo al sistema de valoración establecido por el legislador.

La primera operación mental a efectuar por el juez es la de interpretar el resultado de los medios de prueba, que significará fijar qué ha dicho el testigo, cuáles son las máximas de experiencia que aporta el perito o cuál es el contenido de un documento, por citar algunos ejemplos de los medios de prueba más habituales. Una vez verificada la interpretación, el juez debe proceder a su valoración, determinando la credibilidad del testigo, la razonabilidad de las máximas de experiencia aportadas por el perito y su aplicación al caso concreto, o si el documento es auténtico y refleja los hechos ocurridos en la realidad.

Para determinar la eficacia de los medios de prueba practicados en orden a establecer como ciertas las alegaciones que han sido objeto de aquéllos, dos posibilidades se ofrecen al legislador: hacer depender

esa eficacia del razonamiento del juez (sistema de libre valoración de la prueba) o determinar legalmente el valor de la prueba en dependencia de los resultados de su práctica (sistema de valoración legal) y el sistema mixto.

Sobre el particular, se hará referencia al último sistema; es decir, el mixto, el cual es el resultado de la combinación de los dos sistemas anteriores y es el que más presencia tiene en los ordenamientos procesales civiles foráneos. El proceso civil cubano no está ajeno a esta realidad imperando un sistema mixto de valoración de las pruebas, así lo denota la LPCALE en los artículos 43, 280 y 294, entre otros.

El primero de ellos sigue un modelo de libre valoración de las pruebas al plantear que: “Los Tribunales al fallar apreciarán las pruebas de acuerdo con el valor que la Ley atribuya a cada una y ajustándose en todo caso a los principios de la razón y la ciencia”. Por su parte el artículo 280 le da carácter de legal a la prueba de confesión cuando estipula que la misma hará prueba plena en cuanto perjudique al litigante que la preste. En cuanto a la prueba documental el artículo 294 refiere que: “Los documentos otorgados con la intervención de funcionario público con las formalidades legales, harán prueba plena entre las partes que en ellos hayan figurado, respecto a las declaraciones que contengan o que de ellas inmediatamente se deriven. Harán prueba, asimismo, aún respecto a terceros, en cuanto a su fecha y al motivo de su otorgamiento”, concediéndole el carácter de prueba legal en cuanto a la eficacia o no del documento. Como se muestra siempre que cumplan con las disposiciones anteriores, cualquier medio documental puede ser prueba en el proceso civil, ahora hay que hacerse la pregunta: ¿el documento electrónico puede ser uno de estos medios de prueba posible bajo esta mixtura?

2. EL DOCUMENTO COMO MEDIO DE PRUEBA

Es uno de los medios del que pueden valerse las partes para constatar los hechos

controvertidos es la prueba documental. Por tanto, desde el punto de vista procesal, el documento desempeña un papel importante para la acreditación de los hechos y datos de relevancia en el proceso.

La finalidad del documento que se presenta como medio de prueba es dejar creada constancia de los datos que se aportan al proceso, para que rijan en el tiempo. El documento es reflejo de su contenido, ya que reproduce un pensamiento o acto volitivo de una o ambas partes, por supuesto siempre que se enmarque en los límites objetivos de la actividad probatoria y sea contentivo de los requisitos de fehaciencia, exactitud y legitimidad, en cuya virtud se tendrán por eficaces.

Entre los principales elementos que componen la noción de documento (en un sentido amplio), se puede señalar, en primer término, que este es producto de un sujeto al que se le dice es su autor, el cual acredita su condición habitualmente mediante la firma del mismo, aunque el instrumento está destinado a vivir autónomamente y con independencia del sujeto que lo ha producido (Carnelutti, 1982, p. 15).

Normalmente se suele identificar el documento con un escrito, sin embargo, su concepto trasciende el marco del simple escrito, en consecuencia, existen otras materias que pueden servir de soporte físico a un documento como son las películas, cintas magnetofónicas, fotocopias, videos, discos duros de ordenadores, ficheros informatizados, inscripciones en piedra (Gómez-Colomer, 2001, p. 24). El problema sin duda se presenta al momento de introducirlo en el proceso y practicar la prueba.

De igual forma, también es importante el contenido del documento, pues este es útil como medio de prueba en cuanto que incorpora la representación de un pensamiento, de un conocimiento o de cualquier actividad humana. El documento vale como elemento representativo que permite a cualquier persona ajena a su autor enterarse del hecho que recoge.

Atendiendo a su fuente emisora, estos pueden ser públicos o privados. Son públicos los autorizados por funcionarios públicos depositarios de la fe pública, ya sea notarial, administrativa o judicial. En cambio, los documentos privados son aquellos creados por particulares, sin que intervenga en su confección un funcionario público. Rige aquí el principio de libertad de formas pues las personas pueden redactar el documento de acuerdo a sus intereses particulares.

Sea público o privado, para que tenga fuerza probatoria, el documento debe ser auténtico. La autenticidad radica en la coincidencia de quien se dice ser el autor con quien realmente lo emitió (Gómez-Orbaneja, 2009, p. 23). Mientras que los públicos tienen a su favor una presunción de autenticidad, los privados generalmente requieren ser convalidados (reconocidos).

A tono con la doctrina procesal foránea la LPCALE no ofrece un concepto general de los documentos públicos, solo se limita a establecer las diferencias entre ambas clases de documentos. Los requisitos que deben cumplir los documentos para ser aceptados como medios de prueba documental son los dispuestos en el artículo 281 de la LPCALE³, el cual, para referirse a los documentos privados se refiere a los formados por particulares. Con esta definición, la clasificación de un documento como tal se reduce al criterio de su autoría o procedencia. Luego, por decantación negativa, se dispone que pertenezcan igualmente a esta clase

aquellos documentos que no quepan dentro de las categorías anteriores.

3. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO. HACIA UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DE LA PRUEBA LITERAL EN EL DERECHO CIVIL CUBANO

Teniendo en cuenta la noción más amplia de documento que lo concibe como una cosa capaz de representar un hecho, así como su concepción en el plano jurídico, aquello que representa hechos de relevancia jurídica, susceptibles de ser probados en un proceso judicial; no cabe dudas de que el documento electrónico es un documento en sí, como lo es toda cosa intervenida de algún modo por el hombre.

Ahora bien, ha sido cuestionada la idea de si el documento electrónico es técnicamente un documento, en el ámbito relativo al campo procesal civil, pues en tal contexto el documento está circunscrito al soporte en papel, circunstancia que también se ha dado en la esfera relativa al derecho civil sustantivo, en donde –específicamente en el ámbito propio de la realidad negocial–, el documento se ha vinculado en forma precisa a la manifestación de voluntades, con finalidad negocial.

Es por ello que, en correspondencia con el desarrollo de la noción documental electrónica, cabría preguntarse si tal categoría documental, puede ser integrada y comprendida dentro de la teoría documental propiamente civil.

Sobre el particular, existen dos posiciones, por un lado quienes sostienen que el documento electrónico tiene las mismas características que el documento tradicional en formato papel y, por tanto, es posible aplicarle toda la normativa pensada para la prueba documental clásica (Cervelló et al., 2000, p. 393) pero, en otro orden, están aquellos autores que defienden “la tesis opuesta: el documento informático no es un documento como los demás, sino que es un documento de especial naturaleza, que requiere, para su actuación práctica, una

3. Otros requisitos de los medios de prueba son: Que el medio que se proponga este admitido por la Ley: Salvo los casos en que se adopta el principio de libertad de medios, que en realidad debería referirse a libertad de fuentes. Licitud de la prueba: Que la prueba haya sido obtenida lícitamente, o lo que es lo mismo que en su obtención no se vulneren derechos de las partes o de terceros. La licitud de la prueba es muy difícil de determinar, depende de la protección a los derechos individuales en otros cuerpos legales. Oportunidad: La prueba debe ser aportada en el momento procesal oportuno so pena de no ser admitida. Autenticidad: Se refiere a la autoría, para que el medio sea eficaz la fuente ha de ser auténtica, tienen que poder demostrarse cuál es su origen y quien es su destinatario. Integridad: Es un requisito apreciable para los documentos y se refiere a que los datos en ellos contenidos no pueden haber sido manipulados. Disponibilidad: El medio de prueba tiene que estar disponible para que el juez tenga acceso a él.

regulación específica, sin la cual no puede alcanzarse de hecho una aceptable seguridad y, por tanto, una apreciable difusión” (Pinochet-Olave, 2002, p. 23).

Lo cierto es que el documento electrónico, producto de su propia naturaleza informática, presenta desde el punto de vista probatorio civil una serie de debilidades a solucionar por la doctrina y jurisprudencia, como una categoría más de la realidad documental civil. En ese sentido, se hará alusión a un término que resulta para las autoras relevantes a la hora de definir tal cuestión, y este es el caso al estudio de la denominada teoría de la prueba literal, cuyo objeto de estudio es, específicamente, el análisis del escrito susceptible de prueba en juicio.

Siguiendo la doctrina tradicional, las investigadoras plantean que la denominada teoría de la prueba literal parte de un elemento básico: la de preeminencia del escrito para la prueba de las obligaciones, especialmente, en el ámbito civil. La preeminencia del escrito es una constante tanto en el ordenamiento jurídico cubano, como en el chileno, en el español, y en todos los ordenamientos jurídicos continentales europeos o de inspiración continental europea.

La cuestión de la escritura vinculada a la prueba literal tiene una relación estrecha con la seguridad jurídica de los diferentes actos, con lo que se demuestra la existencia de un hecho de notoria relevancia, constituyendo prueba fehaciente en todo proceso, pues el escrito permite preconstituir pruebas, conservarlas a lo largo del tiempo y dar publicidad a los contratos y negocios jurídicos en general. En términos más exactos se puede entender la prueba literal como el escrito destinado a probar la existencia de una situación jurídica.

Las doctrinas foránea y cubana hacen alusión a los dos elementos de la prueba literal; la escritura y la suscripción (Montero, 2007, p. 16) y (Mendoza, 2005, p. 62). La escritura es su elemento esencial, en cuanto contiene la expresión de ideas jurídicamente

relevantes, y es el requisito exigido en términos explícitos por la ley, en tanto, que el segundo requisito referido a la conexión de la voluntad expresada en el documento con su autor se consigue, generalmente, por medio de la firma.

Sobre estos dos elementos, las autoras del artículo basarán la admisibilidad o no de la prueba documental electrónica, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico patrio.

La primera aproximación al tratamiento de la forma electrónica es su equiparación a la forma documental. Aplicables son a la forma electrónica las distintas teorías acerca de la naturaleza de los documentos (Carnelutti, 1940, p. 156); sin embargo, tal como se afirmó anteriormente esta equiparación tropieza con dos dificultades: la cuestión del soporte y de la firma.

Según la norma civil cubana los actos jurídicos, pueden efectuarse de manera expresa o tácita⁴. En interpretación de los preceptos civiles, los actos con forma expresa podrán realizarse mediante forma oral o escrita, u otra, al haberse empleado en el texto el verbo “*puede*”, que reconoce la facultad de las partes como consecuencia de la cualidad dispositiva de esta norma. A pesar de que la norma civil cubana no recoge en sus preceptos que regulan la forma del acto jurídico una tendencia moderna y objetiva a la utilización de las nuevas tecnologías de la información, lo anterior no se descarta si se tiene en cuenta el concepto de escrito, por lo que los medios electrónicos⁵ presentan

4. Artículos 49 y 50 del C.C. La conclusión escrita del contrato asegura, mejor que la conclusión oral, la prueba y constancia ulterior del mismo, que no solo facilita la labor del juez, sino también la de las partes que sabrán con fijeza lo que pactaron y la de los terceros, que sabrán a qué atenerse, evitando que los contratantes puedan confabularse para defraudar sus derechos. En fin, con la constancia escrita del contrato se consigna también una mayor certidumbre y seguridad en tomo a la identidad de las personas de los contratantes, su capacidad al tiempo de celebrarse el contrato, y las circunstancias de tiempo y lugar de celebración. La exigencia legal de que un acto conste por escrito, tanto puede obedecer a un criterio de forma como de prueba. En el primer sentido, el art 1.280 del C.C. español, en el segundo, el Statute of Frauds inglés de 1676 (29 Caro n. C. 3) vigente, con ciertos matices, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos.

5. Se entenderá por tales los dispositivos tecnológicos

las características necesarias para ser considerados como tal.

Afin el criterio que acogen las normas contenidas en el artículo 15 de la Ley de las Notarías Estatales y el artículo 34 de su Reglamento, los cuales prevén la posibilidad de confeccionar los documentos notariales por cualquier medio de reproducción, entre los que se puede encontrar el electrónico. Tal enunciado –a criterio de las autoras– no es suficiente para sostener la existencia del documento notarial electrónico, debido a que como presunción la propia norma prevista en el Reglamento establece el ajuste a determinados requisitos, entre los que se encuentra el estar en papel de la mejor calidad, lo que lleva a considerar que el precepto de cierta forma limita la utilización del documento notarial electrónico. El objetivo de dicha norma cuando se refiere a otro medio de reproducción, aunque pudiera ser el electrónico es solo para su realización, más no para su mantenimiento o almacenamiento.

El decreto-ley sobre la contratación económica establece la forma expresa o tácita de exteriorización de los contratos, y deja sentado que la regla escrita, puede ser de manera manuscrita, ya sea forma documental impresa o en soporte digital⁶.

para transmitir o almacenar datos e información, a través de computadoras, líneas telefónicas, enlaces dedicados, microondas o de cualquier otra tecnología.

6. Artículo 31.1 Decreto-Ley de Contratación. A diferencia de la legislación novel el artículo 51 del C. de C. partía del reconocimiento de la validez de los contratos con independencia de la forma en que se celebraran, siempre y cuando pudieran probarse por cualquiera de los medios establecidos en la ley. No era necesario que los contratos mercantiles se celebraran con forma escrita como requisito de validez, ni para probar su existencia, ya que podían ser probados por cualquiera de los medios de prueba dispuestos en la norma; lo que es muestra del espiritualismo que la caracterizaba. Este reconocía la validez de la correspondencia telegráfica como una de las formas que podrá tener el contrato con la condición de que los contratantes la hayan admitido con antelación en contrato escrito y con el cumplimiento de las condiciones o signos que hayan establecido. Dicho condicionamiento contradice la intención del legislador de reconocer y dar cabida en el código a los medios y tecnologías de comunicación como modo válido para la celebración del contrato y demuestra la falta de confianza en ellos, aun cuando su intención fuera –contradictoriamente– resaltar su validez como medios de expresión de la voluntad contractual. El régimen jurídico de los contratos económicos en la Resolución 2253/2005 no se

El pronunciamiento de dicha disposición normativa lleva a pensar, en primera instancia de manera correcta, la existencia de la forma escrita en soporte digital; y, por otro lado, la no similitud del soporte documental con la forma documental.

Por tanto, acotando la materia objeto de estudio, en sentido amplio poseen forma electrónica todos aquellos negocios jurídicos que han sido constituidos por medio de un ordenador, cualquiera que sea la forma en que se presenten. Esto quiere decir que, salvo excepciones calificadas, no se va a cuestionar la validez de los documentos electrónicos por motivos formales. Es decir, se permite la forma electrónica para la concertación de los contratos, lo que no será siempre posible debido a la existencia de límites establecidos en la doctrina civilista y en la ley a este propio principio. Los límites legales impuestos a la autonomía de la voluntad y a la libertad de forma se regulan de manera dispersa en la preceptiva del código civil. La forma escrita, ya sea privada o pública, es establecida unas veces con valor probatorio; y, otras, con carácter solemne o de publicidad.

En resumen, en el Derecho cubano la forma no condiciona siempre la validez de todos los contratos; no obstante, la forma escrita tiene una evidente presencia en el mundo de la contratación por su innegable utilidad (Formentin-Zayas, 2011, p. 359). De acuerdo con Ihering (1947) y Diez-Picazo (1993) produce ciertos efectos psicológicos, impide precipitaciones, introduce fijeza y certidumbre en el contrato y cuando es pública (rectius documento público notarial) tiene una especial eficacia legitimadora, ejecutiva, probatoria y registral. De ahí que, la forma electrónica pueda ser posible a los fines de la seguridad jurídica de los contratos y documentos que se realicen por este medio.

pronunciaba expresamente por ponderar la libertad de forma; aunque podía interpretarse de la indicación no. 3, en la que reconocía la facultad que poseen las partes de acordar voluntariamente otros tipos de formalidades adicionales; ya que se determina la forma escrita con el único fin de la constancia o prueba del contrato, lo que posibilita la celebración o perfección con libertad de formas.

Criterio diferente sostiene Chillón-Medina (2004, p. 515) para quien la forma escrita de celebración del contrato por vía electrónica se ve imposibilitada de ser satisfecha, debido a la ausencia del reconocimiento expreso de la validez de los mensajes de datos para el logro de los efectos del documento escrito en la celebración contractual. Desde una perspectiva funcional, la forma electrónica puede cumplir las mismas funciones que la forma tradicional. A pesar de lo anterior se sustenta la opinión de que la equiparación tropieza con dos dificultades esenciales:

- La primera es que el derecho cubano, como todos los de la familia romano-germánica y a diferencia de los de raíz anglosajona, establece una distinción fundamental entre documentos públicos y privados. El documento público por excelencia es el documento notarial, en cuya confección el notario ha de observar una serie de reglas que dan como resultado las funciones del instrumento. Quizás por influencia del derecho anglosajón, en la literatura sobre esta materia se omite esta distinción, lo que conduce a encaminar la forma electrónica solo desde el punto de vista de las funciones de los documentos privados.
- En segundo lugar, las características físicas del soporte legible por medios electrónicos ofrecen diferencias importantes con los soportes tradicionales. En realidad, la cuestión de si los textos en forma electrónica pueden ser considerados un “escrito” a los efectos establecidos en las leyes civiles y procesales civiles se escinde en dos: el requisito del soporte en sí, y el requisito de la firma manuscrita, que lleva a pensar en su flexible equiparación.

4. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO. SU ADMISIBILIDAD EN CUBA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

En correspondencia con lo anterior, cuando la norma excepciona el principio de libertad de forma y requiere la escritura

como requisito de celebración de los contratos, con valor solemne, determina las escrituras públicas o privadas.

En una primera valoración, las escrituras públicas y privadas pueden ser sustituidas por documentos electrónicos sin afectar la cualidad autoral, puesto que podrán tanto el oficial público como los particulares, incorporar el clausulado contractual en un documento electrónico y de esta forma contratar, siempre que cumplan con las exigencias establecidas en la ley.

Entre los requisitos reconocidos para la escritura privada figura la firma del contrato por las partes; requerimiento que no se encuentra exigido en los artículos reguladores de los contratos que tienen a la escritura privada como requisito esencial, sino que se infiere del artículo 288 de la LPCALE, al regular el cotejo de firmas y letras como medio para la impugnación de documentos privados, elemento que será analizado posteriormente.

En el caso del documento público, la solemnidad se materializa en escritura pública, en estos se presentan requisitos que no pueden obviarse; por tanto, a pesar de la consideración que realiza la legislación notarial vigente sobre la forma electrónica, su materialización se imposibilita, a no ser que se realicen modificaciones de las normas notariales que limitan el soporte, la firma y la concepción físico-espacial de los comparecientes.

Con respecto a la utilización, tiene una relación expresa con la publicidad que es exigida en determinados contratos, tal es el caso de los artículos 108 y 396.2 del Código civil, y de los contratos mercantiles en sentido general, donde la publicidad constituye una característica propia de los actos de comercio y los empresarios, las empresas en perfeccionamiento empresarial, así como de aquellos contratos que tengan por objeto bienes inmuebles. La publicidad es desarrollada a partir de la inscripción del acto en los registros correspondientes, por lo que la posibilidad de llevar estos actos en formato electrónico depende en

primera instancia de los diferentes registros y de los requerimientos para la inscripción, que en cierta forma son los que limitan su materialización en soporte electrónico y mantienen la vigencia del soporte papel para dichos actos, lo que no quiere decir que con posibles modificaciones normativas se materialice la utilización de la inscripción por los medios electrónicos.

En lo que se refiere al valor probatorio, existe la posibilidad de admitir el documento electrónico como medio de prueba, sin cambios trascendentales en sus normas. La función probatoria del documento escrito en papel, en igual sentido podrá ser desempeñada por el documento electrónico, en el caso de que determinado contrato celebrado por vía electrónica tenga previsto en la norma la forma escrita para ser probado. Los requisitos que deberán cumplir los documentos electrónicos para ser aceptados como medios de prueba documental son los dispuestos en el artículo 281 de la LPCALE; requisitos que son acogidos por el proyecto de norma especial que tiene como objeto la regulación del empleo de los medios electrónicos en el comercio⁷.

En Cuba, a diferencia de otros países⁸, no existe todavía una legislación específica del documento electrónico, lo que es considerado para muchos expertos como limitante para impregnarle un pleno valor jurídico a estos, lo que es incorrecto, unido al poco desarrollo de las nuevas tecnologías y a la falta de cultura informática de no solo los operadores del derecho, sino de todos los ciudadanos en general.

Sin embargo, es dable analizar como la LPCALE al regular en su artículo 299 la prueba documental manifiesta que en esta

están todas las formas capaces de contener información susceptible de influencia en el proceso y encierra en una misma categoría de *reproducciones* a las fotografías, películas cinematográficas, fotocopias, grabaciones mediante discos, cintas magnetofónicas, mapas, telegramas, cablegramas, radiogramas y cualquier otro medio adecuado que pueda servir para portar una información.

Por consiguiente, el articulado engloba dentro del catálogo de medios de prueba, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, y los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase.

Por otra parte el Decreto-Ley 241 del 2006, encaminado a insertar el proceso económico, con el consiguiente cambio de denominación de la disposición: Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, y que se utiliza supletoriamente en algunas cuestiones al proceso civil, establece en el artículo 777, para el proceso económico, a los documentos electrónicos y digitales como medios de pruebas en juicio, dejando claro la posibilidad que tienen las partes de presentarlo en cualquier proceso o realizarse de oficio por parte de juez competente; lo que refleja una idea más avanzada sobre el particular de la normativa vigente.

Los documentos electrónicos así emitidos deberán ser considerados como válidos y aceptados como medio de prueba de la celebración de contratos y otros actos jurídicos al estar garantizada su legitimidad, autenticidad y exactitud, por el cumplimiento de las normas técnicas de cifrado de información que rige en el país (Formentin-Zayas, 2013).

En este mismo orden, dada la inexistencia de una norma específica en cuanto al documento electrónico se han evacuado múltiples consultas formuladas por el Fiscal General de la República y el Presidente de la Junta de la Organización Nacional de Bufetes

7. El proyecto de Decreto-Ley de comercio electrónico, en los artículos 2.2, 3, 4 y 5 establece los requisitos para que pueda ser admitido en el tráfico jurídico, su única limitante estaría dada por la violación de la seguridad informática.

8. Ley 25. 506 de Firma digital y documentos electrónicos. Argentina, Ley 19.799/2002, 25 de marzo. Ley sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma. - Santiago de Chile, Chile, 2002 y Ley 527/1999. Ley de Mensajes de Datos. - Bogotá, Colombia, 1999.

Colectivos al Tribunal Supremo Popular, en cuanto a la incorporación y utilización en los procesos judiciales de las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones, como medios y herramientas para hacer más efectiva y menos costosa la actividad jurisdiccional, lo que ha derivado la impartición de dictámenes e instrucciones por parte del Consejo de Gobierno de este órgano, función que le viene impuesta por mandato constitucional⁹.

A guisa de ejemplo, es factible referirse al Dictamen 446 de 2015, que reconoce la necesidad impostergable de incorporar la videoconferencia como medio eficaz para escuchar testimonios o declaraciones de personas que se encuentren en sitios muy distantes o impedidos de comparecer personalmente ante las autoridades judiciales, lo que supone su eficacia como medio de prueba cuando se realiza dentro del territorio nacional o se solicita para ser efectuada con otros países. En tal sentido, y dado que la introducción de la videoconferencia para la práctica de pruebas en los procesos judiciales, constituyó una novedad en el quehacer de los órganos jurisdiccionales, resultó necesario realizar determinadas precisiones sobre las pautas que deben seguir los tribunales para su instrumentación, lo que dio lugar a la impartición de la Instrucción 232 de 2016.

En la mencionada instrucción, entre otras cuestiones importantes, se establece que: el sistema de audio y video utilizados debe permitir la comunicación oral, directa y fidedigna, en tiempo real, entre el tribunal de conocimiento y la sede judicial en que se practica la prueba; para garantizar la seguridad jurídica y la utilidad procesal pertinentes, deberá registrarse

la información obtenida mediante acta y, siempre que sea posible, de forma digital, en soportes magnéticos asequibles, a fin de que resulten unidos a las actuaciones judiciales; para la eficacia de la diligencia probatoria de que se trate, se adoptarán las medidas de seguridad informática pertinentes, que impidan cualquier vulneración de su resultado; con independencia de la naturaleza del medio probatorio objeto de la diligencia, se cumplirán, de forma simultánea los términos y garantías procesales establecidos en las leyes de procedimiento y en las disposiciones aprobadas por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular; se habilitará un registro electrónico que asiente y salvaguarde la práctica de pruebas y sus resultados, de cara al efectivo control judicial de su real diligenciamiento.

Siguiendo esta misma línea, cabe referirse al Dictamen 450 de 2018, donde se establece la posibilidad de que los abogados y fiscales utilicen medios de cómputo, tales como *laptop*, *tablet*, *data show* u otros soportes contentivos de información, en las audiencias públicas que se celebren en todas las materias, siempre que así se solicite previamente al tribunal que esté conociendo del asunto y sea autorizado por este, con la previsión de que no podrán utilizarse estos medios para grabar o filmar los actos judiciales, debido a que todas las disposiciones para grabar y utilizar las videoconferencias en los procesos judiciales fueron contenidas en la Instrucción 232, a la que se hizo alusión con anterioridad.

Unido a lo anterior, y dada la compleja situación epidemiológica mundial y nacional que tuvo lugar por la pandemia de COVID 19 y que impidió durante más de seis meses los vuelos internacionales y, en consecuencia, la presencia de los inversionistas extranjeros en el territorio nacional para la formalización de los actos mercantiles relacionados con procesos de inversión extranjera, previamente aprobados por las autoridades cubanas y teniendo en cuenta la importancia de estos procesos para el desarrollo del país, se implementaron soluciones legales por parte del Ministerio de Justicia, en virtud de la Instrucción 8 de 2020, para garantizar la

9. La Constitución de la República de Cuba en su artículo 148 establece que: Los tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurados con independencia funcional de cualquier otro. El Tribunal Supremo Popular ejerce la máxima autoridad judicial y sus decisiones son definitivas. A través de su Consejo de Gobierno ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, toma decisiones y dicta normas de obligado cumplimiento por todos los tribunales y, sobre la base de la experiencia de estos, imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley.

seguridad jurídica y la eficacia de estos actos en lo que sin desnaturalizar la esencia de la función notarial, se lograra la realización de los actos notariales vinculados con las modalidades de inversión extranjera, con carácter experimental por el término de un año, contado a partir de su entrada en vigor, en aras de evaluar sistemáticamente su desarrollo, mejorar este procedimiento y la calidad de los servicios notariales.

En consecuencia, se indicó que, en las situaciones excepcionales antes descritas, los mencionados actos se pueden celebrar con presencia virtual de alguna de las partes, conectadas con calidad y de forma segura con el notario, por medio de una plataforma de videoconferencia o cualquier otro medio técnico que tenga imagen y sonido, considerándose como actos y audiencias notariales auténticas. Empero, el sistema utilizado debe permitir y garantizar al notario la identificación de los otorgantes, la calificación de su capacidad y legitimación, la lectura en alta voz del documento y su escucha por los otorgantes, recibir la prestación del consentimiento, el secreto profesional y la protección de los datos de los comparecientes.

En relación con el acto de firma del documento notarial cuando concurren dichas situaciones excepcionales, la parte extranjera ratifica el acto en presencia del funcionario consular cubano en el país de que se trate, ratificación que se hace constar en escritura pública autorizada por este, que firma el compareciente, y la escritura complementa y se une al documento constitutivo.

En el supuesto de que en el país de que se trate no existe representación consular cubana, puede considerarse que el documento está firmado únicamente por el otorgante presencial y el notario, si la declaración del consentimiento de la parte con presencia virtual se prueba con la grabación de la sesión de la videoconferencia u otro medio admitido en derecho. No obstante, a pesar de la existencia de las disposiciones analizadas y el esfuerzo de las autoridades encargadas de su análisis y promulgación, tal posición todavía encuentra

sus desaciertos en la práctica procesal cubana, porque ello depende –en gran medida– de los avances que se requieren en cuanto a las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones, razones que complejizan la admisión de este medio de prueba en el proceso y más en el proceso civil.

Lo cierto es que, los soportes informáticos deben ser introducidos como prueba documental, pues cumplen básicamente la misma función de representación que cumplían las formas escritas en soportes tradicionales, en consecuencia, se reclama al legislador la posibilidad de trasladar para este tipo de prueba el mismo criterio de valoración legal existente para la prueba de documentos privados, no impugnados por inauténticos, de tal suerte que si estos soportes informáticos son capaces de sustituir a un documento tradicional, el reconocimiento de este por la parte a quien perjudique debería constituir un supuesto de prueba tasada. De otro modo, se llega al absurdo de penalizar con la prueba libre la utilización de los avances informativos, premiando con la prueba legal el mantenimiento de formas tradicionales (Sanchis, 2002, p. 7).

CONCLUSIONES

El auge de las tecnologías de la información y la comunicación, así como el impacto de estas en las relaciones civiles y mercantiles; y, por ende, en el proceso, se ha convertido en un reto para el derecho procesal ancestral, con vistas a clasificar adecuadamente esta fuente de prueba novel, contenida en un medio no tradicional, por el tipo de soporte que la traslada.

Empero, si se sigue la pauta de que la forma que se produce, consta o lee mediante los medios electrónicos constituye una manifestación de la forma escrita –siempre que no sufra modificación alguna que vaya en contra la autenticidad del documento por vía electrónica–, puede entonces resolverse el vacío normativo de la legislación civil vigente, con una modificación de los preceptos en cuanto a la forma del acto

escrito y la admisibilidad del documento electrónico como medio de prueba; en correspondencia con su símil en materia económica y mercantil, y se encontrará una respuesta a la desprotección jurídica que existe con respecto a esta materia.

En este sentido, interesan lo relacionado con la identidad de los contratantes y la confidencialidad de sus datos personales, la existencia y validez de sus declaraciones de voluntad, la autoría e integridad de sus mensajes electrónicos y el no rechazo del mensaje en su origen y destino, todo encerrado en su seguridad y validez jurídica.

Gracias a los grandes cambios que produjo la tecnología moderna en la forma de expresión de la voluntad en los actos jurídicos y que hace imposible negar que

los documentos electrónicos puedan llegar a cumplir de hecho con los requisitos de las pruebas que analizan los jueces, e incluso las superen en integridad e inalterabilidad, características que el juez debe considerar en la valoración que de las pruebas realice; correspondiendo al funcionario judicial interpretar las leyes de manera tal que les confiera valor probatorio.

Por tanto, de acuerdo al principio de libertad de medios que postula que los elementos de prueba puedan ser introducidos al proceso con amplitud, se debe reconocer al documento electrónico con las mismas características que los documentos tradicionales, lo que permitiría al juzgador admitir u ordenar los medios de prueba que considere idóneos para formar su convicción, y más en tiempos de pandemia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Delgado Knight, M.I. (2012) Algunas Reflexiones en torno a la legalidad, Cultura Jurídica y comportamiento ciudadano, *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, Mayo*. Disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/20/
- » Carnelutti, F. (1940). *La prueba civil*. Ed. Arayú, Buenos Aires.
- » Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil* (trad. N. Alcalá-Zamora), Ediciones De Palma.
- » Chillón-Medina, J.M. (2004). *Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información*, Escuela Nacional de la Judicatura. Santo Domingo. ISBN: 9934-978-2-7.
- » Díez-Picazo, L. (1993). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, vol. I - Introducción. Teoría del contrato*, 6ª edición, Madrid: Thomson-Civitas. ISBN: 9788447026654.
- » Devis-Echandía, H. (2000). *Compendio de la prueba judicial*. Anotado y concordado por Alvarado Velloso, Adolfo, Tomo I, Versión 2000. Bogotá: Editores Rubinzal-Culzoni.
- » Formentin-Zayas, Y.M (2011). Las nuevas tendencias de la contratación en Cuba: contratación electrónica, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, No. 3, III Época, Año 2011, Madrid, ISSN: 0210-8518, pp. 337-366.
- » Formentin-Zayas, Y.M. (2013). La firma electrónica, su recepción legal. Especial referencia a la ausencia legislativa en Cuba, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Derecho y Nuevas Tecnologías*, Nueva Época, No. 31, Año VII, México, ISSN: 1870-2147 pp. 104-120.
- » Goldschmidt, J. (2010). *Derecho Procesal Civil* (trad. L. PRIETO CASTRO), Editorial marcial Pons, Barcelona, ISBN: 978-84-9768-752-2.

- » Gómez-Colomer, J.L, et. al. (2001). *Derecho Jurisdiccional. Tomo II: Proceso civil. Vol. 1*. Valencia: Editorial Bosch. ISBN: 978-84-7698-076-7
- » Gómez-Orbaneja, E. (2009). *Derecho y Proceso (Estudios y Comentarios de Legislación. Edición I, Volumen I*, España: Editorial Thomson-Civitas. ISBN: 978-84470-31-887.
- » Kisch, W. (1940). *Elementos de Derecho Procesal Civil* (trad. L. PRIETO CASTRO), Edición 2, Vol. 4, Revistade Derecho Privado, Madrid.
- » Mantecón, A. (2016). Teoría general de la prueba en el proceso civil. En I. Pérez (Ed.), *Derecho Procesal Civil*, La Habana: Editorial Universitaria Félix Varela.
- » Mendoza-Díaz, J. (2005) "La prueba en el proceso civil", en *Revista Jurídica Justicia y Derecho*, Tribunal Supremo Popular, No. 5, Año 3, diciembre, La Habana.
- » Meneses, C. (2008). *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil*. Revista IUS et Praxis, 14(2) 43-86.
- » Montero, J. (2007). *La prueba en el proceso civil*. 5ª edición. Madrid: Editorial Thomson.
- » Pinochet Olave, R. (2002). "El Documento Electrónico y la prueba literal", en *Revista Ius et Praxis*, No. 2, año 8, Universidad de Talca, Chile.
- » Ramos, F. (1985). *Derecho Procesal Civil. Tomo I*. 2da. Edición, Barcelona: Editorial Librería Bosch.
- » Sanchís, C. (2002). *La prueba por medios audiovisuales y por instrumentos de archivo en la LEC 1/2000*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- » Knight-Soto, I.(2011) El valor axiológico de los derechos fundamentales como elemento esencial en los procedimientos de extradición, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*,junio www.eumed.net/rev/cccss/12/
- » Von-Ihering, R. (1947). *De interés en los contratos*, traducción española de Adolfo Posada, Ed. Atalaya, Buenos Aires.

Legislación

- » Constitución de la República de Cuba (2019). En Gaceta Oficial No.5, Cuba: Asamblea Nacional del Poder Popular.
- » Código Civil cubano (1987), Ley No. 59/1987 de 16 de julio. (Anotado y concordado), a cargo de Pérez Gallardo, Leonardo B., Ediciones ONBC, 2006.
- » Dictamen 446 (2015), del Tribunal Supremo Popular, Publicado en la Gaceta Oficial Ordinaria de 19 de octubre de 2015.
- » Dictamen 450 (2018), del Tribunal Supremo Popular. Publicado en la Gaceta Oficial Ordinaria de dede 2018.
- » Instrucción 232 (2016), del Tribunal Supremo Popular, Publicado en Gaceta Oficial No. 1 ordinaria de 7 de enero de 2016.
- » Instrucción 8 (2010), del Ministerio de Justicia. Publicada en la Gaceta Oficial NO. 45 Extraordinaria de 2 de septiembre de 2010.
- » Ley 50 (2005), De las Notarías Estatales y su Reglamento, a cargo de Pérez Gallardo, (Compiladores), Compilación de Derecho Notarial, Separata de Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial, número 4, 2005.

- » Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (2006), Ley No. 7/1977 de 19 de agosto, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria, N° 34, de 20 de agosto de 1977, modificada por el Decreto-Ley No. 241/2006, de 26 de septiembre, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, N° 33, Extraordinaria, de 27 de septiembre del 2006. Citado como LPCALE.
- » Ley 527 (1999). Ley de Mensajes de Datos. – Bogotá, Colombia, 1999. Diario Oficial No. 43.673 de agosto de 1999.
- » Ley 25.506 (2001), Ley de Firma Digital. – Buenos Aires, Argentina, 11 de diciembre., 2001.
- » Ley 19.799 (2002), Ley sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma, Santiago de Chile, Chile, 2002. Promulgada el 26 de marzo del 2002. Publicada en el Diario Oficial el 12 de abril de 2002.
- » Sentencia n° RC.000580 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala de Casación Civil de 6 de octubre de 2016, Venezuela.

Diseño de los lineamientos generales para la indexación de la Revista Derecho y Realidad

I. Definición de los lineamientos generales de la Revista Derecho y Realidad

1. Generales

Nombre: Revista Derecho y Realidad
Publicación: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Institución: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia
Versión impresa ISSN No.1692-3936
Periodicidad: semestral
Período de publicación: enero–junio de 2020
Número de ejemplares: 100
Dirección postal: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Biblioteca Central. Avenida del Norte Tunja, Boyacá, Colombia.
Dirección electrónica de la Revista: derechoyrealidad@uptc.edu.co,
publicaciones@uptc.edu.co
Auditorio al que se dirige: comunidad científica, académica y público en general comprometido o interesado con la producción investigativa, reflexiva y doctrinal en los campos del derecho, las ciencias sociales y humanas.
Editor: UPTC, Dirección de Investigaciones –DIN-.

Aeroenvíos:
Revista Derecho y Realidad
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC
Dirección: Avenida Central del Norte, Tunja, Boyacá, Colombia. Tunja, Boyacá
Mayor información: PBX: (8) 7405626

2. Misión y visión

Misión

La Revista Derecho y Realidad contribuye a la divulgación científica y tecnológica de la producción intelectual e investigativa, portadora de nuevo conocimiento de profesores e investigadores de la comunidad universitaria y científica, para el desarrollo del derecho y las ciencias sociales y humanas, sobre la base de la formación integral, del pensamiento pedagógico, la ética, la cultura, la crítica y la efectividad de los derechos humanos, sociales, económicos y ecológicos, que identifican la esencia de este medio y la misión de la UPTC.

Visión

Ser reconocida nacional e internacionalmente como una revista que, a través de la divulgación de los resultados científicos, del desarrollo y la innovación, teje redes de producción para la integración, la construcción de pensamiento y de prácticas centrados en modelos de vida interesados en el bienestar social, para la transformación de la cultura jurídica y las normativas tradicionales.

3. Objetivos de la Revista

- Divulgar la producción de nuevo conocimiento, ciencia y tecnología, que aportan los investigadores y profesores a partir del desarrollo investigativo en el proceso de mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad y la sociedad.
- Incentivar la cultura de la investigación pedagógica, científica, tecnológica y crítica, que articule la producción de las ciencias sociales, humanas y normativas, especialmente por su relación con el derecho como objeto de estudio y problematización, en la medida de su papel para la construcción de sociedades basadas en la convivencia pacífica y la integración regional e internacional.
- Aportar a la acumulación y la construcción de modelos pedagógicos y alternativos que contribuyan a la formación de ciudadanos comprometidos con la identificación de problemáticas y propuestas de soluciones de sus propias realidades, entornos y territorios, el cuidado de la vida, los conocimientos y saberes teóricos y prácticos sobre diversos aspectos para la solución de conflictos de la realidad sociojurídica, local, regional, nacional e internacional.

4. Pautas para los autores

La Revista Derecho y Realidad es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. De acuerdo con sus objetivos y su carácter científico, incluye artículos de investigación catalogados según las siguientes categorías que establece Publindex:

1. Artículo de investigación científica y tecnológica. Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
2. Artículo de reflexión. Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.
3. Artículo de revisión. Documento resultado de una investigación terminada, en el que se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones, publicadas o no, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.
4. Artículo corto. Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.
5. Reporte de caso. Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.
6. Revisión de tema. Documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.

7. Traducción. Traducciones de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la revista.

8. Documento de reflexión no derivado de investigación.

Al enviar los artículos los autores deben tener en cuenta los siguientes requisitos:

a) Todo artículo debe ser resultado de una investigación científica, ser original o inédito y no estar postulado para la publicación simultánea en otras revistas u órganos editoriales. El autor o autores garantizan esta condición en el documento de cesión de derechos.

b) Por tratarse de una publicación arbitrada, todo original será sometido a un proceso de revisión y dictamen, así:

- Una primera valoración por parte de los delegados de los comités Editorial y Científico, con el fin de evaluar el contenido y el cumplimiento de las normas de publicación.
- Una segunda evaluación por parte de un par académico (modalidad ciego), quien, en su condición de experto, determinará la originalidad, la calidad y la pertinencia del contenido y emitirá el dictamen correspondiente.
- La decisión final de publicación o de rechazo se comunicará al autor en un plazo máximo de tres meses.

c) La revista se reserva el derecho de:

1) publicar, tanto en soporte impreso como en medio electrónico, las colaboraciones recibidas, con el propósito de divulgarlas a la comunidad académica y científica nacional e internacional, directamente como a través de intermediarios.

2) solicitar modificaciones y decidir si el material se publica totalmente, por entregas o solo un extracto.

3) introducir modificaciones necesarias para adecuar el texto a las normas y estilo de la revista.

6. Requisitos formales de los artículos para publicar

1. El artículo deberá contener:

a. Título.

b. Resumen bibliográfico del autor (es).

Nombre(s) y apellido(s), profesión, estudios de pregrado y universidad, estudios de posgrado y universidad, cargo profesional o académico actual, institución a la

-
- que está(n) adscrito(s) y correo electrónico.
- c. Categoría del trabajo de investigación: por ejemplo: resultado de investigación, artículo de ciencia y de reflexión, ponencia, conferencia.
 - d. Nombre del proyecto de investigación del cual proviene el escrito.
 - e. Sumario (contenido): máximo cuatro niveles de titulación.
 - f. Resumen no mayor de 150 palabras, que abarque el contenido del artículo.
 - g. Abstract o traducción del resumen al inglés.
 - h. Palabras clave (máximo 10) que den una idea de los temas fundamentales que aborda el artículo, en español y en inglés.
 - i. Metodología de investigación.
 - j. Introducción (sin numeración).
 - k. Cuerpo del trabajo: presenta el contenido de acuerdo con los niveles de titulación enunciados en el sumario.
 - l. Resultados: hallazgos que arrojó su investigación.
 - m. Conclusiones.
 - n. Referencias: listar en estricto orden alfabético del primer apellido del autor únicamente las obras citadas en el texto.
 - o. Notas de pie de página: deberán usarse solo para aclaraciones, no para referencias bibliográficas.
 - p. Bibliografía: si se incluye, esta deberá corresponder a obras que el autor recomienda a los interesados en profundizar sobre el tema.

Nota: las citas, notas de pie de página y referencias bibliográficas deben seguir la metodología establecida por la American Psychological Association –APA– en su Manual de estilo:

<http://www.apastyle.org/faqs.html>. <http://apastyle.org/previoustips.html>.

2. Reglas de presentación:

- a. El texto debe presentarse en Word, fuente Arial de 11 puntos, a 1.5 de espacio, formato carta, en los cuatro bordes y numerado en la parte superior derecha.
- b. Las tablas y gráficos deberán numerarse en orden seguido, tener el título correspondiente, la fuente (si son elaboración propia o en su defecto, indicar la fuente de donde se tomaron) y enviarlas en archivo aparte en el programa original en que fueron elaboradas.
- c. Es responsabilidad del autor conseguir los permisos o cancelar los derechos de autor de las imágenes (fotografías, figuras, etc.) que incluya en el artículo que pertenezcan a otras personas.

3. Correo para envíos:

Todos los trabajos deben enviarse al correo electrónico de la revista en texto Word, con el formato del acta de aceptación y cesión de derechos debidamente diligenciado (el acta de aceptación y cesión de derechos se adjunta como anexo a este documento). Correo electrónico: derechoyrealidad@uptc.edu.co, publicaciones@uptc.edu.co

ACTA DE ACEPTACIÓN Y CESIÓN DE DERECHOS

Señores:

REVISTA DERECHO Y REALIDAD

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC–

Tunja - Boyacá

En virtud de lo previsto en los artículos 76 y 77 de la Ley 23 de 1982 de la República de Colombia, y las demás normas internacionales sobre derechos de autor, y con la finalidad de que la revista pueda disponer del material adjunto, por medio de la presente autorizo(amos) la publicación en soporte impreso y en medio electrónico, siempre y cuando se haga sin fines de lucro, y con el propósito de divulgar el mismo a la comunidad académica y científica nacional e internacional, de acuerdo con las condiciones establecidas por el Comité Editorial de la revista, del artículo titulado:

cuyo autor es (son) el (los) firmantes:

Garantizamos que el artículo no ha sido publicado antes y que he(amos) obtenido permiso del titular del derecho de autor para reproducir en el artículo y en todos los medios el material que no es propio, que el artículo no contiene ningún planteamiento ilícito y que no infringe algún derecho de otros.

No obstante lo anterior, como autor(es) conservo(amos) los derechos morales y patrimoniales de autor, y autorizo(amos) la reproducción del artículo en la revista sin limitaciones en el tiempo o número de ejemplares, con la condición de que deberán identificarme(nos) como autor(es) del mismo y no alterar el texto sin mi (nuestro) consentimiento.

Por último, como autor(es) me (nos) reservo (amos) igualmente el derecho de realizar copias de todo o parte del trabajo para uso personal, incluyendo presentaciones, la enseñanza en aulas por sí o por parte de otros, procurando que las copias no sean puestas a la venta o distribuidas de un modo sistemático afectando la novedad y originalidad del artículo.

Asimismo, como autor(es) podremos utilizar todo o parte del artículo, después de la publicación en la revista, en un libro propio o en una colección de trabajos del (los) autor(es).

Manifiesto(amos), igualmente, que el contenido de este artículo ha sido revisado y aprobado por todos los firmantes y manifiesto(amos) que estoy (amos) de acuerdo con su publicación.

Nombre(s) y firma(s):

C.C.

C.C.

C.C.

C.C.

Fecha:

CERTIFICATE OF ACCEPTANCE AND TRANSFER OF RIGHTS

Messrs
REVISTA DERECHO Y REALIDAD
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC–
Tunja – Boyaca

Under the provisions of Articles 76 and 77 of Law 23 of 1982 of the Republic of Colombia, and other international standards on copyright, and in order that the magazine may use the enclosed material, through hereby I authorize the publication in print and electronic media, provided it is done without profit, and for the purpose of publicizing it to the academic and scientific community, national and international, according to the conditions set by the Editorial Committee of the magazine, of the article entitled:

whose author is the signatory:

I guarantee that the article has not been published before and that I have obtained permission from the copyright holder to reproduce in the article and in every way the material which is not my property; that the article does not contain any illegal approach and does not infringe any rights of others.

Nevertheless, as the author, I retain moral and economic rights, and I authorize the reproduction of the article in the magazine without limitations in time or number of copies, provided that the journal must identify me as author thereof and not alter the text without my consent.

Finally, as the author, I reserve also the right to make copies of all or part of the work for personal use, including presentations, classroom teaching by myself or by others, ensuring that the copies are not offered for sale or distributed in a systematic way affecting the novelty and originality of the article.

Also, as the author, I can use all or part of the article, after the publication in the journal, into an own book or in a collection of works of the author.

I also manifest that the content of this article has been reviewed and approved by all signatories and express that I agree its publication.

Name (s) and signature (s):

C.C. _____ C.C. _____

C.C. _____ C.C. _____

Date:

